

Université Paris-Panthéon-Assas
Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 16/11/2023

Thèse de Doctorat / Novembre 2023

**La conservation de l'État en droit
international**



Jean-Baptiste DUDANT

Sous la direction de M. le Professeur Denis ALLAND

Membres du jury :

- M^{me} Sarah Cassella, professeure à l'Université Paris Cité (rapporteur)
- M. Alexis Marie, professeur à l'Université de Bordeaux (rapporteur)
- M. Denis Alland, professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas (dir. de thèse)
- M. Julien Boudon, professeur à l'Université Paris Saclay
- M. Yann Kerbrat, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- M. Jean-Marc Sorel, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Avec une immense gratitude, je tiens à remercier le P^f Alland d'avoir accepté de diriger ma thèse. Son enseignement et ses conseils, toujours prodigués avec bienveillance, m'ont permis de (me) chercher et de (me) découvrir dans le cadre de cet exercice unique, porté par un sujet tout aussi original que stimulant.

Je souhaite également remercier les membres du jury d'avoir accepté de relire ce travail et d'en proposer une discussion qui sera certainement des plus enrichissantes.

Le résultat final n'aurait sans doute pas été le même sans le soutien indéfectible de mes proches. À ma famille, à mes amis et mes collègues mais aussi, et surtout, à Meri : nos échanges ont été salvateurs et j'en suis profondément reconnaissant.

Grâce à l'IHEI, la solitude que suppose la thèse a été considérablement atténuée. Je souhaite exprimer ma reconnaissance envers M^{mes} Martin-Bidou, Crépet Daigremont, Bollack et Bouthillier, ainsi que M. Naissans, pour avoir créé un environnement accueillant et propice à l'épanouissement des doctorants au sein de ce laboratoire, sous la direction également bienveillante du P^f Santulli.

Enfin, je tiens à remercier mes étudiants qui m'apprennent chaque jour le véritable sens de la pédagogie et de la transmission.

Résumé (1700 caractères) :

La « conservation de soi de l'État » a été théorisée entre le XVIII^{ème} et le XX^{ème} siècle dans le cadre de la « doctrine des droits fondamentaux des États ». Selon cette doctrine, de la même manière que les êtres humains bénéficient d'un droit à la vie, les États devraient posséder un « droit de conservation de soi » leur permettant de préserver leur existence. Tout en prenant cette théorie comme point de départ de l'analyse, l'objet de la recherche est de l'ajuster à la lumière de la pratique récente. Ainsi, les États invoquent un « droit de conservation de soi » de deux façons : soit pour justifier l'exercice de droits qu'ils qualifient d'inhérents à leur souveraineté et présentés, donc, comme existentiels, soit pour mobiliser la « conservation de soi » non plus comme un simple « droit », mais comme un principe structurant du droit international.

En d'autres termes, les États entendent démontrer que la plupart des règles de droit international supposent ou impliquent la préservation de leur existence. Cette considération intervient sur l'ensemble du processus normatif : *i.e.* sur la création, l'application et la contestation des règles juridiques. L'enjeu de la thèse consiste à déterminer de quelle façon les prétentions liées à la conservation de l'État sont reçues par le droit international et ce que cela révèle du sujet. On se rend compte que la conservation de l'État exerce une emprise sur le droit international, notamment en structurant ses principales règles. Mais, en retour, on doit constater symétriquement que le droit international exerce une certaine emprise sur la conservation de l'État en imposant des limites à une conduite potentiellement arbitraire.

Descripteurs : Conservation de soi de l'État ; Droits fondamentaux ; Droits inhérents ; Légitime défense ; Principes généraux du droit international ; Souveraineté.

Title and Abstract (1700 characters):

State "self-preservation" is traditionally associated with a theory developed between the 18th and 20th centuries, known as the "the fundamental rights of states doctrine". According to this doctrine, just as individuals enjoy a right to life, states should possess a "right of self-preservation" enabling them to preserve their existence. While taking this doctrine as a starting point for analysis, the thesis makes a few adjustments in the light of recent state practice. States invoke a "right of self-preservation" in two ways: firstly, in order to justify the exercise of rights that they describe as inherent to their sovereignty; secondly, by mobilizing "self-preservation" not as a mere "right", but as a structuring principle of international law.

Thus, states intend to demonstrate that all rules of international law presuppose the preservation of their existence, and that this consideration plays a role in the entire normative process: *i.e.* the creation, application and contestation of legal rules. The aim of this thesis is to determine how claims relating to the preservation of the state are received by international law, whether or not they are admitted, and what this reveals about the subject. In reality, state preservation exerts a hold on international law, notably by structuring its principal rules. But, in return, international law also exerts a hold on state conservation, by imposing limits on a potentially arbitrary conduct.

Keywords: Fundamental rights ; General principles of international law ; Inherent rights ; Self-defense ; Sovereignty ; State self-preservation.

Principales abréviations**I. Annuaire, Recueil, Revue**

| | |
|------------------|---|
| <i>AD</i> | Annual Digest of Public International Law Cases |
| <i>AFDI</i> | Annuaire Français de Droit International |
| <i>AFRI</i> | Annuaire Français de Relations Internationales |
| <i>AJIL</i> | American Journal of International Law |
| <i>ADP</i> | Archive de Philosophie du Droit |
| <i>ACDI</i> | Annuaire de la Commission du Droit International |
| <i>AIDI</i> | Annuaire de l'Institut de Droit International |
| <i>BYIL</i> | British Yearbook of International Law |
| <i>CJICL</i> | Cambridge Journal of International and Comparative Law |
| <i>EJIL</i> | European Journal of International Law |
| <i>ICLQ</i> | International and Comparative Law Quarterly |
| <i>ILM</i> | International Law Materials |
| <i>ILR</i> | International Law Reports |
| <i>JOSdN</i> | Journal Officiel de la Société des Nations |
| <i>RBDI</i> | Revue Belge de Droit International Public |
| <i>RCADI</i> | Recueil des Cours de l'Académie de Droit International |
| <i>RDILC</i> | Revue de Droit International et de Législation Comparée |
| <i>RDP</i> | Revue de Droit Public |
| <i>Rec. CIJ</i> | Recueil de la Cour Internationale de Justice |
| <i>Rec. CPJI</i> | Recueil de la Cour Permanente de Justice Internationale |
| <i>Rec. CJUE</i> | Recueil de la Cour de Justice de l'Union Européenne |
| <i>RGDIP</i> | Revue Générale de Droit International Public |
| <i>RSA</i> | Recueil des Sentences Arbitrales |
| <i>RTNU</i> | Recueil des Traités des Nations Unies |
| <i>RTSdN</i> | Recueil des Traités de la Société des Nations |

II. Organisations internationales, Juridictions, Sigles divers

| | |
|------------------|---|
| <i>AGNU</i> | Assemblée Générale des Nations Unies |
| <i>Cour EDH</i> | Cour Européenne des Droits de l'Homme |
| <i>Cour IADH</i> | Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme |
| <i>CIJ</i> | Cour Internationale de Justice |
| <i>CJCE</i> | Cour de Justice des Communautés Européennes |

| | |
|-------------|---|
| <i>CJUE</i> | Cour de Justice de l'Union Européenne |
| <i>CPA</i> | Cour Permanente d'Arbitrage |
| <i>CPJI</i> | Cour Permanente de Justice Internationale |
| <i>CSNU</i> | Conseil de Sécurité des Nations Unies |
| <i>OEA</i> | Organisation des États Américains |
| <i>ONU</i> | Organisation des Nations Unies |
| <i>PEID</i> | Petits États Insulaires en Développement |
| <i>SGNU</i> | Secrétaire Général des Nations Unies |
| <i>SdN</i> | Société des Nations |
| <i>SFDI</i> | Société Française pour le Droit International |
| <i>TA</i> | Tribunal Arbitral |
| <i>UE</i> | Union Européenne |
| <i>URSS</i> | Union des Républiques Socialistes Soviétiques |

Sommaire

| | |
|--|-----|
| Introduction | 1 |
| Première partie. Les rattachements structurels de la conservation de l'État au droit international | 38 |
| Titre 1. Inhérence du droit de conservation de l'État et de sa souveraineté..... | 42 |
| Chapitre 1. Inhérence simple : conservation et souveraineté de l'État | 44 |
| Chapitre 2. Inhérence dérivée : conservation et droits souverains de l'État | 98 |
| Titre 2. D'un droit fondamental d'autoconservation à un principe fondamental du droit international public..... | 169 |
| Chapitre 3. Redéfinition du droit d'autoconservation dans les projets de codification des droits et devoirs des États..... | 170 |
| Chapitre 4. La conservation des États et les règles et principes de la Charte des Nations Unies..... | 232 |
| Seconde partie. Le déploiement de la conservation de l'État en droit international | 287 |
| Titre 1. Les prétentions normatives fondées sur la conservation de l'État..... | 288 |
| Chapitre 5. Conservation de l'État et création du droit international..... | 289 |
| Chapitre 6. Conservation de l'État et contestation du droit international | 354 |
| Titre 2. La conservation de l'État comme exception ou comme dérogation..... | 432 |
| Chapitre 7. Inscriptions de la conservation de l'État comme exceptions conventionnelle ou coutumière..... | 433 |
| Chapitre 8. Mise en œuvre des exceptions fondées sur la conservation de l'État..... | 477 |
| Bibliographie..... | 547 |
| Index..... | 627 |
| Table des matières | 639 |
| Annexe | 655 |

« Dunque, che questo romanzo abbia inizio.

In fondo, è solo un trucco.

Sì, è solo un trucco »

P. Sorrentino, *La Grande Belleza* (2013)

Introduction

« The principle commonly put forward on such occasions is that of self-preservation, which writers on international law often class among their fundamental, primitive, primary or absolute rights. It is no doubt a primitive instinct, and an absolute instinct so far as it has not been tamed by reason and law, but one great function of law is to tame it »¹.

1. Étudier le sujet de la conservation de l'État en droit international, c'est se confronter à une affirmation récurrente dans la doctrine contemporaine : la notion n'aurait eu sa place qu'à une époque où les États étaient libres de recourir à la force et où il n'existait aucune règle leur interdisant de préserver leur existence. En outre, reposant sur un fondement de valeur juridique incertaine et souvent confondue avec de nombreuses autres notions (légitime défense, nécessité, intérêts vitaux, *etc.*), la conservation de l'État était synonyme de désordre et d'arbitraire. Reléguée à un argument d'ordre politique visant à légitimer des comportements illicites, l'autoconservation devait être « domptée » (« *to tame* ») par le droit international. Car, selon la doctrine, admettre une quelconque portée juridique à la conservation de l'État reviendrait à rendre licites des conduites que l'histoire aurait condamnées, notamment à la suite des deux Guerres mondiales².

2. En conséquence, l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945 aurait considérablement limité les possibilités dont disposaient les États pour préserver leur existence. Le P^r Kolb parle ainsi d'un processus de « domestication » de l'autoconservation, similaire à l'idée avancée par Westlake de « dompter » cette notion, qui aurait eu lieu en deux temps : « d'abord en limitant la faculté d'un État d'accomplir sous son couvert (*i.e.* celui de l'autoconservation) des actes contraires au droit des autres États en dehors de son territoire ; ensuite en réduisant progressivement l'auto-conservation à la légitime défense »³. Si les

¹ J. Westlake, *Chapters on the principles of international law*, Cambridge, CUP, 1894, p. 111 (souligné ajouté).

² L'Allemagne nazie justifiait sa volonté de restaurer le Saint-Empire romain germanique, et donc l'annexion de divers territoires, à partir de son droit d'autoconservation, v. le « Decree of the Fuehrer and Reich Chancellor concerning the Protectorate of Bohemia and Moravia », proclamé le 16/03/1939, préambule : « *[i]t is therefore only an act of compliance with the law of self-preservation if the German Reich is resolved to take decisive action for the reestablishment of the foundations of a Central European Order based on reason and to resort to measures impelled by this aim* ». Disponible en ligne :

[<https://avalon.law.yale.edu/imt/2119-ps.asp>] (consulté le 07/06/2023)

³ *Ib.*

principes de la Charte ne sont pas cités par l'auteur, le premier morceau de la phrase renvoie certainement au respect de l'article 2 de ce texte, qui garantit l'intégrité territoriale et l'indépendance politique des États lorsqu'il interdit le recours à la force⁴. Bien entendu, le second morceau de la phrase précitée renvoie également à la Charte, plus précisément à son article 51 qui préserve le « droit naturel de légitime défense » des États⁵. Il faudrait donc reconnaître à la Charte d'être parvenue à appréhender juridiquement un argument qui relevait alors de la *Realpolitik* plutôt que du droit.

3. Ainsi, lorsqu'un État mobilise son « droit de conservation de soi » ou toute autre considération liée à sa survie pour justifier un comportement *a priori* illicite, cela est perçu comme une attaque contre le droit international lui-même. Un exemple récent suffit à le démontrer : le 24 février 2022, la Fédération de Russie lance contre l'Ukraine une agression armée en violation flagrante de l'article 2, alinéa 4, de la Charte des Nations Unies⁶. Selon le Président Poutine, l'éventuelle adhésion de l'Ukraine à l'OTAN constitue une menace pour l'existence du pays, justifiant l'exercice de son droit de légitime défense à titre préventif. Le P^r Fleury Graff observe alors que l'agression russe « (...) n'est pas seulement illicite, elle est également 'asystémique', 'en dehors du système' international mis en place après la Seconde Guerre mondiale (système comme ordre juridique, mais aussi système comme ensemble suffisamment cohérent de considérations suffisamment explicites sur la façon d'interagir dans le monde interétatique) »⁷. En d'autres termes, on est confronté à une hypothèse où l'argument relatif à la préservation de l'existence d'un État, s'il était admis, remettrait en cause tout le « système international » qui a pourtant *dompté* cet argument.

4. Cependant, si l'on se tourne du côté de l'Ukraine, le discours adopté à son égard révèle une contradiction ou du moins une ambiguïté qui souligne l'intérêt de notre sujet : la violation des principes de la Charte a été assimilée à la négation du « droit à l'existence » de l'Ukraine⁸. Une telle affirmation s'inscrit dans un contexte plus général où de nombreux États soutiennent que le non-respect de la Charte menace leur propre existence⁹. Autrement dit, les principes de la Charte sont parfois assimilés à des principes fondamentaux, structurels ou constitutionnels

⁴ Art. 2(4) de la Charte des Nations Unies : « [I]es Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

⁵ Art. 51 de la Charte des Nations Unies.

⁶ Ce cas sera approfondi dans les développements de la thèse, et les déclarations des États y seront rapportées. V. au Chapitre 6, pp. 354-357.

⁷ Th. Fleury Graff, « Introduction – La Russie contre l'Ukraine : Espaces géopolitiques et frontières du droit international », *RGDIP*, 2023/1, p. 6.

⁸ V. le Chapitre 4 de la thèse, pp. 244-245.

⁹ V. le Chapitre 3 de la thèse, pp. 223-224.

du droit international, et ils sont perçus par les États comme le meilleur moyen de préserver leur existence.

5. L'ambivalence révélée par le conflit qui oppose l'Ukraine à la Russie se présente alors de la manière suivante : d'un côté, un État comme la Russie ne peut pas adopter un comportement qu'il estime indispensable à sa survie, car cela provoquerait la disparition du « système international » ; de l'autre côté, ce système aurait été conçu à la sortie de la Seconde Guerre mondiale autour de principes qui permettent de garantir l'existence des États dans leur ensemble, y compris celle de l'Ukraine. L'un des enjeux de cette thèse consiste donc à examiner comment interagissent ces deux idées en apparence contradictoires. Car dans un cas, la conservation de l'État est perçue comme une menace pour le droit international, venant de l'extérieur sous la forme d'un argument politique et non juridique qui déstabilise les relations entre États. Mais dans l'autre, la conservation de l'État est intégrée au droit international et garantie par celui-ci en tant que moyen permettant d'organiser la coexistence des entités souveraines.

6. Afin d'élucider la nature de la « conservation de l'État » en droit international, il convient d'exposer les éléments de définition qui ont permis de préciser le champ d'études de notre sujet.

Éléments de définition

7. Énoncée simplement, la conservation de l'État correspond à la faculté de garantir la protection de l'existence de l'État *lato sensu* – que ce soit ses intérêts vitaux, essentiels ou encore ses éléments constitutifs – en toutes circonstances, face à une menace existentielle immédiate (réaction) ou plus lointaine (action). Afin de comprendre les divers aspects de cette définition, notamment son caractère profondément indéterminé, il convient de rappeler succinctement la théorie dans laquelle s'insère le sujet : celle des droits fondamentaux étatiques. Il faut ensuite expliquer l'approche englobante qui a été retenue, celle-ci permettant d'inclure les invocations d'un « droit à l'existence » ou d'un « droit à la (sur)vie » dans notre champ d'études. Enfin, il est important de souligner que cette définition oblige à s'intéresser à certaines notions connexes à la conservation de l'État, comme l'état de nécessité ou la sécurité nationale.

**Le cadre théorique de la conservation de l'État : la théorie des droits fondamentaux
étatiques**

8. Élaborée entre le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle à partir des travaux de Wolff et de Vattel, la théorie était érigée par ses créateurs « en paradigme du droit international »¹⁰. Initialement au cœur des manuels, tant européens qu'américains, la théorie des droits fondamentaux permettait à ses auteurs d'expliquer la dynamique du droit international à partir de son centre de gravité : l'État. Elle a néanmoins progressivement été délaissée au XX^{ème} siècle, en particulier sous l'impulsion des nombreuses critiques émises à son égard à l'issue de la Première et de la Seconde Guerre mondiale¹¹. À l'époque où cette théorie était vivement défendue par de nombreux internationalistes, à la fin du XIX^{ème} siècle¹², Antoine Pillet la résumait en ces termes : « [il] existe entre États des droits fondamentaux, primitifs, absolus, des droits qui appartiennent en tout temps à tout État dans ses rapports avec les autres. (...) Là, précisait-t-il, chaque auteur dresse sa propre liste »¹³. Au-delà de la diversité apparente des classifications retenues par les auteurs, on retrouvait toujours cinq droits fondamentaux, le *quintuor* identifié par M^{me} Motsch¹⁴ et que Pillet énonçait en ces termes :

« [C]e sont les droits de conservation, d'indépendance, d'égalité, de respect, et de commerce international. Ce sont les cinq prérogatives essentielles des nations, les cinq branches de l'armature qui soutient le système général de leurs droits et leurs devoirs réciproques »¹⁵.

9. Inutile de décrire chacun des droits fondamentaux, cela a déjà été entrepris ailleurs¹⁶. Il faut plutôt relever que le droit de conservation de soi était traditionnellement présenté comme le point de départ de toute la théorie¹⁷. Théodore Ortolan affirmait ainsi que le droit le plus essentiel, « celui qui sert de base fondamentale à la plupart des autres et au plus grand nombre

¹⁰ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États : Vers un redéploiement fédéraliste ou étatiste ?*, Paris, Pedone, 2022, p. 108.

¹¹ *Idem*, pp. 212-233. V. ég., S. C. Neff, « The Dormancy, Rise and Decline of Fundamental Liberties of States », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 497-500.

¹² S. C. Neff, « The Dormancy, Rise and Decline of Fundamental Liberties of States », *idem*, pp. 490-497.

¹³ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, p. 3.

¹⁴ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 114-117.

¹⁵ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ Une telle perspective ferait assurément office de *bis repetita* avec la thèse de P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 133-179.

¹⁷ F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 250.

de droits occasionnels, est *le droit de conservation de soi-même* »¹⁸. La lettre de cette formule était reprise par de nombreux auteurs¹⁹ tandis que d'autres en reprenaient l'esprit²⁰. S'il est possible de systématiser les grands traits de la théorie des droits fondamentaux dans son ensemble, il est plus ardu d'offrir une définition précise du droit d'autoconservation. Celle qui était proposée par divers auteurs était trop générale et abstraite, puisqu'elle se concentrait principalement sur la finalité du droit de conservation, à savoir la préservation de l'existence de l'État.

10. Vattel, considéré par la doctrine comme l'un des « précurseurs » de la théorie des droits fondamentaux²¹, soutenait que chaque nation avait le « droit à tout ce qui est nécessaire à sa conservation »²² en vertu de l'obligation de se préserver. Tautologique, qualifiée parfois même de « vieillissante »²³, la formule que l'on retrouvait déjà chez Hobbes à propos des individus²⁴ était néanmoins empruntée par de nombreux auteurs théorisant le droit d'autoconservation. Frédéric de Martens l'énonçait clairement : le « droit de conservation personnelle » obligeait

¹⁸ T. Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Paris, Cosse et N. Delamotte, 1845, Tome I, p. 47, italiques originaux.

¹⁹ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, Tome I, point 211, p. 358 : « [l]e droit de conservation de soi-même est un droit absolu des États ; c'est même, ainsi que le disent avec justesse tous les auteurs, le premier et le plus important de tous les droits absolus, celui qui sert de base fondamentale à la plupart des autres » (italiques ajoutés). V. ég., C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 4^e éd., Paris, Guillaumin et Cie, 1887, Tome I, §208, p. 352 ; H. Wheaton, *Elements of International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1936, §60, p. 60. ; E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, Paris, Marcel Rivière & Cie, 1912, Tome II, p. 218, ouvre son chapitre dédié au « droit de propre conservation » avec la formule d'Ortolan rapportée *supra*.

²⁰ A. Rivier, *Principes du droit des gens*, Paris, A. Rousseau, 1896, Tome I, p. 257, selon lequel le droit à l'autoconservation résume tous les autres droits fondamentaux. L'auteur, afin d'appuyer son assertion, cite Bonfils : « [e]n réalité, il n'y a pour les États, personnes naturelles et nécessaires, qu'un seul droit primordial, un seul droit fondamental, le droit à l'existence ». V. ég. P. Fauchille qui reprend, au mot près, la formule de Bonfils, *Traité de droit international public*, Paris, A. Rousseau, 1922, §241, p. 408 ; L. Le Fur, *Précis de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, Librairie Dalloz, 1933, §656, p. 347 ; M. Sibert, *Traité de droit international public, Le droit de la paix*, Paris, Librairie Dalloz, 1951, §162, p. 230 ; M. Korowicz, *Introduction to International Law, Present Conception of International Law in Theory and Practice*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1959, p. 228 (s'il se concentre sur le droit fondamental à l'égalité, l'auteur admet que ce droit pourrait être déduit du droit de conservation de soi de l'État).

²¹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 95-99. V. ég. E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 123 et suivantes, à propos de Vattel, le « moderne devenu un classique ».

²² 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*, Neuchâtel, Imprimerie de la Société Typographique, 1773, Tome I, Livre I, Chapitre II, p. 46, §18.

²³ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 374.

²⁴ Th. Hobbes, *De Cive ou les fondements de la politique*, trad. de S. Sorbière, rééd., Paris, Sirey, 1981, p. 84, §VIII : « [o]r parce que ce seroit en vain qu'on auroit droit de tendre à une fin, si on n'avoit aussi le droit d'employer tous les moyens nécessaires pour y parvenir, il s'en suit que puisque chacun a droit de travailler à sa conservation, il a pareillement droit d'user de tous les moyens, & de faire toutes les choses sans lesquelles il ne se pourroit point conserver ».

l'État à « défendre sa vie par *tous* les moyens dont il dispose »²⁵. Dès lors, l'identification de ces moyens ne pouvait pas être exhaustive, ce qui explique les divergences significatives entre les auteurs qui ont tenté de délimiter les manifestations concrètes du droit de conservation.

11. Lorsqu'on y regarde de plus près, *tout*, ou presque, *touche à la conservation de l'État*. August Wilhelm Heffter caractérisait ainsi le « droit fondamental d'exister et de se développer physiquement » comme « la faculté d'occuper d'une manière fixe et permanente un certain territoire », d'exploiter des ressources naturelles d'un État « de même que des choses communes au genre humain », de pourvoir à « la protection et la défense de l'existence politique contre tous les dangers qui la menacent et [d]'adopt[er] des mesures de précaution propres à repousser toute agression du dehors »²⁶. On pourrait multiplier les exemples : la question migratoire, l'exercice de la compétence réelle, le droit de légitime défense, l'acquisition d'armements qui en est le corollaire, la protection de l'intégrité territoriale ou encore l'expropriation d'un bien privé, *etc.*²⁷ Toutes ces questions, selon la théorie des droits fondamentaux, intéresseraient l'existence de l'État et bénéficieraient d'un régime juridique spécifique.

12. Pour mieux comprendre l'intérêt de cette approche particulièrement englobante, il est utile de se référer au dictionnaire dirigé par Jean Salmon, qui propose une définition de la notion à partir des éléments constitutifs de l'État : le droit de conservation serait un « [t]erme qui, appliqué à l'État, désignait anciennement la faculté pour celui-ci de maintenir son existence propre, ses éléments constitutifs et son caractère »²⁸. Cette définition supposerait d'identifier une manifestation du droit d'autoconservation chaque fois qu'une règle viendrait garantir les éléments constitutifs des États. Poursuivant dans cette voie, M^{me} Motsch préconise la définition suivante à partir des écrits d'Alfred Chrétien : « [l]e droit de conservation implique la préservation et le perfectionnement de tous les éléments de l'existence étatique, à savoir 'le territoire, la population, les ressources matérielles et morales indispensables à son

²⁵ F. de Martens, *Traité de droit international*, trad. par A. Léo, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1883, p. 388, §73. En ce sens : reprenant Vattel, P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, *op. cit.*, Tome I, p. 258, point 212 ; A. Rivier, *Principe du droit des gens*, *op. cit.*, Tome I, Livre IV, Chapitre II, p. 274.

²⁶ A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, trad. de la 3^{ème} éd. par J. Bergson, Paris, Cotillon, 1857, Livre I, Chapitre I, pp. 56-57.

²⁷ Ce sont des exemples qui sont traités tout au long de la thèse.

²⁸ « Droit de conservation », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 374. Le dictionnaire reprend finalement la définition donnée par J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, « Conservation », p. 155 : « [t]erme qui, appliqué à l'État, spécialement quand on parle de son droit de conservation, désigne le maintien de l'État dans son existence propre, des éléments constitutifs et de son caractère ».

fonctionnement, le lien social' »²⁹. Alphonse Rivier admettait à son tour que le droit de conservation de soi se rapporte « à l'existence physique de l'État, à son territoire, à sa population ; à sa condition économique et sociale, à sa fortune, à sa puissance »³⁰.

13. Si cette classification fondée sur les éléments constitutifs permet d'éclaircir la fonction du droit de conservation de soi (protéger ce qui fait de l'État un État), il semble difficile d'étudier la pratique à partir de cette proposition. Cela supposerait de pouvoir démontrer que ces éléments constitutifs ne sont pas interdépendants et qu'ils peuvent être étudiés isolément et distinctement. La pratique démontre pourtant l'enchevêtrement auquel ils peuvent donner lieu. En protégeant son territoire d'une agression armée, par exemple, l'État assure *a fortiori* la protection de sa propre population. À l'inverse, garantir la survie de la population suppose qu'elle évolue sur une assise territoriale, impliquant du même coup de préserver cette dernière. Ensuite, les éléments constitutifs identifiés vont bien au-delà que ceux consacrés à l'article premier de la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États³¹. L'existence *politique* semble par exemple mériter une protection spécifique, insistant incidemment sur la nécessaire indépendance de l'institution étatique³². D'autres critères, tels que ceux suggérés par Alphonse Rivier dans le passage précité – *i.e.* la fortune ou la puissance –, sont parfois ajoutés et rappellent l'incertitude entourant une définition de l'État élaborée sous le prisme de ses éléments essentiels³³.

14. Au regard des limites entourant une définition fondée exclusivement sur de tels éléments constitutifs, on pourrait se tourner vers la nomenclature proposée par Jean-Louis Klüber en 1861 : le droit d'autoconservation de l'État assure « 1° son *existence*, c'est-à-dire l'intégrité de sa constitution, de son administration et de tous ses membres, tant réunis qu'individuels ; 2° la faculté d'*acquérir* toute sorte d'objets ; 3° l'*exercice* de tous les droits, naturels ou acquis, appartenant à lui ou à ses membres ; 4° une certaine *estime publique* »³⁴. Quoique demeurant imprécise, l'hypothèse de Klüber permet d'identifier certains effets particuliers au droit de conservation. Si ce dernier a pour objet de garantir l'existence de l'État, c'est parce qu'il lui permet d'*agir* en adoptant un comportement nécessaire à la finalité poursuivie. Autrement dit,

²⁹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 119-120, plus largement, pp. 119-133.

³⁰ A. Rivier, *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, Tome I, p. 256.

³¹ Convention sur les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo, le 26/12/1933, in *RTSDN*, vol. 165, 1936, n°3802, p. 36, art. 1 : « [l']État comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente. II. Territoire déterminé. III. Gouvernement. IV. Capacité d'entrer en relations avec les autres États ».

³² V. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 78-79.

³³ V. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 74-85.

³⁴ J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2nd éd., Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1861, pp. 58-59, §38 (italiques dans l'original).

il n'est pas uniquement question d'une *réaction* à une menace existentielle : le droit d'autoconservation va bien au-delà qu'une simple mesure défensive ; la théorie invite l'État à *anticiper* ses besoins vitaux³⁵. Théodore Ortolan précisait cette idée en identifiant, selon une double perspective, les moyens par lesquels les États peuvent préserver leur existence : « soit spontanément, *en cherchant* d'eux-mêmes à se procurer, à multiplier, à développer tous les éléments qui y sont nécessaires, pourvu que ce ne soit pas au préjudice du droit d'autrui ; soit par réaction, *en repoussant*, au préjudice même de l'agresseur, les attaques injustes dont ils seraient l'objet, ou en exigeant la réparation »³⁶.

15. Cette définition doit être mise en relation avec celle de la notion même de « conservation ». Le *Petit Robert* la définit, avec le *Larousse*, comme désignant l'« *action* de conserver, de maintenir intact ou dans le même état »³⁷. Il ne s'agit dès lors pas d'envisager le droit à l'autoconservation uniquement comme une *réaction* à une menace imminente : la notion invite à entretenir la continuité, y compris celle de l'État. Le *Dictionnaire de l'Académie française* relève à juste titre que l'expression « conservation » désigne également, en physique, les « *[a]xiomes* ou *principes de conservation*, selon lesquels des grandeurs restent constantes au cours de certaines transformations »³⁸. La notion de continuité transparait là encore, cette fois pour constater la persistance de certains phénomènes naturels malgré leurs transformations³⁹.

16. Il convient d'admettre, pour le moment, qu'il est impossible de déterminer précisément ce qui est nécessaire à la préservation d'un État. Embrassant cette incertitude, il faut comprendre que le droit de conservation correspond en réalité à un droit général que les auteurs éclatent en une multitude de droits particuliers : celui d'expulser les étrangers de son territoire, de conclure des traités d'alliance, d'obtenir les armes nécessaires à l'exercice du droit de défense, *etc*⁴⁰. Tout en gardant à l'esprit qu'une règle relative aux éléments constitutifs de l'État est susceptible

³⁵ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », L. Boisson de Chazournes (dir.), *International law, the International Court of Justice and nuclear weapons*, Cambridge, CUP, 1999, p. 302 : « (...) *survival implies something more [than the right to protect itself from destruction] : the ability to keep the state 'alive'* ».

³⁶ T. Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer, op. cit.*, Tome I, Livre I, Chapitre III, p. 48 (italiques ajoutés).

³⁷ *Le Petit Robert*, 2013, « conservation », p. 516 (italiques ajoutés). V. ég. *Grand Larousse de la langue française*, Paris, Librairie Larousse, tome II, p. 921, entrée « conservation ».

³⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., entrée « conservation ».

³⁹ C'est pourquoi le concept de continuité de l'État fera l'objet de développements dédiés dans la thèse, au Chapitre I, section 1.

⁴⁰ C'est d'ailleurs à partir de telles considérations que la portée juridique est déniée à la conservation de l'État. J. A. Green, « Self-Preservation », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, §16 : « [i]t is submitted that the notion of self-preservation is today only of legal consequence to the extent that as a term it broadly links, or encompasses, certain contemporary rules of international law. It is not a concept that possesses legal character in or of itself ».

d'intéresser notre thèse, il n'est pas question d'établir artificiellement un lien entre ladite règle et la conservation de l'État. De ce qu'un droit semble garantir la préservation de l'une des conditions essentielles de l'État, comme la population, il ne faut pas en déduire la consécration, en droit positif, d'un moyen permettant à l'État de préserver son existence. Au contraire, ladite relation doit apparaître expressément dans la pratique des États pour qu'elle mérite notre attention, expliquant pourquoi certains domaines n'apparaissent pas dans nos développements alors que la doctrine a pu les associer à notre sujet – comme la question des traités secrets⁴¹. Bien que cette perspective permette de limiter le champ de recherche en excluant toute spéculation étrangère au droit positif, elle n'élimine pas complètement l'approche englobante imposée par le sujet, comme le démontre la pratique analysée dans la thèse.

17. Il faut ensuite remarquer que le droit fondamental de tout État à la conservation de son existence est principalement invoqué pour justifier la jouissance d'une *liberté*, celle-ci participant à la reconnaissance de certains droits souverains. Le P^r Combacau ayant démontré que la liberté, en droit international, désigne la souveraineté⁴², il est logique de lire dans le dictionnaire dirigé par Jean Salmon que « les divers aspects de ce 'droit [d'autoconservation]' se matérialisent dans les obligations liées au respect de la souveraineté par les autres États »⁴³. C'est pourquoi la thèse doit explorer les liens entre notre sujet et la souveraineté⁴⁴, notamment pour constater que c'est en raison de cette proximité conceptuelle que l'on fait souvent référence à « *droit de conservation de soi des États* ».

18. Il convient également d'aller plus loin en interrogeant l'influence contemporaine de la conservation de l'État sur l'ensemble du processus normatif : c'est-à-dire sur la création, la mise en œuvre, l'interprétation et la contestation du droit international. Selon cette approche, les États possèderaient des droits et des obligations inhérents à leur existence et à leur souveraineté, qu'ils mettraient en œuvre sans nécessiter une création spécifique. De plus, les États auraient la capacité de créer et de contester des règles nécessaires à la préservation de leur existence ou qui menaceraient leur survie. Ainsi, la conservation de l'État pourrait juridiquement se traduire par un droit d'obtenir qu'une règle soit opposable à un État – par

⁴¹ D. C. Poole, *The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions*, New Heaven, Yale University Press, 1924, p. 96 : « [t]he consideration of public necessity which is sometimes deemed to run counter to the disposition of modern statesmen to be communicative is not to be treated lightly, for it relates to the fundamental right of self-preservation (...) ». La pratique ne révèle pas, à notre connaissance, d'hypothèse dans laquelle des États auraient refusé de rendre un accord public pour des considérations relatives à la préservation de leur existence.

⁴² J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 47-58.

⁴³ « Droit de conservation », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 374.

⁴⁴ C'est l'objet du Titre 1 de la première partie de la thèse.

exemple le droit, pour un État enclavé, d'accéder à la mer⁴⁵ – ou au contraire qu'elle ne lui soit pas opposable – ce qui évoque la question d'un droit de dénonciation ou de révision unilatérale des obligations⁴⁶. Entre les deux extrêmes du processus – *i.e.* entre opposabilité et non-opposabilité – devraient néanmoins figurer certains droits inhérents à la souveraineté, c'est-à-dire des droits librement exercés par les États en vue de leur propre préservation et qui ne seraient l'aboutissement d'aucun processus normatif formel.

19. D'un point de vue terminologique, il faut admettre que le droit de conservation de l'État est mobilisé sous des vocables très divers : il est tour à tour qualifié de « droit à l'existence », de « droit à la vie » ou « à la survie ». Il convient ainsi d'expliquer notre choix de privilégier la notion de « conservation » de l'État par rapport à ces autres notions.

La conservation de l'État et le droit à l'existence ou à la (sur)vie

20. Si l'on préfère parler de la conservation de l'État, c'est en raison des imprécisions inhérentes au concept de droit à l'existence. Ce dernier présente le risque d'être interprété comme un droit à venir au monde, ce qui se traduirait en droit international par un droit à être reconnu par les autres États⁴⁷. Les questions entourant la reconnaissance d'État, y compris celle de savoir s'il existe une obligation de reconnaître un État nouvellement indépendant, ont suscité un vif intérêt dans la doctrine⁴⁸. Cependant, ces questions ne nécessitent pas d'être approfondies davantage dans le cadre de notre sujet, car elles ne sont pas directement liées à celui-ci. L'objet de la présente thèse consiste plutôt à étudier la manière dont un État peut garantir sa conservation *une fois qu'il a établi son existence*, qui est réceptionnée par le droit international comme un simple fait⁴⁹.

21. La thèse touche ainsi aux conséquences qui découlent de la création d'un État, lesquelles impliquent l'applicabilité d'une série d'obligations juridiques garantissant la préservation de son existence. M. Wyler observe qu'« [a]ux droits de l'entité [nouvellement indépendante]

⁴⁵ V. le Chapitre 5 de la thèse, section 2, *passim*.

⁴⁶ V. le Chapitre 6 de la thèse, section 2.

⁴⁷ J. Vidmar, « The Concept of the State and its Right of Existence », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 562-564. V. la façon dont cette expression est employée par le ministre des Affaires étrangères de la Belgique, le 23/10/2012, cité in M. Franssen et X. Miny, « 'To be, and not to be', la 'reconnaissance juridictionnelle' de la Palestine dans le contentieux de l'apatridie en Belgique », *RBDI*, 2020/1, p. 298 : « [d]ès qu'un État correspond à cette définition [fondée sur les éléments constitutifs], il obtient son droit à l'existence ».

⁴⁸ La distinction est clairement établie par C. Eagleton, *International Government*, 3^{ème} édition, New York, Ronald Press Company, 1957, pp. 79-80 : « [t]here is no right for a state to be born ; at best, a state once in existence may claim the right to continue to exist ». V. aussi, J. Vidmar, « The Concept of the State and its Right of Existence », *ib.*

⁴⁹ Conférence pour la paix en Yougoslavie, Avis n°1 de la Commission d'arbitrage, *RGDIP*, vol. 96, 1992, p. 264 : « [l]a Commission considère (...) [que] l'existence ou la disparition de l'État est une question de fait (...) ».

correspondraient des obligations provenant du droit international général à charge des États auteurs de la Reconnaissance, tenus de respecter en particulier les règles *essentielles sur l'intégrité territoriale ou le principe de non-ingérence dans les affaires internes* »⁵⁰. Plutôt que de se focaliser sur l'acte de reconnaissance en tant que tel, notre sujet se concentre sur ces principes fondamentaux qui sont au cœur de la thèse, car le droit d'autoconservation correspond davantage à « un 'droit au maintien dans l'existence' »⁵¹ ou, autrement dit, à un « *right not to be extinguished* »⁵². C'est dans ce cadre que les revendications d'un droit à l'existence sont formulées, notamment par les entités dont la reconnaissance en tant qu'État est contestée : elles cherchent à bénéficier des règles protectrices mentionnées précédemment et qui sont l'apanage des États⁵³. Il en est ainsi pour les micro-États⁵⁴ ou encore pour Israël, ce dernier invoquant régulièrement, avec ses alliés, un droit à l'existence qui désigne en réalité un « *right to be recognized and accepted by its neighbours and to exist within secure and guaranteed boundaries (...)* »⁵⁵. Notre thèse se concentre précisément sur les garanties accordées aux États pour maintenir leur existence, qui sont parfois évoquées dans la pratique comme une conséquence du « droit à l'existence ».

⁵⁰ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 161-162 (italiques ajoutés). Dans le même sens, F. Poirat, « État », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 645 : il résulte de la qualité d'État que celui-ci « peut exciper du respect des qualités inhérentes à son statut et opposer à l'ensemble des États un certain nombre de droits qui consistent dans le respect de ce que l'on désigne par l'expression 'droits fondamentaux'. Ces derniers se manifestent notamment par le droit à l'intégrité territoriale (...) ».

⁵¹ D. Alland, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2013, p. 33 : l'auteur perçoit le droit de conservation comme une « expression préférable à l'absurde 'droit à l'existence', car il s'agit bien d'un 'droit au maintien dans l'existence' ».

⁵² J. Vidmar, « The Concept of the State and its Right of Existence », *op. cit.*, p. 548 et pp. 552-562.

⁵³ Cela a d'ailleurs quelque chose de particulièrement paradoxal : en effet, qui, n'existant pas, pourrait avoir un droit, fût-ce celui d'exister ? En réalité, la pratique mobilise ce droit d'exister pour asseoir l'existence de ces entités afin qu'elles puissent bénéficier des règles protectrices inhérentes au statut d'État.

⁵⁴ V. ainsi une déclaration du Chef du Gouvernement du Liechtenstein devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en 1995 : « [p]our le Liechtenstein, l'entrée au Conseil de l'Europe revêtait à bien des égards une importance décisive. Tout d'abord, elle lui permettrait de bénéficier de la protection de l'ordre international auquel il s'intégrait ; c'était reconnaître les petits pays et leur droit à l'existence » (cité par N. Haupais, « Le micro-État souverain ? Liberté, égalité, exigüité », in F. Rouvillois (dir.), *Les micro-États au XXI^{ème} siècle*, Paris, Éditions du Cerf, 2017, p. 64).

Disponible en ligne :

[<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/Speeches/Speech-XML2HTML-FR.asp?SpeechID=69>] (consulté le 23/12/2022).

⁵⁵ Déclaration du ministre des Affaires étrangères italien faite à l'AGNU au mois de septembre 1982, reprod. in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 6, 1985, p. 232. La formulation paraphrase ainsi la résolution 242 (1967) du CSNU, adoptée à la 1382^{ème} séance du 22/11/1967, §1(ii), S/RES/242(1967) : l'un des principes indispensables à « l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient » concerne le « respect et [la] reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force ».

22. Cependant, remarquons que la définition du « droit à l'existence » nécessite de faire appel à la notion de conservation de l'État, car ce droit vise à reconnaître aux États une série de droits qui leur permettent de se préserver. À l'inverse, il n'est pas possible de préciser le contenu du droit d'autoconservation en se référant au droit d'exister, ce qui renforce la nécessité de considérer le premier comme moyen de délimiter le champ de l'étude. Cela transparaît clairement dans les écrits des juristes classiques qui, sous couvert d'ériger au sommet de leur théorie le droit d'exister, le définissent finalement à travers la notion de conservation de l'État. En ce sens, Alexandre Merignhac détermine le contenu du droit d'exister à partir du droit de conservation « car se conserver, c'est continuer d'exister, en sorte que les deux droits apparaissent comme intimement liés l'un à l'autre et ne sont au fond que la conséquence de la même idée »⁵⁶. Ce constat est partagé, plus ou moins explicitement, par Ernest Nys⁵⁷, Paul Fauchille⁵⁸, Louis Le Fur⁵⁹ ou encore Marcel Sibert⁶⁰ et Oscar Svarlien⁶¹.

23. Enfin, bien que le droit d'exister soit parfois considéré comme le « droit essentiel par excellence »⁶², il est plutôt perçu comme une coquille vide à partir de laquelle découlent les autres droits fondamentaux. Cela couvre, par exemple chez Alphonse Rivier, les droits de conservation, d'indépendance et de commerce⁶³. Le droit à l'existence correspond finalement au postulat sur lequel se fonde la théorie : il sert à expliciter le fait que certains droits fondamentaux apparaissent dès que l'existence d'un État est établie.

24. Parler ensuite d'un « droit à la vie » ou « à la survie » présente l'inconvénient de postuler le caractère « vivant » de l'État, c'est-à-dire de reprendre une conception anthropomorphique aujourd'hui dépassée et critiquée⁶⁴. Il est bien entendu possible d'employer ces expressions par commodité de langage, comme l'a fait la Cour internationale de Justice dans son célèbre avis de 1996, qui accompagnera de nombreux développements de la thèse. L'expression « conservation » présente néanmoins l'avantage de réunir les deux aspects visés par les droits à la « vie » et à la « survie » : elle désigne à la fois l'existence quotidienne de l'État – la vie ou,

⁵⁶ A. Mérignhac, *Traité de Droit public international*, Paris, Pichon, 1905, vol. I, p. 239.

⁵⁷ E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, op. cit., Tome II, Chapitre I, pp. 218-222.

⁵⁸ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Tome I, §241, p. 408 : « [a]insi, du droit à l'existence découlent le droit de conservation et celui de liberté ».

⁵⁹ L. Le Fur, *Précis de droit international public*, op. cit., §§656-657, pp. 347-348.

⁶⁰ M. Sibert, *Traité de droit international public*, op. cit., Tome I, §162, p. 230.

⁶¹ O. Svarlien, *Introduction to the Law of Nations*, Londres, McGraw-Hill Book Company, 1955, p. 123.

⁶² A. Rivier, *Principe du droit des gens*, op. cit., Tome I, Livre IV, Chapitre I, §19, p. 255.

⁶³ *Id.*, pp. 256-257. Cela transparaît également dans les énoncés des titulaires des chapitres. Le premier est relatif aux « droits essentiels et leurs restrictions en général », et les suivants correspondent à la liste de ces droits : le droit de conservation (chapitre II) ; le droit d'indépendance (chapitre III) ; le droit au commerce (chapitre IV). Aucun chapitre n'est dédié au droit à l'existence.

⁶⁴ F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », op. cit., pp. 247-249.

reprenant Ortolan, l'« action » – ainsi que les circonstances exceptionnelles dans lesquelles cette existence serait menacée – la survie ou, toujours selon Ortolan, la « réaction ».

25. C'est précisément en raison de sa portée englobante que le choix a été fait de traiter la « conservation » de l'État *lato sensu*. Cette dernière expression traduit ainsi l'approche englobante et indéterminée que l'on vient de décrire – à la fois la réaction à une menace existentielle et l'action de préserver les conditions d'existence d'un État. Selon cette perspective, la notion inclut nécessairement tout ce qu'un État estime nécessaire au maintien de son existence : certains intérêts vitaux et essentiels ou encore la sécurité nationale.

Nécessité, intérêts vitaux, sécurité nationale et autoprotection

26. L'intérêt vital, par définition, « sert à la conservation de la vie »⁶⁵, que ce soit celle de l'État ou de l'individu. La thèse ne saurait dès lors ignorer certains aspects que des États pourraient considérer comme vitaux, puisqu'ils permettent d'identifier les éléments qu'ils jugent nécessaires à la préservation de leur existence. Il ne faut cependant pas penser que l'on souhaite traiter un sujet maintes fois ressassé, celui relatif aux clauses des intérêts vitaux. Politis le remarquait justement dans son cours de La Haye, ces intérêts étaient initialement invoqués pour identifier un domaine réservé de l'État insusceptible d'aliénation par les engagements internationaux⁶⁶. Il n'est pas question de réfuter l'approche retenue par la CPJI dans l'affaire des *Décrets*, qui a rejeté une approche matérielle du domaine réservé en faveur d'une conception formelle et relative⁶⁷. La thèse entend plutôt mobiliser cet avis de la Cour comme point de départ à une étude originale du sujet⁶⁸.

27. Tirer les conséquences de cette solution conduit à remettre en question la place accordée à la conservation de l'État en droit international. On pourrait facilement en conclure que le rejet d'une des manifestations de l'autoconservation entraîne également le rejet de la notion elle-même. Cependant, Lauterpacht avançait des arguments tout à fait différents afin de démontrer

⁶⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, « vital », disponible en ligne.

⁶⁶ N. Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, pp. 44-45.

⁶⁷ CPJI, avis, 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *Rec. CPJI*, série B, p. 24 : « [L]a question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprise dans ce domaine réservé ».

⁶⁸ V. le Chapitre 2 de la thèse, section 2. En outre, la question du domaine réservé a été abordée par M^{me} Motsch dans le cadre de son hypothèse de redéploiement étatiste des droits fondamentaux. P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux étatiques*, *op. cit.*, pp. 280-284 et 524-526.

l'inanité des clauses d'intérêts vitaux, suggérant ainsi que la conservation de l'État *transpire* du droit positif :

« *It is not sufficiently realized that fundamental rights of States are safe under international judicial settlement, for the reason that they are fundamental legal rights ; that inalienable rights are safe under international judicial settlement, because nothing – except force – can alienate them ; that matters which according to international law are within exclusive domestic jurisdiction are safe under the aegis of obligatory arbitration, because a tribunal acting judicially will necessarily adjudge them to be so* »⁶⁹.

Le réflexe ainsi partagé par l'auteur appelle nécessairement l'attention du juriste, en ce qu'il invite à s'éloigner de l'alternative manichéenne entre admission ou rejet de la conservation de l'État en droit international. La réponse se situerait entre les deux extrêmes. À ce titre, il ne serait pas possible d'écarter du champ d'études de la thèse ces intérêts vitaux que les règles substantielles du droit international viendraient garantir ou, *a minima*, préserver⁷⁰.

28. Ensuite, à propos des « intérêts essentiels », s'ils correspondent *a priori* à de simples synonymes des « intérêts vitaux », les premiers semblent aujourd'hui distingués des seconds, du moins si l'on se réfère à l'« état de nécessité » tel qu'élaboré dans le *Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États* de la Commission du droit international⁷¹. L'article 25, premier alinéa, stipule en effet qu'un État « ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent (...) »⁷². Bien qu'essentiel, tout « intérêt » de cette nature n'est pas nécessairement lié à la préservation de l'existence de l'État – contrairement aux intérêts *vitaux*. Le commentaire du *Projet d'articles* relève ainsi que l'état de nécessité « a été invoqué pour protéger des intérêts très divers, qu'il s'agisse de sauvegarder l'environnement, de préserver l'existence même de l'État et de ses ressortissants dans des situations d'urgence publique ou

⁶⁹ H. Lauterpacht, *The Functions of Law in the International Community*, 1^{ère} éd., Oxford, Clarendon Press, 1933, P. 173, nous soulignons.

⁷⁰ En ce sens, la Belgique refusait par exemple de voter en faveur de la résolution relative à la Charte sur les droits et devoirs économiques des États « en raison de la méconnaissance d'intérêts considérés vitaux pour [le] pays », in *RBDI* 1977/1-2, p. 522 (elle s'opposait aux articles 2, 4, 5, 6, 16 et 26 de la Charte). *A contrario* donc, si les obligations de la Charte garantissaient ou, au moins, ne portaient pas atteinte à ces intérêts, la Belgique aurait voté en faveur de la résolution.

⁷¹ Art. 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adopté par la résolution 56/83 de l'AGNU, le 12 décembre 2001.

⁷² *Ibid.*

d'assurer la sécurité d'une population civile »⁷³. En outre, les intérêts n'ont pas seulement à être essentiels à l'État puisqu'ils peuvent également l'être à « la communauté internationale dans son ensemble »⁷⁴.

29. La P^{re} Cassella a cependant démontré que « si la Commission du droit international a estimé qu'il ne fallait pas retenir la seule sauvegarde de l'existence de l'État comme intérêt essentiel dans une situation de nécessité, il est évident qu'elle reste l'un des objets les plus importants du danger »⁷⁵. Partant, la thèse ne saurait ignorer cet aspect crucial du droit international positif. Pour autant, l'état de nécessité ne constitue pas le cœur de notre travail mais seulement un aspect, notamment parce que cette notion était rejetée par la majorité des internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux⁷⁶. Cet élément a de quoi surprendre les auteurs contemporains qui ont tendance, pour mieux réprover le droit d'autoconservation, à le confondre avec toutes les notions destinées à protéger l'État⁷⁷. Pour cela, les raisons qui ont motivé un tel rejet de la nécessité méritent notre attention, et non pas seulement l'étude de la défense de nécessité en tant que telle.

30. Enfin, il convient d'aborder la notion de « sécurité nationale » qui a regagné en popularité grâce aux différentes « exceptions » qui y sont liées, présentes dans les traités bilatéraux d'investissement, les accords commerciaux internationaux et les instruments relatifs à la garantie des droits de la personne humaine. De la même manière que les intérêts essentiels n'ont pas nécessairement trait à la conservation de l'État, la sécurité nationale, quoiqu'intéressant nécessairement la protection de l'État, n'implique pas de le protéger contre une menace *existentielle*. Certaines jurisprudences ont certes défini le concept en lien avec ce qu'un État estime nécessaire à la préservation de son existence – telle qu'une « interruption de

⁷³ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », §14 sous l'article 25, disponible dans *ACDI*, vol. II(2), 2001, p. 88.

⁷⁴ *Ib.*, §15.

⁷⁵ S. Cassella, *La nécessité en droit international, de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 184.

⁷⁶ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, *op. cit.*, Tome I, pp. 374 et s. ; A. Mérignhac, *Traité de Droit public international*, *op. cit.*, Tome I, p. 247 ; P. Fauchille, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, Tome I, p. 420 ; M. Sibert, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, pp. 236-237, n°167. À l'inverse, lorsque la nécessité est acceptée par d'autres auteurs comme un moyen susceptible de justifier la violation de règles normalement applicables, les circonstances justifiant cette nécessité ne sont jamais expressément liées avec le droit de conservation de l'État.

⁷⁷ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *RGDIP*, 2008/1, p. 7 : « la glorification actuelle du concept de 'sécurité nationale' n'est pas sans rappeler les vieilles doctrines des droits fondamentaux des États, du droit à la conservation ou de la théorie des intérêts vitaux, sollicitées, surtout au XIX^e siècle, pour justifier la violation de règles du droit international. La 'sécurité internationale' n'aurait-elle alors pas pour tentation de se substituer à ces doctrines obsolètes et condamnées par l'histoire ? ».

l'approvisionnement en produits pétroliers »⁷⁸. Une définition plus large demeure cependant, en vertu de laquelle tout ce qui relève de la sécurité nationale d'un État ne constitue pas automatiquement un intérêt vital⁷⁹.

31. Ceci est manifeste dans une thèse récemment publiée, relative à la sécurité nationale⁸⁰, où la notion impose à son auteur un champ d'investigation bien plus étendu que le nôtre. Les questions soulevées par les exceptions de sécurité nationale présentent néanmoins quelques similitudes avec celles que soulève la conservation de l'État – comme l'enjeu entourant l'autoappréciation d'une menace à la sécurité nationale et qui évoque le problème de la qualification de la menace existentielle⁸¹. À ce titre, le concept de sécurité nationale sera parfois mobilisé par analogie afin d'étudier celui d'autoconservation, mais la thèse ne peut pas se limiter à la sécurité, car cela reviendrait finalement à étudier la *protection* de l'État et non plus uniquement la *préservation de son existence*.

32. C'est pour cette raison qu'il n'est pas non plus question d'orienter nos recherches autour d'un quelconque « droit d'autoprotection » (« *self-help* ») des États. Lorsqu'il est mobilisé, ce droit jouit d'une portée bien plus élargie que le droit d'autoconservation. Michel Virally le définissait en tant que « droit ultime de l'État souverain » lui permettant « de poursuivre, par tous les moyens autorisés par le droit international, l'exécution des obligations internationales des autres États à son égard »⁸². Pour cette raison, les contre-mesures ou les représailles armées sont généralement désignées comme tombant dans le champ du droit d'autoprotection⁸³, autant de manifestations qui n'intéressent pas directement la préservation de l'existence de l'État⁸⁴. Lorsque la Cour internationale de Justice était confrontée, dans le cadre de l'*Affaire du Détroit*

⁷⁸ CJCE, « Campus Oil Limited et autres contre ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres », arrêt du 10 juillet 1984, aff. 72/83, §34. Une jurisprudence davantage approfondie dans le chapitre 8 de la thèse, pp. 497-498.

⁷⁹ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *op. cit.*, pp. 14-15.

⁸⁰ A. Zourabichvili, *La sécurité nationale et le droit international. Tome 1, La sécurité nationale dans les traités internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2021, 408 p. ; A. Zourabichvili, *Tome 2, La sécurité nationale dans la conduite unilatérale des États*, Paris, L'Harmattan, 2021, 408 p.

⁸¹ V. le Chapitre 8 de la thèse, section 1.

⁸² M. Virally, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, vol. 183, 1983, p. 83. Dans le même sens, P. Haggemacher, « Self-Defence as a General Principle of Law and its Relation to War », in A. Eyffinger et al. (ed.), *Self-Defence as a Fundamental Principle*, La Haye, Hague Academic Press, 2009, p. 9 : « [t]he natural place of self-help is in so-called 'primitive' or 'weak' legal orders, which have only rudimentary central organs, and whose subjects therefore have 'to take the law into their own hands' to enforce it. While self-preservation has a mainly defensive connotation, self-help is distinctly active since it aims at the pursuit of a right » (souligné ajouté).

⁸³ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 13^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 562 et p. 672.

⁸⁴ La raison pourrait certes avoir trait à l'existence de l'État, mais uniquement du point de vue de son fondement, v. Ch. de Visscher qui considérait que la notion d'autoprotection correspondait à une « idée de base vraiment inhérente à l'existence de l'État », in *AIDI*, vol. 53(1), 1969, p. 652.

de Corfou, à l'invocation par le Royaume-Uni de son droit d'autoprotection, elle n'a pas hésité à rejeter cette défense⁸⁵. En effet :

« Entre États indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux. La Cour reconnaît que la carence complète du Gouvernement albanais dans l'exercice de ses fonctions au lendemain des explosions, ainsi que le caractère dilatoire de ses notes diplomatiques constitue pour le Gouvernement du Royaume-Uni des circonstances atténuantes. Elle doit, néanmoins, pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie »⁸⁶.

33. Devrait-on, pour les mêmes raisons, refuser à la conservation de l'État tout effet juridique ? Ce serait négliger un point important : dans l'affaire susmentionnée, le Royaume-Uni n'était pas confronté à une menace existentielle mais à la présence de mines qui pouvaient potentiellement endommager l'intégrité de ses navires. Cet exemple met en évidence la différence de portée qui existe entre le droit d'autoprotection et le droit de conservation, le premier étant bien plus large que le second⁸⁷. Il est certes possible que les modalités d'autoprotection incluent celles d'autoconservation, puisqu'après tout, préserver l'existence d'un État aboutit à le protéger. L'inverse n'étant pas vrai, on préfère se concentrer sur l'effet juridique potentiel de la conservation de l'État en droit international.

34. Pour autant, il ne faut pas considérer que la solution de la Cour n'est pas riche d'enseignement pour notre sujet, notamment lorsqu'elle explique ne pas pouvoir accepter la défense tirée d'un hypothétique « droit d'autoprotection » afin d'« assurer l'intégrité du droit international ». En relevant le rôle potentiellement destructeur du droit d'autoprotection, on comprend mal comment il ne pourrait pas en être de même s'agissant du phénomène d'autoconservation. En effet, la pratique et l'analyse doctrinale révèlent à quel point il est courant de s'inquiéter de la résurgence du concept de « conservation de l'État », car il est accusé de remettre en question les progrès achevés en droit international, à savoir la domestication du recours à la force et du droit d'autoconservation.

⁸⁵ CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, arrêt (fond), 9 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 35.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ V. la définition donnée par J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 113 : « [t]erme rarement employé. Lorsqu'il l'est, sert à traduire l'expression anglaise : *self-help* et à exprimer l'idée d'une justification exceptionnelle d'un acte en lui-même contraire au droit international, cette justification étant tirée de la circonstance que l'État, auquel cet acte est imputable, n'avait pas d'autres moyens d'assurer sa propre défense ou celle des intérêts dont il a la garde. L'autoprotection est à distinguer de la légitime défense, de l'état de nécessité et des contre-mesures, qui, elles, sont prévues comme causes d'exonération de la responsabilité ».

Cadre théorique de la thèse

35. Pour mieux appréhender le cadre théorique de la thèse, il est pertinent de se poser la question suivante : la prétendue victoire du droit international sur le phénomène d'autoconservation, grâce à l'adoption de la Charte des Nations Unies, en est-elle véritablement une ? Cela impliquerait-il, le cas échéant, le caractère obsolète et vieillissant de l'argument de conservation ? Arriver à cette conclusion ne va pas de soi : le rétrécissement d'une notion en droit international ne conduit pas nécessairement à sa disparition. En effet, il serait hâtif de conclure qu'une notion, même encadrée et limitée, n'a plus aucun effet juridique. Elle pourrait au contraire correspondre à un principe structurel du droit international autour duquel ce dernier s'articule, se manifestant ainsi en tant que principe général *du* droit international.

Le récit de l'interdiction du recours à la force et du droit d'autoconservation

36. En lisant conjointement la doctrine antérieure et postérieure à la Première Guerre mondiale, on réalise combien l'analyse communément admise de la conservation de l'État s'insère dans un récit plus général qui tend à louer les progrès du droit international vers l'emprise d'un phénomène *a priori* ajuridique : la guerre, un concept supposé garantir la préservation des États mais qui relevait du champ de la politique. Parler de « récit » et non plus d'« histoire » mérite d'être expliqué à l'aune de la thèse de M^{me} Verdebout. Selon elle, la doctrine participe depuis la fin de la Première Guerre mondiale à une « réécriture de l'histoire du recours à la force » en soutenant l'idée selon laquelle le droit international aurait été indifférent, avant 1919, à la licéité d'un tel recours⁸⁸. Autrement dit, avant l'adoption du Pacte de la Société des Nations et de la Charte des Nations Unies, l'absence de réglementation conférait aux États une liberté totale de mener la guerre, ce qui conduisait à assimiler les relations interétatiques à un état de nature et à la négation du droit international en tant qu'ordre juridique. La thèse de M^{me} Verdebout permet de démontrer l'assertion d'un autre auteur, selon lequel « [l]e droit de la guerre (...) est un lieu idéologique assez fabuleux »⁸⁹ où de nombreux postulats ont influencé l'analyse doctrinale de cette période historique.

⁸⁸ A. Verdebout, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of 'Indifference'*, Cambridge, CUP, 2021, 387 p.

⁸⁹ C. Santulli, « La neutralité de l'analyse juridique, l'utilisation des concepts de 'droits de l'homme' et 'démocratie' à des fins militaires et l'extension de la souveraineté de l'État. Observations à partir du livre de Robert Charvin, *Répliques. Droit international. Relations internationales* », *RGDIP*, 2022/2, p. 243 : « [o]n est évidemment dans l'idéologie juridique la plus virevoltante, sans aucun besoin de légitimation historique – absolument invraisemblable, du reste. Sa force est dans son caractère indiscutable : c'était comme cela avant, et les livres d'enseignement (sans exception remarquée) partent de cette identique prémisse. Or, il est facile de constater qu'il n'y a pas de base factuelle solide permettant d'établir l'existence d'un monde primitif de libre guerre, distingué d'un monde nouveau différent ».

37. Ladite thèse adopte une approche critique de l’histoire du droit international (« *critical histories* ») qui « *rely on the idea that the past can never be fully accounted for and that ‘historical truth’ is unattainable* »⁹⁰. L’histoire ainsi décrite par la doctrine serait non seulement le produit de « *certain conscious or unconscious premises and biases* », mais elle poursuivrait également « *some conscious or unconscious political or ideological purposes* »⁹¹. À ce titre, il n'existerait pas une seule histoire mais bien plusieurs, expliquant pourquoi il faudrait parler de « récit » ou de « *narrative* » : cette dernière notion, en anglais, désigne une « *particular way of explaining or understanding events* »⁹². En l’espèce, le « récit de l’indifférence » susmentionné correspond à l’approche dominante que l’auteure entreprend de déconstruire à partir d’une analyse de la doctrine et de la pratique des XIX-XXème siècles. Il n’est cependant pas question pour l’auteure de proposer sa propre histoire du recours à la force, puisque la méthodologie employée implique, on l’a vu, de refuser qu’une telle vérité unique et universelle – *i.e.* objective – soit atteignable.

38. La thèse est enrichie d’une autre théorie sur laquelle il convient également de revenir : la « mnémohistoire »⁹³. Les historiens qui appartiennent à ce courant de pensée « *contend that the manner in which the past is remembered and events are believed to have taken place is more important, and therefore more interesting, than the way things truly happened* »⁹⁴. À partir d’une analyse de la doctrine des XIX-XXème siècles ainsi que de la pratique issue de la même période, l’auteure entend justement mettre au jour « *the preconceptions (and misconceptions) upon which our present-day narrative relies* »⁹⁵. Ces deux méthodologies permettent ainsi à la fois de déconstruire un mythe – celui de la liberté du recours à la force avant 1919 – mais également d’élucider les raisons pour lesquelles la doctrine a cru nécessaire de le défendre.

39. Sans revenir en détail sur la démonstration de l’auteure, il suffit de remarquer que ses conclusions peuvent être rapprochées des nôtres : la doctrine et la pratique relatives au recours à la force ne correspondent pas à la caricature absolutiste, politiste et ajuridique que l’analyse contemporaine entend leur attribuer depuis la fin de la Première Guerre mondiale⁹⁶. Ce constat doit être étendu au droit d’autoconservation : les auteurs qui admettaient la notion ne la

⁹⁰ A. Verdebout, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of ‘Indifference’*, *op. cit.*, p. 6.

⁹¹ *Ib.*

⁹² « Narrative », *Cambridge Dictionary*, disponible en ligne :

[<https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/narrative>] (consulté le 14/06/2023).

⁹³ A. Verdebout, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of ‘Indifference’*, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴ *Id.*, pp. 7-8.

⁹⁵ *Id.*, p. 11.

⁹⁶ *Id.*, sur l’analyse de la doctrine v. pp. 15-97 et pour la pratique, pp. 114-205.

théorisaient jamais en dehors de tout cadre juridique. Au contraire, ce droit était perçu comme un moyen de garantir la *coexistence* des États. M^{me} Verdebout observe que depuis la fin de la Première Guerre mondiale, la doctrine avance une série d'objections pour discréditer le constat auquel on aboutit après avoir (re)lu la pratique et la doctrine antérieures :

« (...) [S]ome may be tempted to argue, as Ian Brownlie and von Bernstorff, that the arguments put forward by States were 'stereotypes pleas' mobilising a concept of self-preservation that admitted so many *casus belli* that it was actually devoid of any legal significance. In other words, even if self-preservation might at some point have had a legal existence, the uses and abuses that it underwent emptied it from any palpable juridical content, relegating it to a mere 'catch-all' political notion »⁹⁷.

40. Cette position est tributaire d'une certaine conception doctrinale du droit international antérieur à 1919, selon laquelle la liberté dont bénéficiaient les États ne permettait pas de constater l'existence d'un véritable ordre juridique⁹⁸. L'objection devrait être néanmoins écartée après avoir insisté sur le point suivant : peu importe qu'une notion ait fait l'objet d'abus et que son champ d'application ait été conçu largement. Ce qui est crucial, c'est que les États « used the vocabulary of international law to justify their behaviour on the basis of self-preservation »⁹⁹. Lorsque Michel Virally expose les conditions dans lesquels il est possible d'admettre la validité d'une norme juridique, il estime qu'il suffit que cette norme vaille « dans l'ordre juridique auquel elle appartient » ou, autrement dit, qu'elle soit « susceptible de produire des effets de droit dans le cadre de cet ordre »¹⁰⁰.

41. Ainsi, le fait que l'argument de la conservation de l'État relève du droit plutôt que de la politique s'explique aisément : parce qu'il accompagne toujours une prétention juridique. L'État ne déclare pas de manière péremptoire : « j'ai agi de cette manière pour préserver mon existence ». Au contraire, il affirme : « j'ai le droit d'agir ainsi en vertu du droit international, car c'est essentiel à ma survie ». En affirmant « avoir le droit », l'État lui attribue un *effet juridique* clairement identifié : soit la justification du non-respect d'une obligation, soit la création ou l'inopposabilité d'une règle. De plus, l'autoconservation est généralement associée

⁹⁷ *Id.*, pp. 204-205.

⁹⁸ Si l'on désigne surtout la question de l'existence du droit international entre 1648 (traité de Westphalie) et 1919, la doctrine s'est également posée une interrogation semblable pour la période antique et médiévale. Pour une systématisation, v. S. Laghmani, « Les origines du droit international public et le concept de discours fondateur », in P.-M. Dupuy et V. Chetail (éd.), *Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Hagenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 452-458.

⁹⁹ *Id.*, p. 205.

¹⁰⁰ M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDJ*, 1966, p. 58.

au droit international, ce qui signifie que les États considèrent que cette notion présente un caractère juridique. Pour reprendre les termes des P^r Corten et *alii*, « (...) même lorsque cela s'avère très difficile, un État tient à légitimer son action au nom d'un 'droit international'. Loin de contester son existence, l'État, tout en ne le respectant sans doute pas dans les faits, en affirme paradoxalement l'importance dans son discours. De toute évidence, personne ne semble écarter le droit international comme registre, parmi d'autres, de légitimité »¹⁰¹. C'est pourquoi notre thèse ne porte pas sur le concept même de « raison d'État », qui consiste à nier toute contrainte juridique à une conduite qui permet de garantir l'existence d'un État¹⁰². Selon nous, la « conservation de soi » ne vise pas à échapper à l'emprise du droit international, car c'est impossible. Elle vise plutôt à exercer elle-même une emprise sur les règles de cette discipline juridique¹⁰³.

42. Ainsi, les prétentions fondées sur la conservation de l'État mettent en lumière un point crucial qu'il convient d'approfondir : la survie serait *garantie* par le droit international. Cela soulève la question de la nature de la conservation de l'État : s'agit-il d'une *valeur* préservée par le droit ou d'une règle de droit international opposable à des tiers ? Pour répondre, revenons un instant sur les mots employés pour décrire le phénomène que l'on vient de décrire, à savoir la victoire supposée de la Charte des Nations Unies sur l'« instinct de conservation », c'est-à-dire la « domestication » de cette « *compulsion* » invoquée par l'Allemagne pendant la Première Guerre mondiale¹⁰⁴.

43. Selon le dictionnaire de l'Académie française, la « domestication » peut avoir une première acception qui semble rejoindre les deux premières notions : il s'agirait en effet d'« [a]pprivoiser, dresser, rendre docile un animal sauvage »¹⁰⁵. Transposée à notre sujet, une telle définition supposerait de considérer les États, avant l'interdiction du recours à la force, selon cette perspective. Ainsi, ces États, libres d'agir comme ils l'entendaient pour préserver

¹⁰¹ O. Corten, F. Dubuisson, V. Koutroulis et A. Lagerwall, *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 44.

¹⁰² F. Poirat, « État », *op. cit.*, p. 644 : car si l'on en croit l'auteure, la raison d'État sert à « (...) échapper à l'emprise des règles juridiques, notamment lorsque sa propre survie est en cause ».

¹⁰³ V. *infra*, pp. 36-38.

¹⁰⁴ Dans une lettre communiquée par le ministre des Affaires étrangères allemand le 16 février 1915, on peut lire un argumentaire qui soutient la licéité d'un décret qualifiant la Manche de zone de guerre inaccessible aux navires marchands, mêmes neutres. Selon les États-Unis d'Amérique, la violation du principe de liberté en haute mer n'était pas « *justified by the rules of international law or required under the principle of self preservation* ». À l'inverse, l'Allemagne faisait référence au blocus maritime imposé par le Royaume-Uni depuis le début de la guerre, espérant que le gouvernement étatsunien comprenne « *the full meaning of the severe struggle which Germany is conducting for her very existence (...)* ». V., *The United States and The War – President Wilson's Notes on the Lusitania and Germany's Reply*, New York, Brooklyn Daily Eagle, 1915, pp. 17 et 32.

¹⁰⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., entrée « domestiquer ».

leur existence, interagissaient entre eux comme les individus dans l'état de nature. C'était du moins l'approche retenue par ceux qui ont critiqué la théorisation d'un droit d'autoconservation détenu par tous les États¹⁰⁶. Afin de surmonter cette situation où le droit semblait n'avoir aucun rôle à jouer, à moins de relever du droit *naturel*, il était nécessaire d'appriivoiser (« *to tame* ») ce que Westlake qualifiait de simple instinct de conservation. C'est pourquoi le terme de « domestication », employé par le P^f Kolb, est approprié : il ne s'agit pas seulement d'encadrer une notion, mais également de maîtriser le comportement quasiment brutal et bestial des États.

44. Une telle approche doit-elle cependant signifier que l'autoconservation n'aurait plus aucun rôle à jouer dans ce « nouveau » droit international, celui postérieur au processus de domestication ainsi décrit ? Il ne semble pas possible d'apporter une réponse positive à cette question, surtout après avoir rappelé la seconde acception du mot « domestication », complémentaire de la première : domestiquer serait également « [s]e rendre maître d'une force naturelle *pour en tirer parti* »¹⁰⁷. Laissant de côté, pour l'heure, la manière dont la « conservation de soi » pourrait correspondre à une « force naturelle »¹⁰⁸, il convient de conclure sur ce qu'implique la « domestication » pour notre sujet : celle-ci ne signifie pas le *rejet* de la notion de conservation de l'État, bien au contraire. L'entreprise de « domestication » suppose une infiltration de la notion dans le droit positif « *pour en tirer parti* », c'est-à-dire pour construire les règles juridiques *à partir* du besoin exprimé par les États de préserver leur existence¹⁰⁹. Logiquement, cela interroge le caractère potentiellement inhérent de la conservation de l'État au droit international : si elle n'est pas explicitement présente dans les sources du droit positif, car inhérente, l'autoconservation en imprègne néanmoins le tissu juridique. Loin cependant de réhabiliter la conservation de soi comme un droit fondamental de l'État, ce concept désignerait également un principe inhérent, structurel ou coextensif au droit international.

¹⁰⁶ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 3^{ème} éd., Paris, Pedone, 1960, p. 31 : « [I]es droits fondamentaux de l'État (droit de conservation, d'indépendance, d'égalité, de respect et de commerce international) se présentent dans la doctrine comme le résidu d'un état de nature ou de complète liberté qui aurait existé entre les groupements humains avant leur entrée dans la vie politique ».

¹⁰⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., entrée « domestiquer » (italiques ajoutés).

¹⁰⁸ La thèse entend effectivement démontrer que la « continuité de l'État » est naturelle et inhérente à tout État, ce qui implique l'autoconservation. V. le Chapitre 1 de la thèse, section 1.

¹⁰⁹ D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 304 : l'existence de l'État serait « *nécessairement sous-entendue dans toute obligation assumée par les États* » (italiques ajoutés).

Réhabilitation et correction de la théorie des droits fondamentaux étatiques

45. Pour ne retenir que les principales recherches relatives à la pertinence de la théorie des droits fondamentaux étatiques en droit international contemporain, il faut citer celles de la P^{re} Poirat¹¹⁰, des P^r Barbato et Mouton¹¹¹, de M^{me} Motsch¹¹² ainsi que celles initiées dans un numéro du *Cambridge Journal of International and Comparative Law*¹¹³. M^{me} Motsch s'est récemment interrogée sur la possibilité de concevoir un double redéploiement de la théorie des droits fondamentaux : dans un premier temps fédéraliste et, dans un second temps, étatiste. La première perspective désigne une protection institutionnelle des droits fondamentaux de l'État, notamment par l'Organisation des Nations Unies ou par l'Union européenne¹¹⁴. La seconde approche porte sur les moyens dont dispose l'État pour « protéger unilatéralement l'ensemble des droits qui conditionne son étaticité »¹¹⁵. Chacune des perspectives interroge la pertinence, en droit positif, du concept de « fondamentalité » défini selon une acception matérielle et formelle¹¹⁶. D'un côté, les droits seraient fondamentaux « en ce qu'ils sont matériellement constitutifs de l'État » ou, de l'autre, ces mêmes droits seraient fondamentaux parce qu'ils auraient des effets juridiques spécifiques – comme la nullité des règles contraires¹¹⁷.

46. À propos du droit de conservation, l'auteure a relevé « que la communauté internationale tant protège que respecte le droit fondamental de tout État à la survie »¹¹⁸. Ce droit est à la fois garanti positivement par le système de sécurité collective des Nations Unies – il est protégé¹¹⁹ – et il est garanti négativement, puisqu'on ne retire à aucun État le droit de légitime défense – il est respecté. En outre, ce droit jouirait par ailleurs d'une normativité renforcée (*jus cogens*)¹²⁰. Toujours selon l'auteure, deux limites viendraient cependant relativiser le caractère fondamental du droit des États à la survie : les faiblesses du *jus cogens* d'une part¹²¹ et celles du système de sécurité collective de l'autre¹²².

¹¹⁰ F. Poirat, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'État », *Droits*, 1992, pp. 83-91.

¹¹¹ J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne*, op. cit., 332 p.

¹¹² P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., 623 p.

¹¹³ *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 502-660.

¹¹⁴ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 321-456.

¹¹⁵ *Idem*, p. 45. Les développements dédiés à cette perspective figurent aux pp. 457-556.

¹¹⁶ Une proposition que l'on trouvait déjà dans les écrits de son directeur de thèse, J.-D. Mouton, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne*, op. cit., pp. 10-14.

¹¹⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 25.

¹¹⁸ *Idem*, p. 359.

¹¹⁹ *Idem*, pp. 360-362.

¹²⁰ *Idem*, pp. 362-363.

¹²¹ *Idem*, pp. 366-367.

¹²² *Idem*, pp. 367-369.

47. À ces observations, sur lesquelles on reviendra ultérieurement¹²³, s'en ajoute une autre : à propos du redéploiement étatique – c'est-à-dire unilatéral –, l'auteure considère qu'un État ne peut pas résister « à l'internationalisation des compétences inhérentes » à son existence¹²⁴. Dit autrement, en reprenant finalement la solution de la CPJI dans l'*Affaire des Décrets* susmentionnée, rien ne permet de protéger un État contre la renonciation librement consentie à des éléments essentiels à son existence. Ainsi que le relevait déjà la P^{re} Poirat : « (...) parce qu'il est souverain, l'État a le droit de se suicider ! »¹²⁵. En vertu d'une conception formelle de la souveraineté, celle de la CPJI et de son arrêt *Wimbledon*, la conclusion d'un traité n'est pas un abandon de la souveraineté mais bien « un attribut de la souveraineté de l'État »¹²⁶. Partant, le droit international serait nécessairement indifférent à la disparition consentie de l'État, celle-ci pouvant se matérialiser *via* la renonciation ou l'aliénation de certains droits inhérents à son statut¹²⁷. À la limite, la seule protection que pourrait espérer l'État relèverait nécessairement de son droit constitutionnel¹²⁸.

48. Malgré l'apport indéniable que constituent les travaux susmentionnés, l'intérêt du sujet ne se trouve pour autant pas complètement épuisé, et ce pour plusieurs raisons. Contrairement à la littérature qui interroge la pertinence de la théorie des droits fondamentaux en droit contemporain, notre thèse ne s'appuie sur cette théorie que pour identifier les domaines où le droit international est généralement présenté comme étant favorable à la préservation de l'existence des États. Autrement dit, les manuels des internationalistes à l'origine de la théorie ne constituent pas la principale source de notre thèse, contrairement à celle de M^{me} Motsch¹²⁹. Ces écrits ont uniquement servi de point de départ à notre réflexion, afin de comprendre les raisons pour lesquels telle règle de droit international devait permettre à l'État de protéger son existence, et dans quelles conditions.

49. L'identification de ces règles a permis d'observer qu'au sein de la théorie des droits fondamentaux étatiques, les références à la survie de l'État irriguent des pans importants du droit international, voire son intégralité. Si M^{me} Motsch étudie certes la pratique des États dans la seconde partie de sa thèse, la perspective se trouve limitée par le fait qu'elle ne recherche que les invocations explicites des droits fondamentaux, au demeurant effectivement rares. Affirmer,

¹²³ V. le Chapitre 4 de la thèse, section 1.

¹²⁴ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, p. 457.

¹²⁵ F. Poirat, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'État », *op. cit.*, p. 90.

¹²⁶ CPJI, arrêt, 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon* (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Empire allemand), *Série A*, n° 1, p. 25.

¹²⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 484-507.

¹²⁸ *Idem*, pp. 509-556. Cette idée figure ég. dans les écrits de F. Poirat, « État », *op. cit.*, pp. 647-648.

¹²⁹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, p. 51.

comme le fait l'auteure, qu'il n'existe qu'une « pratique très limitée de l'invocation des droits fondamentaux » semble néanmoins être un raccourci¹³⁰. Contrairement à l'opinion communément admise, il n'est pas nécessaire de se tourner vers le droit des gens classique, c'est-à-dire antérieur au XX^{ème} siècle et plus précisément à la Charte, pour identifier des manifestations de la conservation de l'État. Cependant, si ces situations sont rares, c'est simplement parce que l'hypothèse où l'existence de l'État est véritablement menacée est nécessairement exceptionnelle¹³¹. Il reste que plusieurs traces de notre sujet peuvent être identifiées dans la pratique, démontrant une nouvelle fois son actualité.

50. La Charte des Nations Unies reconnaît en son article 51 un « droit naturel de légitime défense » auquel « [a]ucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte »¹³². À partir de celui-ci, la Cour internationale de Justice a identifié une « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »¹³³. Cette circonstance, également qualifiée par la Cour de « droit fondamental qu'a tout État à la survie »¹³⁴, ne lui permettait d'ailleurs pas de répondre « de façon définitive » à la question posée par l'Assemblée générale des Nations Unies. Autrement dit, la Cour s'est refusée à déterminer si un État pouvait recourir à l'arme nucléaire et violer le droit international humanitaire en toute impunité.

51. Plus récemment, un « droit à la survie » a également été invoqué en 2014 par l'ancien Président des Seychelles, M. James Alix Michel, alors que son État risque de disparaître en raison de l'élévation du niveau de la mer. Le Président indiquait ainsi que les petits États insulaires et en développement (PEID) se réunissaient à Samoa pour « faire valoir leur droit à la survie (...) »¹³⁵. Logiquement, l'actuel co-président de la Commission du droit international chargé de la question de la survie des États insulaires a proposé de mobiliser le droit « qu'a chaque État de défendre son intégrité et son indépendance, mais aussi de pourvoir à sa propre

¹³⁰ *Idem*, pp. 526-528.

¹³¹ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, rééd., Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 509 : l'auteur indique qu'il ne faut pas s'étonner qu'il y ait peu de pratique relative aux menaces existentielles « si l'on pense que l'existence de l'État est un phénomène trop complexe pour qu'il puisse être mis en péril par un fait déterminé et spécifique, comme ceux dont il s'agit ici ».

¹³² Article 51 de la Charte des Nations Unies.

¹³³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, avis, 08/07/1996, *Recueil 1996*, p. 266, §105(2)(E).

¹³⁴ *Idem*, p. 263, §96.

¹³⁵ « Climate change is a collective crime against humanity – President James Michel addresses the Samoa SIDS conference », communiqué officiel publié le 1^{er} septembre 2014. Disponible en ligne : [<https://www.statehouse.gov.sc/news/2574/climate-change-is-a-collective-crime-against-humanity-president-james-michel-addresses-the-samoa-sids-conference>] (consulté le 14/06/2023).

conservation et à sa prospérité »¹³⁶. Le P^r Ruda Santolaria appuyait sa proposition sur l'article 3 de la Convention de Montevideo de 1933 et sur l'article 13 de la Charte de l'Organisation des États américains, consacrant explicitement le droit d'autoconservation¹³⁷. Il allait même jusqu'à parler d'un droit « *inaliénable* de prendre des mesures pour rester un État »¹³⁸. L'objection opposée par les autres membres révèle à nouveau ce qu'observait plus tôt Westlake : puisque « [d]es doutes ont été émis quant à l'existence du droit d'un État d'assurer sa propre conservation, (...) il a été proposé que le Groupe d'étude s'abstienne d'aborder les mesures de préservation sous l'angle des droits et des obligations »¹³⁹. En d'autres termes, il n'est pas nié que la conservation de l'État puisse avoir un rôle à jouer en droit international. C'est bien la nature de ce rôle ainsi que sa portée juridique qui pose question.

52. Nier à la conservation de l'État la qualité de *droit positif* ou *fondamental*¹⁴⁰ ne suffit pas à épuiser la question de son rôle en droit international, surtout après avoir remarqué l'importance de la survie de l'État dans un ordre juridique principalement constitué et ordonné par cet acteur – même après l'avènement progressif de nouveaux sujets, comme les individus ou les organisations internationales¹⁴¹. Plutôt que de rechercher le caractère fondamental de la conservation de l'État selon une acception formelle et matérielle, le choix a été fait de s'interroger sur notre sujet en tant que *fondement* du droit international.

L'inhérence structurelle de la conservation de l'État

53. Relevant le rôle central de l'État en droit international, le P^r Santulli décrit la matière comme le « droit des États, par les États, pour les États »¹⁴². Sujets originaires du droit international et principaux auteurs des règles juridiques, les États ne se contentent pas de *limiter* leur souveraineté en contractant des engagements internationaux : « [I]'observation et l'analyse permettent de tenir pour acquis que les États posent les obligations internationales conformes à

¹³⁶ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », CDI, distribuée le 31 mars 2022, A/CN.4/752, pp. 42-43, §§155-156.

¹³⁷ Ces textes feront l'objet d'amples développements au Chapitre 3 de la thèse, section 1.

¹³⁸ *Rapport de la CDI. Soixante-treizième session (18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022)*, A/77/10, p. 347, §166.

¹³⁹ *Idem*, p. 13, §59 (c).

¹⁴⁰ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, pp. 293-314.

¹⁴¹ A. Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité », *RCADI*, vol. 414, 2021, pp. 97-98, §123 : « [q]uoi qu'en pensent les zélateurs du postmodernisme, l'État demeure au cœur du droit international contemporain. Il n'en a plus le monopole comme c'était le cas dans le cadre du droit des gens classique qui était, et n'était que, le droit entre les États. Mais la souveraineté reste le principe autour duquel s'organise la société internationale et les autres sujets de droit continuent de se définir par rapport à elle, quitte à tenter de la contourner ».

¹⁴² C. Santulli, « Le droit international par l'État, pour l'État, au-delà de l'État », in P. Mbongo, F. Hervouët et C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, p. 26 : « [c]ar la société internationale est d'abord la société des États et le droit international est, d'abord, le droit fait par les États pour les États ».

leurs intérêts »¹⁴³. La préservation de leur existence figure, nous semble-t-il, parmi ces intérêts. L'auteur en déduit, contrairement à l'idée communément admise¹⁴⁴, que le droit international offre aux États l'opportunité *d'étendre* leur souveraineté en s'octroyant mutuellement de « nouveaux droits subjectifs internationaux » qui ont pour finalité d'« étendre leurs prérogatives à l'extérieur »¹⁴⁵.

54. Le P^r Santulli ne nie pas que le droit international puisse limiter la souveraineté des États, mais il affirme que cette hypothèse n'est pas la seule envisageable et qu'il ne faut pas l'ériger en principe. Allons plus loin : si le droit international peut effectivement servir à renforcer la souveraineté des États et, par extension, leur permettre de mieux garantir leur existence, il semble que les limitations de la souveraineté poursuivent également cette finalité. Autrement dit, même les restrictions de la souveraineté d'un État, à condition d'avoir été librement consenties, sont destinées à protéger l'existence de l'État¹⁴⁶. Le P^r Kolb formulait déjà une telle observation à propos des petits États¹⁴⁷, que l'on propose de généraliser. La multiplication des engagements internationaux, tout en encadrant effectivement le comportement des États, peut également chercher à renforcer les garanties préservant leur existence. Par conséquent, la conservation de l'État devrait être considérée comme un élément structurant du droit international, pris en compte dans l'élaboration même des règles juridiques, tout comme la souveraineté.

55. L'approche proposée jusqu'ici présente des similitudes avec un courant que M^{me} Motsch a qualifié de « refondation objective des droits fondamentaux »¹⁴⁸. Celui-ci « fait reposer les droits fondamentaux étatiques, non sur l'état de nature, mais sur des bases logique, historique, sociologique, et même positive s'il est admis que les droits en cause s'enracinent dans la

¹⁴³ C. Santulli, « L'expansion de la souveraineté de l'État », *RGDIP* (123) 2019, p. 355. L'observation découle de ce qui a déjà été dit plus tôt, v. p. 359 : « parce que le droit international est, d'abord, le droit fait par les États, il peut difficilement être fait contre les États ».

¹⁴⁴ Cette idée puiserait son origine, selon l'auteur, dans l'arrêt *Lotus* de la CPIJ du 7 septembre 1927, qui parle de « limitation de l'indépendance des États ». V., *idem*, p. 356 : l'arrêt ne dit pas que l'État jouit, en droit international, d'une indépendance illimitée et que « tout élément du droit international était nécessairement une réduction de l'indépendance étatique originaire ». Un tel raisonnement ne serait pas possible puisque tout État est limité par « les prérogatives des autres États » d'une part, et il « n'a que la liberté que lui laissent ses propres limites, territoriales, économiques, militaires, etc., sa liberté, et la souveraineté qui en est le nom juridique en droit international, s'étendent à mesure que ces limites seront repoussées » d'autre part.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 357 et 359.

¹⁴⁶ V. le Chapitre 2, section 2, paragraphe 2, pp. 149-164.

¹⁴⁷ R. Kolb, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, p. 64 : « [L]e droit international constitue pour un petit État en quelque sorte un bouclier protecteur. S'en tenir au droit, c'est légitimer sa conduite et ne pas s'exposer à une critique qu'on ne saurait contrer avec des arguments objectifs. Agir selon les intérêts politiques changeants, c'est prêter le flanc à des attaques et s'exposer à des difficultés de justification. Pour un petit État, la différence est palpable. À plus long terme, les États moins puissants ont intérêt à un renforcement des relations de droit parce qu'aux relations de force, ils ont tout à perdre ».

¹⁴⁸ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 243-257.

coutume (...) »¹⁴⁹. Plus généralement, « ce qui unit ces auteurs, par-delà la diversité de leurs positions scientifiques, est de considérer les droits fondamentaux comme dérivant directement de la structure même de la société internationale, refusant de les poser comme antérieurs et supérieurs à elle »¹⁵⁰. Ces droits apparaîtraient spontanément, à mesure que l'ordre juridique international s'organise autour de ses caractéristiques essentielles, dont l'État fait indubitablement partie.

56. Il s'ensuit logiquement que les droits fondamentaux des États sont qualifiés de fondements du droit¹⁵¹ : ils servent à l'élaboration des règles particulières du droit international. Davantage encore, les droits fondamentaux « indiquent, selon Kaufmann, des principes objectifs qui sont la base, la mesure et la limite du droit positif et qui sont décisifs pour son établissement, pour son interprétation et application, pour sa modification et son abolition (...) »¹⁵². En érigeant la théorie des droits fondamentaux « en paradigme du droit international »¹⁵³, ces droits fondamentaux étaient en réalité considérés comme le centre de gravité du droit international, leur conférant un statut de postulat découlant de la conception que les auteurs se faisaient de la matière. Davantage que des droits, la théorie semblait plutôt décrire des principes structurants du droit international public ayant pour objet de protéger l'existence de l'État.

57. La pratique confirme que la « conservation de soi » est invoquée comme une notion transcendante du droit international, c'est-à-dire un principe inhérent, structurel ou coextensif à cette discipline juridique¹⁵⁴. Relevant en apparence d'une analyse philosophique, cette observation est loin d'être dépourvue de toute pertinence pour un juriste s'interrogeant sur le concept de « droit » de conservation de soi appliqué aux États. Kant appelle « *transcendantale* toute connaissance qui, en général, s'occupe moins des objets que de nos

¹⁴⁹ *Idem*, p. 243.

¹⁵⁰ *Ib.*

¹⁵¹ *Idem*, pp. 250-253.

¹⁵² E. Kaufmann, « Règles générales du droit de la paix », cité *in idem*, p. 288. On retrouve ici les trois fonctions que l'on a pu attribuer au droit d'autoconservation : création, mise en œuvre et contestation du droit international.

¹⁵³ *Supra*, p. 4.

¹⁵⁴ Ce constat pourrait être étendu aux autres droits fondamentaux identifiés par les internationalistes classiques. L'égalité et l'indépendance ne sont plus considérées comme des droits fondamentaux mais bien comme des principes structurels du droit international, inhérents à un ordre juridique organisé autour d'États souverains. P. ex., M. Kohen, « Article 2, Paragraphe 1 », *in* J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2005, pp. 400 et 401 : « [l']existence du principe de l'égalité souveraine est une nécessité logique qui découle de l'existence même de la société internationale interétatique. Dans un milieu dont les sujets sont des entités souveraines, les rapports sont fondés sur une relation d'égalité. (...) Le principe de l'égalité souveraine des États est ainsi un principe structurel (ou plutôt structurant) de la société internationale. On pourrait même dire que, plutôt qu'un principe, il s'agit d'une donnée matérielle de la société à laquelle s'applique le droit international. Nombre d'autres principes ou règles de droit international trouvent leur fondement dans l'égalité souveraine des États ».

concepts *a priori* des objets »¹⁵⁵. Autrement dit, l'intérêt de sa théorie – de sa *critique* – est de « clarifier notre raison qu'elle préserverait d'erreurs », et ce grâce à l'établissement d'un « ensemble de ces principes suivant lesquels toutes les connaissances pures *a priori* peuvent être acquises et réellement constituées »¹⁵⁶. L'importance de tels principes *structurels* ne saurait être sous-estimée : l'objet de la philosophie transcendantale est justement d'« esquisser tout le plan d'une manière architectonique, c'est-à-dire par principes, en même temps qu'elle garantit complètement la perfection (*Vollständigkeit*) et la solidité de toutes les parties qui constituent cet édifice »¹⁵⁷.

58. Il n'est pas besoin de maîtriser les subtilités de la pensée kantienne pour mettre ses prémisses en relation avec le droit international public. La principale prémisse, selon les mots de Roger Verneaux, est la suivante : « Kant ne se demande donc pas si les sciences et la morale sont possibles, puisqu'il admet qu'elles existent ; mais les prenant comme des faits il réfléchit sur elles et cherche à les comprendre ; il se demande donc comment elles sont possibles, c'est-à-dire quels sont les principes ou les conditions qu'elles requièrent »¹⁵⁸. Le transcendantal permet ainsi de désigner une *condition de possibilité* d'une science, offrant l'opportunité de comprendre sa structure et de déterminer comment elle est susceptible d'évoluer¹⁵⁹. Identifier cette condition de possibilité implique alors de « remonte[r] des faits, les jugements synthétiques *a priori*, aux principes logiquement requis pour les expliquer, aux principes qui en fondent logiquement la possibilité »¹⁶⁰ – une méthode inductive qui prendra tout son sens dans la thèse.

59. L'intérêt d'une telle démarche est double chez Kant : elle permet d'abord de démontrer les limites de la raison, en posant certaines affirmations nécessaires et universelles sans lesquelles une science ne pourrait exister¹⁶¹ ; elle offre ensuite la possibilité, une fois le

¹⁵⁵ E. Kant, *Critique de la raison pure*, trad. par A. Tremesaygues et B. Pacaud, préface de A. Hannequin, Paris, Félix Alcan, 1905, p. 56.

¹⁵⁶ *Ib.*

¹⁵⁷ *Id.*, p. 58.

¹⁵⁸ R. Verneaux, *Histoire de la philosophie moderne*, 11^{ème} éd., Paris, Beauchesne, 1957, p. 139.

¹⁵⁹ L'exemple de l'espace, en sciences géométriques, est éclairant, v. E. Kant, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 67 : « [l']espace est une représentation nécessaire *a priori* qui sert de fondement à toutes les intuitions extérieures. On ne peut jamais se représenter qu'il n'y ait pas d'espace, quoique l'on puisse bien penser qu'il n'y ait pas d'objets dans l'espace. Il est considéré comme la condition de possibilité des phénomènes, et non pas comme une détermination qui en dépende, et il est une représentation *a priori* qui sert de fondement, d'une manière nécessaire, aux phénomènes extérieurs. (...) Sur cette nécessité *a priori* se fondent la certitude apodictique de tous les principes géométriques et la possibilité de leur construction *a priori* ».

¹⁶⁰ R. Verneaux, *Histoire de la philosophie moderne*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁶¹ E. Kant, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 41 : « [n]écessité et stricte universalité sont donc les marques sûres d'une connaissance *a priori* et elles sont indissolublement unies l'une à l'autre ».

transcendental identifié, d'émettre un jugement soit analytique, soit synthétique¹⁶². C'est précisément sur ce dernier point que la proximité avec l'autoconservation doit être relevée. En effet, les jugements *analytiques* sont requalifiés par Kant d'*explicatifs*, tandis que les seconds – jugements *synthétiques* – sont *extensifs* :

« (...) [L]es premiers n'ajoutent rien au concept du sujet par le moyen du prédicat, mais ne font que le décomposer par l'analyse en ses concepts partiels qui ont été déjà (bien que confusément) pensés en lui ; tandis qu'au contraire les autres ajoutent au concept du sujet un prédicat qui n'avait pas été pensé en lui et qu'on n'aurait pu en tirer aucun démembrement »¹⁶³.

60. Le droit d'autoconservation pourrait correspondre à ces deux définitions : il *expliquerait* l'existence de certains droits qui en sont déduits comme ses manifestations, mais il pourrait également justifier l'*extension* des compétences¹⁶⁴ d'un État – au-delà du droit positif – à partir de considérations relatives à sa conservation. Autrement dit encore, en présentant la conservation de l'État comme une nécessité qui *doit* être appréhendée par le droit international, la notion pourrait être érigée comme une *condition de possibilité de cette discipline juridique*. Cela suffirait ainsi à expliquer pourquoi les fonctions attribuées à l'autoconservation de l'État ont trait à la création, l'application et l'extinction du droit¹⁶⁵.

61. Malgré des critiques virulentes, notamment de la part de Charles de Visscher¹⁶⁶, l'approche de la refondation objective des droits fondamentaux semble avoir perduré au fil du temps grâce à la notion des « principes généraux du droit international ».

¹⁶² *Id.*, pp. 46-48.

¹⁶³ *Id.*, p. 46.

¹⁶⁴ Une notion que l'on entend de la même manière que F. Poirat, « L'exercice des compétences de l'État en droit international », rapport, Colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique de Rennes 1, *Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 205 : « [l]a compétence est une qualité, mais celle-ci n'a pas un contenu indifférent : elle consiste en la détention d'un pouvoir ». Ainsi, s'interroger sur l'extension des compétences d'un État conduit à déterminer s'il n'est pas possible de lui reconnaître certains pouvoirs nécessaires à la préservation de son existence. Cette hypothèse participerait à la création du droit, *id.*, p. 216 : les règles d'habilitation « instituent un *pouvoir*, elles érigent le pouvoir de volonté en puissance créatrice de droit, elles donnent compétence à un organe : ce sont les règles de compétence » (italiques dans l'original).

¹⁶⁵ V. notamment le titre 1 de la seconde partie de la thèse.

¹⁶⁶ Ch. de Visscher, « Contribution à l'étude des sources du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1961, p. 390, à propos de la théorie des droits fondamentaux : « [v]aine tentative pour édifier un ordre juridique objectif sur des droits subjectifs qui, précisément, en impliquent l'existence ; l'explication procédait d'un singulier renversement dans l'ordre logique des concepts et tournait dans un cercle vicieux. Mais, par là même qu'elle s'appuyait sur la notion des droits subjectifs, elle a largement contribué à mettre à l'avant-plan l'élément de volonté et à renforcer l'autorité des doctrines qui présentent l'émission des volontés étatiques comme le fondement dernier du droit international ». Récusant toutefois de placer les sources formelles comme fondement du droit international, l'auteur admet la nécessité de « replacer » les dispositions d'un traité « dans le cadre de certains principes généraux qui les dominent » afin d'en « dégager le véritable sens » (p. 394). Cela permettrait au juge d'agir conformément au

Pertinence des principes généraux du droit international

62. Ces principes ont été consacrés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et depuis lors, une controverse quant à leur nature se poursuit en doctrine : désignent-ils uniquement les règles issues du droit interne des principales traditions juridiques, ou permettent-ils d'identifier certains principes structurels qui se sont développés au sein du droit international ou qui lui sont inhérents ? M^{me} Motsch relève à cet égard que certains auteurs opéraient déjà un lien entre les droits fondamentaux étatiques et cette seconde catégorie de principes généraux : le juriste roumain Djuvera estimait par exemple que ces principes reconnaissaient et protégeaient les droits fondamentaux¹⁶⁷. Bin Cheng dédiait également une part importante de son ouvrage relatif aux principes généraux du droit au principe d'autoconservation¹⁶⁸.

63. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la République portugaise défendait devant la Cour internationale de Justice l'existence d'un droit lui permettant d'accéder à l'un de ses territoires enclavés situés en Inde. À cette fin, le Portugal invoquait ses droits fondamentaux, en particulier son droit à l'existence. Sans entrer dans les détails d'une affaire qui fera l'objet de développements dédiés¹⁶⁹, il faut relever que le demandeur n'invoquait pas une conception traditionnelle de la théorie des droits fondamentaux. L'Inde critiquait d'ailleurs cette théorie en la qualifiant de désuète, tandis que le Portugal répondait avoir invoqué les principes généraux du droit plutôt que la théorie des droits fondamentaux : « il n'a jamais soutenu que la Cour devrait appliquer au litige d'autres règles et d'autres principes que ceux qui font partie de l'ordre juridique en vigueur dans la communauté internationale. Mais parmi ces normes figurent les principes fondamentaux qui sont inhérents à la structure du droit international »¹⁷⁰.

64. L'argumentaire du Portugal s'appuyait largement sur les travaux de Max Sørensen, relatif aux sources du droit international, où l'auteur théorise l'existence de principes fondamentaux et structurels du droit international, ceux qui « se caractérisent par une liaison

véritable fondement du droit international : « l'idée de justice, conçue non comme un sentiment subjectif, mais comme une notion objective ou idéale dont la valeur reste indépendante des représentations assurément variables (...) » (p. 392).

¹⁶⁷ M. Djuvara, « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », cité in P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 249. V. ég., H. Eek, « International Law : The First Encounter », *Nordic Journal of International Law*, vol. 35, 1965, p. 88.

¹⁶⁸ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, réimpression de 1994, pp. 29-102.

¹⁶⁹ V. au Chapitre 5 de la thèse, pp. 316-328.

¹⁷⁰ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, observations et conclusions du gouvernement de la République portugaise sur les exceptions préliminaires du gouvernement de l'Inde, p. 626, §128.

étroite avec les traits fondamentaux propres à la communauté internationale »¹⁷¹. S'il admettait la possibilité de démontrer leur force coutumière, Sørensen les distinguait de cette dernière source « en ce qu'ils sont inhérents au système juridique international »¹⁷². Ces principes forment alors l'« épine dorsale du corps juridique international », ses « principes axiomatiques »¹⁷³. D'autres auteurs n'hésitent pas à qualifier les principes de prérequis à l'existence de l'ordre juridique international, c'est-à-dire que celui-ci ne pourrait pas exister sans eux-là¹⁷⁴. Logiquement, le P^r Kolb en déduit que les principes généraux « ne sont pas proprement créés, mais imprègnent le tissu juridique »¹⁷⁵, de la même manière que les droits fondamentaux sont *déclarés* et jamais créés – ils sont « naturels » ou « inhérents ».

65. Ces caractéristiques expliqueraient pourquoi la pratique internationale, quand bien même elle recèlerait d'application desdits principes, ne les invoquerait pas toujours expressément – tout comme le droit d'autoconservation. « C'est un phénomène assez normal, observait Sørensen, que certaines règles se prêtent à l'application avec une telle évidence et une telle certitude qu'un tribunal, plus ou moins inconsciemment, renonce à toute vérification de leur fondement »¹⁷⁶. Jacques Dehaussy, rappelons-le, précisait « qu'il n'y a pas à apporter la preuve de leur existence et de leur contenu » : ils « s'imposent » à tout juriste, y compris les juges de la Cour internationale de Justice, simplement parce qu'ils « régissent la formation de toutes les normes de contenu substantiel composant ce droit et leurs effets, y compris les modalités de leur interprétation »¹⁷⁷.

¹⁷¹ M. Sørensen, *Les sources du droit international, étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 117. V., toutefois, l'absence de cette catégorie dans un cours pourtant dédié aux principes, in M. Sørensen, « Principes de droit international public : cours général », *RCADI*, tome 101, 1960, pp. 1-254.

¹⁷² M. Sørensen, *Les sources du droit international, ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ V.-D. Degan, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 72 et s.

¹⁷⁵ R. Kolb, *Théorie du droit international*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 138.

¹⁷⁶ M. Sørensen, *Les sources du droit international, op. cit.*, p. 112, §1. V. ég., plus loin, p. 115 : ces principes s'« imposent au juge international comme facteur motivant sans qu'il croie devoir en rechercher les origines et les fondements ».

¹⁷⁷ J. Dehaussy, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, pp. 111-112. Dans le même sens : M. Sørensen, *Les sources du droit international, op. cit.*, pp. 121-122 ; A. Verdross, « Les principes généraux de droit comme source du droit des gens », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1961, Tome III, p. 388 ; Ch. de Visscher, « Contributions à l'étude des sources du droit international », *op. cit.*, p. 394 ; Ch. Kotuby et L. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process, Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford, OUP, 2017, p. 31. V. ég. l'opinion individuelle d'A. Alvarez sous l'affaire des « Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte) », CIJ, avis du 28/05/1948, *Recueil*, p. 67 : il aurait fallu que la Cour résolve la question qui lui était soumise « en ayant recours surtout aux grands principes du droit international nouveau ». On connaît également la position de C. Trindade, p. ex. dans son opinion individuelle sous l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), CIJ, arrêt du 20/04/2010, *Recueil*, p. 151, §39 ; p. 153, §44 ; p. 155, §47 ; p. 207, §191.

66. La possibilité que notre sujet puisse trouver tout son sens dans cette seconde catégorie des principes généraux du droit mérite d'être approfondie à la lumière des fonctions que leur attribue le rapporteur de la Commission du droit international, le P^r Vázquez-Bermúdez. Ce dernier identifie aux côtés des « principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux », les principes « formés dans le système juridique international »¹⁷⁸. Il reformule ainsi une distinction déjà opérée par Prosper Weil entre les principes généraux *de* droit international (première catégorie) et ceux *du* droit international (seconde catégorie)¹⁷⁹. Dans son deuxième rapport à la Commission, le P^r Vázquez-Bermúdez expose la méthodologie à suivre pour identifier les principes relevant de la seconde catégorie, qui se rapproche de la manière dont le droit d'autoconservation était initialement présenté par les internationalistes classiques. Afin d'identifier un principe qui s'est formé au sein du droit international :

« [I]l faut établir : que le principe est largement reconnu dans des traités et d'autres instruments internationaux ; qu'il sous-tend des règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ; ou bien qu'il est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international »¹⁸⁰.

67. Ces principes irrigueraient, à l'instar de la conservation de l'État, l'ensemble du droit international¹⁸¹. La fonction attribuée aux principes généraux confirme d'ailleurs l'influence qu'ils exerceraient sur l'ensemble du processus normatif identifié précédemment – formation, mise en œuvre et contestation du droit. En effet :

- « 1. Il est principalement fait recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie.
- 2. Les principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international. Ils peuvent servir, *inter alia* : a) À interpréter et à compléter d'autres règles

¹⁷⁸ M. Vázquez-Bermúdez, « Premier rapport sur les principes généraux du droit », CDI, A/CN.4/732, pp. 57-74.

¹⁷⁹ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, tome 237, 1992, p. 149. L'auteur considère toutefois, à propos de la seconde catégorie, que « [l]oin de relever d'une source autonome de droit international, tous ces principes ont en réalité le caractère de règles coutumières ». *Contra*, J. Dehaussy, *Propos sur les sources du droit international*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁰ M. Vázquez-Bermúdez, « Deuxième rapport sur les principes généraux du droit », CDI, A/CN.4/741, p. 37, § 114, p. 40, § 119.

¹⁸¹ L'approche retenue soulevant de vifs débats au sein de la Commission, certains membres craignant que cette seconde catégorie ait pour effet d'imposer des obligations non consenties aux États, le dernier projet de conclusion se contente d'affirmer qu'un principe de la seconde catégorie ne peut exister qu'après avoir établi « que l'ensemble des nations a reconnu ce principe comme intrinsèque au système juridique international », v. projet de conclusion 7, dans « Texte consolidé des projets de conclusions 1 à 11 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction », A/CN.4/L.971, p. 2.

du droit international ; b) De fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales »¹⁸².

Le second alinéa met en évidence la fonction associée au droit de conservation de l'État en tant que droit « englobant ». En outre, son emprise sur le droit international ne s'arrêterait pas à l'identification de règles primaires ou secondaires découlant du droit d'autoconservation : elle irait jusqu'à l'interprétation de certaines règles. Pour autant, un tel principe ne bénéficierait pas nécessairement d'une normativité renforcée¹⁸³, ce qui permet de comprendre comment le droit international pourrait encadrer son application.

68. Si la conservation de l'État revêtait la forme d'un principe général *du* droit international ou d'un principe structurant, il en résulterait l'inutilité d'un droit fondamental à l'autoconservation. En démontrant que le droit international est nécessairement ordonné autour de la coexistence des États et, par extension, à la préservation de leur existence, le droit de conservation deviendrait nécessairement superflu. Cela permettrait de comprendre le déclin de la notion depuis la Seconde Guerre mondiale au profit de références plus implicites.

69. Partant, la méthodologie adoptée dans la thèse s'éloigne logiquement de celle retenue par la théorie des droits fondamentaux étatiques qui se voulait exclusivement déductive – *i.e.* une série de droits secondaires déduits de droits essentiels assimilés à des postulats¹⁸⁴. Raisonner en termes de principes généraux du droit international implique d'adopter le « double mouvement d'induction et de déduction » distingué par le P^r Combacau¹⁸⁵. Après avoir identifié des règles de droit positif en des domaines profondément variés et qui semblent intéresser la préservation de l'État, on serait tenté d'induire une « méta-règle (...) qui les fonde en tant qu'elles appartiennent au même système »¹⁸⁶. Il serait ensuite possible de déduire, dans un second temps, « toute nouvelle règle de moindre extension » s'insérant dans ce système

¹⁸² *Idem*, projet de conclusion 10, pp. 2-3.

¹⁸³ *Idem*, projet de conclusion 11, p. 3 : « 1. [I]es principes généraux du droit, comme source du droit international, ne sont pas dans une relation hiérarchique avec les traités et le droit international coutumier.

2. Un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire dans un traité ou en droit international coutumier ».

3. Tout conflit entre un principe général du droit et une règle dans un traité ou en droit international coutumier doit être résolu en appliquant les méthodes d'interprétation et de résolution des conflits généralement admises en droit international ».

¹⁸⁴ V. le chapitre 5 de la thèse, spéc. pp. 194-199.

¹⁸⁵ J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », in S. Cassella et L. Delabie (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'études en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, p. 113.

¹⁸⁶ *Ib.*

général¹⁸⁷. S'il est vrai, comme le relève encore une fois le P^r Combacau, que « l'existence du principe reste certes conjoncturelle » dès lors qu'il a été *reconstitué* par ceux « qui prétendent le mettre au jour », on ne peut pas aller jusqu'à affirmer que cette reconstitution devrait signifier la création d'« un énoncé étranger au droit positif »¹⁸⁸. Quoique doctrinale, l'entreprise de reconstitution que la thèse se propose de réaliser repose sur un processus d'induction opéré à partir de la pratique des États – notamment celle mentionnée plus tôt. La méthodologie inductive que l'on vient de décrire s'attache ainsi à analyser ce que les États tendent à qualifier eux-mêmes de manifestation du phénomène d'autoconservation. Partant, il sera possible d'élucider la portée d'un « principe général d'autoconservation » et de déterminer ce qu'il serait susceptible de déduire d'un tel principe. Cela suppose bien entendu d'établir conjointement qu'un tel principe existe en droit international, car c'est bien la question de l'*existence juridique* du phénomène qui est au cœur de notre problématique.

Problématique

70. Si l'on parvient à démontrer que la conservation de l'État irrigue véritablement le droit positif, on se trouve confronté à une difficulté majeure, largement relevée par les adversaires du droit d'autoconservation. Lorsque le P^r Kohen entreprend par exemple d'étudier le « droit fondamental de tout État à la survie » identifié par la CIJ en 1996, il ne se contente pas d'affirmer que ledit droit n'existe pas : il affirme qu'il *ne peut pas* exister sans menacer en retour la survie du droit international en tant qu'ordre juridique¹⁸⁹. Reconnaître une quelconque valeur juridique absolue à la conservation de l'État aboutirait inéluctablement à un retour à l'état de nature et à la négation du droit international public¹⁹⁰. En effet, à l'instar de l'état de nature hobbesien où les individus sont en situation de défiance mutuelle, capables d'entreprendre toute action nécessaire à leur conservation, les États préservant leur existence en toute liberté ne sont limités par aucune obligation juridique¹⁹¹.

¹⁸⁷ *Ib.* Ce double mouvement d'induction-déduction est indispensable, v. R. Kolb, *La théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 237-242.

¹⁸⁸ J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *op. cit.*, p. 113.

¹⁸⁹ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 314.

¹⁹⁰ V. ég., Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹¹ H. Kelsen, « Théorie du Droit International Public », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 103-104. V. aussi, G. Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955, p. 344 : « *[i]f self-preservation were an absolute and overriding right, the rest of international law would become optional, and its observance would depend on a self-denying ordinance, revocable at will by each State, not to invoke this formidable super-right* ».

71. La critique, quoique pertinente, manque néanmoins de relever que le droit international ne pourrait continuer à exister si *tous* les États venaient à disparaître¹⁹². Dans une telle hypothèse, il ne serait plus un droit *interétatique* : il serait susceptible d'être autre chose, certes, mais jamais un droit international¹⁹³. Pour cette raison, la matière ne peut rester indifférente aux disparitions non consenties des États, sous peine d'entraîner également la destruction de l'ordre juridique international.

72. Une tension semble alors se dessiner. D'un côté, l'État mériterait logiquement d'être conservé par le droit international mais de l'autre, les modalités employées par les États pour se conserver devraient être encadrées par le droit international : dans chacune des hypothèses, il en irait de la survie de l'ordre juridique international. Autrement dit encore, pour survivre en tant qu'ordre juridique organisé autour de relations interétatiques, le droit international doit à la fois s'intéresser à la préservation de ses sujets originaires ainsi qu'à l'encadrement des moyens employés par les États pour préserver leur existence. Toute la question porte sur la manière dont s'opère la conciliation entre ces deux idées en apparence contradictoires.

Thèse et annonce de plan

73. Plutôt que chercher à prouver l'existence d'un simple *droit* de conservation de l'État, la thèse entend également traiter « la conservation de l'État » comme un *principe* général du droit international qui influence ses aspects structurels et fondamentaux. Indéterminés, ces principes permettent toutefois d'apporter une réponse nuancée à la problématique que l'on vient d'esquisser. Il n'est pas question, en effet, d'affirmer que la conservation de l'État l'aurait emporté sur le droit international ou l'inverse. La pratique révèle plutôt que le phénomène de conservation de l'État est pris en compte par le droit positif, tout en faisant l'objet d'aménagements en raison des intérêts contradictoires en présence. Ainsi que le relève le P^r Kohen, « *[i]nternational law has as its main social function not to ensure the continued existence of single states, but to guarantee the coexistence of states* »¹⁹⁴.

¹⁹² S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 115 : l'auteur considère que « le droit étatique (...) est manifestement le présupposé nécessaire du droit international ». Cela a un effet très concret, qu'il explicite à l'aide d'une analogie avec l'État fédéral : « [l]e droit des États membres, dans la mesure où il revêt un caractère originaire, est le présupposé du droit de l'État fédéral : si ces États membres venaient tous à manquer, l'État fédéral prendrait fin à son tour (...) ». De même, sans États, il n'y aurait plus de droit international.

¹⁹³ C'est pourquoi les auteurs qui cherchent à démontrer que le droit international tend à garantir l'intangibilité des droits humains se trouvent souvent dans l'obligation d'établir, en premier lieu, un dépassement du rôle de l'État en tant que sujet originaire du droit international. V. le chapitre 8 de la thèse, spéc. pp. 530-532.

¹⁹⁴ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 312 (souligné ajouté).

74. Partant, l'enjeu n'est pas que le droit international garantisse l'existence des États pris individuellement : c'est bien la conservation de la collectivité des États qui intéresse l'ordre juridique international¹⁹⁵. Seule la disparition de l'ensemble des États provoquerait l'extinction du droit international, puisqu'il n'y aurait plus de relations *interétatiques*. Le phénomène de conservation de l'État pénètre ainsi le droit positif selon une approche collectiviste – de coexistence – plutôt qu'individualiste. La conciliation qui en résulte permet de décrire une dynamique (ou une dialectique) dans laquelle la conservation de l'État exerce une emprise sur le droit international, tout comme ce dernier renforce, par l'intermédiaire des États, son emprise sur le phénomène d'autoconservation¹⁹⁶. Cette lutte entre ces deux idées apparemment contradictoires est, selon nous, inhérente au droit international public : elle est perpétuelle. Pour autant, cela ne met pas en danger l'existence de cette discipline juridique en tant qu'ordre juridique régulant les relations interétatiques. Au contraire, elle renforce le respect du droit international par des États soucieux de préserver leur existence.

75. L'analyse qui suit consiste toutefois à remettre en question les paradigmes théoriques de notre approche en se demandant à partir de quand l'idée d'un droit ordonné autour de la conservation de l'État cesse d'être une description du droit positif pour devenir une simple routine idéologique. Autrement dit, reconnaître l'importance de la préservation de l'État en droit international ne signifie pas nécessairement qu'elle doit être considérée comme un élément structurel valable en tout temps. Les courants doctrinaux qui soutiennent le recul de l'État au profit de l'être humain ont le mérite d'obliger les positivistes à interroger le rôle qu'ils attribuent à l'État¹⁹⁷. Il est possible que l'État ne soit qu'une figure temporaire et contingente de l'histoire humaine¹⁹⁸. Ainsi, il est important de se demander si la thèse de la conservation de l'État en tant qu'élément structurel du droit international peut résister à une éventuelle refondation de l'ordre social et international.

76. Par conséquent, il convient d'examiner si la notion de conservation de l'État, considérée comme un pilier du droit international, peut faire face à une remise en question de l'ordre existant et s'adapter à de nouveaux paradigmes. Pour ce faire, il suffit d'approfondir les postulats à l'origine de notre thèse afin de vérifier de quelle manière la conservation de l'État

¹⁹⁵ *Ib.* : « [m]oreover, the extinction of one given state or another affects neither the existence of the international society nor the law regulating it ».

¹⁹⁶ Une dialectique que l'on emprunte à D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, vol. 362, 2013, p. 61. Elle ne structure pas notre plan de thèse, mais représente la toile de fond de nos développements.

¹⁹⁷ C'est l'un des objets du Chapitre 8 de la thèse, section 2.

¹⁹⁸ F. Poirat, « État », *op. cit.*, p. 642 : « (...) l'État ne présente que l'un des modèles possibles d'organisation des rapports humains, modèle contingent donc ». V. é.g., *id.*, pp. 643-644.

continue d'être un élément structurel du droit international (**Première partie**), et comment cette notion déploie ses effets dans les prétentions formulées par les États (**Seconde partie**).

Première partie. Les rattachements structurels de la conservation de l'État au droit international

77. Dans un court et riche article, le P^r Sur démontre que l'inhérence n'a rien à voir avec une quelconque réminiscence du droit naturel : elle « est ce qui n'est ni explicitement formulé ni directement objet de coutume en droit positif mais ce qui en découle nécessairement »¹⁹⁹. L'inhérence, ajoute l'auteur, « donne sens au droit positif et permet concrètement d'élargir les capacités ou compétences »²⁰⁰. Le P^r Sur s'appuie ainsi sur la logique pour en déduire trois types d'inhérences, non exclusives l'une de l'autre²⁰¹ et dont on aura à cœur de démontrer qu'elles intéressent la structure du droit international et notre sujet.

78. En premier lieu, il faut mentionner les *inhérences étatiques*. Celles-ci résultent certainement du fait que l'État, « [i]nventeur du droit des gens, va peser d'un poids décisif dans son organisation »²⁰². En d'autres termes, en tant que sujet originaire dont l'existence constitue le « présupposé logique » de l'ordre juridique internationale²⁰³, l'État structure nécessairement les règles de droit international autour de ses principales qualités et aspirations. Bref, si l'État est un élément structurel du droit international, sa conservation constitue un élément structurant de cette discipline. Ainsi les inhérences étatiques sont théoriquement proches des droits fondamentaux, puisqu'elles désignent une série d'effets juridiques qui sont déduits des composantes de l'État, de ses attributs et de sa reconnaissance²⁰⁴. À l'instar des internationalistes classiques, le P^r Sur adopte comme point de départ les éléments essentiels de l'État : son territoire, sa population ainsi qu'une autorité politique centrale indépendante ; autant d'inhérences qui entraînent, à leur tour « d'autres inhérences » – telle que la

¹⁹⁹ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *RGDIP*, 2014/4, p. 786.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Idem*, p. 787 : « [é]videmment, ces inhérences sont en boucle, de sorte que leurs figures correspondent à des approches différentes, à des critères distincts que les mêmes exemples pourraient être repris sur ces trois registres ».

²⁰² J. Verhoeven, « L'État et l'ordre juridique international. Remarques », *RGDIP*, 1978, pp. 749-774, p. 764. V. ég., F. Poirat, « État », *op. cit.*, p. 642 : l'État « demeure, référent initial ou (et) ultime, le modèle paradigmatique d'organisation et d'exercice du pouvoir. Tout discours sur le droit part de, ou postule, l'idée d'État, à la fois auteur et sujet du droit, et l'ensemble des disciplines juridiques en font une institution majeure ».

²⁰³ J. Verhoeven, « L'État et l'ordre juridique international. Remarques », *id.*, p. 752 : « [s]a personnalité (*i.e.* celle de l'État) est à ce titre d'abord un présupposé logique : ayant pour objet de régulariser des relations le droit devait présupposer des sujets entrant en relations et l'État lui a paru l'entité adéquate à cette fin, son identification originelle au souverain actualisant en quelque sorte la personnalisation de ses rapports ».

²⁰⁴ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 786.

souveraineté²⁰⁵. À propos de celle-ci, certains attributs inhérents à l'État en découleraient également, comme les immunités²⁰⁶. Enfin, l'auteur ajoute que la reconnaissance d'un État permettrait à ce dernier de « bénéfici[r] des protections communes reconnues par le droit international, notamment par l'article 2 § 4 de la Charte (...) »²⁰⁷. Autant de règles qui touchent plus ou moins directement, on le verra, la préservation de l'existence des États²⁰⁸.

79. Ensuite, l'*inhérence fonctionnelle* systématisée par le P^r Sur désigne la reconnaissance, au profit des sujets de droit international, de compétences ou normes « nécessaires à leur existence et à l'exercice des compétences qu'elle implique »²⁰⁹. À propos du principal sujet de droit international (*i.e.* l'État), l'inhérence fonctionnelle identifiée dans l'article a largement à voir avec le droit de conservation de soi des États : il s'agit en effet du droit de légitime défense, dont l'article 51 de la Charte reconnaît, dans sa version anglaise, le caractère inhérent. Contrairement à ce que suggère Kelsen, il ne faut pas déduire du texte français – qui préfère parler de « droit naturel » – une référence au jusnaturalisme²¹⁰. La stipulation pourrait au contraire être perçue, en reprenant les propos de Michel Villey, comme une manifestation de « [l]a nature des choses modernes »²¹¹. Cette dernière notion décrit un courant de pensée où les règles sont construites à partir de certains présupposés normativistes, de postulats : « [l]a source de toute norme juridique serait située soit dans sa *raison* (les axiomes *a priori* prétendus de la raison pratique), soit encore dans sa *volonté*, même absolument arbitraire »²¹². C'est précisément sur de tels postulats que la théorie des droits fondamentaux étatiques s'est construite, on l'a vu²¹³.

²⁰⁵ *Ibid.* Sur les raisons pour lesquelles la souveraineté est inhérente à l'État, v. F. Demichel, « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », in *Le pouvoir. Mélanges offert à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 1054 : la souveraineté « est apparue, en effet, comme qualité inhérente à la notion même d'État, lorsque le monde féodal et son unitarisme d'inspiration théocratique ont éclaté pour faire place à des unités politiques territoriales nettement délimitées et séparées. Le fondement territorial du pouvoir politique suppose en effet l'*exclusivité* territoriale : la souveraineté était donc intrinsèquement liée à celle d'État » (italiques dans l'original) ».

²⁰⁶ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 788.

²⁰⁷ *Idem*, p. 789.

²⁰⁸ V. le Chapitre 3, section 2, mais ég. le Chapitre 4 de la thèse.

²⁰⁹ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 790.

²¹⁰ H. Kelsen, *The Law of the United Nations, a Critical Analysis of its Fundamental Problems, with Supplement*, Londres, Stevens, 1951, pp. 791-792. La contradiction a déjà été relevée par M. Roscini, « On the 'Inherent' Character of the Right of States to Self-defence », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, p. 635 : l'inhérence du droit de légitime défense « *has received little scholarly attention and has been too quickly dismissed as 'merely a remnant of the natural law origin of the concept of self-defence'* ».

²¹¹ M. Villey, « La nature des choses », in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 41-49.

²¹² *Idem*, p. 41.

²¹³ V. l'introduction, *passim*. Cette assimilation aux postulats se retrouve ég. dans les déclarations sur les droits et devoirs des États, v. le Chapitre 3 de la thèse, pp. 195 et s.

80. Le P^f Sur identifie enfin une dernière catégorie : l'*inhérence structurelle*, qui recouvre certains effets juridiques « indissociables du concept de droit international lui-même »²¹⁴. Une telle hypothèse repose sur l'idée suivante : « (...) dans son état actuel (...) le droit international repose sur une inhérence structurelle, liée à la souveraineté des États, donc non extérieure au droit positif mais qui lui est inhérente »²¹⁵. Dit selon d'autres mots, les éléments inhérents à l'État deviennent également inhérents au droit international puisque l'État en constitue son principal sujet. Ce sont, selon le P^f Combacau, « les énoncés contenus dans les règles inhérentes à l'existence des États »²¹⁶.

81. Le cadre théorique brièvement décrit offre la possibilité d'envisager l'étude de notre sujet sous une perspective positiviste, sans qu'il soit possible d'écarter hâtivement le droit d'autoconservation comme un vestige jusnaturaliste. Considéré comme un droit englobant une multitude de manifestations juridiques, le droit de conservation de soi pourrait correspondre aux inhérences identifiées par le P^f Sur. L'étude du droit positif permettra de confirmer ou d'infirmer cette hypothèse, en gardant à l'esprit que certaines obligations internationales peuvent se superposer aux droits inhérents. Paul Pradier-Fodéré ne doutait pas de l'opportunité, pour les États, de donner aux droits fondamentaux « la valeur d'un lien international [conventionnel] », que ce soit pour en préciser la portée ou en assurer la constance²¹⁷. La reconnaissance conventionnelle d'un droit fondamental, comme le droit de légitime défense, est une possibilité partagée par de nombreux internationalistes classiques. Quoique « superflu[e] »²¹⁸ ou « déclarati[ve] »²¹⁹, la consécration en droit positif des manifestations du droit d'autoconservation constitue une première piste à explorer, surtout si l'on espère démontrer leur inhérence. Emprunter ce chemin ne permet cependant pas de répondre à toutes les interrogations, notamment au regard du caractère débordant des inhérences : celles-ci, quoiqu'ancrées dans le droit positif, ne sont pas toujours explicitement posées ; elles irriguent l'ensemble du droit positif et le structurent.

82. La pénétration de la conservation de l'État dans le droit positif, sous la forme d'une inhérence, se réalise ainsi de deux manières. La première résulte du fondement généralement adossé par la théorie et la pratique au « droit » d'autoconservation, à savoir la principale qualité

²¹⁴ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 787.

²¹⁵ *Idem*, pp. 794-795.

²¹⁶ J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *op. cit.*, p. 112.

²¹⁷ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, *op. cit.*, Tome I, p. 323, point 194.

²¹⁸ A. Rivier, *Principe du droit des gens*, *op. cit.*, Tome I, p. 274.

²¹⁹ F. von Liszt, *Le droit international. Exposé systématique*, trad. d'après la 9^{ème} édition allemande par G. Gidel (1913), Paris, Pedone, 1928, p. 67.

de l'État : sa souveraineté. Avec la souveraineté comme fondement des diverses manifestations du droit d'autoconservation, ledit droit devient une conséquence de la souveraineté : cette dernière étant inhérente au droit international, ses manifestations le sont également (**Titre 1**).

83. La seconde manière dont se révèle l'inhérence de la conservation de l'État est liée à la première. À mesure que le droit international est progressivement parvenu à encadrer dans des limites clairement définies la souveraineté des États, le « droit de conservation de soi » a peu à peu été perçu comme un principe structurant du droit international. En d'autres termes, au lieu d'invoquer ce droit fondamental et de l'inscrire explicitement dans les conventions internationales, les États ont mobilisé l'autoconservation comme un principe général du droit international qui irrigue une série de règles particulières. Dans ce cadre, la conservation de l'État est devenue inhérente au droit international en ce qu'elle a été considérée comme une prémisse théorique – un axiome ou encore un principe fondamental – à des règles générales organisant la coexistence des États (**Titre 2**).

Titre 1. Inhérence du droit de conservation de l'État et de sa souveraineté

« [T]he chief object in the determination of the sovereignty to be exercised within a certain territory is national safety. National safety is as dominant in the life of a nation as self-preservation is in the life of an individual. It is even more so, as nations do not respond to the impulse of self-sacrifice »²²⁰.

84. Si la conservation de l'État a initialement été qualifiée de « droit fondamental », c'est en raison de la proximité qu'entretient la notion avec la souveraineté. Afin de comprendre pourquoi la souveraineté a été qualifiée de fondement à la fois théorique et juridique au droit d'autoconservation, il convient de revenir sur la thèse de M^{me} Motsch. L'auteure y consacre de longs développements lorsqu'elle étudie un potentiel « redéploiement *étatiste* » de la théorie des droits fondamentaux étatiques²²¹. À condition qu'il soit admis dans le droit positif, ce redéploiement prendrait la forme d'un « discours étatiste [qui] tend (...) à poser des limites à l'internationalisation des compétences inhérentes à l'État »²²². L'auteure considère que cette perspective produit une contradiction apparente, voire un « paradoxe » : les droits fondamentaux interviennent en effet comme une limite au consentement de l'État dans une situation où il a justement consenti à altérer des éléments essentiels à son existence²²³. Toute la difficulté consiste ainsi à postuler la possibilité d'imposer à l'État une limite qui transcenderait sa volonté, c'est-à-dire qui s'imposerait à lui *contre* sa volonté.

85. Partant, M^{me} Motsch affirme deux choses : d'une part, les droits fondamentaux participent nécessairement à la qualité d'État – ils constituent son essence, car ce sont les droits sans lesquels il ne *peut pas* exister²²⁴ ; d'autre part, la garantie ou la protection de ces droits fondamentaux ne peut relever que de l'ordre juridique national – plus particulièrement du droit constitutionnel – « et non de l'ordre juridique international, auquel il n'échoit pas de protéger l'État contre lui-même »²²⁵. La démonstration du premier point repose sur une analyse des concepts de souveraineté-liberté et de souveraineté-puissance. Tandis que cette dernière permet

²²⁰ Déclaration du Secrétaire d'État des États-Unis d'Amérique Robert Lansing, en 1921, citée in A. Cassese, *International Law*, 2nd éd., Oxford, OUP, 2005, p. 51.

²²¹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux de l'État : Vers un redéploiement fédéraliste ou étatiste ?*, op. cit., pp. 457-558. On a déjà défini l'approche de l'auteure dans l'introduction de la thèse, p. 23.

²²² *Idem*, p. 457.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Idem*, pp. 459-508.

²²⁵ *Idem*, p. 458 et pour le développement dans son intégralité, pp. 509-556.

de définir l'État à partir des pouvoirs essentiels qui témoignent de sa puissance²²⁶, la première pose la liberté dont l'État jouit en principe, celui-ci pouvant alors disposer librement de ses qualités essentielles.

86. Selon M^{me} Motsch, la distinction n'impose pas nécessairement de faire un choix en faveur de l'une ou l'autre alternative. Au contraire, il existerait une unité entre ces deux types de souveraineté²²⁷. Puisque la souveraineté correspond, même dans son versant libéral, à « la puissance la plus élevée », « il est nécessaire qu[e l'État] dispose de prérogatives et de moyens pour assurer cette suprématie »²²⁸. M^{me} Motsch relève ensuite que ces prérogatives correspondent à la liste établie très tôt par Bodin et, à sa suite, Hobbes : pouvoir de faire et d'abroger les lois, décider de la guerre et de la paix, *etc.*²²⁹. En outre, l'auteure se range parmi la doctrine critiquant l'insuffisance de la conception formelle de la souveraineté « pour appréhender le concept d'État, car poussée au bout de sa logique, elle conduit à la conclusion qu'un État qui n'exercerait plus aucune compétence demeurerait pourtant souverain pour peu qu'il n'ait pas renoncé irréversiblement à leur exercice »²³⁰. À cette conception devrait nécessairement s'ajouter la notion de souveraineté-puissance, également matérielle, qui permet d'identifier un noyau dur de pouvoirs insusceptibles d'abandon sous peine d'entraîner la disparition de l'État.

87. Ainsi la souveraineté devrait être définie à la fois comme une puissance *et* une liberté. C'est justement selon cette conception que le droit d'autoconservation a été théorisé et identifié en pratique. En admettant que la souveraineté corresponde au libre exercice d'une puissance institutionnalisée sur une population et un territoire, les États ont historiquement défendu avoir le *droit souverain* de prendre une série de mesures destinées à protéger leur existence. En invoquant un « droit d'autoconservation », les États mobilisaient ainsi la théorie des droits fondamentaux étatiques afin de justifier le libre exercice d'une puissance souveraine, insusceptible de limitation par les tiers (**Chapitre 1**). Dans le même temps, la théorie était également mobilisée pour déduire de la souveraineté une série de droits inhérents qui devaient permettre aux États de préserver leur existence (**Chapitre 2**).

²²⁶ *Idem*, pp. 464-467.

²²⁷ *Idem*, pp. 467-472.

²²⁸ *Idem*, p. 467.

²²⁹ *Idem*, pp. 467-468.

²³⁰ *Idem*, p. 469. V. ég., p. 472 : « [e]n définitive, on peut soutenir, négativement, que le renoncement d'un État à l'exercice des pouvoirs compris dans la puissance publique emporterait sa déchéance ou sa métamorphose et, positivement, que c'est l'exercice, par le ou les organes qui agissent en son nom, de certaines compétences qui permet à l'État d'exercer le degré de puissance le plus élevé, soit de revendiquer la qualité de souverain ».

Chapitre 1. Inhérence simple : conservation et souveraineté de l'État

88. La fonction attribuée à la théorie des fondamentaux étatiques par les internationalistes classiques est similaire à celle historiquement reconnue à la souveraineté, ce qui explique pourquoi elles ont toutes deux été mobilisées au moment de la formation des États modernes²³¹. Tout comme la souveraineté, la théorie des droits fondamentaux a permis de garantir l'indépendance des États et de les prémunir contre toute ingérence extérieure²³². Ce point a été brillamment démontré depuis longtemps à propos de la souveraineté, en particulier par Raymond Carré de Malberg²³³. Selon le juriste strasbourgeois, la souveraineté serait « née de la lutte entreprise au Moyen-Âge par la royauté française en vue d'établir son indépendance externe vis-à-vis de l'Empire et de la Papauté, comme aussi sa supériorité interne vis-à-vis de la féodalité »²³⁴. L'idée défendue derrière cette assertion était simple : « le roi de France est empereur en son royaume » ou, selon les *Établissements de saint Louis*, « [l]i rois n'a point de souverains es choses temporelles »²³⁵.

89. C'est précisément la finalité poursuivie par les auteurs à l'origine des droits fondamentaux des États²³⁶. Comme l'affirmait Gilbert Gidel dans son Cours de La Haye, quoiqu'en caricaturant quelque peu, « [l]a théorie des droits fondamentaux a un caractère

²³¹ S. M. Carbone et L. Schiano di Pepe, « States, Fundamental Rights and Duties », *MPEIL*, Janvier 2009, §3 : « [t]he theory of fundamental rights and duties originated in the 17th century, with the founding of modern international law, when States unequivocally proclaimed their independence and sovereignty with supreme and unquestionable institutional authority over social phenomena occurring within their jurisdiction while progressively setting up a network of mutual relationships with other States ».

²³² Même Brierly, pourtant fervent opposant à cette théorie, admettait ce rôle : « [t]heir (i.e. les droits fondamentaux) historical importance has been very great, and it may be freely admitted that at certain periods of history their influence has been beneficial ». L'ancien rapporteur des Nations Unies ajoutait que la doctrine des droits fondamentaux « denied the rule of mere expediency and claimed a place for the idea of right in international relations », J. L. Brierly, « The Draft Code of American International Law », *BYBIL*, vol. VII, 1924, p. 19. Dans le même sens, A. Clapham, continuant l'œuvre de Brierly, *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7^{ème} édition, Oxford, OUP, 2012, pp. 47-48.

²³³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, réimpression par les éditions du CNRS, 1962, Tome I, pp. 73 et s.

²³⁴ *Id.*, p. 73.

²³⁵ *Ibid.* Pour une démonstration des moyens permettant de parvenir à cette fin, v. F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, pp. 107-115 (développements relatifs à la sacralisation du roi et de son royaume). Pour consulter les textes complets dont sont issus ces extraits, J.-M. Carbasse et G. Leyte, *L'État royal. XIIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, pp. 19-54, spéc. pp. 23-26.

²³⁶ E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, op. cit., Tome II, p. 217 à propos des discussions relatives aux droits essentiels dérivés de la souveraineté : « [m]ais toutes ces discussions ont perdu leurs intérêts. Elles avaient une raison d'être quand il fallait en quelque sorte justifier la notion de l'État, prouver que devant le droit des gens celui-ci était distinct des dynasties et des rois et démontrer qu'il pouvait invoquer un ensemble de règles de sauvegarde et de protection ». Eg., N. Politis, *The New Aspects of International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1928, p. 13, à propos de l'idée selon laquelle les droits fondamentaux découlent de la personnalité de l'État : l'auteur estime que le concept de « *personality of States is a pure fiction, which has ceased to be useful* », impliquant qu'elle était un jour – historiquement – utile. Plus récemment, O. de Frouville, « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-120, 2001, pp. 108-110.

essentiellement individualiste : chaque État, muni de ses droits fondamentaux, est comme dans une forteresse d'où il est prêt à résister aux empiètements des autres États, quand il ne songe pas lui-même à empiéter sur eux »²³⁷. Partageant la même fonction que la souveraineté, la théorie des droits fondamentaux des États a logiquement érigé cette souveraineté au rang de source première et originaire de ces droits essentiels.

90. Cela suppose d'établir un rapport de déduction entre le droit d'autoconservation et la souveraineté, le premier *découlant* de la seconde. En d'autres termes, le droit d'autoconservation est immédiatement inhérent à la souveraineté – c'est l'inhérence simple. Il est dès lors possible de définir le droit d'autoconservation *à partir* de la souveraineté, puisqu'ils poursuivent le même objet, à savoir : le libre exercice d'un pouvoir – d'une puissance – garantissant la continuité de l'État (**Section 1**). Souveraineté et conservation de l'État étant inextricablement liées, il semble possible de définir les conditions dans lesquelles ce « droit fondamental » peut être exercé à partir de la souveraineté. Autrement dit, il faudrait définir de la manière suivante la menace existentielle qui justifie l'exercice du droit d'autoconservation : seule l'atteinte portée aux éléments essentiels de l'État qui affecte l'exercice de sa souveraineté pose un danger pour sa survie (**Section 2**).

**Section 1. Définition du droit d'autoconservation comme pouvoir souverain
garantissant la continuité de l'État**

91. En définissant la souveraineté comme une puissance perpétuelle garantissant la continuité de l'existence de l'État (**Paragraphe 1**), les internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques en ont déduit que tout État devait posséder le droit souverain de préserver son existence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La souveraineté comme garantie de la continuité de l'État

92. Conçu comme une institution ayant la responsabilité de garantir la paix entre des individus qui souhaitent échapper aux vicissitudes de l'état de nature, l'État est supposé vouloir persévérer dans son être et, par extension, préserver son existence. Sans quoi il ne pourrait pas accomplir sa principale mission : le maintien de l'ordre et la préservation de l'existence des individus à l'origine de sa création²³⁸. Autrement dit, du *conatus* de Spinoza, il a été déduit que l'État devait perpétuellement continuer d'exister et qu'à cette fin, il devait jouir d'une souveraineté dont l'exercice était propre à garantir son existence (**1.1.**). Présageant la fonction

²³⁷ G. Gidel, « Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États », *RCADI*, vol. 10, 1925, p. 545.

²³⁸ F. Poirat, « État », *op. cit.*, p. 647.

habilitante du principe de continuité, il convient de déterminer comment ce principe opère en droit interne et international : justifie-t-il l'exercice de pouvoirs souverains indispensables à la préservation de l'existence d'un État (1.2.) ?

1.1. Du *conatus* de Spinoza à la continuité de l'État

93. Lorsque le P^r Kohen entend démontrer l'inexistence d'un droit fondamental de l'État à la survie, il attribue l'origine de la notion aux travaux de Thomas Hobbes (1588-1679)²³⁹. Si l'on s'intéresse toutefois à la définition qu'en donne la théorie des droits fondamentaux, il est possible d'en tracer la généalogie « bien plus haut dans le temps » que « Bodin, Hobbes ou Pufendorf »²⁴⁰. On la retrouve chez Aristote (384-322 avant notre ère), pour lequel la sécurité n'est certes pas la finalité de la société mais la condition de la poursuite du bien commun. On la retrouve également en droit romain, ainsi que l'illustre l'adage « *salus populi suprema est lex* ». Cela s'explique aisément. Les droits fondamentaux des États traduisent l'impossibilité logique pour une collectivité institutionnalisée de penser contre elle-même : celle-ci recherche nécessairement sa propre conservation afin de poursuivre le but pour lequel elle a été constituée. Il ne fallait donc pas attendre l'avènement de l'État moderne pour que cette nécessité logique soit théorisée, au moins en philosophie.

94. Ce désir d'éternité, proche de la notion contemporaine de continuité de l'État, serait inhérent à toute civilisation : il était partagé, selon M^{me} Avon-Soletti, par l'Orient ancien, l'Égypte antique, ou encore la Grèce et la Rome antiques. L'auteure estime que la continuité « est aussi tangible dans l'ensemble des civilisations, à travers les âges, parce qu'elle correspond à une aspiration intrinsèque à la nature profonde de l'homme »²⁴¹. Prenant comme point de départ ce « désir » naturel de tout homme de préserver son existence, il était logique que le droit d'autoconservation ne doive pas sa paternité aux seuls écrits d'Hobbes et de ses successeurs. Il irrigue au contraire toutes les conceptions du droit naturel, celles-ci postulant cette « tendance » et construisant leurs théories – ou morales – à partir d'elle²⁴². Il convient ainsi de revenir sur la notion de *conatus*, telle que définie par Spinoza, puisqu'elle va fonder le

²³⁹ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 300 ; M. Kohen, « La création d'États en droit international contemporain », in *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de Droit International*, vol. VI, Valence, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 576.

²⁴⁰ D. Alland, *Anzilotti et le droit international*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴¹ M.-T. Avon-Soletti, « La continuité : réalité d'une cohérence issue de l'unité entre dynamisme et stabilité », in G. Le Floch et al., *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 46.

²⁴² P. ex., D. Alland, « Difficiles morales du stoïcisme antique », *Droits*, 2011/1, n°53, p. 190 : « [t]el est le point de départ très naturaliste de l'éthique stoïcienne fourni par la doctrine de l'*oikeiôsis* : une tendance fondamentale que la nature met dans l'être de persévérer dans son être ».

principe de continuité de l'État qui va lui-même permettre d'en déduire une souveraineté perpétuelle et absolue.

95. La sixième proposition de la troisième partie de l'*Ethique* définit le *conatus* en ces termes : « [t]oute chose, autant qu'il est en elle, s'efforce de persévérer dans son être »²⁴³. Le concept est fondamental dans la philosophie de l'auteur néerlandais dès lors que sa théorie postule que « [r]ien n'arrive (...) dans l'univers qu'on puisse attribuer à un vice de la Nature »²⁴⁴. En refusant de considérer, contrairement à Saint Augustin, que le malheur des hommes dépend de leur capacité à dompter leurs passions pour atteindre la Cité de Dieu, Spinoza défend l'impuissance de l'homme sur ses actions et leurs effets²⁴⁵. Dénier aux individus leur libre arbitre conduit l'auteur à considérer qu'aucune chose ne possède en elle-même les moyens susceptibles de détruire ou de supprimer son existence²⁴⁶. Le *conatus* est donc la conséquence directe de ce constat : toute chose, « au contraire, (...) est opposée à tout ce qui peut détruire son existence »²⁴⁷. C'est uniquement après avoir énoncé cela que Spinoza en conclut que l'essence de toute chose se situe dans cet effort de persévérance dans son être²⁴⁸, et qu'elle doit posséder les moyens de se conserver²⁴⁹. Ferdinand Alquié estimait que le concept évoquait l'inertie en physique²⁵⁰, celle-ci étant définie comme la « [p]ropriété qu'ont les corps de ne pouvoir modifier eux-mêmes leur état de mouvement »²⁵¹. Le *conatus* désigne ainsi un mouvement auquel toute chose tend nécessairement ; un élan qui ne peut pas être arrêté ni empêché.

96. C'est justement à partir de cette aspiration que l'idée d'un droit étatique d'autoconservation se développe à partir du XVIème siècle, au moyen d'un anthropomorphisme assumé. Ainsi lorsqu'Hugo Grotius (1583-1645) se demande si la guerre peut être quelquefois juste, il esquisse certains principes dits « primitifs » : « ceux d'après

²⁴³ B. Spinoza, *Ethique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1974, p. 84.

²⁴⁴ *Id.*, p. 80.

²⁴⁵ *Id.*, p. 79.

²⁴⁶ *Id.*, p. 84. C'est là une conséquence du « désir de l'éternité de l'homme » que retranscrit le *conatus*, v. F. Alquié, *Le rationalisme de Spinoza*, 3^e éd., Paris, PUF, 1998, p. 281.

²⁴⁷ B. Spinoza, *Ethique*, *ibid.*

²⁴⁸ *Idem.*, septième proposition, p. 85.

²⁴⁹ Spinoza liait déjà lui-même le droit naturel de chaque individu à « se maintenir en son état autant qu'il est [lui]-même » avec le droit de l'État de se conserver. Fondant l'État sur un pacte social réalisé entre les individus, l'auteur élaborait sa théorie de manière à rechercher le maintien de ce contrat, v. B. Spinoza, « Traité théologico-politique » in *Cœuvres de Spinoza*, traduites par E. Saisset, tome II, Paris, Librairie Charpentier, 1861, pp. 251-252. V. également, H. Bloom, *Causality and Morality in Politics : The Rise of Naturalism in Dutch Seventeenth-Century Political Thought*, Rotterdam, Erasmus University (1995), p. 205 : « (...) the means that contribute to men's willingness to obey are crucial to the state's continuity and strength ».

²⁵⁰ F. Alquié, *Le rationalisme de Spinoza*, *op. cit.*, pp. 279-294.

²⁵¹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., entrée « inertie ».

lesquels tout animal, dès le moment de sa naissance, devient cher à lui-même, est porté à se conserver, à aimer son état et tout ce qui tend à le maintenir, à horreur de la destruction et des choses qui paraissent capables de l'amener »²⁵². La conservation figure dans la définition même de ces principes premiers, ce qui n'empêche pas le célèbre juriste hollandais d'insister sur le devoir autonome « de se conserver l'état où la nature vous a mis, de retenir ce qui est conforme à la nature et de repousser les choses qui y sont contraires »²⁵³. Il en résulte que dès que la guerre sert la conservation individuelle, elle est posée comme étant juste. De la même manière, le droit de défense est présenté comme une conséquence directe « de ce que la nature confie à chacun de nous le soin de nous-même »²⁵⁴. Ces quelques généralités propres aux individus sont transposées sans aucune hésitation aux États²⁵⁵, un réflexe qui sera repris dans le cadre de la théorie des droits fondamentaux étatiques.

97. La pensée de Grotius entretient une parenté non négligeable avec celle de Thomas Hobbes. Ce dernier pose également comme « premier fondement du droit de la nature » le fait que « chacun conserve, autant qu'il peut, ses membres & sa vie »²⁵⁶. C'est d'ailleurs cette première loi naturelle qui engendre la situation de guerre perpétuelle décrite par Hobbes dans l'état de nature, et c'est pour y mettre fin que les individus établissent une autorité centrale à laquelle ils cèdent leur « droit de se gouverner »²⁵⁷. Le point commun des auteurs, en dehors de la place éminente réservée au droit à l'autoconservation, est la source de celui-ci : il est naturel au sens où il est associé à la Raison ou à Dieu, mais également parce qu'il relève de l'évidence *biologique*. La conservation est une nécessité inhérente à tout être vivant selon Grotius, expliquant pourquoi il la décrit avant tout comme un devoir. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) reprend cette idée lorsqu'il érige comme première loi naturelle le soin « de veiller à sa propre conservation »²⁵⁸.

98. De ce devoir de conservation découlerait la création de l'État, au moins dans la théorie de Thomas Hobbes : prisonniers d'une situation où les individus sont en permanence menacés

²⁵² H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, rééd. de la trad. de P. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, livre I, chapitre II, pp. 49-50.

²⁵³ *Id.*, p. 50.

²⁵⁴ *Id.*, livre II, chapitre I, §III, p. 165.

²⁵⁵ *Id.*, §XVI, p. 176.

²⁵⁶ Th. Hobbes, *De Cive ou les fondements de la politique*, op. cit., section I, Chapitre I, §VII, pp. 83-84. Dans le même sens, Th. Hobbes, *Leviathan*, Londres, Penguin classics, 2017, première partie, chapitre XV, p. 105.

²⁵⁷ Il n'y a pas à proprement parler de contrat entre l'État et les individus qui le composent. Il s'agit plutôt d'une autorisation qui prend la forme suivante : « *I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorise all his Actions in like manner* », Th. Hobbes, *Leviathan*, id., deuxième partie, chapitre XVII, pp. 139-140.

²⁵⁸ J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Librio, 2013, Livre I, Chapitre II, p. 6.

dans leur existence par leurs pairs, ils sont contraints d'établir un pouvoir commun permettant d'assurer leur conservation²⁵⁹. Le *Covenant* à l'origine de ce pouvoir est unique : il ne peut pas être modifié par un acte ultérieur sans le consentement du Souverain qui vient d'être établi. Il n'existe, dès lors, aucun droit de résistance attribué au peuple à l'encontre du pouvoir institutionnalisé²⁶⁰. Grotius raisonne de la même façon lorsqu'il s'appuie sur le but pour lequel la société civile a été établie pour refuser la possession d'un droit de résistance aux individus qui la composent : « [m]ais la société civile ayant été établie pour maintenir la tranquillité, l'État acquiert d'abord sur nous et ce qui nous appartient, *une sorte de droit supérieur*, autant que cela est nécessaire pour cette fin »²⁶¹. L'expression en italiques semble introduire, du moins implicitement, la souveraineté dont bénéficie l'État pour exercer sa *puissance* sur son territoire et sa population.

99. Cette puissance est attribuée à l'État uniquement parce qu'il a été désigné comme l'institution capable de mieux garantir l'existence de la collectivité des individus à l'origine de sa création. En ce sens, Grotius pose comme première cause « légitime » à la renonciation individuelle de la liberté individuelle – à la conclusion d'un pacte d'esclavage –, le soin de se conserver : « [c]hacun a le droit absolu de ne plus être libre (...). Sans ce droit, l'homme pourrait être amené à manquer au premier de ses devoirs, le devoir de se conserver soi-même »²⁶². Ce qui vaut pour les individus vaut également pour un peuple entier chez Grotius²⁶³. Cette servitude implique la renonciation de la liberté naturellement conférée aux individus et offre un pouvoir absolu au maître auprès duquel la renonciation intervient.

²⁵⁹ L'idée est apparente dans le passage suivant, Th. Hobbes, *Leviathan*, *op. cit.*, Partie II, Chapitre XVII, p. 136 : « [t]he finall Cause, End, or Designe of men, (who naturally love Liberty, and Dominion over others,) in the introduction of that restraint upon themselves, (in which we see them live in Common-wealths), is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby (...) »,

²⁶⁰ *Id.*, Chapitre XVIII, pp. 142-144. V. ég. E. Desmons, « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, n°155 (2015/4), p. 35 : « [l]a conséquence pour la question du droit de résistance est sans appel : le peuple, qui n'existe que dans la personne du souverain qui l'incarne, ne saurait donc logiquement lui résister (puisque l'on peut dire que, la personne du souverain – homme ou assemblée –, c'est le peuple). (...) Hobbes dénie ainsi au peuple un quelconque *droit* de résister au souverain. Mais il consacre la *liberté inaliénable* de l'individu de résister subjectivement à toute forme de pouvoir » (italiques dans l'original).

²⁶¹ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, Livre I, Chapitre IV, §II-1, p. 132. Il ajoute : « [l]'État peut donc, pour le bien de la paix publique et de l'ordre, interdire ce droit commun de résistance ; et il ne faut pas douter qu'il ne l'ait voulu, puisqu'il ne pourrait autrement atteindre son but » (italiques ajoutés).

²⁶² Cité dans M. Pecharman, « La vie ou la liberté ? Le droit d'esclavage dans le droit naturel moderne », *Droits*, 2009/2, n°50, p. 98. V. ég. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, Livre I, Chapitre III, p. 100 : « lorsque, par exemple, se voyant menacé de périr, il ne peut trouver personne qui le défende à une autre condition ; ou lorsque, étant pressé par la disette, il ne lui reste que cette ressource pour avoir de quoi subsister ».

²⁶³ *Id.*, p. 99 : « [l]'argument de la servitude volontaire permet dans le de *Jure belli ac pacis* de construire analogiquement la légitimité de la soumission volontaire d'un peuple à un souverain auquel il aliène entièrement son *jus regendi sui*, son droit de se gouverner. Mais l'analogie fonctionne dans les deux sens, et l'on peut dire que pour Grotius, il en va du droit d'esclavage, comme du droit de souveraineté dont le peuple se dessaisit : il s'agit d'un droit absolu, qui doit son asboluité même à son origine volontaire ».

100. En présentant ainsi le pouvoir nouvellement élaboré, Hobbes et Grotius entretiennent la continuité du Souverain que le premier qualifie d'« *Artificiall Eternity* »²⁶⁴. L'éternité est nécessaire pour deux raisons : d'une part, elle permet de maintenir la conservation de la paix entre les hommes et elle empêche, d'autre part, que ces individus puissent un jour retourner dans la situation de guerre perpétuelle propre à l'état de nature²⁶⁵. La chose est logique dès lors qu'on admet avec Hobbes que l'État²⁶⁶ a été établi pour remplir la double finalité qui vient d'être mentionnée : si l'institution périclète, elle rompt la paix initialement garantie par le souverain et impose un retour à l'état de nature.

101. On voit donc la relation importante qu'entretient la conservation de l'État avec la conservation individuelle. En dehors d'un anthropomorphisme aujourd'hui très critiqué, la théorie des droits fondamentaux repose initialement sur l'idée que l'État a été constitué aux fins de réaliser une certaine finalité, celle-ci postulant deux éléments : l'éternité de l'institution – *i.e.* sa continuité – ainsi que la possession de certains droits fondamentaux et souverains. Il convient d'approfondir ces deux postulats, en ce qu'ils semblent recouvrir la double nature de la conservation de l'État dans la théorie des droits fondamentaux élaborée ultérieurement.

102. L'éternité, d'abord, ne doit pas être confondue avec l'immortalité de la puissance souveraine. Hobbes l'admet lui-même lorsqu'il affirme qu'aucun produit issu de la volonté d'un être mortel ne peut prétendre à l'immortalité²⁶⁷ – c'est logiquement impossible²⁶⁸. On connaît également la formule hobbesienne selon laquelle le pacte d'association permet la constitution d'un « dieu mortel »²⁶⁹. Dans le même sens, lorsque Jean Bodin pose la perpétuité de la souveraineté comme un critère de définition de celle-ci, il ne postule pas l'immortalité de la République²⁷⁰. Au contraire, le célèbre juriste admet que « (...) les plus hautes Républiques bien souvent viennent à tomber tout à coup de leur pesanteur »²⁷¹. Il demeure que la recherche

²⁶⁴ Th. Hobbes, *Léviathan*, *op. cit.*, Chapitre XIX, pp. 158-159.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Si l'auteur préfère employer l'expression *Commonwealth*, il faut comprendre celle-ci comme désignant l'État, ainsi qu'il l'admet lui-même dans son introduction, *ibid.*, p. 7 : « [f]or by Art is created that great Leviathan called a Common-wealth, or State, (in latine Civitas) which is but an Artificiall Man (...) ».

²⁶⁷ *Id.*, Chapitre XIX, p. 263 : « [t]hough nothing can be immortall, which mortals make ».

²⁶⁸ On retrouve ici ce que Simone Goyard-Fabre qualifiait de construction mathématique de la pensée de Thomas Hobbes, v. *L'État, figure moderne de la politique*, Paris, Armand Colin, 1999, pp. 26-28.

²⁶⁹ Th. Hobbes, *Léviathan*, *op. cit.*, XVII, p. 140.

²⁷⁰ Cette notion de République doit être lue comme désignant l'État, v. O. Beaud, « État », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 35, 1990, p. 121. J. Bodin, *Les six livres de la République*, rééd., Paris, Librairie Arthème Fayard, 1986, Tome I, Chapitre VIII, p. 179 : « [l]a souveraineté est la puissance absoluë et perpetuelle d'une République (...) ».

²⁷¹ J. Bodin, *Les six livres de la République*, *op. cit.*, Tome IV, Chapitre I, p. 8.

d'éternité entraîne des conséquences importantes dans la détermination des pouvoirs possédés par l'État : il *doit* jouir de tous les moyens nécessaires à la préservation de son existence.

103. Cela relèverait donc purement et simplement de la logique, d'un processus d'ingénierie de l'État. Le P^r Saint-Bonnet observe à raison que lorsque Jean Bodin inclut « la perpétuité dans la définition de la souveraineté, [il] place la sauvegarde de l'État au cœur de tous ses développements. (...) Ayant vocation à la perpétuité, *logiquement*, l'État doit disposer de tous les moyens pour se conserver : c'est le fondement de l'absoluité »²⁷². Ce passage est crucial : non seulement il relie les notions de continuité et de conservation, mais il précise également la fonction de la souveraineté au moment de la construction de l'État moderne. La souveraineté, initialement conçue comme un moyen permettant à l'État de se conserver²⁷³, ne pouvait pas être envisagée sans la consécration préalable du principe de continuité²⁷⁴. Cela transparaît également chez Rousseau, selon lequel l'État perçoit comme « le plus important de ses soins (...) celui de sa propre conservation » et possède « un pouvoir absolu sur tous les siens (...) qui, dirigé par la volonté générale porte (...) le nom de souveraineté »²⁷⁵.

104. Les trois notions – continuité, conservation et souveraineté – sont donc liées et révèlent que l'État, obligé d'envisager sa continuité pour exister, doit élaborer le droit en tenant compte de cette considération. On retrouve ainsi l'idée dégagée par Cicéron dans un texte aujourd'hui disparu et rapporté par Saint Augustin : « [c]ar une cité *doit être constituée* de telle manière qu'elle soit éternelle »²⁷⁶. D'un fondement épistémologique, d'un axiome (la continuité de l'État), on tire une certaine condition de formation du droit. La continuité apparaît ainsi sous la forme d'un *a priori* théorique aristotélicien, c'est-à-dire d'un postulat ou, dit encore autrement, d'une « vérité première » indémontrable à partir de laquelle toute construction découle *logiquement*²⁷⁷. Le juriste strasbourgeois, Raymond Carré de Malberg, le relevait déjà lorsqu'il étudiait la notion de continuité en tant que corollaire de la personnalité de l'État : elle est « la condition de l'existence d'un tel droit. Le droit public ne peut se concevoir sans elle »²⁷⁸.

²⁷² F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 192, italiques ajoutés.

²⁷³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 74 : « [c]'est pour atteindre ce triple résultat que la notion de souveraineté royale a été dégagée : elle apparaît ainsi comme une arme forgée par la royauté pour les besoins de sa lutte avec l'empereur, le pape et les seigneurs, lutte dont elle est un produit direct ».

²⁷⁴ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 238 : « [l]'incapacité royale à aliéner définitivement dérive de la vocation éternelle de la souveraineté ».

²⁷⁵ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 24.

²⁷⁶ Cité par F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 132 (italiques ajoutés).

²⁷⁷ Aristote, *Seconds Analytiques*, 10 (76a – 77 a) et 11(77a).

²⁷⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Paris, réimpression par les Éditions du CNRS, 1962, p. 50.

105. La continuité de l'État revient à postuler, selon Carré de Malberg, que « l'État demeure immuable, (...) [qu'il] est permanent et, en ce sens, perpétuel »²⁷⁹. Les deux notions ont en commun de poser une tendance à l'éternité chez chacune des choses, en l'espèce l'institution étatique. L'on objectera certainement que l'application du *conatus* – c'est-à-dire d'une particularité biologique propre aux êtres-vivants – à l'État révèle une conception anthropomorphique aujourd'hui dépassée et critiquée. La doctrine contemporaine témoigne pourtant le réflexe de transposer le *conatus* à l'ensemble des institutions établies par l'homme, et non pas uniquement à l'État²⁸⁰. Le P^r Segur justifie cette transposition en prenant note du fait que ces institutions ont vocation à tendre vers la perpétuation du groupe social : « [d]ès lors, tout régime qui se fonde prétend figer l'ordre qu'il crée pour une période aussi longue que possible. Les constituants visent à stabiliser les institutions et à les installer dans le terme, tandis que le pouvoir cherche à éviter la dislocation du groupe du fait de divisions intérieures ou de pressions extérieures, tout en assurant sa propre longévité »²⁸¹.

106. La continuité – ou le *conatus* – relève donc encore une fois de la *logique* : elle est inévitable à partir du moment où il est question de créer une institution – c'est en ce sens seulement que la continuité est « naturelle », ou inhérente, à l'État. Elle justifie ensuite la possession et l'exercice d'une série de prérogatives souveraines qui « correspondent, pour l'essentiel, aux droits fondamentaux des États établis par la doctrine internationaliste classique, à savoir un ensemble de droits qui dérivent du statut étatique (...) ». De tels pouvoirs intéressent la continuité *et* la conservation de l'État, dès lors que la doctrine contemporaine considère que « le principe de continuité interdit à l'État de se dépouiller au profit de quiconque des attributs essentiels de sa souveraineté »²⁸².

107. La proximité qui existe entre les deux notions frôle ainsi l'identité : la conservation semble confondue avec la continuité et il ne semble pas possible, voire opportun, de les

²⁷⁹ *Id.*, p. 48.

²⁸⁰ Pour la transposition du principe aux organisations internationales et non gouvernementales, v. G. Cottureau, « La souveraineté au risque de l'exclusivité », in P. d'Argent, B. Bonagé et J. Combacau (dir.), *Les limites du droit international, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 126 : « [d]'autre part, le *conatus* des institutions de droit international (...) les pousse à accroître le champ de ce qui leur est confié ou dont ils se saisissent ».

Pour une application du *conatus* à l'État, D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987, p. 167 : « à l'image des êtres qui peuplent l'*Éthique* de Spinoza, les États, animés d'une tendance à persévérer dans leur être, cherchent donc à améliorer leur position pour affermir leur espace ».

²⁸¹ Ph. Segur, « Approche généalogique de l'idée d'intangibilité de la protohistoire de l'Antiquité », in H. Simonian-Gineste (dir.), *La (dis)continuité en Droit – Colloque annuel de l'Institut Fédératif de Recherche en Droit*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 24.

²⁸² J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *RDP* n°4, Juillet-Août 1999, p. 1096.

distinguer. C'est probablement pour cette raison que certains États mobilisent le principe de continuité plutôt qu'un « droit d'autoconservation » dans leur droit public interne pour justifier l'exercice de certaines prérogatives souveraines visant à préserver leur existence. À l'inverse, le principe de continuité appliqué en droit international ne recouvre pas la même fonction protectrice qu'en droit interne.

1.2. Le principe de continuité de l'État et la conservation de l'État

108. Que l'on se situe sur le plan du droit interne ou du droit international, tous deux consacrent un « principe de continuité de l'État ». On pourrait alors en déduire le caractère unitaire du principe, c'est-à-dire que ce dernier produirait ses effets tant en droit interne qu'en droit international, sans qu'il soit opportun de le dissocier en deux notions distinctes. La pratique révèle pourtant que, contrairement au principe de continuité de l'État en droit interne **(a)**, son versant international ne sert traditionnellement pas à protéger l'existence de l'État **(b)**. Il faudrait ainsi arriver à la conclusion qu'il existe deux principes partageant certes la même formulation, mais pas la même fonction.

a. La continuité de l'État en droit interne

109. Selon l'article 5 de la Constitution de la Vème République française, « [l]e Président (...) assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État »²⁸³. À la simple lecture de cette disposition, rien ne laisse présager la portée protectrice du principe de continuité, si ce n'est peut-être l'alinéa suivant en vertu duquel le Président est « garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités »²⁸⁴. La jurisprudence a rapidement établi le lien entre les fonctions garantissant la conservation de l'État et celles qui assurent sa continuité, contrairement à l'article 5 qui ne le fait pas explicitement. Cela s'est d'ailleurs produit bien avant l'adoption de la Constitution de la Vème République.

110. C'est dans l'arrêt *Winkell* du Conseil d'État, du 7 août 1909, que le principe de continuité est mobilisé pour la première fois²⁸⁵. Il était demandé au Conseil de se prononcer sur la légalité de la révocation de certains fonctionnaires en grève, celle-ci ayant provoqué « l'interruption complète des communications postales, télégraphiques et téléphoniques »²⁸⁶. Comme le relève le P^r Plessix, « [l]a maîtrise des moyens de communication était un enjeu

²⁸³ Constitution de la Vème République française, art. 5, premier alinéa.

²⁸⁴ *Id.*, art. 5, second alinéa.

²⁸⁵ Conseil d'État, *Winkell*, 7 août 1909, n°37317, *Rec. CE 1919*, p. 827.

²⁸⁶ B. Plessix, *Droit administratif général*, 3^{ème} éd., Paris, LexisNexis, p. 257.

stratégique majeur pour l'État *souverain*, au plan civil comme militaire (...) »²⁸⁷. Partant, le Conseil d'État est arrivé à la conclusion « que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire (...) a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une *continuité essentielle à la vie nationale* »²⁸⁸. La grève étant qualifiée d'acte « d'abandon collectif ou concerté du service public », le Conseil d'État en a déduit que « l'administration [était] tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats »²⁸⁹. Les révocations adoptées à l'encontre de ces agents étaient donc légales dès lors que la grève menaçait la continuité de l'État.

111. La solution adoptée consistait à reconnaître à l'État l'exercice d'une prérogative souveraine essentielle, sans laquelle il n'aurait pas pu assurer la continuité de son existence. Le P^r Plessix observe en effet :

« Le droit public français affirme que n'est pas souverain celui qui perd par intermittence les conditions de son existence même. Si un État ne peut assurer de manière pérenne les conditions minimums de sa souveraineté, s'il ne peut plus changer le droit positif ou commander pendant un certain temps, fût-il bref, il n'est pas souverain, il n'a pas cette puissance permanente, puisqu'il n'est plus à l'abri d'un pouvoir concurrent, extérieur ou intérieur, qui s'engouffrerait dans la vacance du pouvoir comme le lézard dans les fissures d'un mur »²⁹⁰.

112. En d'autres termes, la préservation « des conditions de l'existence » de l'État est entendue comme étant la preuve que celui-ci demeure souverain, confirmant le lien qu'entretiennent les notions de continuité, de conservation et de souveraineté. L'arrêt *Heyriès*²⁹¹ du 28 juin 1918 semble d'ailleurs le confirmer. Dans cette affaire, le principe de continuité revêt une fonction habilitante : il autorise l'État à déroger au droit en vigueur²⁹² ainsi qu'à exercer certains pouvoirs souverains²⁹³ qui lui permettent de surmonter des circonstances exceptionnelles menaçant la continuité de son existence. En l'espèce, à partir de l'article 3 de

²⁸⁷ *Ib.* (italiques ajoutés)

²⁸⁸ Conseil d'État, 7 août 1909, *Winkell*, *op. cit.*

²⁸⁹ *Ib.*

²⁹⁰ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 255.

²⁹¹ Conseil d'État, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. CE 1918, p. 651, *Sirey*, 1922, III, p. 49, note Hauriou ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2021, 23^e éd., n°29, pp. 193-201.

²⁹² P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, PUF, 2020, pp. 31-32, définition de la continuité de l'État : « [e]nsemble des moyens juridiques destinés à préserver la permanence de la vie nationale (...). Il appartient au *président de la République*, par son *arbitrage*, d'y veiller (...), car 'périssent un principe, plutôt que l'État' » (italiques ajoutés).

²⁹³ J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *op. cit.*, p. 1096 : « (...) le principe de continuité reste essentiellement source de prérogatives étatiques ».

la loi constitutionnelle du 25 février 1875, conférant au Président de la République la responsabilité « d'assurer l'exécution des lois », le Conseil d'État démontre qu'il incombe au Chef de l'État « de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche »²⁹⁴. Partant, le juge administratif admet la légalité d'un décret qui suspend une disposition législative en temps de guerre, au motif que cette mesure était nécessaire à la continuité des services publics.

113. Cette jurisprudence, à propos de laquelle Maurice Hauriou percevait l'exercice de la « légitime défense de l'État »²⁹⁵, a été élargie depuis²⁹⁶ et parfois reprise à l'étranger, notamment en Belgique²⁹⁷. Il est connu que le doyen Vedel, dans sa démonstration relative à l'existence de bases constitutionnelles au droit administratif, s'appuyait largement sur les arrêts *Heyriès* et *Labonne*. Sans revenir sur les discussions relatives à la pertinence de cette théorie²⁹⁸, l'auteur explicite brillamment le lien qui existe entre continuité et sauvegarde de l'État à propos de la fonction d'exécution des lois. Cette fonction n'a pas vocation à assurer « l'exécution de chaque loi, mais le maintien de l'ordre juridique tout entier et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'État et de la vie nationale »²⁹⁹. Cette sauvegarde exigerait parfois, comme le remarquaient déjà Saint Thomas d'Aquin et John Locke³⁰⁰, « le

²⁹⁴ Conseil d'État, 28 juin 1918, *Heyriès*, *op. cit.*, p. 651.

²⁹⁵ Certainement parce que l'auteur percevait dans le droit de grève un « cas de guerre privée », v. B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 257.

²⁹⁶ Non seulement l'administration n'est plus tenue, en période exceptionnelle, de respecter les contraintes de formes et de procédure, mais elle peut également empiéter sur le domaine de compétence du législateur. V., CE, section, 9 novembre 1945, *Société coopérative agricole « L'Union agricole »*, Rec. CE 1945, p. 229 ; CE, 7 janvier 1944, *Lecoq*, Rec. CE 1944, p. 5. Plus récemment, face à la Covid-19, le Conseil a admis la possibilité de prolonger l'état d'urgence sanitaire par un décret et non par une loi : CE, ordonnance, 26 juillet 2021, n°454754.

²⁹⁷ Cour de cassation de la Belgique, arrêt du 11/02/1919, *Pas.* 1919, I, p. 9 : l'article 130 de la Constitution du 07/02/1831 n'autorisait pas la suspension qui a pourtant eu lieu pendant la Première Guerre mondiale, à raison d'arrêtés-lois pris par le Roi et lui conférant, en contradiction avec l'article 26 de la Constitution, le pouvoir d'exercer seul le pouvoir législatif. La Cour de cassation a accepté la suspension de la Constitution en invoquant implicitement le principe de continuité : « [a]ttendu qu'il importait d'assurer, comme le voulaient les constituants, au fonctionnement du pouvoir législatif, cette permanence sans laquelle l'Administration du pays et son existence même seraient compromises » (italiques ajoutées).

²⁹⁸ Ch. Eisenmann, « La théorie des 'bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP*, 1972, pp. 1345-1441 ; J. Chevallier, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 17-25 ; G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA*, 2003, pp. 121 et s. ; P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211 ; D. Baranger, « Uncovering the Foundations of Administrative Law? » in M. Wilkinson et al., *Questioning the Foundations of Public Law*, Londres, Hart Publishing, 2018, pp. 235-252.

²⁹⁹ G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *EDCE*, 1954, n°8, p. 39.

³⁰⁰ T. d'Aquin, *Somme théologique*, Ia Iiae, q. 95, art. 6 : « [il] arrive fréquemment qu'une disposition légale utile à observer pour le salut public, en règle générale, devienne, en certains cas, extrêmement nuisible » ; J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, XIV, §159, p. 263 : « plusieurs accidents peuvent arriver, dans lesquels une observation rigide et étroite des lois est capable de causer bien du préjudice », cités par B. Montay, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, Paris, PUF, 2021, p. 294.

sacrifice d'une loi », celle suspendue par le décret dont la légalité était contestée dans l'espèce de l'affaire *Heyriès*, par exemple³⁰¹.

114. Les publicistes français ont depuis longtemps souligné la relation étroite qui existe entre la conservation et la continuité de l'État³⁰². Le P^r Beaud le remarquait déjà dans son commentaire de l'arrêt *Dehaene* du Conseil d'État, du 7 juillet 1950. L'affaire en question posait la question de la conciliation à effectuer entre le droit de grève constitutionnellement garanti par le préambule de la constitution de 1946 et la continuité des services publics. En l'espèce, le requérant – un fonctionnaire – avait été suspendu, mais également sanctionné disciplinairement en vertu de deux arrêtés préfectoraux datés au 13 et 30 juillet 1949. Après lecture de la Constitution, l'affaire semblait entendue : puisque son préambule établissait en effet que « [l]e droit de grève s'exer[çait] dans le cadre des lois qui le réglementent », la lettre du texte semblait donner raison au requérant ayant vu son droit de grève restreint non pas par une loi, mais par un règlement.

115. Le Conseil d'État a pourtant confirmé la validité du décret litigieux après avoir affirmé « qu'une grève (...) aurait pour effet de compromettre l'exercice de la fonction préfectorale [et] porterait une atteinte grave à l'ordre public ». Le P^r Beaud s'interroge alors sur la *ratio* de cet arrêt : « [q]u'est-ce qui peut donc expliquer une solution *a priori* si surprenante ? »³⁰³. Derrière la primauté accordée à la continuité des services publics sur le droit de grève, intervenue dans l'espèce *Dehaene*, « ce qui est ici en jeu, commente le P^r Beaud, c'est la *défense de l'État* contre un usage du droit de grève des fonctionnaires jugé *abusif* par le Gouvernement (qualification validée par le Conseil d'État) »³⁰⁴. Marcel Waline insistait déjà sur ce point dans son commentaire de l'arrêt, celui-ci pouvant être interprété comme « faisant prévaloir la raison d'État sur la légalité »³⁰⁵. « Toutefois, ajoute-t-il, réfléchissons-y : toute la légalité tomberait d'un seul coup si l'État disparaissait ». En considérant la grève générale comme « l'une des

³⁰¹ Un raisonnement similaire était proposé par le Procureur Général Terlinden à la Cour de cassation de Belgique : « [u]ne loi – Constitution ou loi ordinaire – ne statue donc jamais que pour des périodes normales – pour celles qu'elle peut prévoir. Œuvre de l'homme, elle est soumise, comme toutes les choses humaines, à la force des choses, à la force majeure, à la nécessité », cité par A. Vanwelkenhuyzen, « De quelques lacunes du droit constitutionnel belge », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 348.

³⁰² J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *RDJ* n°4, Juillet-Août 1999, p. 1083 : « [m]ais, ce faisant, c'est bien sa propre existence que l'État défend contre une explosion sociale dont l'effet de souffle pourrait l'emporter ». M. Waline, note sous Conseil d'État, 7 juillet 1950, sieur *Dehaene*, et autres, *RDJ*, 1950, pp. 699-700 : « [t]outefois, réfléchissons-y : toute la légalité tomberait d'un seul coup si l'État disparaissait. Et tel est, dans la conjoncture présente, menacé de disparition, tout au moins l'État tel que nous le connaissons, c'est-à-dire l'État national ».

³⁰³ O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 245.

³⁰⁴ *Id.*, p. 246 (italiques dans l'original).

³⁰⁵ Cité par O. Beaud, *id.*, p. 247.

armes les plus redoutables des ennemis de l'État », il était logique que le Conseil d'État permette au Gouvernement d'en restreindre l'exercice sans aucune base légale.

116. Les observations ainsi rapportées permettent de constater ce que Carré de Malberg défendait déjà au début du XX^e siècle : l'État se protège et il doit être protégé, car il est la condition d'existence de l'ordre juridique. Le corollaire inévitable de ces propos est « de faire comprendre que le droit administratif a partie liée avec l'État, qu'il est même intimement mêlé à sa défense en tant que l'État est le gardien de l'ordre public »³⁰⁶. C'est d'ailleurs ce qui permet au P^r Beaud d'expliquer pourquoi la notion de continuité de l'État joue le rôle d'un *deus ex machina* permettant au juge d'échapper à une interprétation littérale de la Constitution : « [d]e cet État qui, quand il est menacé par ses 'ennemis', reconquiert *ipso facto* le droit de défendre son existence, y compris en tordant la légalité (...) »³⁰⁷.

117. Il faudrait ainsi en déduire que le principe de continuité irrigue de nombreux aspects de la Constitution nationale, ce qui supposerait de (re)lire l'article 5 de la Constitution de la V^{ème} République selon le postulat suivant : la continuité constitue « l'essence même de l'État »³⁰⁸. L'article 5, on l'a dit, rappelle la principale fonction présidentielle : le maintien de la continuité de l'État. C'est pourquoi Michèle Voisset a estimé qu'il fallait interpréter ledit article à l'aune de l'article 16, relatif aux pouvoirs exceptionnels attribués au Président en certaines circonstances tout aussi exceptionnelles. Ainsi l'article 5 « commande toute la construction constitutionnelle car cet article définit la mission générale du Chef de l'État et l'article 16 n'a d'autre but que de faire en sorte que l'article 5 s'applique même lorsque les circonstances ne permettent pas de le faire par les moyens ordinaires »³⁰⁹. L'article 16 de la Constitution, rappelons-le, confère au Président le pouvoir de prendre « les mesures exigées par [l]es circonstances », en particulier « [l]orsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». En partageant ainsi la triple classification des situations menaçant la continuité de l'État, disposée à l'article 5, l'article 16 semble indiquer

³⁰⁶ *Id.*, p. 248.

³⁰⁷ *Ib.*

³⁰⁸ J. Chevallier, « Épilogue », in G. Koubi, G. Le Floch, G. J. Guglielmi (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, *op. cit.*, p. 323.

³⁰⁹ M. Voisset, *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 1969, p. 367. Plus largement, Ph. Ardant considérait que l'article 5 devenait « la référence obligée pour toute difficulté d'interprétation du statut ou des attributions du Président (...) », in « L'article 5 et la fonction présidentielle », *op. cit.*, p. 37. V. ég., J. Gicquel, « Sur la continuité de l'État », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 574.

que ces pouvoirs exceptionnels servent autant à assurer la continuité que la conservation de l'État.

118. Davantage encore, ce double objectif devient une responsabilité du Président qui, selon l'article 52 de la Constitution, « négocie et ratifie les traités »³¹⁰. Il ne s'agit donc pas seulement de lui attribuer des pouvoirs exceptionnels lui permettant de *réagir* à une menace existentielle : il est aussi question de poser un principe directeur aux négociations de certaines obligations internationales. L'opportunité nous est alors offerte de fonder en droit l'assertion suivante : la conservation et la continuité de l'État semblent correspondre à des principes dont il est tenu compte lors de l'élaboration d'obligations internationales. L'observation semble confirmée par les articles 5 et 16 précités qui ne *posent* pas le principe de continuité, mais le *supposent* afin de distribuer les compétences de « l'autorité constituée chargée d'assurer l'effectivité du principe de continuité »³¹¹. Ces propos pourraient être généralisés à l'égard d'autres pays que la France, cette dernière n'étant pas la seule à consacrer une disposition constitutionnelle relative à la continuité de l'État. On retrouve ce principe dans de très nombreuses constitutions d'États étrangers³¹², notamment africains³¹³. En outre, maintes constitutions mentionnent la continuité de l'État en même temps que la responsabilité du Chef de l'État d'assurer l'indépendance et l'intégrité de son territoire³¹⁴.

119. Charles Chaumont formule une proposition similaire lorsqu'il tente de démontrer que le ministère des Affaires étrangères et sa direction juridique, chargés de négocier les traités au

³¹⁰ Article 52, premier alinéa, de la Constitution du 4 octobre 1958.

³¹¹ J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *op. cit.*, pp. 1067-1107. V. ég., B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, Paris, SDH, 1988, p. 193 : les principes énoncés aux articles 5 et 16 de la Constitution « sont *sous-jacents* à certaines décisions du Conseil constitutionnel » (italiques ajoutés).

³¹² V. les constitutions de ces États : Andorre (art. 44(1)) ; Azerbaïdjan (art. 8(2)) ; Biélorussie (art. 79(2)) ; Croatie (préambule) ; Haïti (art. 136) ; République de Corée (art. 66(2)) ; Lettonie (préambule) ; Hongrie (préambule) ; Moldavie (préambule) ; Macédoine (préambule) ; Pologne (art. 126) ; Tadjikistan (art. 64). Les mentions du principe de continuité servent principalement aux États occupés pendant l'une des deux guerres mondiales à réaffirmer que leur identité n'a pas été altérée par ce fait.

³¹³ *Inter alia*, v. les constitutions des États suivants : Algérie (art. 90 de la constitution de 1989, repris à l'art. 94 de l'actuelle constitution) ; Burkina Faso (art. 36(5)) ; Burundi (art. 95) ; Cameroun (art. 5(2)) ; République démocratique du Congo (art. 69) ; République du Congo (l'art. 56 de la constitution de 2001 présentait davantage de similitudes que l'actuel article 64 de la constitution de 2015) ; République centrafricaine (art. 22(2)) ; Côte d'Ivoire (art. 34 de la constitution de 2000, repris à l'actuel art. 54 de la constitution de 2016) ; Djibouti (art. 22) ; Gabon (art. 8) ; Mali (art. 29(2) et 50) ; Maroc (art. 42) ; Niger (art. 46) ; Rwanda (art. 98) ; Tchad (art. 60 de la constitution de 1996, repris à l'art. 65 de celle de 2018) ; Togo (art. 58) ; Tunisie (art. 41, repris à l'actuel art. 72 de la constitution de 2014).

³¹⁴ On peut citer comme exemple l'article 36 alinéa 5 de la Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991, révisée en 2015 : « [l]e président du Faso (...) est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, de la permanence et de la continuité de l'État, du respect des accords et des traités ». Disponible en ligne : [<https://mjp.univ-perp.fr/constit/bf2012.htm>] (consulté le 14/06/2023)

nom du Président, constituent les « gardiens du temple »³¹⁵. L'auteur identifie d'abord les « principes majeurs » qui influencent la politique étrangère de la France : « [s]ouveraineté, indépendance, intégrité »³¹⁶ – autant de principes que l'article 5 de la Constitution de 1958 mentionne dos à dos avec le principe de continuité de l'État. La protection de ces trois notions permet, toujours selon Chaumont, de garder « le temple », c'est-à-dire l'État français et sa nation :

« (...) [L]'expérience historique montre, précise l'auteur, qu'un pays ne meurt que s'il se laisse mourir (...). Dès lors, on ne peut pas tourner en dérision les 'principes majeurs' et ceux qui les gardent que si on y a déjà renoncé en soi-même. Pratiquement, ils peuvent signifier qu'il y a des limites à la dénaturation nationale »³¹⁷.

120. Ce passage incarne parfaitement l'une des particularités de la théorie des droits fondamentaux étatiques, qui fera l'objet de développements dédiés : Charles Chaumont pose en effet l'existence de certaines « clés de voûte » de l'édifice étatique et qui servent de présupposés – on pourrait dire à nouveau d'axiomes – à la négociation d'obligations internationales³¹⁸. Manquer d'en tenir compte constituerait un danger pesant sur l'existence même de l'État et de sa nation – les « limites à la dénaturation » identifiées par l'auteur. La décision du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel pourrait venir confirmer cette hypothèse, puisqu'on peut lire que le protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort, « n'est pas incompatible avec le *devoir* pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens »³¹⁹. Le Conseil constitutionnel en a effectivement déduit – « *dès lors* », est-il indiqué au considérant suivant – que le « protocole n°6 ne port[ait] pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté

³¹⁵ Ch. Chaumont, « Les gardiens du temple », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, pp. 188-197.

³¹⁶ *Id.*, p. 197.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Dans le même sens, en des temps plus reculés, H. Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, 4^e édition, tome I, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1865, p. 109 : « [l]a diplomatie du dix-septième siècle était savante et laborieuse dans le maniement des affaires. Ses documents sont remplis d'appels faits (...) à ces règles et à ces principes généraux, par lesquels les droits du faible sont protégés contre les envahissements de la force supérieure, par l'union de tous ceux qui sont intéressés dans le danger commun ». Parmi les principes invoqués dans les discussions diplomatiques, il identifie le « droit d'intervention, afin de prévenir l'agrandissement démesuré d'un seul État de l'Europe menaçant la sécurité générale et l'indépendance des nations, en mettant en perturbation l'équilibre de leurs forces respectives » (p. 110). On verra que ce droit d'intervention est intimement lié au droit à l'autoconservation, au Chapitre 7 de la thèse, pp. 445-449.

³¹⁹ Décision n°85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, considérant 2.

nationale »³²⁰. Cela revient, en réalité, à imposer certaines limites aux restrictions de la souveraineté conventionnellement consenties. Parmi ces limites figure justement, selon le Conseil constitutionnel, le principe de continuité auquel aucun traité ne devrait théoriquement pouvoir porter atteinte – à moins d’une révision de la Constitution.

121. En tant que présupposé dont il est tenu compte dans l’élaboration du droit positif, le principe de continuité de l’État fait partie de ces règles qu’il n’est pas possible de traiter comme une règle constitutionnelle ordinaire : il révèle au contraire une *inhérence*. C’est tout du moins ce que suggère la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État français, qui n’a pas hésité à qualifier la continuité de l’État de principe fondamental du droit public. Plus précisément, le Conseil constitutionnel érige la continuité des services publics au rang des principes à valeur constitutionnelle³²¹, et le Conseil d’État le qualifie de « principe fondamental » qui peut être assimilé à un principe général du droit³²². Il est possible de comprendre les qualificatifs adjoints au principe de diverses manières, ce qui ne facilite pas l’appréhension de la notion par les juristes.

122. Selon Marcel Waline, la jurisprudence que l’on vient de citer entend désigner le principe de continuité comme une notion située « au-dessus de toutes les lois écrites, même constitutionnelles, un principe supérieur de droit coutumier (...) »³²³. Le caractère fondamental du principe rimerait alors avec supra-constitutionnalité³²⁴ et évoquerait également son impérativité. La décision du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel énoncée plus tôt pourrait être interprétée comme poursuivant cet effet. Après tout, le Conseil constitutionnel identifie, à partir du principe de « continuité de la vie de la nation »³²⁵, un noyau dur de la souveraineté – *i.e.* les « conditions essentielles de la souveraineté » – auquel aucun traité ne pourrait porter atteinte en l’absence d’une révision de la Constitution. Sans aller jusqu’à confirmer que le

³²⁰ *Id.*, considérant 3. Insistons sur le fait que le lien de causalité entre le deuxième et le troisième considérant est explicitement établi par le Conseil : « [c]onsidérant, *dès lors*, que le protocole n°6 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté (...) » (italiques ajoutés).

³²¹ Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, premier considérant : « (...) la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d’apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d’assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d’un principe de valeur constitutionnelle » ; *AJDA* 1980, p. 191, note Legrand.

³²² Conseil d’État, *Dame Bonjean*, 13 juin 1980, *Rec.*, p. 274 : où la juridiction relève la « violation du principe fondamental de la continuité du service public ».

³²³ M. Waline, « Note de jurisprudence », *R.D.P.*, 1950, p. 699.

³²⁴ J. Gicquel, « Sur la continuité de l’État », *op. cit.*, p. 573.

³²⁵ La « nation » est généralement assimilée à l’État en droit international, du moins du point de vue des exceptions permettant de sauvegarder la « vie de la nation ». V. le Chapitre 8 de la thèse, lorsqu’on observe que la France a associé cette exception à l’exercice des pouvoirs exceptionnels de l’art. 16 de la Constitution, *infra*, pp. 483-484.

principe de continuité serait une règle supra-constitutionnelle imposant le respect d'une définition matérielle de la souveraineté, cette jurisprudence le suggère néanmoins suffisamment pour que la doctrine s'y soit intéressée³²⁶.

123. Sans avoir à approfondir cette hypothèse dont on a relevé les limites en introduction³²⁷, on peut néanmoins remarquer que l'on retrouve le trio continuité-conservation-souveraineté. Selon Michel Voisset, « [l]'idée de continuité de l'État concerne la souveraineté même de l'État »³²⁸. Dans le même sens, la Cour suprême des États-Unis a fait application du principe dans l'affaire *The Sapphire*, en 1870, après avoir remarqué « *that sovereignty is continuous and perpetual* »³²⁹. Cela permet d'expliquer la nature véritable du principe de continuité qui, fondée sur la souveraineté, relève de l'inhérence. Ainsi, il est possible d'interpréter le caractère fondamental du principe de continuité comme désignant un concept « pré-juridique », « immanent » à l'État et qui irrigue de très nombreuses règles constitutionnelles. C'est selon cette seconde acception que le P^r Markus conçoit le principe : il le définit en effet comme une « *loi régissant l'État, au sens où elle en conditionne l'existence et lui dicte certains comportements de contrainte et de prestation, destinés à assurer sa propre pérennité* »³³⁰. L'auteur en déduit, sans l'affirmer explicitement, l'inhérence du principe de continuité :

« Cette loi n'appartient donc pas au droit positif, mais elle s'y diffuse par ses déclinaisons nombreuses : ce sont des comportements de contrainte ou de prestation. Elle infiltre l'ordre juridique, l'imprègne, ce qui produit autant d'instruments juridiques dont l'objet est la sauvegarde des fonctions vitales de l'État. En somme, l'État est au service d'une idée que par instinct de survie il va tenter de mettre en œuvre. Cet instinct trouve son expression dans le principe de continuité de l'État »³³¹.

124. La continuité traduirait ainsi, dans le langage juridique, l'étymologie même de l'institution étatique : la racine latine de l'État, *stare*, signifiant « se tenir debout »³³². Les règles de l'ordre juridique permettraient justement à l'État de se maintenir debout, d'assurer sa

³²⁶ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 484-501.

³²⁷ On a déjà relevé, en introduction de la thèse, notre intention de ne pas remettre en cause la conception formelle de la souveraineté, v. p. 13.

³²⁸ M. Voisset, *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 369.

³²⁹ Cour suprême des États-Unis, *The Sapphire*, 78 U.S., 168 (1870) : la juridiction déduit du caractère perpétuel de la souveraineté que l'État français peut introduire un recours judiciaire aux États-Unis, et ce, malgré la « *recent deposition of the Emperor Napoleon* ».

³³⁰ J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », op. cit., p. 1107 (italiques dans l'original).

³³¹ *Ib.* (italiques ajoutés).

³³² *Id.*, pp. 1084-1087. L'auteur insiste lui-même sur le lien existant entre continuité et conservation : la continuité « devient une donnée, un contexte, la prémisses de base : la continuité fait et conserve l'État (...) » (il souligne, p. 1084).

continuité et par-là même sa conservation. Cela permet de comprendre pourquoi le principe n'est jamais mobilisé *ex nihilo* mais bien en rapport avec la finalité de l'État, ainsi que la décision du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel l'affirme. En rappelant en effet que « la continuité de la vie de la nation » constitue un « devoir pour l'État », le Conseil admet certes que la continuité de l'État est une exigence constitutionnelle. Mais, selon le P^f Gicquel, le Conseil observe également que « l'État ne constitue pas une fin en soi. Il ne vaut que par la mission qui lui est dévolue, conformément à la conception individualiste du droit constitutionnel »³³³. Autrement dit, « la continuité de l'État, dégagée de l'esprit de Machiavel, est perçue et vécue comme associée à celle de l'État de droit »³³⁴.

125. Que les fonctions attribuées au principe de continuité de l'État en droit interne intéressent la conservation de l'État³³⁵ ne signifie pas qu'il en soit nécessairement de même en droit international. Au contraire, c'est justement en raison des perspectives limitées qu'offre le principe de continuité en droit international qu'une étude du droit d'autoconservation s'avère utile.

b. La continuité de l'État en droit international

126. Pour le dire crûment, les juristes ne font pas grand-chose de la continuité de l'État en droit international. L'application du principe invite un tiers à réaliser une sorte d'opération intellectuelle qui se veut objective et motivée par des considérations de sécurité juridique³³⁶. *Grosso modo* : on observe les faits pour déterminer si l'État A continue d'exister ou s'il a disparu, l'État B lui succédant. Autrement dit, la notion est généralement mobilisée pour décrire les questions de succession d'États, sous la forme d'une étude de cas : la Russie, par exemple,

³³³ J. Gicquel, « Sur la continuité de l'État », *op. cit.*, p. 573.

³³⁴ *Idem*, p. 580.

³³⁵ Une fonction certes principale mais pas exclusive, ainsi qu'en témoignent les tribulations du Conseil d'État sur le fait de savoir, pour des questions de responsabilité, si l'État français avait cessé d'exister sous le régime de Vichy. V., CE Ass., 12 avril 2002, Papon, n°238689, Lebon ; M. Verpeaux, « L'affaire Papon, la République et l'État », *Revue française de droit constitutionnel*, n°55, 2003/3, pp. 520-526 ; jurisprudence confirmée dans CE Avis, 16 février 2009, Hoffman-Gleman, n°315499, Lebon ; précisée dans CE Ass., 13 avril 2018, Association du Musée des lettres et manuscrits, société Aristophil, n°410939, Lebon, note E. Crépey, *Revue Française de Droit Administratif*, 2018, pp. 531-538. V. ég., P. Noual, « Vichy, l'État et la République », *Revue française de droit constitutionnel*, n°126, 2021/2, pp. 102-110.

³³⁶ J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *op. cit.*, p. 1068 : l'auteur préfère ainsi observer que « le principe de continuité de l'État en droit international répond à un objet – préserver l'ordre public international ». V. ég., D. Wong, « Sovereignty Sunk ? The Position of 'Sinking States' at International Law », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, 2013, p. 363 : la présomption de continuité « *is not based on vague concerns about state identity but the practical need for rights and obligations to continue despite changes to territory: legal certainty would be undermined if each territorial change altered the obligations of a state vis-a-vis other states* ». Aussi, W. Czaplinski, « La continuité, l'identité et la succession d'États – Évaluation de cas récents », *RBDI* 1993/2, p. 374.

continue-t-elle ou succède-t-elle l'URSS après la dissolution de cette dernière en 1991³³⁷ ? Lequel des États baltes, croates, slovènes, serbes ou bosniens continue la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) après les sécessions opérées entre 1991 et 1992³³⁸ ? En réalité, déterminer si un État en continue un autre revient à résoudre des questions qui n'ont rien à voir avec la conservation de l'État telle qu'on l'entend.

127. Au contraire, déterminer si un État a disparu au profit d'un nouvel État confine le juriste à la résolution d'une question qui présente les traits d'un problème philosophique décrit par Plutarque, relatif au navire de Thésée. Celui-ci fut conservé « jusqu'au temps de Démétrius de Phalère » par les Athéniens qui « en ôtaient les pièces de bois, à mesure qu'elles vieillissaient, et (...) les remplaçaient par des pièces neuves, solidement enchâssées »³³⁹. Le problème suivant s'est alors posé : malgré le remplacement de toutes les planches du navire, ce dernier est-il resté identique ou n'est-il pas devenu un navire différent de celui de Thésée ? Le problème se complexifiait après avoir observé que les planches ainsi retirées du navire ont été récupérées pour en construire un autre : le navire de Thésée était-il continué par le nouveau vaisseau ?

128. C'est précisément à cette question que les internationalistes répondent lorsqu'ils s'interrogent sur la continuité d'un État en droit international. Malgré quelques changements fondamentaux subis en son sein – occupation ou perte d'une partie du territoire, révolution, changement de la constitution, *etc.*³⁴⁰ –, l'État continue-t-il d'exister ou change-t-il de nature³⁴¹ ? Si ces événements « *must be a shock grave enough to cast a doubt on its*

³³⁷ R. Mullerson, « The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia », *ICLQ*, vol. 42(3), 1993, pp. 473-493, spéc. p. 476, où l'auteur affirme vouloir établir « *whether, from the point of view of international law, there was a dismemberment of the Soviet Union (so that it has ceased to exist and there are only successor States) or whether one of the former Soviet republics continues its existence* ». L'objet de l'étude n'est donc pas de garantir la continuité de l'État russe, mais simplement de déterminer la situation dudit État après la dissolution de l'URSS. La question s'est également posée de savoir si les États ayant recouvré leur indépendance après cette dissolution étaient de nouveaux États ou bien s'ils continuaient leur existence avant leur intégration à l'URSS. P. ex., I. Ziemele, « Acceptance of a Claim for State Continuity : A Question of International Law and its Consequences », *Juridiskā zinātne*, vol. 9, 2016, pp. 39-47, à propos de la Lettonie. Eg., D. Zalimas, « Legal Issues of the Continuity of the Republic of Lithuania », *Hawaiian Journal of Law and Politics*, vol. 2, 2006, pp. 73-96 ; L. Mälksoo, « Professor Uluots, the Estonian Government in Exile and the Continuity of the Republic of Estonia in International Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, 2000, pp. 289-316 ; v. aussi l'ouvrage du même auteur, *Illegal Annexation and State Continuity : The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 373p.

³³⁸ R. Mullerson, « The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia », *idem*, p. 492. V. ég., Y. Z. Blum, « UN Membership of the 'New' Yugoslavia : Continuity or Break ? », *AJIL*, vol. 86(4), 1992, pp. 830-833. Même question pour la Tchécoslovaquie, v. J. Malenosky, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie, y compris tracé de la frontière », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 310-314.

³³⁹ Plutarque, *Vie des hommes illustres de Plutarque*, trad. par A. Pierron, Paris, Librairie-éditeur Charpentier, 1853, tome I, pp. 22-23.

³⁴⁰ J. R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2007, chapitre 16, pp. 673-695.

³⁴¹ C'est ainsi que la plupart des dictionnaires juridiques définissent d'ailleurs la continuité de l'État en droit international. P. ex., J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 250 : « [p]rincipe en

survival »³⁴², l'objet n'est pas ici de protéger l'État contre ces chocs. Krystyna Marek souligne précisément ce point en ne parlant pas simplement de continuité mais également d'*identité* de l'État³⁴³. Elle définit ainsi la continuité comme un attribut dynamique de la conception statique d'identité de l'État, c'est-à-dire que l'opération juridique permet seulement de déterminer si l'État demeure identique malgré un changement opéré en son sein. Autrement dit encore, la continuité de l'État implique de vérifier son identité lors d'un événement interrogeant son existence – là se situe l'aspect dynamique de l'identité³⁴⁴.

129. La solution apportée vise plutôt à évaluer si les obligations internationales opposables à l'ancien État sont également opposables à l'État dont on interroge sa qualité de continuateur ou de successeur. Si le constat de la continuité est formulé, alors toutes les règles lui sont opposables ; si on observe plutôt l'existence d'un nouvel État, la question sera résolue par la mobilisation du régime de la succession d'État³⁴⁵ – faisant ainsi apparaître la distinction opérée en droit international entre succession et continuité³⁴⁶. Partant, le principe de continuité, en droit international, n'est pas un *moyen* juridique permettant de préserver l'existence d'un État : il s'agit plutôt du *résultat* auquel le tiers parvient, sans l'avoir nécessairement recherché coûte que coûte au détriment d'une situation de succession d'État. En bref, l'opération juridique

vertu duquel un État – dont la personnalité juridique n'est pas affectée par les changements survenus dans son organisation constitutionnelle ou dans l'étendue de son territoire – conserve inchangé son réseau de droits et d'obligations internationaux (...) ». Eg. B. A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10^{ème} édition, Toronto, Thomson West, 2014, p. 388 : « [t]he principle that upheavals and revolutions within a country – as well as changes in governmental forms, the extent of a country's territory, and measures taken during a military occupation – do not affect the existence of the country and therefore cannot lead to its extinction ». La notion est même reléguée à l'expression « Identité de l'État » dans J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, op. cit., p. 163 et spéc. p. 318 : « [e]xpression qui traduit le caractère de continuité attaché à la personnalité et à la condition juridique internationale de l'État malgré les changements qui peuvent intervenir dans son organisation politique ou sociale et dans sa structure territoriale ».

³⁴² K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Librairie E. Droz, 1954, p. 4.

³⁴³ *Id.*, p. 6.

³⁴⁴ *Id.*, p. 5. Dans le même sens, J. L. Kunz, « Identity of States Under International Law », *AJIL*, vol. 49(1), 1955, p. 68, lorsqu'il présente l'alternative qui s'offre au juriste s'intéressant à l'identité d'un État : « (...) *determining whether a certain state is a new state or identical with a pre-existing state* (...) ».

³⁴⁵ Le régime a été établi par la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, signée le 23 août 1978 et entrée en vigueur le 6 novembre 1996, in *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1946 (I), n°33356, pp. 29-56. V., G. Le Floch, « Continuité et discontinuité en matière de succession des États aux traités », in G. Koubi, G. Le Floch, G. J. Gugliemi, *La notion de continuité, des faits au droit*, op. cit., pp. 197-215.

³⁴⁶ Une telle distinction serait toutefois à relativiser selon I. Ziemele, « Is the Distinction between State Continuity and State Succession Reality or Fiction ? », *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 1, 2001, pp. 191-222. *Contra*, J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, op. cit., p. 668 ; I. Ziemele, « Room for 'State continuity' in international law ? A constitutionalist perspective », in C. Chinkin et F. Baetens (ed.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility. Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 273-284.

Similairement, la résolution de la question permet de déterminer quel État possède tel bien, telle dette ou autre, v. le régime établi par la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, signée le 8 avril 1983, jamais entrée en vigueur, disponible en ligne :

[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1983/04/19830408%2008-18%20AM/Ch_III_12p.pdf] (consulté le 14/06/2023)

réalisée par le tiers correspond à l'évaluation dite objective de l'existence ou de l'inexistence d'un État à partir d'une situation factuelle. Si l'État B continue l'État A, cela signifie que B correspond finalement à A et qu'il peut voir sa responsabilité internationale engagée pour la violation d'obligations contractées par A. Cela revient à se demander si les obligations internationales de l'État A sont opposables à l'État B³⁴⁷, tout simplement. La continuité de l'État en droit international perd alors son aspect principal pour devenir purement descriptive³⁴⁸. La disparition de l'État est alors assimilée à un fait, comme le constatait déjà la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie dans son avis du 29 novembre 1991, à propos de la dissolution de la République³⁴⁹.

130. Le principe de continuité, en droit international, ne permet donc pas en tant que tel de protéger l'existence de l'État, sauf s'il est appliqué à la suite de la violation de certaines règles de droit international qui ont pour objet de garantir la survie de cet État. C'est pourquoi on étudiera cette hypothèse en même temps que ces règles, puisque ce sont ces dernières qui protègent l'État et non pas le principe de continuité³⁵⁰. Certains principes qui ont la même formulation n'ont donc pas nécessairement la même fonction. Celle attribuée au principe de continuité de l'État, en droit interne, a justement été reconnue comme correspondant à celle du droit de conservation de soi des États.

³⁴⁷ Plusieurs affaires peuvent être citées à l'appui de ce constat. P. ex., « Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd. V. American Can Co. », United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 21 avril 1919 in *A.D. (1919-1922)*, London, Longmans, Green & co. (1932), n°14, p. 31 : « [t]he obligations of a state, the debts due to and from it, are not affected by any transformation in the internal organization of its government » ; « The Russian Roubles (Attempted Counterfeiting) Case », Cour suprême japonaise, 1919, *id.*, n°15, pp. 32-33 (le requérant alléguait la disparition de son État afin d'échapper à l'application d'une loi japonaise condamnant la contrefaçon de la monnaie d'un État étranger). C'est pour cette raison que la continuité est parfois qualifiée de principe « dérivé de la règle *pacta sunt servanda* », v. l'observation de la Belgique rapportée in *RBDI* 1980/2, p. 733.

³⁴⁸ Cette qualité apparaît clairement dans la définition qu'en donne A. Zimmermann, « Continuity of States », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, §1 : « [Continuity] addresses the question of whether a State that changes its internal constitutional structure or undergoes changes in its territory or its population or both, or finally is occupied by another State by the same token loses its character as a subject of international law, in which case applicable rules of State succession could come into play ».

³⁴⁹ Conférence pour la paix en Yougoslavie, Avis n°1 de la Commission d'arbitrage, *RGDIP*, vol. 96, 1992, p. 264 : « [L]a Commission considère (...) [que] l'existence ou la disparition de l'État est une question de fait (...) ». Cela transparaît dans la résolution d'un différend par la juridiction de première instance de Singapour le 24 octobre 1974, « Simon v. Taylor and Another », *High Court* (Singapour), 24 octobre 1974, *ILR*, vol. 56, pp. 40 et s. La question se posait de savoir si l'État allemand avait cessé d'exister après sa reddition le 5 juin 1945. La solution du litige ne concerne cependant pas l'identification d'un moyen, pour l'État allemand, de résister aux événements extérieurs menaçant son existence, en l'occurrence sa scission en deux entités distinctes et à l'occupation de son territoire par les puissances vainqueurs de la guerre. La solution rendue par la juridiction se borne à déterminer si un sous-marin allemand, détruit en 1944 par les autorités britanniques et contenant du mercure, pouvait être qualifié de *res nullius* susceptible d'appropriation ou s'il était la propriété de l'une des deux Républiques susmentionnées.

³⁵⁰ V. le Chapitre 4 de la thèse, pp. 247 et s.

Paragraphe 2. La continuité de l'État et le droit souverain d'autoconservation

131. On peut lire de nombreuses références implicites au concept de continuité de l'État chez les auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques. Le droit d'autoconservation était par exemple présenté par Jean-Louis Klüber (1762-1837) comme un moyen permettant d'expliquer « ce qu'on appelle éternité ou plutôt perpétuité des États »³⁵¹. Évoquant largement la notion de continuité, le droit de conservation de soi de l'État s'est construit à partir de cette considération, tel un postulat ou un axiome, évoquant à nouveau la définition de la « conservation »³⁵².

132. La théorie des droits fondamentaux qu'il convient maintenant d'étudier aura justement à cœur d'identifier les moyens qui permettent d'entretenir la continuité d'un État en droit international. Afin de faciliter l'analyse, la théorie doit être distinguée en deux temps : les « précurseurs »³⁵³ en ont posé les jalons sans pour autant l'avoir formalisé (**2.1.**) ; seuls leurs continuateurs ont pris soin de systématiser la doctrine sous la forme qu'on lui connaît (**2.2.**).

2.1. Chez les « précurseurs des droits fondamentaux » (Wolff et Vattel)

133. Ainsi qu'il a déjà été remarqué par certains auteurs ayant étudié la théorie des droits fondamentaux de l'État après la Seconde Guerre mondiale, « le droit de conservation de l'État se trouve étroitement lié aux buts qui lui sont assignés selon la doctrine générale de l'État »³⁵⁴. Christian Wolff (1679-1754), le premier à élaborer un système de droits et devoirs individuels également possédés par les nations, insiste justement sur l'origine de l'État. Selon une conception plutôt hobbesienne, l'État viendrait à exister afin de permettre aux maisons ou aux familles de « se procurer les biens de la vie, en partageant entre elles les moyens de les acquérir ; soit pour se maintenir dans la possession paisible de ces biens, en repoussant de concert ceux qui voudraient la troubler »³⁵⁵. En raison de cette finalité, Wolff accorde en retour à l'État, à l'instar de Grotius ou d'Hobbes, une liberté d'action insusceptible de résistance de la part de ses sujets³⁵⁶.

³⁵¹ J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, op. cit., §38, p. 58.

³⁵² Une définition apportée en introduction, p. 8.

³⁵³ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 90-101.

³⁵⁴ T. Suontausta, *La souveraineté des États*, trad. du finlandais par A. Enckell, Helsinki, Akateeminen Kirjakauppa, 1955, p. 58. L'auteur ajoute que « [d]'après cette doctrine, une des tâches de l'État est de se protéger et de se défendre (...) ».

³⁵⁵ Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens*, trad. J.-H.-S. Formey, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1988, Tome 3, Livre VIII, Chapitre I, §II, p. 139. V. ég. *ibid.*, §VII : « le bien commun de l'état consiste dans l'abondance de toutes les choses nécessaires, utiles & agréables à la vie, & dans la sûreté contre toutes les attaques du dehors (...) ».

³⁵⁶ *Id.*, §XXXIII, p. 145 : « [p]ersonne ne peut porter atteinte aux ordres du Souverain ; il est parfaitement libre dans les actions, n'en rend compte à qui que ce soit, & n'a d'autre tribunal d'où il dépende que celui de la conscience ».

134. Après avoir établi la finalité de l'institution étatique, l'auteur identifie chez les nations l'obligation naturelle « à se conserver ». Celle-ci implique de « veiller à ce que les choses nécessaires à la vie ne leur manquent point, & à se mettre à l'abri de tout ce qui pourrait troubler leur tranquillité & leur sûreté »³⁵⁷. Emer de Vattel (1714-1766) a développé les propos de Christian Wolff après avoir admis n'en retenir que le « meilleur », à savoir « les définitions & les principes généraux »³⁵⁸. Il n'est donc pas surprenant de lire l'importance de l'origine de l'État dans sa théorie³⁵⁹. Cette finalité est cruciale dès lors que, comme Wolff³⁶⁰, le juriste de Neuchâtel estime que le droit naît du devoir : « [c]ar le droit n'étant autre chose que la faculté de faire ce qui est moralement possible, c'est-à-dire ce qui est bien, ce qui est conforme au devoir, il est évident que le droit naît du devoir, ou de l'obligation passive, de l'obligation dans laquelle on se trouve d'agir de telle ou de telle manière »³⁶¹.

135. Le premier de ces devoirs conduit à une distinction : celle de « se conserver et se perfectionner ». La conservation de soi est définie selon une conception proche de la continuité de l'État puisqu'elle « consiste dans la *durée* de l'association politique qui la forme »³⁶². Le perfectionnement, ensuite, fait le lien avec la finalité de cette institution. En effet, la préservation de l'État ne permettant pas à elle seule de réaliser la finalité pour laquelle l'institution a été constituée, Vattel couple ce devoir de celui de se perfectionner. Cette perfection de la nation « se trouve dans ce qui la rend capable d'obtenir la fin de la société civile (...) »³⁶³, étant entendu que cette finalité est définie comme le devoir de « procurer aux citoyens toutes les choses dont ils ont besoin [et] (...) de se défendre ensemble contre toute violence du dehors »³⁶⁴. Cela découle une nouvelle fois du *conatus* : cette notion n'a pas seulement vocation à expliquer la tendance à l'autopréservation de toute chose, elle sert également à décrire le désir d'expansion de toute personne en vue d'accéder au bonheur. Le concept spinozien conserve alors toute sa pertinence pour étudier la théorisation du droit

³⁵⁷ *Id.*, Livre 9, Chapitre II, §I, p. 260. V. la critique de J. Westlake, *Chapters on the principles of International law, op. cit.*, Chapitre VIII, p. 112 : s'il ne nie pas que le bien-être des hommes dépend de leur association au sein d'un État, « *it does not follow that their welfare imperatively requires the maintenance in its actual limits, and with resources entirely unimpaired, of the particular state tie in which they happen to be engaged* ».

³⁵⁸ Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, p. 13.

³⁵⁹ *Id.*, Tome I, Préliminaires, §1, p. 25 : « [l]es Nations ou états, sont des corps politiques, des sociétés d'hommes unis ensemble pour procurer leur salut & leur avantage, à forces réunies ».

³⁶⁰ *Id.*, Tome I, Livre I, Chapitre I, §IX, p. 4 : « [l]'obligation précède donc le droit : avant de concevoir aucun droit, il faut toujours supposer quelque obligation, sans l'existence de laquelle il n'y aurait point de droit ».

³⁶¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, op. cit.*, Tome I, Préliminaires, §3, p. 26.

³⁶² *Id.*, §14, p. 44, italiques ajoutés.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Id.*, §15, p. 44.

d'autoconservation, auquel la théorie accole presque toujours un droit au perfectionnement ou au développement³⁶⁵.

136. On peut expliquer la relation qui existe entre les deux à partir de la fonction attribuée à l'État : ce dernier doit se conserver afin de réaliser la fonction pour laquelle il a été constitué – *i.e.* assurer la sécurité et le bien-être de sa population. Il faut bien comprendre que chez Vattel la distinction entre conservation et perfection est relative : la première n'a de raison d'être que parce qu'elle sert la seconde. Le lien avec la finalité de l'État et, par extension, le pacte social qui en est à l'origine est au cœur de ses développements³⁶⁶. L'État est *obligé* de se conserver en vertu de ce pacte³⁶⁷. De cette obligation, ou devoir, Vattel en tire au profit de l'État un « droit à tout ce qui est nécessaire à sa conservation »³⁶⁸. Le Pr Haggemacher précise que ces éléments se trouvaient déjà en germe chez Wolff, ce dernier allant jusqu'à accorder une préséance à la perfection sur la conservation³⁶⁹. Quoiqu'il en soit de la priorité accordée à l'un ou l'autre de ces devoirs, il faut bien insister sur le fait que Wolff et Vattel en déduisent une série de pouvoirs qui sont inhérents au *souverain*³⁷⁰.

137. Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), contemporain de Vattel, adopte une position très proche. Il estime que la « société civile n'est autre chose que cette union d'une multitude d'hommes qui se mettent ensemble sous la dépendance d'un souverain pour trouver sous sa

³⁶⁵ V. le Chapitre 3 de la thèse, p. 222.

³⁶⁶ P. ex., E. de Vattel, *Le droit des gens, op. cit.*, §16, pp. 45-46 : « [d]ans l'acte d'association, en vertu duquel une multitude d'hommes forment ensemble un état, une nation, chaque particulier s'est engagé envers tous à procurer le bien commun, et tous se sont engagés envers chacun à lui faciliter les moyens de pourvoir à ses besoins, à le protéger et à le défendre. Il est manifeste que ces engagements réciproques ne peuvent se remplir qu'en maintenant l'association politique. La nation entière est donc obligée à maintenir cette association. Cette obligation, naturelle aux individus que Dieu a créés, ne vient point aux nations immédiatement de la nature, mais du pacte par lequel la société civile est formée ; aussi n'est-elle point absolue, mais hypothétique, c'est-à-dire qu'elle suppose un fait humain, savoir le pacte de société ». Ces éléments permettent au Pr Jouannet d'identifier le dualisme de Vattel : c'est-à-dire une théorie non seulement libérale (que recouvre le devoir de conservation), mais également providentialiste (que recouvre le devoir de perfectionnement). V. ég. E. Jouannet, « Les dualismes du *Droit des gens* », in V. Chetail et P. Haggemacher (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXI^e siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 136-140.

³⁶⁷ Ce point a été remarqué par P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, Tome I, Partie I, Chapitre II, point 212, p. 359. Plus récemment, J. Duval, *Le concept d'États défaillants dans les relations internationales. Une étude politique*, Thèse, Université Paris-Est, 2019, p. 256.

³⁶⁸ *Id.*, §18, p. 46.

³⁶⁹ P. Haggemacher, « Introduction », *Le droit international de Vattel vu du XXI^e siècle, op. cit.*, p. 35 : « [d]es deux, contrairement à ce que nous pourrions être tentés d'admettre, c'est sans doute le devoir de se perfectionner qui avait pour lui la préséance. Il figurait seul dans sa *Philosophica practica* ; et si la conservation apparaît bien dans le *Jus Naturae*, elle n'y est encore qu'un aspect de la perfection. C'est seulement dans le *Jus Gentium* qu'elle est érigée en devoir autonome, placé même avant celui de perfection ».

³⁷⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens, op. cit.*, Livre I, p. 60, §42 : tous les droits possédés par l'État aux fins d'accomplir ses devoirs « résident dans le souverain ». Et, chez Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature, op. cit.*, Tome III, Livre huit, p. 145, n°XXII : après avoir établi l'origine de l'État, l'auteur en déduit la *liberté* dont bénéficie le Souverain, car « [p]ersonne ne peut porter atteinte aux ordres du Souverain ».

protection, et par ses soins, le bonheur auquel ils aspirent naturellement »³⁷¹. Il est dès lors logique que parmi les premiers « caractères essentiels à la souveraineté », Burlamaqui énonce « un pouvoir souverain et indépendant, c'est-à-dire, une puissance qui juge en dernier ressort (...) et qui peut intéresser le salut et l'avantage de la société »³⁷². De ces éléments découlent, toujours selon cet auteur, une série de droits et de pouvoirs conférés à l'État « pour une même fin, c'est-à-dire, pour le bien de la société »³⁷³. Sans parler d'un droit à l'autoconservation, il attribue à l'État un droit de sûreté dont on relèvera le lien avec notre sujet³⁷⁴. Observons, pour l'heure, que c'est bien la finalité de l'institution étatique qui lui confère l'obligation de protéger son territoire, ce qui conduit à son tour à reconnaître un droit souverain permettant d'accomplir ladite obligation³⁷⁵.

138. Ces auteurs reprennent ainsi l'idée selon laquelle l'État ne peut pas penser contre lui-même et qu'il peut – il *doit* ! – prendre les mesures nécessaires à sa conservation. De telles mesures sont par ailleurs justifiées par leur fondement, à savoir la souveraineté de l'État. Cette approche finaliste des droits conférés à l'État sera largement reprise par les internationalistes classiques à l'origine des droits fondamentaux étatiques. Elle aura néanmoins en son cœur, plutôt que la théorie de Wolff, celle de Vattel³⁷⁶.

2.2. Chez les successeurs des fondateurs du droit international (les internationalistes classiques)

139. La voie ayant été ouverte par Vattel et Wolff, elle est empruntée par de nombreux juristes qui participent à l'élaboration et à la systématisation des droits fondamentaux étatiques. Il convient de noter cependant que les successeurs de Vattel qui font explicitement référence au contrat social pour fonder les droits fondamentaux sont en minorité. Préférant construire leur doctrine à partir de la souveraineté et d'une analogie avec les droits détenus par les individus,

³⁷¹ J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens, Avec la suite du Droit de la Nature, qui n'avait point encore paru ; le tout considérablement augmenté, par le M. le professeur de Félice*, Paris, B. Warée, 1820-1821, tome IV, Chapitre II, §1, p. 23.

³⁷² *Id.*, Tome IV, Chapitre VII, §II, p. 96.

³⁷³ *Id.*, Tome IV, Chapitre VIII, §1, p. 135.

³⁷⁴ *Id.*, Tome IV, Chapitre VIII, §VI, n°5, p. 141, spéc. Troisième Partie, Chapitre II, pp. 446 et suivantes.

³⁷⁵ *Id.*, Troisième partie, Chapitre II, §1, p. 437 : « [c]ar ce n'est pas à proprement le droit qui nous y autorise, mais c'est le devoir sur lequel le droit est fondé, et que nous devons remplir ». V. ég. §II, p. 448, ou encore §IV, p. 450 (où l'auteur lie la possibilité de recourir à la force au profit des nationaux « puisque autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté »).

³⁷⁶ E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, v. le premier chapitre de la deuxième partie, « Un moderne devenu un classique, 'le moment vattelien' », pp. 125-130, spéc. p. 127, à propos des successeurs de Vattel : « [i]l est remarquable de voir combien la présentation et l'esprit de tous ces ouvrages, devenus eux-mêmes des classiques dans leurs propres pays, sont très proches de celui de Vattel en 1758 (...). Tout part et tout revient à l'État, personne morale et sujet exclusif du droit international, et à la liste de ses droits et devoirs en temps de paix et en temps de guerre ».

la théorie du contrat social est progressivement passée sous silence. L'esprit de la conception de Vattel, largement cité chez ces auteurs, est néanmoins maintenu dans leurs écrits³⁷⁷. En effet, ces derniers n'hésitent pas à qualifier le droit fondamental à l'autoconservation de devoir de l'État³⁷⁸.

140. Reprenant ainsi la confusion entre droit et devoir, Henry Wheaton (1785-1848) décrit le droit à l'autoconservation comme un droit opposable aux autres États ainsi qu'un devoir auprès de la population de l'État³⁷⁹. Fiodor de Martens (1845-1909) insiste à son tour sur le fait qu'il « est [du] devoir de l'État d'user de ce droit », sous peine de perdre le « droit d'être libre » dans le cas où une nation perdrait le désir de défendre « sa propre existence »³⁸⁰. La conservation de l'État, sous cette perspective, devient à nouveau une nécessité³⁸¹. On retrouve alors cette impossibilité logique ou biologique – selon la perspective jusnaturaliste ou positiviste des auteurs qui la défend³⁸² – d'un État de penser contre lui-même.

141. Le juriste et diplomate argentin, Carlos Calvo (1824-1906), érige le droit d'autoconservation au rang de « la loi suprême des nations, le devoir le plus impérieux, [car celui] qui le néglige manque à la fois à ses obligations morales envers les membres qui le

³⁷⁷ Nombreux sont ceux qui s'y réfèrent : Th. Ortolan, *Règles internationales et diplomatiques... op. cit.*, p. 94 ; A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe, op. cit.*, p. 57 ; G. F. de Martens, *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*, trad. Ch. Vergé, Paris, Guillaume et Cie Librairies, 1864, Tome I, p. 368 ; P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain, op. cit.*, point 187, p. 309 ou encore point 212, p. 358 ; C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 4^e édition, Paris, Guillaumin et Cie, 1887, Tome I, Livre III, §114, p. 269 ; A. Rivier, *Principe du droit des gens, op. cit.*, §119, p. 279 ; A. Mérignhac, *Traité de Droit public international, op. cit.*, p. 233 ; P. Fauchille, *Traité de droit international public, op. cit.*, Tome I, p. 395 ; A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, p. 69.

³⁷⁸ P. ex., P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain, op. cit.*, point 211, p. 358. Ce devoir semble toutefois trouver son origine sur une analogie jusnaturaliste avec les individus, point 215, p.363. L'auteur estime en effet que les États et es individus poursuivent une même finalité : le bonheur. Le devoir entretient néanmoins une relation étroite avec la finalité de l'État, puisqu'il estime que le droit à l'autoconservation ne peut qu'être un devoir dès lors que les « sociétés politiques sont les gardiennes de l'avenir des générations futures qui continueront les traditions de la patrie » (point 217, p. 365). V. ég. E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits, op. cit.*, Tome II, p. 220 : les mesures que permettent le droit d'autoconservation, « il faut les considérer comme un devoir de tout État souverain, dont l'accomplissement permet aux autres membres de la société d'espérer la continuation de la vie pacifique, de la jouissance tranquille dans l'ordre des choses établi ».

³⁷⁹ H. Wheaton, *Elements of International Law, op. cit.*, §60, p. 60 : « [i]t is not only a right with respect to other States, but a duty with respect to its own members, and the most solemn and important which the States owes to them ».

³⁸⁰ F. de Martens, *Traité de droit international*, trad. par A. Léo, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1883, §73, p. 388.

³⁸¹ *Id.*, p. 389 : du droit à l'autoconservation découle pour les États « la nécessité de posséder les moyens nécessaires à leur défense ». Il ajoute, p. 390, que les États menacés par une nation visant « à la monarchie universelle (...) sont obligés de prendre, pour leur conservation personnelle, des mesures défensives générales ».

³⁸² J. de Louter, p. ex., mobilise les deux conceptions, *Le droit international public positif*, Tome I, Oxford, OUP, 1920, pp. 234-235 : « [I]es droits primitifs d'une personne internationale sont les conséquences *logiques* ou directes de sa souveraineté ou de son indépendance », et le droit à l'autoconservation « comprend les conditions d'existence et de développement, de vie et de progrès : *celles-ci étant liées inséparablement à l'idée d'organisme* » (italiques ajoutés).

composent et au but même de son institution »³⁸³. L'un des fondateurs de la *Revue générale de droit international public*, Antoine Pillet, rejoint cette approche lorsqu'il prend soin d'identifier les « fonctions essentielles » de l'État avant d'en déduire les véritables droits fondamentaux³⁸⁴. L'auteur estime indispensable de réaliser cette recension afin de pouvoir établir ces droits³⁸⁵. Il déduit effectivement les droits fondamentaux de l'État à partir d'une classification tripartite des fonctions de l'État : celles-ci ont pour objet d'« assurer la conservation de l'État ; [de] garantir le fonctionnement de certains services fondamentaux dont la direction appartient au pouvoir souverain chez tous les peuples civilisés ; [de] réaliser les progrès dont la communauté est susceptible »³⁸⁶. Ces fonctions aboutissent finalement à traduire, sous la forme de droits fondamentaux, le trio mentionné plus tôt : conservation, continuité (le « fonctionnement de certains services fondamentaux ») et perfection (« les progrès » évoqués par l'auteur). Enfin, Pillet définit la conservation de l'État à partir de l'objet de l'institution : cette dernière se préserve en protégeant l'intégrité de son territoire, de sa population et de son organisation politique. Là se situe « l'objet du premier devoir de l'État »³⁸⁷. Bref, chez les internationalistes classiques, la préservation de l'État relève de l'évidence : « [i]l est presque puéril de le constater » selon Paul Pradier-Fodéré (1827-1904)³⁸⁸.

142. Le P^r Saint-Bonnet met également en lumière le rôle historique de la finalité attribuée à l'État dans la théorisation de l'état d'exception. Une telle théorie « n'a pas de véritable pertinence avant que l'institution ait une finalité propre : le bien public »³⁸⁹. Sans cette finalité, en effet, il serait inutile de préserver l'État. C'est pourquoi l'attribution de cette fonction à l'institution étatique impose de lui reconnaître, « ontologiquement » précise l'auteur, « un droit absolu à l'existence »³⁹⁰. Davantage encore, le P^r Saint-Bonnet précise que le fait d'attribuer à

³⁸³ Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., p. 352. Eg cité par J. de Louter, *Le droit international public positif*, Oxford, OUP, 1920, Tome I, p. 240. Dans le même sens, M. Sibert, *Traité de droit international public*, op. cit., §156, p. 226 : « [l]es États ont des droits et des devoirs nécessaires à la réalisation de leur but : la satisfaction du besoin primordial de sociabilité ».

³⁸⁴ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 70.

³⁸⁵ *Id.*, p. 73 : « (...) la considération du but peut seule nous découvrir la raison des divers droits attachés à la souveraineté, nous montrer en quoi ils consistent essentiellement, nous fixer sur leur importance respective ».

³⁸⁶ *Id.*, p. 76.

³⁸⁷ *Id.*, p. 79.

³⁸⁸ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, op. cit., point 247, p. 418 : « [d]ans la réalité des choses, la conservation de soi-même constitue souvent un devoir pour les États. Il est presque puéril de le constater : les sociétés politiques sont les gardiennes de l'avenir des générations futures qui continueront les traditions de la patrie ; c'est pour les générations présentes un devoir de garantir à ceux qui viendront après elles le lien social qui les relie, l'intégrité du territoire sur lequel leurs destinées se sont développées et l'union de toutes les parties dont se compose ce tout qu'on appelle le pays, la patrie, la nation, l'État ».

³⁸⁹ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 37.

³⁹⁰ *Ibid.*

l'État la mission d'assurer le bien public a un effet sur la nature de ce droit à l'existence³⁹¹ : « [s]auvegarder l'État n'est donc pas sauvegarder le régime politico-juridique. (...) Sauvegarder l'État n'est plus que sauvegarder son essence, c'est-à-dire sa mission fondamentale de garantir la paix et la sécurité »³⁹². C'est, en définitive, définir l'État à travers la finalité qui lui a été attribuée au moment de son institutionnalisation. Georges Burdeau abonde en ce sens lorsqu'il suggère qu'un État ne poursuivant aucune finalité ne peut posséder aucun pouvoir et ne peut, par conséquent, exister³⁹³.

143. Intrinsèquement lié à la finalité de l'État, le droit d'autoconservation est nécessairement fondé sur la souveraineté. Cela explique pourquoi l'État a le droit de préserver son existence : afin d'assurer sa continuité et celle de sa souveraineté. Ainsi William Edward Hall (1835-1894) préfère parler d'un « *[r]ight of continuing and developing existence* »³⁹⁴ qui reprenait l'essentiel de la définition du droit d'autoconservation³⁹⁵. Au regard de l'objet dudit droit, il est défini par Carlos Calvo, par exemple, comme « [u]n des droits essentiels inhérents à la souveraineté et à l'indépendance des États »³⁹⁶. Ainsi que le remarque Ernest Nys (1851-1920), la souveraineté est le critère employé par les auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques pour distinguer les « droits primitifs, permanents ou absolus » d'un côté, et les « droits conditionnels, hypothétiques, accidentels ou occasionnels » de l'autre³⁹⁷. Seuls les premiers sont fondamentaux, au motif qu'ils sont inhérents à la souveraineté d'un État, tandis que les seconds sont hypothétiques, car un État ne les possède que s'il en fait « l'acquisition » par l'intermédiaire d'un traité ou d'une coutume³⁹⁸.

144. Fonder les pouvoirs d'autoconservation sur la souveraineté permet d'expliquer pourquoi certains auteurs, comme Goerg Friedrich von Martens (1756-1824), parviennent à recenser ces pouvoirs *sans pour autant les qualifier de droits fondamentaux étatiques*. Considérant, contrairement à ses pairs, que le droit naturel n'est pas une loi immuable, l'auteur se contente

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Id.*, p. 39.

³⁹³ G. Burdeau, *L'État*, nouv. éd. préfacée par P. Braud, Paris, Seuil, 2009, pp. 130-131. Le passage de l'ouvrage traite du libéralisme qui, selon l'auteur, en raison du « laissez-faire » qu'il implique, vide l'État de ses responsabilités et donc de sa finalité, le privant de la plupart des pouvoirs qui lui sont traditionnellement reconnus.

³⁹⁴ W. E. Hall, *A Treatise of International Law*, 8^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1924, p. 50 (italiques ajoutés).

³⁹⁵ Dans le même sens, v. G. Scelle, *Droit international public*, répétitions écrites (1941-1942), p. 46 : où l'auteur définit le droit d'autoconservation comme « le droit d'employer les moyens propres à assurer la continuité et la sécurité de son existence comme l'État ».

³⁹⁶ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 352.

³⁹⁷ E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, *op. cit.*, Tome II, p. 216.

³⁹⁸ V. ég. P. Motsch, *La théorie des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 57-58.

de postuler l'inhérence de certains droits sans les présenter comme tels³⁹⁹. Martens identifie pourtant des droits inhérents à la souveraineté dont les particularités sont tellement proches de celles énoncées à propos des droits fondamentaux que son traducteur ne cesse, dans les commentaires, de s'y référer⁴⁰⁰. Il faut admettre que cette inhérence n'est jamais posée expressément : elle se déduit de l'exposé de Martens, notamment lorsqu'il entreprend d'identifier les cas dans lesquels certains États peuvent s'opposer aux changements constitutionnels intervenus sur le territoire d'un autre État. Il admet cette hypothèse d'intervention lorsque les changements mentionnés sont « contraires à des droits qui leur (*i.e.* aux États tiers intervenant) auraient été accordés à titre particulier » ou alors lorsqu'ils sont « incompatibles avec leur propre sûreté et leur conservation »⁴⁰¹. Ce passage est important en ce qu'il reprend, sans l'affirmer expressément, la distinction entre les droits fondamentaux et accessoires que l'on vient d'esquisser. En opposant ainsi deux cas dans lesquels l'intervention d'un État dans les affaires intérieures d'un autre serait licite, l'auteur affirme également que la conservation et la sûreté de l'État constituent un droit inhérent à l'État. L'observation découle logiquement du fait que la conservation et la sûreté de l'État n'apparaissent pas dans la catégorie des droits qui « auraient été accordés à titre particulier » à l'État intervenant, c'est-à-dire aux droits accessoires. Le droit d'autoconservation ne peut donc qu'être un droit fondamental et inhérent de l'État souverain⁴⁰².

³⁹⁹ Cela découle du fait que Martens estime, selon Gidel, que « [l]a loi naturelle n'est autre que l'ensemble des règles que l'étude raisonnée des faits sociaux démontre comme étant conformes aux véritables intérêts de la nation, à la nécessité et à l'utilité sociales ». Cela découle du fait que Martens estime, selon Gidel, que « [l]a loi naturelle n'est autre que l'ensemble des règles que l'étude raisonnée des faits sociaux démontre comme étant conformes aux véritables intérêts de la nation, à la nécessité et à l'utilité sociales ». À l'inverse de cette conception subjective du jusnaturalisme, le droit positif recouvre, selon l'auteur, le droit auquel les États consentent. C'est pour cette raison qu'il accorde la préséance au droit positif sur le droit naturel ; parce qu'il privilégie le critère du droit consenti. En outre, cette primauté découle d'une présomption : celle selon laquelle le droit positif est nécessairement conforme à la loi naturelle. Partant, commente Gilbert Gidel, « [c]ette diminution d'importance du droit naturel (...) entraîne une diminution d'importance dans la théorie des droits fondamentaux des États », v. G. Gidel, « Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États », *RCADI*, tome 10, 1925, pp. 585-586.

⁴⁰⁰ V. p. ex., G.F. de Martens, *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*, *op. cit.*, Tome I, Livre IV, Chapitre I, p. 398 : alors que Martens identifie un simple « droit d'armer pour sa défense » sans réaliser une quelconque référence aux droits fondamentaux étatiques, Vergé commente : « [l]e droit de conservation de soi-même, et par suite le droit de défense ou le droit de repousser la force par la force, est le premier de tous les droits absolus, celui qui sert de base à tous les autres (...) ». V. ég., la systématisation faite par le traducteur des droits fondamentaux à l'issue de l'étude, par Martens, des « [d]ifférents genres d'États » au §16 du premier chapitre du premier livre, pp. 81-82.

⁴⁰¹ *Id.*, Livre III, Chapitre II, §74, p. 209.

⁴⁰² Cela explique pourquoi l'auteur ne peut manquer de mentionner, *passim*, un « droit » d'autoconservation, *idem*, Livre II, Chapitre II, §52, p. 166 : « [t]outefois le droit de propre conservation autorise la nation à s'écarter d'un traité qu'elle ne pourrait plus accomplir sans causer sa propre perte (...) ». V. ég. Livre IV, Chapitre I, §116, pp. 317 et s., où le droit de sûreté et de prospérité extérieure sert la conservation de l'État.

145. La souveraineté ne fonde pas seulement le droit d’autoconservation, mais elle explique également les conditions dans lesquelles un État pourrait estimer nécessaire d’invoquer ledit droit. Autrement dit, la souveraineté apporte un élément de définition crucial à la notion de « menace existentielle » : cette dernière n’est pas seulement constituée lorsque l’État craint une atteinte à ses éléments constitutifs, mais également lorsqu’il considère qu’une telle atteinte est susceptible d’affecter l’exercice de sa souveraineté.

Section 2. Définition de la « menace existentielle » comme atteinte aux éléments constitutifs affectant l’exercice de la souveraineté

146. Afin de justifier l’exercice du droit d’autoconservation, il faut que l’État réagisse à une circonstance qui constitue une menace à sa propre survie. La question, pourtant cruciale, n’est jamais directement traitée par les internationalistes à l’origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques. Ces derniers se contentent en effet de postuler que l’État doit pouvoir protéger, en vertu de son droit d’autoconservation, tous les éléments essentiels à son existence, ce qui recouvre l’ensemble de ses éléments constitutifs⁴⁰³. Ces auteurs ne précisent cependant jamais à *partir* de quand – *i.e.* au-delà de quel seuil – une atteinte à ces éléments traduit une menace existentielle (**Paragraphe 1**). Cela revient finalement à refuser d’opérer une différence de degré entre les menaces, les considérant toutes de manière équivalente. Cette confusion vise probablement à souligner l’impossibilité de déterminer objectivement et *a priori* la nature existentielle de la menace, car elle est toujours relative et varie selon chaque État concerné (*i.e.*, elle est circonscrite) (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Seuil de gravité d’une atteinte aux éléments constitutifs traduisant une menace existentielle

147. Si l’existence de l’État n’est remise en cause que lorsqu’il n’exerce plus sa souveraineté sur son territoire (**1.2.**), cela ne veut pas pour autant signifier qu’une atteinte moins grave à ses éléments constitutifs ne pourrait pas être qualifiée de menace existentielle (**1.1.**). Certes, la seconde hypothèse désigne un seuil minimal de gravité et devrait en principe être exclue de l’exercice du droit d’autoconservation. On pourrait effectivement penser que ce droit ne concerne que la première hypothèse, celle qui met véritablement en péril la survie de l’État. Ce serait néanmoins omettre, comme il a déjà été relevé en introduction, que le droit de conservation de soi de l’État ne vise pas seulement à *réagir* face à un danger existentiel, mais également à *anticiper et empêcher* la réalisation d’un tel danger. Dans cette dernière hypothèse,

⁴⁰³ V. l’introduction de la thèse, pp. 6-7.

l'État se reconnaît certains pouvoirs souverains lui permettant de protéger ses éléments constitutifs, tandis que dans la première, l'État cherche à garantir l'exercice effectif de sa souveraineté.

1.1. L'atteinte à la population, au territoire, au gouvernement et à la souveraineté : seuil minimal de gravité d'une menace existentielle

148. Désireux de définir l'institution étatique au cœur du droit international, les juristes ne sont jamais parvenus à s'éloigner des éléments constitutifs de l'État consacrés dans la Convention sur les droits et devoirs des États de 1933⁴⁰⁴. Son article premier stipule que :

« [L']État comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente. II. Territoire déterminé. III. Gouvernement. IV. Capacité d'entrer en relations avec les autres États »⁴⁰⁵.

149. Comme le relève le co-président du groupe d'étude de la CDI sur l'élévation du niveau de la mer, ces éléments ne permettent pas de *définir* l'État en tant que tel : ils correspondent plutôt aux « conditions à réunir pour être considéré comme sujet ('personne') de droit international »⁴⁰⁶. Le P^r Verhoeven observe également que « la référence à un territoire et à une population ne présente qu'un intérêt purement descriptif, qui ne permet d'ailleurs pas d'identifier l'État comme tel »⁴⁰⁷. En bref, ce que l'on qualifie d'« éléments constitutifs » relève des *faits*, ils ne *caractérisent* pas l'État. Bien que l'absence d'une définition communément acceptée de l'État puisse être frustrante pour le juriste, le P^r Verhoeven soutient au contraire que « la définition de l'État ne pose à proprement parler aucun problème juridique »⁴⁰⁸ : « [l']État est nécessairement avant le droit et son être échappe fondamentalement à ses prescrits, l'objet du droit des gens n'étant pas de circonscrire ses sujets mais exclusivement d'en déterminer les droits et devoirs respectifs »⁴⁰⁹.

150. L'auteur en déduit ainsi qu'il n'est pas opportun d'interpréter les caractéristiques essentielles de l'État, disposées à l'article premier de la Convention, comme traduisant une

⁴⁰⁴ Par deux fois, la CDI a estimé qu'il n'était pas opportun de traiter la question : à l'occasion de l'étude du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États et du projet d'article de 1956 sur le droit des traités, v. J. Crawford, « State », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2011, §12 (la définition qu'en propose l'auteur retient ainsi les éléments constitutifs de l'institution étatique, *id.*, §§13-41).

⁴⁰⁵ Convention sur les droits et devoirs des États, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁰⁶ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », *A/CN.4/752, op. cit.*, p. 23, §75.

⁴⁰⁷ J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 334, 2008, p. 39.

⁴⁰⁸ J. Verhoeven, « L'État et l'ordre juridique international. Remarques », *op. cit.*, p. 752.

⁴⁰⁹ *Ib.*

règle coutumière. Si ces éléments constitutifs figurent certes dans un instrument juridiquement contraignant, il n'est pas certain que la stipulation qui les mentionne soit également contraignante. Si l'on reprend la typologie dessinée par Prosper Weil en 1992, il serait possible de distinguer « la *soft law* de l'*instrumentum* et la *soft law* du *negotium* »⁴¹⁰. En d'autres termes, la présence d'une clause dans un traité juridiquement obligatoire (« *hard law* ») ne préjugerait en rien le caractère contraignant de ladite clause. Il faudrait surtout déterminer si le « contenu matériel » de la règle traduit son obligatorité. En l'espèce, l'article premier de la Convention de Montevideo décrit les conditions qu'un État « *doit réunir* » pour être considéré comme tel. L'expression en italiques pourrait désigner une obligation, certes, mais qui présente peu de virtualité : quelle en pourrait être la teneur ? Le P^r Jeanneney a récemment formulé trois interprétations possibles de l'article premier précité. Soit l'on considère ces éléments comme « une condition de formation de l'État, mais non de son existence continue en droit international »⁴¹¹, soit il faut y voir « une condition à la fois de la formation et de la pérennité de l'État » assortie « d'une condition procédurale continue : la nécessité de faire l'objet d'une reconnaissance internationale »⁴¹². Soit, enfin, il convient de considérer que la disparition de l'État entraîne, « de plein droit, caducité de la reconnaissance originelle de l'État »⁴¹³.

151. Il n'est pas surprenant que des juristes aient cherché à démontrer la portée juridique des éléments constitutifs de l'État. Il s'agit simplement de donner effet à une stipulation conventionnelle, en particulier pour en faire un moyen juridique ayant une portée pratique. Pourtant, on comprend mal ce à quoi la règle obligerait : l'État serait-il contraint de *continuer* à être un État, notamment en garantissant l'intégrité de l'ensemble de ses conditions essentielles ? Un engagement de cette nature présenterait peu d'intérêts et aboutirait simplement à traduire juridiquement le principe du *conatus*, dont on a vu qu'il trouvait déjà un écho en droit positif avec le principe de continuité. Faudrait-il alors identifier l'obligation suivante à la charge des États tiers : à savoir, celle de reconnaître l'existence d'une entité réunissant les éléments de l'article premier, *tout comme* ils devraient reconnaître l'extinction d'un État ne réunissant plus ces éléments ? Quoique séduisante, cette obligation ne trouve aucune confirmation dans la pratique. Il a déjà été remarqué par la doctrine que la réunion des conditions mentionnées à

⁴¹⁰ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *op. cit.*, p. 215.

⁴¹¹ J. Jeanneney, « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégrité du territoire d'un État », *RGDIP* 2014/1, p. 103.

⁴¹² *Ib.*

⁴¹³ *Id.*, p. 104.

l'article premier ne suffit pas à imposer la reconnaissance de l'existence d'un État⁴¹⁴. De la même manière, un État qui se trouverait momentanément privé de l'un de ses éléments constitutifs ne disparaît pas immédiatement⁴¹⁵. Lorsque la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie était arrivée à la conclusion, en 1991, que « (...) l'existence *ou* la disparition de l'État [était] une question de fait »⁴¹⁶, elle précisait dans le même temps que constater l'extinction ne résultait aucunement de l'application d'un quelconque standard juridique. Cela devrait suffire à confirmer que l'article premier n'oblige à rien du tout : il suggère simplement les conditions dans lesquels un État est susceptible d'exister.

152. Il faut néanmoins admettre que la jurisprudence et plus généralement la pratique se réfèrent abondamment aux éléments constitutifs d'un État afin de vérifier sa qualité. La Commission susmentionnée avait justement considéré qu'il existait certains principes permettant « de définir à quelles conditions une entité constitu[ait] un État »⁴¹⁷. Il serait possible de multiplier les exemples en ce sens⁴¹⁸, à commencer par l'affaire *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft* du 1^{er} août 1929⁴¹⁹ ou encore l'article premier de la résolution de l'Institut de droit international sur la reconnaissance des nouveaux États et des nouveaux gouvernements du 23 avril 1936⁴²⁰. Le P^r Forteau rapportait également que les juridictions internes étaient « généralement fidèles dans leur pratique au *credo* international selon lequel l'État serait la

⁴¹⁴ A. Constantinides, « Statehood and Recognition », in A. Nollkaemper et A. Reinisch (éd.), *International Law in Domestic Courts*, Oxford, OUP, 2018, p. 32. L'exemple de la Palestine est également parlant, puisque la réunion des éléments constitutifs ne permet pas de surmonter la controverse entourant la réalité de son existence en tant qu'État, v. M. Forteau, « La Palestine comme 'Etat' au regard du Statut de la Cour pénale internationale », *RBDI*, 2012, pp. 48-49 et p. 55.

⁴¹⁵ Dans les années 90, la disparition de la Somalie « n'a jamais été constatée ni prononcée durant la décennie où elle fut privée de gouvernement national, et son existence continue bien plutôt confirmée sans équivoque par les institutions internationales » (G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 411, 2020, p. 103). V. ég. S. Lavorel, « Les enjeux juridiques de la disparition du territoire de petits États insulaires », *op. cit.*, p. 45. V. ég., A. A. Yusuf, « Government Collapse and State Continuity : The Case of Somalia », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 15-21.

⁴¹⁶ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie (Commission Badinter), 29 novembre 1991, avis n°1, *RGDIP*, 1992, p. 264 (italiques ajoutés).

⁴¹⁷ *Ib.*

⁴¹⁸ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », A/CN.4/752, *op. cit.*, pp. 23-32, §§75-111. Pour davantage de jurisprudence mobilisant les conditions constitutives de l'État, v. A. Constantinides, « Statehood and Recognition », *op. cit.*, pp. 36-49, spéc. p. 76 pour une synthèse. V. ég., M.-T. Badawi, *La continuité et l'extinction de la personnalité de l'État. Conséquences juridiques au point de vue international*, Lyon, Paquet, 1940, p. 18.

⁴¹⁹ T.A.M. germano-polonais, sentence du 1^{er} août 1929, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Pologne*, *Rec. T.A.M.*, vol. IX, pp. 344 et 346.

⁴²⁰ Art. premier : « [l]a reconnaissance d'un État nouveau est l'acte libre par lequel un ou plusieurs États constatent l'existence sur un territoire déterminé d'une société humaine politiquement organisée, indépendante de tout autre État existant (...) ». Disponible en ligne : [\[https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bruux_01_fr.pdf\]](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bruux_01_fr.pdf) (consulté le 14/06/2023)

réunion de trois éléments constitutifs (...) articulés d'une manière telle qu'ils aboutissent à l'indépendance »⁴²¹.

153. Malgré toutes les difficultés et les incertitudes qui entourent ces éléments constitutifs, elles ne suffisent pas à justifier de s'en passer définitivement ni à nier leur importance. Ainsi la doctrine a logiquement considéré qu'un État était susceptible de « cesse[r] d'exister par la disparition de l'un des trois éléments nécessaires pour son existence »⁴²². Cette conception a nécessairement influencé l'appréhension doctrinale du droit d'autoconservation des États. La P^{re} Poirat requalifie par exemple le « droit à l'existence » de « droit au respect de l'existence », ce dernier devenant « l'illustration juridique des éléments constitutifs » de l'État⁴²³. Dans le même sens, on a vu que M^{me} Motsch définit la notion à partir des écrits d'Alfred Chrétien qui pose que « [l]e droit de conservation implique la préservation et le perfectionnement de tous les éléments de l'existence étatique (...) »⁴²⁴. La pratique relative à notre sujet, on le verra, pourrait démontrer la pertinence d'une telle assertion : l'interdiction de l'agression armée aboutit à garantir l'intégrité du territoire ; l'exercice de la compétence réelle est destiné à protéger les institutions essentielles de l'État ; la légitime défense sert à protéger à la fois le territoire et la population, *etc.*

154. Ces quelques exemples confirment le rôle crucial que revêtent les trois éléments constitutifs traditionnels de l'État, à savoir sa population, son territoire et son gouvernement. En effet, la définition de la menace existentielle permet de réaliser deux tâches : identifier le seuil minimal de la menace existentielle d'une part, et en déduire les pouvoirs dont devraient bénéficier les États pour préserver ces éléments de l'autre. Autrement dit, chaque fois qu'un danger risque d'affecter l'un de ces trois éléments, l'État anticipe pour les protéger en exerçant son droit d'autoconservation, même s'il n'est pas immédiatement menacé de disparaître. Il faudrait cependant ajouter un autre critère à ceux que l'on vient de mentionner, tout aussi crucial : celui d'indépendance – ou de souveraineté⁴²⁵.

⁴²¹ M. Forteau, « Être ou ne pas être un État : le rôle du juge interne dans la détermination de la qualité étatique d'entités étrangères », *AFDI*, 2016, p. 42. L'auteur observe néanmoins que le critère de la reconnaissance est parfois davantage déterminant que les autres critères, *id.*, p. 43 et pp. 35-38.

⁴²² V.-D. Degan, « Création et disparition de l'État », *RCADI*, vol. 279, 1999, p. 280.

⁴²³ F. Poirat, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'État », *op. cit.*, p. 89.

⁴²⁴ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁴²⁵ La confusion trouve son origine dans le fait qu'en droit international, la souveraineté est généralement comprise comme désignant l'indépendance de l'État. CPA, 28/04/1928, *Affaire de l'île de Palmas (ou Miangas)* (Etats-Unis d'Amérique c. Pays-Bas), sentence arbitrale, in *RSA*, vol. II, p. 838 : « [l]a souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance ». On peine à être convaincu par la démonstration de Ch. Rousseau, « L'indépendance de l'État dans l'ordre international », *RCADI*, vol. 73, 1948, p. 213, pour qui « indépendance » et « souveraineté » ne sont pas « équivalents ». En réalité, la fonction que l'auteur attribue à l'indépendance est finalement très proche de celle reconnue au concept de « souveraineté-liberté ».

155. À propos de l'indépendance⁴²⁶, celle-ci est parfois identifiée *a posteriori* dans le quatrième élément de la Convention de Montevideo qui parle d'une « [c]apacité d'entrer en relations avec les autres États ». Marek considérait ainsi qu'il s'agissait du préalable indispensable à l'existence du droit international, sans lequel il ne pouvait pas y avoir de communauté internationale⁴²⁷. La CIJ n'a-t-elle pas considéré que « le principe de l'indépendance des États » était « à la base même du droit international »⁴²⁸ ? Entreprenant d'éclaircir le sens de l'expression « indépendance » dans le cadre d'une autre affaire, Anzilotti en a fait « la condition normale des États d'après le droit international » ou, énoncé différemment, « la qualité normale des États en tant que sujets de droit international »⁴²⁹. Il précisait ensuite qu'un État cesse d'être indépendant chaque fois qu'il est « soumis à l'autorité » d'un « autre État ou groupe d'États » – *i.e.* quand il cesse d'être souverain⁴³⁰. Selon Anzilotti, « [d]'après le droit international commun, (...) chaque État est libre de renoncer à son indépendance, voire même à son existence »⁴³¹. Quoique l'extinction volontaire de l'État n'intéresse pas immédiatement notre propos, on peut néanmoins en déduire ceci : lorsqu'il n'y a pas consenti, tout État devrait se protéger contre toute tentative extérieure visant à l'empêcher d'exercer sa liberté et ses compétences inhérentes à son statut d'État indépendant⁴³².

156. Au regard de ces éléments constitutifs, il est difficile de déterminer précisément à partir de quand l'existence d'un État est objectivement menacée. La seule atteinte à l'un de ces éléments n'est pas suffisante, mais elle justifie néanmoins une réponse de la part de l'État qui va adopter les mesures qu'il estime nécessaires. Ces mesures ont pour objectif d'anticiper le risque que pourrait représenter cette atteinte pour la survie de l'État, dans le cas où elle

⁴²⁶ C'est d'ailleurs de cette manière que le quatrième de la Convention de Montevideo précitée est requalifié. V. M. Forteau, « Le rôle du juge interne dans la détermination de la qualité d'État », *op. cit.*, p. 43 : « (...) et la capacité à entrer en relation avec d'autres États *comme marque de l'indépendance* » (italiques ajoutés).

⁴²⁷ K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 162-163. V. é.g., J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 62-89, spéc. p. 62 : « [*i*]ndependence is the central criterion for statehood ».

⁴²⁸ CPIJ, *Statut de la Carélie orientale*, avis, *Série B - N°5*, p. 27. De même, à propos du principe de souveraineté dont on a déjà relevé la proximité avec le principe d'indépendance, v. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 1986, *op. cit.*, p. 133, §263 : « (...) conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des États sur lequel repose tout le droit international (...) ».

⁴²⁹ CPIJ, 05/09/1931, *Affaire du Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (Protocole du 19 mars 1931)*, avis, *Série AB - N°41*, opinion individuelle d'Anzilotti, p. 57.

⁴³⁰ *Ib.*

⁴³¹ *Id.*, p. 59. P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 521-523.

⁴³² J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 67 et 72 : le principe d'indépendance impose de respecter à la fois l'exclusivité et la plénitude de la compétence d'un État, chacune des hypothèses ayant respectivement trait à l'indépendance formelle (« *formal independence* ») et réelle (« *actual independence* »). V. é.g., Ch. Rousseau, « L'indépendance de l'État dans l'ordre international », *op. cit.*, pp. 220-249, spéc. p. 220 : « (...) l'indépendance implique à la fois l'exclusivité, l'autonomie et la plénitude de la compétence ».

dépasserait un certain seuil, transformant la nature de la menace : de lointaine, elle deviendrait imminente. Cette menace, comme on va le démontrer, se réalise lorsque l'État est empêché d'exercer effectivement sa souveraineté.

1.2. L'impossibilité d'exercer effectivement la souveraineté : seuil maximal de gravité d'une menace existentielle

157. En dehors de l'hypothèse de l'élévation du niveau de la mer et de la submersion du territoire, un État ne voit jamais ses conditions essentielles *matériellement* détruites. En droit international, quand on parle de territoire, il faut adopter l'approche kelsenienne : il ne s'agit pas d'un objet matériel mais plutôt d'un objet juridique ou, selon d'autres termes, d'une qualification juridique. Il correspond à un espace de validité des normes d'un ordre juridique, à un espace dans lequel s'exerce une compétence qui présente une certaine caractéristique⁴³³ – comme l'exclusivité et la plénitude de la compétence. Toujours selon Kelsen, si la validité de l'ordre juridique est une condition de naissance de l'État, c'est également la condition de son extinction : dès que l'ordre juridique disparaît, l'État cesse également d'exister⁴³⁴. Tout repose, ainsi, sur l'« efficacité » de l'ordre juridique de l'État⁴³⁵. Autrement dit, cela met en évidence l'importance de l'effectivité de l'exercice de la souveraineté, qui se traduit par l'exercice de compétences également souveraines sur le territoire et la population, par l'intermédiaire d'un gouvernement.

158. C'est pour cette raison que la doctrine et les petits États insulaires entendent démontrer que le territoire n'est pas, en tant que tel, déterminant à l'existence d'un État. Ce qu'il importerait de démontrer, en cas de submersion intégrale du territoire, serait la capacité des petits États insulaires de continuer à exercer effectivement leur souveraineté en l'absence de territoire⁴³⁶. La doctrine relève qu'une telle perspective nécessite de refonder intégralement la conception traditionnelle – entendez westphalienne – de l'État territorialisé⁴³⁷, qui constitue

⁴³³ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, pp. 247-248, §15.

⁴³⁴ H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, pp. 294-297.

⁴³⁵ *Id.*, p. 294 : « [d]e même qu'elle commence en vertu du droit international avec son efficacité, la validité de l'ordre étatique prend fin également, en vertu de ce même droit, avec cette efficacité ».

⁴³⁶ Même si cette question intéresse, *in fine*, la survie de l'État, elle s'éloigne de notre thèse en raison de son caractère spéculatif – *lege ferenda*. Le sujet a ainsi fait l'objet d'un traitement dédié dans un article rédigé par nos soins, « Contre vents et marées : la politique juridique des Tuvalu face à la disparition annoncée des petits États insulaires », à paraître. Sur l'importance de l'effectivité de l'exercice de la souveraineté, v. ég., J. Grote Stoutenburg, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden, Brill, 2015, pp. 241 et s.

⁴³⁷ D. Wong, « Sovereignty Sunk ? The Position of 'Sinking States' at International Law », *op. cit.*, pp. 352-353 ; C. Blanchard, « Evolution or Revolution ? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise », *Annuaire canadien de droit international*, Volume 53, 2016, p. 73 et pp. 102-104 ; S. Lee et L. Bautista, « Climate Change

logiquement, selon la CIJ, « l'une des bases essentielles des rapports internationaux »⁴³⁸. Le P^r Jeanneney réfute le renversement de cette conception après avoir relevé que le territoire est le champ sur lequel l'État exerce ses fonctions et ses compétences⁴³⁹. En l'absence d'alternative crédible, la disparition du territoire devrait emporter celle de l'État.

159. Quoique l'on pense des discussions relatives à la disparition annoncée des petits États insulaires, il faut en conclure que la doctrine majoritaire définit la disparition de l'État selon une théorie « des éléments constitutifs accompagnés du critère d'effectivité »⁴⁴⁰. L'importance de ce dernier critère a surtout été rattachée au gouvernement : celui-ci *doit* exercer effectivement ses pouvoirs sur la population et le territoire⁴⁴¹. Le critère de l'effectivité intervient notamment pour vérifier la réunion du critère d'indépendance – ou, encore une fois, de souveraineté. Crawford distinguait ainsi deux situations : en théorie l'État est indépendant ; en réalité il ne le serait *effectivement* pas⁴⁴². L'effectivité intervient ainsi pour vérifier la réalité de la réunion des éléments constitutifs de l'État. Chaque fois que cette effectivité viendrait à manquer, il faudrait constater qu'une atteinte a été portée à l'un de ces éléments, ce qui suffirait à remettre en cause l'existence de l'État⁴⁴³. L'un des enjeux de l'identification d'une menace existentielle réside alors dans la détermination du seuil de gravité : à partir de quand l'attaque portée à l'un des éléments constitutifs de l'État risque d'affecter l'exercice effectif de sa souveraineté et, par extension, son existence ?

and Sea Level Rise. Nature of the State and of State Extinction », in R. Barnes et R. Long (éd.), *Frontiers in International Environmental Law : Oceans and Climate Challenges. Essays in Honour of David Freestone*, Leiden, Brill, 2021, p. 203.

⁴³⁸ CIJ, 09/04/1949, *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 35 : « [e]ntre États indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux ».

⁴³⁹ J. Jeanneney, « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État », *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴⁰ J. d'Aspremont, « The international law of statehood : craftsmanship for the elucidation and regulation of birth and death in the international society », in P. d'Argent, B. Bonafé et J. Combacau (dir.), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 273.

⁴⁴¹ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 55-56. H. Kelsen, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité : les principes ; leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, vol. 4, 1929, reprod. in *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 29-30 : « un État nouveau doit être considéré comme existant du point de vue du droit des gens, dès qu'un ordre de contrainte (*Zwangsordnung*) indépendant des autres États et soumis uniquement au droit international s'est créé de quelque façon que ce soit et est efficace sur un territoire et pour une population déterminée » (le pouvoir de contrainte correspond ici à ce que la doctrine désigne en réalité, selon l'auteur, par « gouvernement »). V. ég. la pratique japonaise rapportée dans *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 53, 2010, p. 464 : « [f]or the formation of a State, international law generally requires that an entity shall meet the conditions of Statehood, namely an entity holds an effective governments which governs a permanent population within a defined territory ».

⁴⁴² J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *id.*, pp. 67-89.

⁴⁴³ Sur l'importance de la « réalité » de l'existence d'un État, v. l'avis n°8 de la Commission d'arbitrage pour la Conférence pour la paix en Yougoslavie, 04/07/1992, *RGDIP*, 1993, p. 589 : « (...) si la reconnaissance d'un État par d'autres États n'a qu'une valeur déclarative, celle-ci (...) témoigne[] de la conviction de ces États que l'entité politique ainsi reconnue *constitue une réalité* (...) » (italiques ajoutées).

160. À propos du critère de l'indépendance « réelle » – ou « *actual* » – Crawford observe justement que tout est une question de degré⁴⁴⁴ : « (...) *it may be defined as the minimum degree of real governmental power at the disposal of the authorities of the putative State that is necessary for it to qualify as 'independent'* »⁴⁴⁵. L'auteur admet qu'« [*i*]t is a matter of political fact ; *specific cases may arise serious problems of appreciation* »⁴⁴⁶. Tout comme il est difficile de déterminer le seuil au-delà duquel la restriction apportée à une compétence souveraine devient une aliénation de celle-ci, interrogeant l'existence de l'État⁴⁴⁷, il est ardu de déterminer précisément quand un État cesse d'être indépendant.

161. Cette observation est susceptible d'être formulée à l'égard des autres critères constitutifs de l'État, en particulier le territoire et la population. La doctrine a tôt fait de remarquer que le droit international ne prescrit aucunement une superficie minimale du territoire ni même une démographie minimale⁴⁴⁸. Ce qui importe, encore une fois, c'est l'exercice effectif de la souveraineté ainsi que l'indépendance de l'État⁴⁴⁹. C'est pour cette raison que l'existence de Monaco, d'une superficie d'1,95 km carré, n'est plus remise en cause⁴⁵⁰. Et ce, alors même que la Principauté de Monaco fait partie d'une catégorie d'États – les micro-États – dont l'existence était controversée jusqu'au moins la fin de la Seconde Guerre mondiale⁴⁵¹. L'indépendance réelle de ce groupe d'État n'allait en effet pas de soi, notamment après avoir remarqué que la Principauté et d'autres petits États insulaires ont confié la défense de leur territoire, voire de leur indépendance, à un autre État – une circonstance interrogeant la « réalité » de leur existence en tant qu'États souverains⁴⁵². Le P^r Sur conclut ainsi que l'acceptation de ces entités dans le « club » des États témoigne du fait que l'existence d'un État est établie « suivant les considérations géopolitiques de certains de ses membres, de ceux qui sont en mesure de les

⁴⁴⁴ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁴⁵ *Ib.*

⁴⁴⁶ *Ib.*

⁴⁴⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, à propos du « seuil d'émission tolérable de la puissance étatique », pp. 502-507.

⁴⁴⁸ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 46 et 52 ; J. G. Stoutenburg, *Disappearing Island States*, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴⁹ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁴⁵⁰ J. Duursma, *Fragmentation and the international relations of Micro-States. Self-determination and statehood*, Cambridge, CUP, 1996, p. 115.

⁴⁵¹ *Id.*, pp. 134-142, spéc. p. 138.

⁴⁵² Traité destiné à adapter et à confirmer les rapports d'amitié et de coopération entre la République française et la Principauté de Monaco, conclu à Paris le 24/10/2002, article premier : « [l]a République française assure à la Principauté de Monaco la défense de son indépendance et de sa souveraineté et garantit l'intégrité du territoire monégasque dans les mêmes conditions que le sien ». Pour les petits États insulaires, il suffit de prendre l'exemple des États fédérés de Micronésie, de la République de Palau et des îles Marshall avec les États-Unis d'Amérique, v. *Public Law 108-188*, du 17/12/2003, in 117 STAT. 2781, section 311(b)(1).

faire accepter par les autres »⁴⁵³. Autrement dit, comme l'affirme le P^f Haupais, tout semble dépendre « de la perception que les autres États ont » de l'entité dont la réunion des éléments constitutifs n'est pas évidente⁴⁵⁴.

162. S'il devait en aller de même pour l'extinction de l'État, il serait difficile, partant, d'en apprendre davantage sur la nature de la menace existentielle. Dès lors que ce n'est pas simplement l'atteinte au territoire ou à la population qui est susceptible de provoquer la disparition de l'État, cette circonstance ne devrait pas suffire à constituer une telle menace. Il faudrait que l'atteinte portée à l'un des éléments constitutifs s'accompagne de la certitude que l'État n'exerce plus effectivement sa souveraineté sur son territoire et sa population. Prenons un cas fictif. Imaginons un État A dont une partie du territoire est occupé par un État B : il n'est pas possible de postuler que cette occupation menace l'existence de l'État A, à moins d'en rapporter la preuve à partir des circonstances pertinentes et propres à cette hypothèse concrète. Ainsi, imaginons que l'espace occupé représente le centre névralgique d'exercice de la souveraineté de l'État – la capitale, mais pas nécessairement –, alors il est plus aisé de constater la survenance d'une menace pesant sur sa survie. Au contraire, si le territoire occupé n'est qu'une région exploitée pour les ressources naturelles qu'elle recèle, on ne peut pas admettre aussi facilement que cela constitue une menace existentielle – même si cela demeure possible.

163. En outre, poussées à l'extrême, les considérations théoriques susmentionnées devraient amener à un résultat déraisonnable, voire absurde. À partir du moment où on considère que l'existence d'un État n'est pas conditionnée par un seuil minimal de superficie du territoire ou de démographie, on pourrait en déduire qu'une menace existentielle se matérialise *uniquement* lorsque l'atteinte dirigée contre les éléments constitutifs est totale⁴⁵⁵ : soit la destruction matérielle de l'ensemble du territoire et de la population ; soit la destruction irréversible de l'ensemble des institutions étatiques exerçant la souveraineté. En effet, on pourrait arguer qu'un État qui a perdu une partie de son territoire n'a pas vu son existence remise en cause dès lors qu'il continue de posséder un territoire.

164. *A priori* correcte, cette proposition ignore une différence fondamentale sur laquelle il convient d'insister : il faut distinguer le moment à partir duquel la disparition de l'État est

⁴⁵³ S. Sur, « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *RGDIP* 1993/4, p. 890.

⁴⁵⁴ N. Haupais, « Le micro-État, État souverain ? Liberté, égalité, exigüité », in F. Rouvillois (dir.), *Les micro-États au XXIème siècle*, Paris, Éditions du Cerf, 2017, p. 64.

⁴⁵⁵ S. Aktypis, *L'institution de la légitime défense en droit international : du droit naturel à l'ordre public international*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, p. 135 : « [p]our que la survie physique d'un État soit mise en cause, la guerre devrait être totale ; pourtant, même lors de l'emploi de l'arme nucléaire à Hiroshima et Nagasaki la survie du Japon n'a pas été mise en cause malgré le nombre considérable de victimes ».

réputée acquise en droit international – lorsque cette disparition devient « un fait » – et le moment où un État considère que son existence est menacée. Autrement dit, affirmer que l'État ne disparaît pas immédiatement après avoir perdu l'un de ses éléments constitutifs est une chose, mais c'en est une autre de soutenir qu'une telle situation ne menace pas l'existence de cet État. Autrement dit, si un État ne disparaît pas à la suite de la réduction de son territoire ou de sa population, cela ne signifie pas nécessairement que ce même État ne va pas qualifier cette circonstance de menace existentielle. Au contraire, chaque fois qu'il estime que l'atteinte à ses éléments constitutifs gagne – ou risque de gagner – une certaine ampleur, l'État peut craindre, à raison, que son existence soit à terme menacée. Ainsi, la sécession du Biafra a été qualifiée de menace existentielle par les autorités nigériennes en 1967⁴⁵⁶. Est-il envisageable de remettre en question une telle assertion ? D'abord, il ne fait aucun doute que la sécession porte atteinte à l'intégrité territoriale de l'État duquel l'entité fait sécession. Pour autant, la pratique confirme que cet acte ne provoque pas nécessairement la disparition de l'État. La déclaration d'indépendance du Kosovo, dont l'existence demeure certes contestée en droit international, n'a pas eu pour effet de menacer la survie de la Serbie. Devrait-on conclure que l'appréciation émise par le Nigéria à l'égard du Biafra était excessive ? Il faut se garder d'arriver à une telle observation, puisqu'il existe d'autres exemples où la sécession a pu provoquer la disparition d'un État. La République fédérative socialiste de Yougoslavie, par exemple, a disparu à la suite des déclarations d'indépendance successives de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie. En d'autres termes, tout dépend des circonstances – notamment de la forme de l'État, fédéral ou non, et si l'entité faisant sécession est une entité fédérée⁴⁵⁷. Ainsi, rien ne saurait empêcher un État comme le Nigeria de qualifier la sécession de menace existentielle.

⁴⁵⁶ Cité par J. Salmon, *La reconnaissance d'État. Quatre cas : Mandchoukouo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Paris, Armand Colin, 1971, p. 159 : dans une lettre adressée au Secrétaire général, le 30 mai 1967, le lieutenant-colonel Gowen demandait que l'ONU s'abstienne de se prononcer sur la sécession du Biafra, car cela risquait de porter atteinte à « l'existence en tant qu'État, à la souveraineté et à l'intégrité de la République fédérale du Nigeria ». V. ég. la position exprimée par le ministre des Affaires étrangères français, à l'Assemblée nationale le 19/12/1956, relativement à l'incompétence de l'ONU concernant l'Algérie – alors sous souveraineté de la France : « [o]n ne concevrait pas comment, dans une telle matière, l'intervention des Nations Unies pourrait se concilier avec le principe de la compétence nationale, alors qu'une telle intervention, prenant la forme d'une recommandation particulière adressée à un État déterminé, impliquerait une menace directe à l'intégrité territoriale, voire à l'existence de cet État » (italiques ajoutés, in *AFDI*, vol. 3, 1957, p. 792). Rhétorique approfondie dans le Chapitre 6, pp. 372-373.

⁴⁵⁶ « Lettre datée du 30 juillet 199, adressée au Secrétaire général par l'Observateur permanent de la Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/26201, 2 p.

⁴⁵⁷ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie (Commission Badinter), 4 juillet 1992, avis n°8, *RGDIP*, 1993, p. 589 : « [l]a Commission considère que, l'existence d'un État fédéral, composé de plusieurs entités fédérales distinctes est gravement mise en cause lorsqu'une majorité du territoire et de la population de la fédération se constituent en États souverains, de telle sorte que l'autorité fédérale ne peut plus y être exercée en fait ». V. ég., V.-D. Degan, « Création et disparition de l'État », *op. cit.*, pp. 285-292.

165. En reprenant la définition de la « conservation de l'État »⁴⁵⁸, il faudrait rappeler que la notion a surtout pour objet de garantir la survie de l'État tel qu'il existe à un instant T. Peu importe qu'un État puisse théoriquement continuer d'exister malgré un territoire et une population réduite : ce qu'il recherche, au contraire, c'est la préservation de ses éléments constitutifs *tels qu'ils sont*. Autrement dit, la menace existentielle n'est pas seulement constituée par l'occurrence d'une atteinte présentant objectivement un certain degré de gravité. Elle est appréciée par l'État qui craint de voir le *statu quo* de son existence altéré, mais aussi lorsqu'il risque de ne plus pouvoir exercer sa souveraineté sur son territoire dans les mêmes conditions que par le passé.

Paragraphe 2. Imprécision et relativité de la notion de menace existentielle

166. L'impossibilité d'objectiver la « menace existentielle » est manifeste dans l'avis de la CIJ de 1996 qui identifie, sans l'assortir d'une définition, la « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'État serait en cause »⁴⁵⁹ (2.1.). Il en résulte que cette « menace existentielle » dépend des caractéristiques et circonstances propres à chaque État (2.2.).

2.1. L'impossible détermination objective de la « menace existentielle »

167. Il n'est pas nécessaire, pour l'heure, de revenir abondamment sur l'avis de la CIJ pour constater que les paragraphes qui mentionnent cette « circonstance extrême de légitime défense » ne la définissent jamais. Le silence de la Cour et celui des juges, dans leurs opinions, semblent traduire la volonté de laisser les États libres d'apprécier la nature d'une circonstance menaçant leur survie. Le Juge Koroma, par exemple, observe que « [l]a conclusion de la Cour revient (...) à attribuer à chaque État le *droit exclusif de décider seul* de l'emploi de l'arme nucléaire quand sa survie, *telle qu'il la perçoit*, est en cause et cette décision n'est soumise ni au droit ni au jugement d'un tiers »⁴⁶⁰. Le passage évoquant certes la question des clauses dites « *self-judging* » qui retiendront notre attention, il indique surtout que la Cour adhère à l'idée selon laquelle il n'est pas possible d'offrir une définition objective de la menace existentielle.

168. La doctrine s'y est néanmoins essayée, avec plus ou moins de succès. Les pistes explorées par les auteurs soulèvent effectivement davantage de questions qu'elles n'apportent de réponse. Bien souvent d'ailleurs, le traitement du sujet s'opère sous la forme interrogative

⁴⁵⁸ Énoncée dans l'introduction de la thèse, p. 8.

⁴⁵⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis, 08/07/1996, *Recueil 1996*, p. 263, §97 et p. 266, §105(2)(E).

⁴⁶⁰ *Id.*, Opinion dissidente de M. Koroma, p. 560 (italiques ajoutés).

plutôt qu'affirmative. Par exemple, le P^f Matheson se demande ce que la Cour entendait par « la survie même de l'État » : « *whether it refers to the political survival of the government of a State, the survival of the State as an independent entity, or the physical survival of the population* »⁴⁶¹. Spyridon Aktypis propose de lever le voile autour de cette notion en distinguant « l'existence objective d'un État » de « son existence sur le plan juridique »⁴⁶². Selon l'auteur, cette distinction est nécessaire afin de nuancer l'idée selon laquelle l'existence d'un État serait systématiquement menacée chaque fois que l'arme nucléaire serait utilisée. Pour qu'un État risque l'annihilation au sens objectif – matériel –, on a vu qu'il faudrait que le recours à l'arme nucléaire soit total, c'est-à-dire dirigé contre l'ensemble du territoire et de la population⁴⁶³. Dans le même sens, l'existence de l'État sur le plan juridique invite l'auteur à dissocier cet État de ses conditions essentielles. Ce qui importerait ici ne serait plus la possession des éléments constitutifs mais bien la jouissance de la personnalité juridique. « C'est pour cette raison, observe Spyridon Aktypis, que les mutations relatives aux éléments qui le composent n'affectent pas son identité légale »⁴⁶⁴, notamment par le jeu du principe de continuité de l'État que l'on a déjà étudié⁴⁶⁵.

169. Ainsi, l'auteur identifie une contradiction manifeste au sein de l'avis de 1996 : finalement, ce n'est pas véritablement le recours à la force qui menacerait l'existence de l'État – excepté en situation de guerre totale susmentionnée. La survie de l'État serait au contraire en cause lorsqu'un conflit armé risque d'aboutir à sa dissolution sur le plan juridique. Aktypis considère alors que « le fait illicite qui permettrait le recours à l'emploi d'armes nucléaires [en légitime défense] se rapporte plutôt aux violations du droit applicable dans les conflits armés (...) » qu'à une agression armée – *i.e.* au *jus ad bellum*⁴⁶⁶. En toute logique, la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire ne devrait pas être analysée du point de vue du *jus ad bellum* mais exclusivement depuis le *jus in bello* : un État peut-il réagir aux violations du droit international humanitaire menaçant son existence par le recours aux armes nucléaires, constituant à son tour une violation de ce *corpus* ? Une interrogation de cette nature permet à l'auteur de *ramener* la

⁴⁶¹ M. J. Matheson, « The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons », *AJIL*, vol. 91(3), 1997, p. 430.

⁴⁶² S. Aktypis, *L'institution de la légitime défense en droit international*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁶³ *Id.*, p. 135. Cela permet à l'auteur de relever que l'emploi des armes nucléaires contre le Japon, à Nagasaki et Hiroshima, n'a pas remis en cause l'existence de l'État.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ V. dans la section précédente, pp. 62-65.

⁴⁶⁶ S. Aktypis, *L'institution de la légitime défense en droit international*, *op. cit.*, p. 136.

« circonstance extrême » dans le cadre du droit international humanitaire, en l’analysant sous le prisme de la « nécessité militaire »⁴⁶⁷, tout comme la Juge Higgins⁴⁶⁸.

170. Ce qui doit attirer notre attention n’est cependant pas la portée de cette dernière assertion, révélant la volonté de mieux distinguer le *jus ad bellum* et *in bello* que ne l’a fait la CIJ⁴⁶⁹. Ce qui importe ici, c’est plutôt la tentative de circonscrire la menace existentielle dans des catégories objectives. Malgré un tel effort de systématisation, l’auteur ne propose jamais de décrire les situations dans lesquelles la survie d’un État serait objectivement en cause. Il détermine simplement l’origine de cette menace sur le plan juridique – *i.e.* la violation du droit international humanitaire. En réalité, la perception d’une menace existentielle pour un État peut varier d’un État à l’autre, ce qui rend difficile l’établissement d’un consensus sur ce qui constitue une telle menace. Soulignant la « *relativity of extremeness* », un auteur observe que cette menace est susceptible de varier selon une série de facteurs – géographiques, militaires, *etc.*⁴⁷⁰. L’élévation du niveau de la mer constitue par exemple une menace existentielle pour les *petits* États insulaires, mais pas pour les *grands* États insulaires comme l’Australie⁴⁷¹ – au moins sur le court terme.

171. Il faudrait ainsi embrasser l’incertitude et la relativité de la notion, comme le fait M. Jeutner :

« [I]t suffices to treat the notion of state survival as a set of factual conditions referring to a state of affairs in which the continued existence of a state as a legal subject of international law is threatened to such an extent, and in such a manner, that resort to nuclear weapons ‘constitute the ultimate means by which [the state] can guarantee its survival’ »⁴⁷².

⁴⁶⁷ *Id.*, pp. 138-147.

⁴⁶⁸ CIJ, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, *op. cit.*, Opinion dissidente de M^{me} Higgins, pp. 585-586, §14.

⁴⁶⁹ V. le Chapitre 4 de la thèse, pp. 277-278.

⁴⁷⁰ N. Hayashi, « Using force by means of nuclear weapons and requirements of necessity and proportionality *ad bellum* », in G. Nystyen, S. Casey-Maslen et A. Golden Besagel (éd.), *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 26-27.

⁴⁷¹ Cela ne veut pas dire que des États comme l’Australie ou la Nouvelle-Zélande ne se préoccupent pas des conséquences du changement climatique. Simplement, ce phénomène n’est jamais qualifié de circonstance menaçant leur existence. C’est pour cette raison que les déclarations prononcées par le *Pacific Islands Forum*, dont les membres ne sont pas uniquement les petits États insulaires, ne parlent jamais de menace existentielle. Récemment, v. « Declaration on Preserving Maritime Zones in the Face of Climate Change-related Sea-Level Rise », 06/08/2021. Disponible en ligne :

[<https://www.forumsec.org/2021/08/11/declaration-on-preserving-maritime-zones-in-the-face-of-climate-change-related-sea-level-rise/>] (consulté le 14/06/2023)

⁴⁷² V. Jeutner, « Both the Rule and the Exception : The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State », in L. Bartels et F. Paddeu (éd.), *Exceptions in International Law*, Oxford, OUP, 2020, p. 243. L’approche est finalement similaire de celle retenue par M. Kohen, « The notion of ‘State survival’ in international law », *op. cit.*,

172. Un autre exemple le démontre assurément : l'exercice de la compétence réelle par les États – dont on aura l'occasion de démontrer la relation qu'elle entretient avec la conservation de l'État. En vertu de ce principe, l'État peut exercer sa compétence judiciaire et législative à l'égard des étrangers, pour des faits réalisés à l'étranger et qui intéressent ses intérêts vitaux. Ainsi, l'objet des législations qui délimitent le champ de la compétence réelle est de définir les intérêts qu'un État est susceptible de protéger dans l'exercice de ladite compétence. Si l'on peut identifier des approches communes à différents pays, la pratique des États ne fait pas ressortir une définition objective et universelle de ce qu'ils estiment indispensables à la préservation de leur existence.

173. L'article 7 de l'ancien Code d'instruction criminelle français fait par exemple référence à un « crime attentatoire à la sûreté de l'État » ou à la « contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi »⁴⁷³. Raisonnant aujourd'hui en termes de loi applicable⁴⁷⁴ qui fonde la compétence des juridictions en vertu de l'article 689 du Code de procédure pénale⁴⁷⁵, le libellé de l'article 7 est néanmoins repris quasiment à l'identique à l'article 113-10 de l'actuel Code pénal français. Celui-ci précise toutefois qu'il est question de protéger les « intérêts fondamentaux de la nation » et de réprimer « tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République »⁴⁷⁶. L'article 410-1 du même texte définit ces intérêts fondamentaux :

p. 294 : « [i]n its ordinary meaning, survival denotes the existence of a danger to life, and implies the ability to remain alive in spite of that threat ».

⁴⁷³ Article 7 du Code d'instruction criminel, remplacé par un Code de procédure pénale par la loi n°57-1426 du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale : « tout étranger qui, hors du territoire de la France, se sera rendu coupable, soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, s'il est arrêté en France ou si le Gouvernement obtient son extradition ».

⁴⁷⁴ Nous effleurons là un problème important qui ne peut nous retenir davantage, celui que le rapporteur H. Schultz soulevait déjà lorsqu'il identifiait « tant de difficultés » à « situer » la compétence réelle : s'agit-il d'une question relevant de la loi applicable (Code pénal) ou de la compétence juridictionnelle (Code de procédure pénale) ? H. Shultz, « Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger », *Rapports généraux au VIIe Congrès international de droit comparé, Uppsala, 6-13 août 1966, op. cit.*, p. 630.

⁴⁷⁵ Dit autrement, avant qu'une juridiction française puisse se trouver compétente pour trancher une affaire, il lui faut déterminer si la loi applicable aux faits est une loi française. V. l'article 689 du Code de procédure pénale : « [l]es auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du Code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

⁴⁷⁶ Article 113-10 du Code pénal : « [l]a loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre Ier du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'État, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics réprimés par les articles 442-1,

« (...) [Ils] s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel »⁴⁷⁷.

174. Considérablement élargi, le texte de l'article rappelle l'élasticité de la notion de conservation de l'État, dont le glissement vers la préservation de la nation permet certainement de justifier l'intégration de nouveaux éléments – tels que l'environnement et d'autres aspects économiques ou scientifiques. Le Conseil d'État constatait lui-même la flexibilité de l'article précité lorsqu'il rejetait l'opportunité d'inclure, dans la loi relative aux « fausses nouvelles (*fake news*) », l'expression « déstabilisation de ses institutions ». Interprétant l'article 410-1 du Code pénal, le Conseil considérait que cette notion était incluse dans les intérêts fondamentaux de la Nation malgré le silence de la disposition sur ce point⁴⁷⁸. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 21 octobre 2016, a incidemment constaté la constitutionnalité de la disposition précitée. Surtout, il a également affirmé que les mesures « prises aux seules fins de défense des intérêts nationaux (...) mett[ai]ent en œuvre les exigences constitutionnelles *inhérentes* à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation »⁴⁷⁹. La législation française, dont on vient d'esquisser les grands traits, s'est propagée sur l'ensemble du continent européen au XIX^e siècle.

175. L'article 23(3) de la loi organique espagnole sur le pouvoir judiciaire attribue aux juridictions nationales la compétence en matière de délits réprimant les actes : de trahison ; menaçant la paix ou l'indépendance de l'État ; dirigés contre la monarchie ; de rébellion ou de sédition ainsi que les attentats dirigés contre les autorités ou fonctionnaires publiques⁴⁸⁰. La législation allemande fait l'objet d'une exceptionnelle précision : l'article 5 du Code pénal prévoit de réprimer tout acte de haute trahison, de menace dirigée contre l'État de droit

442-2, 442-5, 442-15, 443-1 et 444-1 et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République ».

⁴⁷⁷ Article 410-1 du Code pénal.

⁴⁷⁸ Conseil d'État, ass., *Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*, 19/04/2018, §27 : « [e]n revanche, d'une part, 'l'entreprise de déstabilisation des institutions de la Nation' est une notion inédite, dont la portée précise est délicate à déterminer ; d'autre part, en toute hypothèse, le Conseil d'État estime qu'au nombre des intérêts fondamentaux de la Nation figure, en substance, la lutte contre la déstabilisation de ses institutions. Dans ces conditions, il préconise de ne pas conserver de façon distincte ce second terme, qui nuit à l'intelligibilité générale de la disposition ».

⁴⁷⁹ Conseil constitutionnel, décision n°2016-590 QPC du 21/10/2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]*, septième paragraphe (italiques ajoutés).

⁴⁸⁰ Article 23(3) de la loi organique espagnole 6/1985 sur le pouvoir judiciaire.

démocratique, d'atteinte à la sécurité extérieure ou à la défense nationale. L'inventaire est précisé par d'autres articles : la haute trahison, par exemple, est définie à l'article 81 comme la menace d'un recours ou le recours effectif à la force contre « l'existence de la République fédérale d'Allemagne »⁴⁸¹. L'article 109e prévoit l'application de la loi à *toute* personne sabotant les moyens de défense de l'État, ces derniers étant d'ailleurs définis comme ceux servant « à la protection civile contre les dangers de la guerre, *et donc* à la sécurité de la République (...) »⁴⁸². Ce passage établit à nouveau le lien étroit qui existe entre la protection de l'État et celle de sa population.

176. Après avoir énoncé ces quelques exemples, il faut convenir de l'impossibilité de délimiter avec précision les cas d'application de la compétence réelle : cela n'est ni possible ni sage⁴⁸³. Sans parvenir à définir les conditions dans lesquelles l'existence d'un État est menacée, la pratique révèle plutôt la nécessité d'adopter une approche *in concreto*, afin de tenir compte des particularités propres à chaque État. Pour s'en convaincre, il suffit de rapporter les divergences qui existent entre les États sur les facteurs dont ils tiennent compte pour évaluer ce qui est nécessaire à la préservation de leur existence.

2.2. L'inévitable détermination circonstanciée de la « menace existentielle »

177. Il faut avouer que les États n'indiquent que très rarement les facteurs qu'ils prennent en considération pour élaborer leurs politiques militaires et/ou sécuritaires. La chose est logique

⁴⁸¹ Article 81 du Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*), notre traduction : « (1) [w]er es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt 1. Den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder (...) ». Cette conception du crime de haute-trahison est également partagée par d'autres pays, v. la *Special Criminal Court* de l'Union d'Afrique du Sud (juridiction obsolète), *R. c. Neumann*, jugement rendu en 1946 et reproduit in *ILR*, vol. 15, p. 82 : « [w]herever committed, the target is the same – the State whose Government is situated within its area of sovereignty. It cannot be accepted as reasonable that a Union-born national may with impunity plot against the safety of his State a few miles outside its boundaries (...) when it is emphasised that the punishment of high treason is the outstanding method of preservation of the very existence of the Sovereign State (...) » (nous soulignons).

⁴⁸² Article 109e(1) du Code pénal allemand, notre traduction : « [w]er ein Wehrmittel oder eine Einrichtung oder Anlage, die ganz oder vorwiegend der Landesverteidigung oder dem Schutz der Zivilbevölkerung gegen Kriegsgefahren dient, unbefugt zerstört, beschädigt, verändert, unbrauchbar macht oder beseitigt und dadurch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die Schlagkraft der Truppe oder Menschenleben gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft » (souligné ajouté).

⁴⁸³ Comité européen pour les problèmes criminels, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, p. 31 : « [d]e l'avis courant des auteurs, seuls des intérêts 'essentiels' sont susceptibles de justifier une telle demande, encore qu'on soit loin de savoir exactement quels types d'intérêts sont visés par cet adjectif. On peut se demander s'il est vraiment possible, voire sage, d'essayer de les énumérer ». Il n'est pas étonnant que le monumental traité de *Droit international pénal* ne parvienne pas à traiter de front la compétence réelle ou à étudier les « intérêts essentiels » des États, v. H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2012, 1280 p. On trouve pourtant une sous-partie intitulée : « [I]nfractions relatives à la protection de l'État, des organisations internationales et de leurs agents ». Les crimes classés dans la catégorie qui nous intéresse désignent le terrorisme, le mercenariat ainsi que le faux-monnayage (chapitres 20 à 22), sans qu'il soit fait référence à un quelconque intérêt essentiel étatique, pp. 279-340.

dès lors qu'ils n'ont aucun intérêt à le faire spontanément. Ainsi, il n'existe que très peu d'occurrences dans lesquels les États ont exposé, dans un cadre multilatéral, ce qu'ils estimaient indispensable à leur sécurité. À cet égard, une situation particulièrement remarquable mérite notre attention malgré son caractère ancien et *a priori* dépassé : l'article 8, alinéa premier, du Pacte de la SdN stipulait en effet que les États membres devaient réduire leurs « armements nationaux au minimum compatible avec la sécurité nationale (...) ». Comme le démontre la pratique des membres de la SdN, le standard posé à l'article 8 était perçu par les États comme correspondant au minimum nécessaire à la préservation de leur existence.

178. Jean Ray remarquait déjà la relativité du concept de « sécurité nationale », car « de toute façon, du degré de réduction qu'il peut consentir chaque Gouvernement est juge, il est maître de l'appréciation de ce qu'exige sa sécurité »⁴⁸⁴. Rappelant la question éminemment contemporaine des clauses dites « *self-judging* » qui sera traitée ultérieurement, il faut relever que le deuxième alinéa de l'article 8 précisait néanmoins la notion. En effet, le Conseil de la Société des Nations devait tenir compte, lors de l'élaboration des plans de réduction des armements, de la « situation géographique et des conditions spéciales de chaque État ». M. Bourdoncle a rapporté que la volonté de lier la sécurité nationale aux conditions géographiques était une prétention française concédée par le Royaume-Uni lors de la rédaction du Pacte, en février 1919⁴⁸⁵. Hans Wehberg relevait néanmoins que le deuxième alinéa ne neutralisait pas les interprétations divergentes que pouvait susciter l'expression « sécurité nationale »⁴⁸⁶.

179. Plutôt que de tenter d'imposer une conception objective de la notion, la Commission temporaire mixte de la SdN s'est directement adressée aux États, entre 1921 et 1922, afin que ces derniers évaluent leurs besoins en matière de sécurité nationale⁴⁸⁷. Après réception d'une vingtaine de réponses, la troisième assemblée a adopté la résolution VIII invitant d'autres gouvernements à répondre au plus vite⁴⁸⁸. La Commission temporaire était chargée de produire des rapports relatant les communications des États, mais ils semblent indisponibles, tout comme les réponses apportées par certains gouvernements. N'ayant trouvé aucune reproduction de ces documents, notre attention s'est portée sur les observations qui étaient effectivement

⁴⁸⁴ J. Ray, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations selon la politique et la jurisprudence des organes de la Société*, Paris, Sirey, 1930, p. 319.

⁴⁸⁵ Séance du 11 février 1919, in La Documentation internationale, *La Paix de Versailles*, p. 171, cité par E. Bourdoncle, « Articles 8 et 9 », in R. Kolb (dir.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 397.

⁴⁸⁶ H. Wehberg, « La limitation des armements dans le passé et d'après le Pacte de la Société des Nations », *RGDIP* 1921, p. 515.

⁴⁸⁷ Résolution n°2, adoptée par la Commission lors de sa session des 20-23 février 1921, in *JO de la SdN*, Avril 1922, pp. 316-317. V. ég., *JO de la SdN*, Août 1922, pp. 979 et s.

⁴⁸⁸ *JO de la SdN*, Février 1923, pp. 170 et suivantes ; *JO de la SdN, supplément officiel*, n°13, p. 201.

disponibles, émises par sept États. Il ressort des quelques réponses publiées au *Journal officiel de la Société* que la « sécurité nationale » n'est définie qu'à partir de circonstances très particulières, propres à chaque État.

180. Le gouvernement danois, par exemple, n'apporte aucun chiffre précis : il se contente d'expliquer s'être « efforcé de réduire les armements au plus strict minimum compatible, à l'avis du gouvernement danois, avec la sécurité nationale (...) »⁴⁸⁹. L'Espagne a également considéré qu'il lui était « impossible de fixer dans des termes précis quels [étaient] [s]es besoins navals (...) dans le but de pourvoir à sa propre sécurité seulement »⁴⁹⁰. Le Canada, alors sous domination britannique, insistait simplement sur la nécessité de conserver ce qui était nécessaire à « a) la défense locale et, b) la défense de l'empire [britannique] »⁴⁹¹. L'une des seules puissances à chiffrer précisément ses besoins était le Costa Rica, celle-ci ayant conclu « une convention avec les autres Républiques de l'Amérique centrale sur la limitation des armements, en vertu de laquelle le nombre d'hommes armés que [son] pays pou[v]ait maintenir sur pied de guerre [était] de deux mille »⁴⁹². Le traité, conclu le 7 février 1923⁴⁹³, précisait à l'article premier les besoins militaires des États parties *après avoir pris en considération* « *their relative population, area, extent of frontiers and various other factors of military importance* »⁴⁹⁴. Les circonstances étant différentes selon les États, il en a résulté divers quotas sur les forces militaires : cinq mille deux cents pour le Guatemala ; quatre mille deux cents pour l'El Salvador ; deux mille cinq cents pour les autres parties. Enfin, l'article IV interdisait d'acquérir plus de dix aéronefs de guerre, sauf en cas de guerre civile ou de menace d'une attaque : « *in such cases the right of defense shall have no other limitations than those established by existing treaties* »⁴⁹⁵.

181. Outre la consécration du droit de légitime défense, il apparaît que les parties au traité ont élaboré les stipulations précitées en tenant compte de critères similaires à ceux de l'article 8 du Pacte : la démographie et les particularités géographiques. À propos de ces conditions géographiques, de nombreux États les ont justement mobilisées dans les communications adressées à la Commission temporaire. Le Danemark a par exemple insisté sur l'étendue de sa

⁴⁸⁹ *JO de la SdN*, Février 1923, p. 171.

⁴⁹⁰ *JO de la SdN*, Février 1923, p. 173.

⁴⁹¹ *JO de la SdN*, Juillet 1923, pp. 720-721.

⁴⁹² *JO de la SdN*, Juillet 1923, p. 721.

⁴⁹³ *Central American Convention for the Limitation of Armaments*, ratifiées par le Guatemala, El Salvador, Nicaragua et le Costa Rica en 1924, puis par le Honduras en 1925. Disponible en ligne :

[<https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2532&context=ils>] (consulté le 14/06/2023)

⁴⁹⁴ *Ib.*

⁴⁹⁵ *Ib.* (italiques ajoutés).

frontière – de soixante kilomètres –, sur ses côtes très étendues ainsi que sur la possession de certaines îles. Le gouvernement attirait ainsi l'attention sur « la dissémination des diverses parties du pays », ce qui avait pour effet « d'isoler les diverses parties les unes les autres », supposant de les « défendre séparément (...) »⁴⁹⁶. Cette circonstance était de nature, toujours selon le Danemark, à influencer le « minimum compatible avec la sécurité nationale », dès lors que « le but principal de l'armée danoise [était] la défense de la sécurité nationale, de la souveraineté et de la neutralité du pays (...), et à cet effet de surveiller et défendre les frontières terrestres et maritimes (...) »⁴⁹⁷. Dans le même sens, l'Espagne soulignait à son tour « la nécessité de pourvoir à la sécurité de ses côtes si étendues, de ses provinces insulaires et de ses places au Nord de l'Afrique (...) »⁴⁹⁸. S'agissant des circonstances relatives à la démographie d'un État, on peut citer la communication de la Colombie. Celle-ci a développé son exposé à partir de « sa population qui dépasse six millions d'habitants » ainsi qu'à partir de la superficie de son territoire – d'environ un million trois cent mille kilomètres carrés⁴⁹⁹.

182. Un autre élément émerge ensuite des exposés des États : ces derniers ont généralement évalué leurs besoins en fonctions des capacités militaires de leurs voisins. Le gouvernement espagnol expliquait ainsi qu'il lui était impossible de déterminer ses besoins en matière d'armement naval, motif pris que sa « sécurité dépend[ait] essentiellement de la puissance navale des ennemis possibles »⁵⁰⁰. En tant qu'État bénéficiant d'un littoral tourné vers deux continents, il était difficile pour l'Espagne de déterminer avec précision le minimum nécessaire à sa défense. Même si cela s'avérait possible, l'évaluation serait nécessairement sujette à un réexamen périodique. D'une part, l'État qui était un allié hier pourrait devenir un ennemi le lendemain. D'autre part, les capacités militaires des ennemis varient considérablement avec le temps, nécessitant d'adapter ponctuellement ses propres capacités.

183. De toute manière, on comprend mal comment il serait possible de chiffrer précisément les besoins d'un État en matière d'armement s'ils sont établis à partir d'un tel critère – *i.e.* la capacité militaire des « ennemis *possibles* ». Une évaluation objective supposerait que tous les États consentent à communiquer la teneur *exacte* de leur puissance militaire, et ce en temps réel. Pour des raisons stratégiques évidentes, une telle circonstance ne se matérialise pas

⁴⁹⁶ *Jo de la SdN*, Février 1923, p. 171.

⁴⁹⁷ *Ib.*

⁴⁹⁸ *Id.*, p. 172.

⁴⁹⁹ *JO SdN*, Avril 1923, pp. 430-431.

⁵⁰⁰ *Jo de la SdN*, Février 1923, p. 173. S'il n'était pas possible « de fixer dans des termes précis (...) les besoins navals de l'Espagne », celle-ci affirmait clairement ne pas pouvoir « considérer sa sécurité garantie du point de vue naval, si sa flotte n'attei[gnai]t pas, relativement à ces autres flottes, la proportionnalité qu'exigent sa position géographique, et l'étendue de ses côtes de ses mandats [de protection] ».

spontanément. L'Espagne remarquait pourtant que l'article 8, alinéa six, du Pacte engageait les membres « à échanger, de la manière la plus franche et la plus complète, tous renseignements relatifs à l'échelle de leurs armements, à leurs programmes militaires, navals et aériens et à la condition de celles de leurs industries susceptibles d'être utilisées pour la guerre »⁵⁰¹. Quoiqu'essentielle à la détermination objective du « minimum compatible avec la sécurité nationale », cette obligation n'a permis la publication que d'une seule enquête en 1923⁵⁰², les États préférant garder ces informations secrètes⁵⁰³.

184. La situation a légèrement évolué depuis le début de la Seconde Guerre mondiale. L'article 11 de la Charte des Nations Unies n'oblige certes pas les États à communiquer le détail de leurs armements ou leur emplacement, mais une obligation de cette nature a été envisagée dans un cadre plus restreint, néanmoins multilatéral, au sein de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE). Le Protocole sur la notification et l'échange d'informations, incorporé au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe de 1990⁵⁰⁴, impose aux États parties d'informer les autres parties de « la structure des forces terrestres et des forces aériennes »⁵⁰⁵, de leur emplacement⁵⁰⁶, *etc.* La communication de ces informations présente l'avantage indéniable de donner une substance au critère identifié par l'Espagne en 1923, celui des capacités armées des « ennemis possibles ». Le traité, effectivement, n'est pas un traité d'alliance militaire, ce qui renforce l'intérêt de l'obligation d'échange d'information précitée qui ne lie pas seulement des puissances alliées⁵⁰⁷. Néanmoins, la portée de cette obligation est régionale, ce qui réduit son intérêt : l'obligation d'information ne concerne que la « zone d'application » du traité, définie à l'article II comme « l'ensemble du territoire terrestre des États Parties situé en Europe de l'Océan Atlantique aux Monts Oural et comprenant le territoire de toutes les îles européennes des États parties »⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ *Ib.*

⁵⁰² *Enquête statistique sur les armements nationaux en temps de paix : situation au 1^{er} janvier 1923*, publiée par la Société des Nations en deux volumes. Enquête réalisée en réponse à un questionnaire rédigé par la Commission permanente lors de sa troisième session des 25 novembre – 4 décembre 1920 (*JO de la SdN*, Janvier-Février 1921, pp. 29-30), approuvé par le Conseil le 27 juin 1921 (*JO de la SdN*, Septembre 1921, pp. 751 et suivantes).

⁵⁰³ J. Ray, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations selon la politique et la jurisprudence des organes de la Société*, *op. cit.*, pp. 340-342.

⁵⁰⁴ Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe, conclu à Paris le 19/11/1990 et entré en vigueur le 09/11/1992, in *RTNU*, vol. 2441, n°44001, art. I(3), p. 290 : « [*t*]his Treaty incorporates (...) the Protocol on Notification and Exchange of Information (...) ». Le Protocole est reproduit, *id.*, pp. 350-371.

⁵⁰⁵ *Id.*, section I du Protocole, pp. 350-351.

⁵⁰⁶ *Id.*, section III du Protocole, pp. 351-353.

⁵⁰⁷ À titre d'exemples, l'Arménie et l'Azerbaïdjan sont tous deux parties au traité, respectivement depuis le 12/10/1992 et le 09/07/1992. La période de ratification du traité est intéressante puisqu'elle intervient à une époque où les deux États étaient justement en guerre dans le Haut-Karabagh jusqu'en 1994.

⁵⁰⁸ Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe, *op. cit.*, art. II(1)(B), p. 291.

185. Il existe bien un instrument à l'échelle universelle depuis 1991, le « Registre des armes classiques des Nations Unies », mais les communications des États reposent sur le volontariat⁵⁰⁹ et il a été remarqué que la participation des États décroissait largement avec le temps. Certains membres de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR) ont ainsi indiqué qu'à la fin du mois d'août 2022, seulement 21% des États ont fourni des informations en matière d'importation et d'exportation des armes classiques intervenues en 2021 ; un chiffre historiquement bas⁵¹⁰. De la même manière, la participation des États appartenant au groupe africain a largement baissé pour atteindre le plus faible niveau de participation parmi les régions du monde⁵¹¹.

186. Même à considérer que l'échange d'information devienne un jour une réalité, cela n'aurait pas pour effet de remettre en cause la nature profondément circonstanciée de ce qu'un État est susceptible de considérer comme étant suffisant pour réagir à une menace existentielle. À la lumière de la pratique que l'on vient d'esquisser, seules des *catégories* de « circonstances pertinentes » peuvent faire l'objet d'une classification ou d'une systématisation objective. On pourrait en effet insister sur les circonstances géographiques, géopolitiques et démographiques. Il est néanmoins difficile d'aller plus loin en établissant, par exemple, qu'un littoral présentant une certaine longueur nécessite x navires ou autres biens militaires. Tout dépendra de la présence d'autres États situés en face du territoire, de leur proximité avec le littoral, *etc.* Le littoral de la France, par exemple, n'ouvre que vers une poignée d'États – notamment l'Espagne et le Royaume-Uni –, tandis que celui de l'Italie est entouré par une multitude d'États issus de continents différents. Cela ne devrait cependant pas signifier que le littoral français mériterait moins d'être protégé que celui de l'Italie, notamment dans l'hypothèse où cette dernière serait alliée avec les États proches de son territoire et où la France serait en guerre avec le Royaume-Uni ou l'Espagne. C'est là que les circonstances géopolitiques prennent tout leur sens, puisqu'elles interviennent dans l'appréciation des facteurs géographiques. Enfin, une zone peut

⁵⁰⁹ C'est une résolution de l'AGNU, non obligatoire, qui « [d]emande à tous les États Membres de fournir annuellement pour le Registre les données relatives aux importations et exportations d'armes (...) », v. la résolution 46/36, « Désarmement général et complet », partie L intitulée « Transparence dans le domaine des armements », §9, adoptée le 09/12/1991 (italiques dans l'original). V. é.g., AGNU, résolution 47/52, « Désarmement général et complet », partie L, adoptée le 15/12/1992, §4 : elle « [i]nvite tous les États Membres à fournir annuellement au Secrétaire général (...) les données et informations demandées » (italiques dans l'original).

⁵¹⁰ P. Holtom et A. Edna Esi Mensah, « The end of transparency in international arms transfers ? », publié en ligne le 14/09/2022 :

[<https://unidir.org/commentary/end-transparency-international-arms-transfers>] (consulté le 14/06/2023).

⁵¹¹ V. la communication du Registre des Nations Unies, disponible en ligne :

[<https://www.unrec.org/docs/report/UN%20Register%20.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

Sur la baisse généralisée de la participation, v. directement le tableau établi par l'organe des Nations Unies :

[<https://www.unroca.org/participation>] (consulté le 14/06/2023).

présenter un caractère stratégique selon la répartition des populations : la présence de forces militaires dans le désert du Sahara ne constitue pas un intérêt immédiat pour l'Égypte, dont la population est surtout répartie autour du Nil⁵¹². Quoiqu'important, ce critère n'apporte pas pour autant une réponse définitive et généralisable : pour un État comme le Maroc, le Sahara occidental constitue un enjeu majeur dans sa lutte contre le Front Polisario, expliquant la reprise ponctuelle des hostilités en violation des résolutions du Conseil de sécurité⁵¹³.

187. Partant, il devient plus aisé de comprendre la raison pour laquelle un État est *a priori* le plus à même d'évaluer ses besoins en matière d'autoconservation. C'est certainement par pur pragmatisme que l'on reconnaît à l'État une certaine liberté dans l'appréciation de la menace existentielle⁵¹⁴. Cela devrait suffire à expliquer l'impossibilité de définir objectivement et définitivement une telle menace. Les seuls critères capables de s'approcher d'une définition générale et abstraite sont ceux qui intéressent l'exercice effectif de la souveraineté sur un territoire et une population, par un pouvoir central et indépendant.

Conclusion du Chapitre 1

188. L'étude que l'on vient d'effectuer met en évidence les conditions dans lesquelles le *droit* d'autoconservation des États a été théorisé. Comme on a pu le remarquer, la souveraineté a joué dans ce cadre une double fonction : celle de définir à la fois le droit d'autoconservation ainsi que les circonstances dans lesquelles il pouvait être exercé par un État. Cette double fonction de la souveraineté révèle à quel point elle est liée à l'existence de l'État, justifiant ainsi que ce dernier dispose de tous les pouvoirs nécessaires pour exercer sa souveraineté et préserver ses éléments essentiels. En élevant la souveraineté au rang de principale caractéristique de l'État, elle devient inhérente au droit qui régit son existence, à savoir le droit public, tant interne qu'international.

189. Ainsi, on retrouve l'emprise réciproque de la conservation de l'État et du droit international : en raison du caractère structurant de la souveraineté, la conservation de l'État exerce une influence sur ce droit. Cependant, l'État ne détient ces pouvoirs que dans la mesure où ils lui permettent d'accomplir la finalité pour laquelle il a été créé. Cela signifie qu'il ne peut pas agir arbitrairement, car il a le devoir d'exercer ses pouvoirs selon des finalités précises. En conséquence, le droit exerce également une emprise sur la conservation de l'État.

⁵¹² V. le Chapitre 6 de la thèse, p. 369.

⁵¹³ CSNU, résolution 2654 (2022) adoptée à la 9168^{ème} séance du 27/10/2022, préambule : « [c]onstatant avec une *profonde inquiétude* la rupture du cessez-le-feu » (italiques dans l'original).

⁵¹⁴ V. au Chapitre 8 de la thèse, pp. 487 et s.

190. Cette conclusion trouve un écho dans une déclaration du ministre des Affaires étrangères français, Robert Schuman, prononcée à l'Assemblée nationale le 25 juillet 1949. La conservation de l'État y apparaît à la fois comme un *pouvoir* et une *responsabilité* qui habilite autant qu'elle encadre l'étendue de la souveraineté :

« La tâche essentielle d'un État est d'assurer son existence comme collectivité souveraine, de prévenir ou de détourner toute menace contre son indépendance. Ce besoin et ce devoir de sécurité sont, pour l'État, sa raison d'être, non pas que l'État soit une fin en soi, mais parce que, à défaut de sécurité, il ne peut accomplir convenablement aucune de ses missions essentielles. Dans la mesure où un danger extérieur pèse sur un pays, sa vie politique et son activité économique s'en trouvent affectées »⁵¹⁵.

191. En s'appuyant sur la souveraineté en tant que fondement, différentes manifestations du droit d'autoconservation ont été déduites. Logiquement, ces manifestations sont souvent qualifiées de « pouvoirs souverains et inhérents » des États. Cela signifie que ces derniers font dériver de leur droit d'autoconservation et de leur souveraineté une autre inhérence qui, cette fois, traduit l'identification d'un noyau de pouvoirs souverains qui permet de préserver leur existence.

⁵¹⁵ « Assemblée nationale, 2^e séance du 25 juillet 1949. Discours de M. R. Schuman, ministre des Affaires étrangères », reproduit in A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, vol. I, Paris, éditions du CNRS, 1962, p. 50.

Chapitre 2. Inhérence dérivée : conservation et droits souverains de l'État

192. Avant de démontrer de quelle manière le droit d'autoconservation a été mobilisé pour identifier une série de droits inhérents à la souveraineté, il convient de formuler quelques remarques préliminaires. Tout d'abord, il faut admettre que les aspects théoriques et pratiques relatifs au droit d'autoconservation sont allusifs, implicites, voire parfois sous-entendus. Lorsqu'en effet des États invoquent leur « droit fondamental de conservation de soi », ce n'est pas toujours en qualité de fondement solidement établi en droit positif. Par exemple, bien que de nombreuses jurisprudences mobilisent ce droit, elles n'en font pas une règle que d'autres juridictions seraient dans l'obligation d'appliquer. En d'autres termes, le droit d'autoconservation ne constitue pas le *stare decisis* des solutions rendues⁵¹⁶. Ces considérations sont simplement *évoquées* sans constituer le fondement juridique de l'arrêt ou du jugement, ce qui les place dans la catégorie des *obiter dictum*, c'est-à-dire dans la catégorie des arguments persuasifs plutôt que contraignants⁵¹⁷. Absente du droit positif généralement applicable, la conservation de l'État apparaît néanmoins comme un moyen d'interpréter le *corpus juris* pertinent. Il ne faut pas s'y méprendre : le recours à la notion de « droit » pour qualifier cet attribut inhérent à l'État n'en fait pas nécessairement une règle autonome. Aucune des jurisprudences ne va jusque-là. Elles ont plutôt tendance à l'assimiler à la souveraineté, justifiant d'interpréter le droit applicable d'une certaine façon plutôt qu'une autre.

193. On ne saurait pour autant ignorer ces références à la conservation de l'État. S'il est vrai qu'elles sont moins nombreuses depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on verra qu'elles persistent malgré tout. Surtout, et c'est en lien avec cette première idée, les effets généralement attribués au droit de conservation de soi sont encore généralement admis dans la pratique. Dès lors, il est utile de s'intéresser de plus près, comme on le fait, au droit fondamental de conservation de l'État. Ce droit constitue le fondement même de certaines règles ou prérogatives souveraines qui continuent d'être appliquées ou exercées aujourd'hui. À cet égard, les propos du P^r Baranger à propos de la souveraineté et des droits de l'homme méritent d'être intégralement cités :

« Lorsqu'on parle du droit, on fait couramment appel à des figures de langage qui renvoient à quelque chose de phénoménal. Peu importe à vrai dire que ce 'quelque chose'

⁵¹⁶ B. A. Garner (éd.), *Black's Law Dictionary*, op. cit., « stare decisis », p. 1626 : « [t]he doctrine of precedent, under which a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation ».

⁵¹⁷ *Id.*, « obiter dictum », p. 1240 : « [a] judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential (although it may be considered persuasive) ».

existe ou non. Ce n'est pas la bonne question. Ce sont les figures de langage et elles seules qui sont pour nous la donnée observable et interprétable. (...) Les sous-estimer ou ne pas en saisir le sens exact, c'est laisser de côté un contenu riche de signification juridique et politique tout à la fois. C'est donc risquer de mal interpréter des énoncés classiques en droit constitutionnel, tels que ceux contenus dans les grandes déclarations de droits, ou dans les décisions de nos juridictions. C'est appauvrir notre compréhension du constitutionnalisme »⁵¹⁸.

194. En tant que phénomène imprégnant le tissu juridique et le discours adopté par les juges, la conservation de l'État constitue l'une de ces « figures de langage » qu'il ne faut pas sous-estimer. La pratique mobilisée dans ce chapitre permet effectivement d'en apprendre davantage sur la notion d'État et sur ce que recouvre matériellement sa propre conservation. La conservation n'est plus extérieure au droit, elle lui est au contraire inhérente : elle fonde certaines règles, elle permet de comprendre leur origine et leur fonction. On est alors amené à constater que si la souveraineté fonde le droit d'autoconservation⁵¹⁹, ce dernier fonde à son tour les pouvoirs souverains qu'un État est susceptible d'exercer pour préserver son existence. Les États semblent confirmer cette idée lorsqu'ils empruntent un raisonnement qui mélange déduction et induction, formant ainsi une boucle. *Grosso modo*, la rhétorique opère ainsi : à partir de la souveraineté, l'État bénéficie de pouvoirs lui permettant de préserver son existence (*i.e.* déduction) ; mais, pour identifier précisément la teneur de ces pouvoirs souverains, le « droit d'autoconservation » est pris comme point de départ (*i.e.* induction).

195. Le recours à cette méthode s'explique aisément : si l'on peut admettre que tout État détient, en vertu de sa souveraineté, une série de pouvoirs lui permettant de garantir son existence, il est plus difficile d'en déduire une typologie précise en l'absence d'une définition matérielle et communément admise de la souveraineté. Dit autrement, on comprend certes que l'État souverain doit pouvoir se conserver, mais le concept de « souveraineté » ne bénéficiant d'aucune définition exhaustive et universelle, il n'est pas *a priori* possible d'aller au-delà de ce constat initial. Afin de déterminer ce « noyau dur de la souveraineté », la thèse de M^{me} Motsch relève justement l'importance de la finalité étatique. De cette finalité, comme on a pu le relever, découlerait une série de « pouvoirs et de moyens essentiels, subsumés sous les droits

⁵¹⁸ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 263.

⁵¹⁹ V. l'ensemble du chapitre 1 de la thèse.

fondamentaux de souveraineté et d'indépendance, en vue d'assurer la persistance de la communauté nationale »⁵²⁰ – c'est l'inhérence dérivée.

196. Ainsi, le « droit d'autoconservation » est mobilisé pour préciser le contenu de cette souveraineté, conduisant à lui donner une définition matérielle qui identifie un ensemble essentiel de pouvoirs inhérents que l'État doit posséder s'il souhaite préserver son existence (**section 1**). Le droit d'autoconservation est également invoqué pour en induire le régime de ces pouvoirs souverains, c'est-à-dire leur potentielle inaliénabilité ou les conditions dans lesquelles un État est susceptible d'y porter atteinte (**section 2**).

Section 1. Identification des pouvoirs souverains essentiels à la préservation de l'existence de l'État

197. En pratique, la théorie des droits fondamentaux a été appliquée de deux manières en lien avec l'exercice de la souveraineté. Dans le droit constitutionnel interne tout d'abord, le droit de conservation de soi a été mobilisé pour justifier qu'un État jouisse de certains droits inhérents, garantis constitutionnellement, auxquels aucun autre État ne pouvait porter atteinte (**Paragraphe 1**). Dans le droit international enfin, ledit droit a également été invoqué pour atteindre la même finalité, tout en entraînant des conséquences différentes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Appréhension des droits inhérents en droit constitutionnel

198. Au regard du rôle attribué à la finalité de l'État dans la théorie des droits fondamentaux étatiques⁵²¹, on comprend mieux pourquoi les premières manifestations jurisprudentielles du droit d'autoconservation mobilisent cette conception afin d'identifier une série de pouvoirs inhérents à la souveraineté. Cela est particulièrement apparent dans l'interprétation qu'ont pu réaliser certaines juridictions internes de la constitution nationale (**1.1**). Ne pouvant prétendre à l'exhaustivité, on se contentera de prendre un exemple cher aux auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques, à savoir : le pouvoir d'expulser ou de refuser l'admission des étrangers (**1.2**).

1.1. La théorie des pouvoirs induits et le droit d'autoconservation

199. En vertu de la doctrine des *implied powers*, le juge « octroie les compétences implicites en fonction de la finalité posée par la compétence expresse »⁵²². La mobilisation du droit d'autoconservation se distingue néanmoins de cette hypothèse puisque les juridictions y font

⁵²⁰ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux de l'État*, op. cit., p. 473.

⁵²¹ V. le Chapitre 1 de la thèse, *passim*.

⁵²² B. Montay, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, op. cit., p. 269.

généralement référence à partir d'une conception finaliste de l'État. En d'autres termes, les juridictions ne recourent quasiment jamais à une compétence expressément attribuée à l'État afin d'identifier son droit de conservation. Elles se contentent, on le verra, de postuler l'existence d'un droit d'autoconservation après avoir établi la finalité sécuritaire – libérale – de l'institution étatique. Dès lors, il appert judicieux de préférer la notion de « pouvoirs induits » (« *resulting powers* »), ceux-ci « renvo[yant] aux compétences reconnues à l'Exécutif sans que celles-ci entretiennent un lien étroit avec un pouvoir exprès déterminé »⁵²³. La reconnaissance de ces pouvoirs, remarque M. Montay, « se fonde alors, soit sur un ensemble de dispositions expresses dont il est possible de dégager une structure qui justifie certaines compétences implicites, soit sur certaines notions larges, comme la souveraineté par exemple, dont on peut déduire des compétences plus précises »⁵²⁴.

200. Ainsi, les juges sont susceptibles d'interpréter le texte constitutionnel pour affirmer que l'État, étant souverain, doit disposer des pouvoirs nécessaires à sa propre conservation. De tels pouvoirs, parce qu'ils sont identifiés à partir de la technique des « pouvoirs induits », sont parfois qualifiés de « pouvoirs dits 'inhérents' » à la souveraineté⁵²⁵, tels que les droits fondamentaux sont généralement décrits par les internationalistes classiques. Quelques exemples permettent de se rendre compte de l'ampleur de ce phénomène et de la place accordée au droit de conservation de soi de l'État dans les jurisprudences internes.

201. En 1943, La juridiction suprême du Canada doit déterminer si le Gouverneur général est compétent, en vertu du *War Measures Act*, pour adopter une législation applicable aux forces armées des États-Unis d'Amérique présentes au Canada sur invitation du gouvernement⁵²⁶. La réponse apportée se fonde partiellement sur un précédent du *Privy Council* qui déduisait de la Constitution certains pouvoirs servant la « *preservation of the nation* »⁵²⁷. On retrouve alors

⁵²³ *Id.*, p. 270.

⁵²⁴ *Ibid.* Il arrive parfois que cette technique soit rapprochée de celle des *implied powers*, comme cela a pu être le cas à propos d'une organisation internationale, dans l'op. diss. du Juge Hackworth sous l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ, Avis du 11/04/1949, *Rec. 1949*, pp. 196-197. Afin de reconnaître à l'ONU le pouvoir d'introduire une réclamation internationale pour les préjudices subis par elle, le Juge invoque le droit d'autoconservation de l'organisation : « [o]n ne saurait tirer aucune autre conclusion qui puisse se concilier avec les pouvoirs mentionnés explicitement et avec le droit inhérent de conservation de soi-même. L'Organisation doit posséder, et possède, des pouvoirs amplement suffisants pour lui permettre de prendre les dispositions nécessaires, afin de se protéger contre des actes dommageables (...) ». Le Juge y voit-là une « application appropriée de la doctrine des pouvoirs présumés (*i.e. implied powers*) », alors même que le droit d'autoconservation n'était pas un droit expressément attribué à l'ONU.

⁵²⁵ B. Montay, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, op. cit., p. 270.

⁵²⁶ « Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts », arrêt, *S.C.R.* pp. 483 et s., v. ég. *ILR* vol. 12, pp. 124 et s.

⁵²⁷ *SCR*, p. 526. La juridiction cite l'affaire « *Fort Frances Pulp & Paper Co. Ltd v. The Mnithoba Free Press* », 25 Juillet 1923. Disponible en ligne :

l'assimilation de ces pouvoirs avec un devoir, voire une responsabilité, qui incombe aux institutions étatiques. La suspension des règles applicables en temps de paix est considérée comme étant « *incidental to the necessities of the nation's purpose* », ce qui permet à la juridiction d'interpréter les formalités constitutionnelles d'une façon suffisamment souple pour autoriser l'État à se conserver. Cela se traduit en l'espèce par la reconnaissance, au profit des tribunaux canadiens, d'une compétence juridictionnelle sur les forces armées d'un pays étranger : car, « *[i]n any other view, constitutional formalities might bind us to impotence in the supreme effort of self-preservation* »⁵²⁸.

202. Plus récemment, la cour d'appel britannique a réitéré la jurisprudence *Chandler*⁵²⁹ en établissant l'impossibilité de former un recours contre une décision politique intéressant les forces armées du Royaume-Uni⁵³⁰. Afin de justifier l'injusticiabilité des questions relatives à la défense du territoire, la juridiction affirmait ceci en 2001 : « *[t]he defence of the realm, which is the Crown's first duty, is the paradigm of so grave a matter* »⁵³¹. Ainsi la protection du royaume apparaît à nouveau comme un devoir et ce dernier, enfin, sert de paradigme justifiant l'injusticiabilité prononcée en l'espèce. À nouveau, en l'absence de règles positives permissives⁵³², rien ne prédisposait les juridictions britanniques à opposer une telle solution. C'est finalement une considération proche du droit fondamental à l'autoconservation qui permettait de justifier cette solution. Il était en effet question, en l'espèce, d'interpréter les règles constitutionnelles britanniques – non écrites – et d'en induire un pouvoir : celui, pour l'État, d'organiser librement la défense de son territoire sans être assujéti à un contrôle juridictionnel⁵³³.

203. La jurisprudence étatsunienne est également riche de référence à la conservation de l'État fondée sur un devoir et sur la réalisation de la finalité de cette institution. On peut d'abord

[<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc2312c94e07cccd22aea>] (consulté le 14/06/2023)

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ « *Chandler v. Director of Public Prosecutions* », House of Lords, AC (1964), p. 763.

⁵³⁰ « *Marchiori v. Environment Agency* », Court of Appeal (civil division), 25/01/2002, *ILR*, vol. 127, §33, pp. 638-639.

⁵³¹ *Ibid.*, §38, p. 642 (italiques ajoutés).

⁵³² La requérante invoquait, en faveur de la justiciabilité du programme nucléaire intéressant la défense du royaume, l'affaire « *Operation Dismantle* » de la Cour suprême canadienne. Celle-ci accepte, en 1985, que le juge puisse contrôler une question intéressant la défense de l'État. La Cour d'appel rejette néanmoins ce précédent en démontrant que la Cour suprême s'était vue confier ce pouvoir en vertu des articles 24 et 32 de la Charte canadienne des droits et des libertés. Or, « *[o]ur law contains no relevant analogous provisions, and (...) Operation Dismantle cannot serve to undermine the effects of the decision of the House of Lords in Chandler* », *id.*, §35, p. 640.

⁵³³ Il faut bien comprendre que le recours consistait à remettre en cause la politique nucléaire britannique, sans qu'aucun intérêt particulier n'ait été lésé. Ce dernier élément est important : c'est justement parce que l'examen le contrôle exercé par la Cour porterait sur une question trop abstraite et générale qu'elle s'y refuse. Le juge délivrant l'opinion majoritaire admet effectivement que la solution aurait été différente si la décision contestée affectait un individu, *id.*, §39, p. 643.

citer un arrêt rendu par la juridiction suprême d'un État confédéré pendant la guerre de Sécession. Ce conflit a été marqué par l'invocation répétée de la doctrine du « droit des États », qui présentait des similitudes considérables avec la théorie des droits fondamentaux des États⁵³⁴. Dans l'affaire *Ex parte Tate*, par exemple, la Cour suprême de l'État d'Alabama était confrontée à un requérant alléguant l'inconstitutionnalité de législations adoptées par le Congrès des États confédérés. Ces législations ont eu pour effet d'abroger une loi antérieure qui accordait, sous certaines conditions, des exemptions de service militaire aux personnes appelées à y participer⁵³⁵. La question se posait de savoir si l'exemption initialement accordée à un ressortissant pouvait être retirée par l'État qui en était à l'origine. La Cour a affirmé qu'en accordant au requérant le bénéfice de la loi, un contrat aurait été conclu entre le particulier et le Gouvernement. Un contrat que le Congrès n'était pas en mesure de rompre, sauf situation exceptionnelle. Sans surprise, c'est dans une telle situation que les références à la conservation de l'État ont été mobilisées.

204. Le raisonnement adopté par la Cour évoquait largement la théorie des droits fondamentaux des États. Le juge Phelan, délivrant l'opinion de la majorité, a affirmé d'emblée que la souveraineté était populaire et qu'il en découlait que le peuple était à l'origine de tout pouvoir : « (...) *governments emanate from them, and are instituted for their welfare and happiness* »⁵³⁶. Corollaire inévitable de ce constat, les pouvoirs confiés au Gouvernement en vertu de la Constitution servaient cette finalité⁵³⁷. Le premier de ces pouvoirs, celui de faire la guerre et la paix, rappelait le droit à l'autoconservation. À l'instar de ce dernier, la prérogative identifiée par la Cour permettait de faire la guerre, mais également de lever une armée et de

⁵³⁴ Il ne s'agit pas d'entrer dans le détail sur les questions de sécessions et la *Rights of States doctrine*, v. p. ex., T. Zick, « Statehood as the New Personhood : The Discovery of Fundamental 'States' Rights' », *William & Mary Law Review*, vol. 46(1), 2004, pp. 215-343, spéc. pp. 226-250. Relevons que le droit à l'autoconservation des États confédérés apparaît dans de nombreuses déclarations afin de justifier la sécession de l'État fédéral. Le Président des États confédérés, Jefferson Davis, dans un discours adressé au Congrès du 29 avril 1861 lors de la ratification de la Constitution, disait ceci : « *[i]n the exercise of a right so ancient, so well established, and so necessary for self-preservation, the people of the Confederate States, in their conventions, determined that the wrongs which they had suffered and the evils with which they were menaced required that they should revoke the delegation of powers to the Federal Government which they had ratified in their several conventions. They consequently passed ordinances resuming all their rights as sovereign and Independent States and dissolved their connection with the other States of the Union* », J. D. Richardson, *A Compilation of the Messages and Papers of the Confederacy Including the Diplomatic Correspondence 1861-1865*, Nashville, United States Publishing Company, 1905, volume I, p. 69.

⁵³⁵ Pour une analyse de cette affaire et d'autres qui touchent à cette question : J. P. Norman, « 'Self-Preservation is the Supreme Law' : State Rights vs. Military Necessity in Alabama Civil War Conscription Cases », *Alabama Law Review*, vol. 60(3), 2009, pp. 727-749.

⁵³⁶ « *Ex parte Tate* », Alabama Supreme Court, Janvier 1864, *Ala.*, vol. 39, pp. 255-256.

⁵³⁷ *Id.*, p. 256.

réprimer les insurrections se déroulant sur le territoire⁵³⁸. Il en allait, selon la Cour, de l'existence même du gouvernement *et de sa population*⁵³⁹.

205. Plus précisément, reprenant le lexique du « devoir », la Cour suprême ajoutait : « [t]o fulfil this high trust, we hold it to be the manifest right, and the imperative duty of the government of the Confederate States, to exhaust, if it becomes necessary, the entire military force of the country, in men, money, and every other available material of war (...) »⁵⁴⁰. Encore une fois, d'un devoir qui reposait sur la finalité même du Gouvernement, un droit en a été déduit. Afin de démontrer la cohérence de ce raisonnement, la juridiction a cité de célèbres passages issus des écrits de Vattel, Burlamaqui et Wheaton⁵⁴¹. Ces références ont été enrichies d'une citation de John C. Calhoun, ancien secrétaire d'État et vice-président des États-Unis, où il estimait que lorsque l'existence de l'État était en jeu, « *every other consideration must yield to it* » car « *[s]elf-preservation is the supreme law (...)* »⁵⁴².

206. Partant, la juridiction a entrepris de répondre à la question suivante : « *[i]s it within the power of the congress of the Confederate States to grant permanent and irreparable exemptions from military service, upon any terms, or any consideration whatsoever ?* »⁵⁴³. Invoquant le droit et le devoir de l'État de sauvegarder son existence⁵⁴⁴, le juge Phelan en a déduit la possibilité d'abroger la législation antérieure « *if the public safety under new exigencies shall*

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Id.*, p. 257.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, italiques dans l'original.

⁵⁴¹ *Id.*, pp. 257-258. Ce passage d'H. Wheaton est par exemple cité, p. 258 : « *[o]f the absolute international rights of States, the most essential and important, and that which lies at the foundation of all the rest, is the right of self-preservation. This right necessarily involves all other incidental rights which are essential to give effect to the principal end. Among these is the right of self-defense. This, again, involves the right to require the military service of all its people (...)* » (souligné dans l'original). V. ég. les citations relatives au devoir de conservation de soi de l'État : « *[t]he entire nation is, then, obliged to maintain that association ; and, as their preservation depends on its continuance, it then follows, that every nation is obliged to perform the duty of self-preservation* » (souligné par l'auteur).

⁵⁴² *Id.*, pp. 258-259. Les références au droit d'autoconservation dans le droit constitutionnel des États-Unis abondent depuis l'origine même de l'État. V. la réponse de Madison, *Federalist paper n°43*, à la question de savoir comment l'Union a pu être établie sans le consentement de l'ensemble des États constituant la Confédération : « *[b]y recurring to the absolute necessity of the case; to the great principle of self-preservation; to the transcendent law of nature and of nature's God, which declares that the safety and happiness of society are the objects at which all political institutions aim, and to which all such institutions must be sacrificed* », reproduit dans « The President of the Confederacy's posthumous defense of states' rights, *The North American Review*, vol. 159, n°399 (1890), pp. 205-219. L'Union, selon John C. Calhoun, a pour origine, à l'instar des individus dans l'état de nature instituant un État, la nécessité d'assurer la conservation des États fédérés : « *[u]nion among ourselves is not only necessary for our safety, but for the preservation of the common liberties and institutions of the whole confederacy. (...) our safety and prosperity depend on maintaining, in their full vigor, the restrictions imposed on the powers granted by the Constitution. So long as these are so maintained, and the powers confined to the objects intended by that sacred compact, we will be safe and prosperous, but no longer* », in *The Papers of John C. Calhoun*, Columbia, University of South Carolina Press, 1959, vol. 15, p. 357.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 259 (souligné dans l'original).

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 266.

need his (i.e. celle du requérant) services »⁵⁴⁵. Il est intéressant de relever que ce droit et ce devoir imposaient à la juridiction, encore une fois, une interprétation particulière de la Constitution des États confédérés. En effet, c'est uniquement à partir du droit de conservation de soi que la juridiction a constaté l'existence d'une condition *implicite* « *that any succeeding legislature, acting in good faith, and for the public safety, should have power to repeal such exemption* »⁵⁴⁶.

207. La construction est intéressante en ce qu'elle mobilise le droit fondamental à l'autoconservation afin d'interpréter la constitution des États confédérés. Une idée similaire a été soutenue par la Chambre civile de la Cour suprême de justice costaricaine dans une résolution du 21 décembre 1934. Il était affirmé que la Charte fondamentale contenait en son sein les principes fondamentaux indispensables à la conservation de l'État et que la Constitution ne pouvait *jamais* être invoquée contre la vie de l'État ; au contraire, elle devait être conçue comme un moyen garantissant son existence⁵⁴⁷.

208. Ainsi, les pouvoirs induits revêtent une importance capitale simplement parce qu'ils permettent à l'État de garantir sa survie et celle de sa population. À partir de ce devoir, le droit à l'autoconservation apparaît généralement comme une notion prépositive influençant l'interprétation du droit applicable et aboutissant à l'identification d'une prérogative souveraine⁵⁴⁸. En ce sens, la *High Court* sud-africaine, dans une affaire du 20 juillet 2005, fondait le pouvoir d'expropriation de l'État sur le droit d'autoconservation⁵⁴⁹. La Cour suprême

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 269.

⁵⁴⁶ *Ibid.* Dans le même sens, l'affaire « Commonwealth v. Bird » est citée, *Mass. R.* vol. 12, pp. 442 et suivantes.

⁵⁴⁷ Notre traduction, cité et repris dans « Ricardo Tinoco Gutiérrez », Sentence de la Cour suprême de justice adoptée le 24 août 1938, reproduite dans Corte Suprema de Justicia, *Jurisprudencia constitucional, Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, Tome II, Sentencias de Corte Plena 1938-1982, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000, p. 203 : « [l]a Carta Fundamental contiene los principios basicos indispensables para la conservacion del Estado (...). (...) La Constitucion no puede invocarse nunca contra la vida del Estado sino como garantia de ella ».

⁵⁴⁸ Cour suprême d'Israël, *Judgment concerning the legality of the General Security Service's interrogations methods*, du 06/09/1999, opinion individuelle du Juge Kedmi reprod. in *ILM*, vol. 38, 1999, p. 1490 : « (...) it is difficult for me to accept a state of things in which, due to the absence of explicit Legislation (...), the State should be helpless from a legal perspective, in those rare emergencies that merit being defined as, 'ticking time bombs' ; and that the State would not be authorized to order the use of exceptional interrogation methods in those circumstances. As far as I am concerned, such an authority exists in those circumstances, deriving from the basic obligation of being a State – like all countries of the world – to defend (protect) its existence, its well-being, and to safeguard (the lives of) its citizens » (nous soulignons).

⁵⁴⁹ « Van Zyl and Others v. Government of Republic of South Africa and Others », High Court, *ILR*, vol. 143 (2011), p. 494, §36, avec quelques réticences certes, ainsi qu'en témoigne l'usage du « so-called » : « [t]he host State may by international law indeed expropriate such property lawfully : Traditionally this right has been regarded as discretionary power inherent in the sovereignty and jurisdiction which the State exercises over all persons and things in its territory, or in the so-called right of 'self-preservation' which allows it, inter alia, to further the welfare and economic progress of its population ». La juridiction cite une série de manuels à l'appui de cette assertion. V. ég. la Cour suprême des Philippines, *Apo Fruits Corporations and Hijo Plantation Inc. v Land Bank of the Phillipines*, G.R. n°164195, jugement du 12/10/2010 : « [e]minent domain is (...) an inherent

de l'Alabama, dans l'affaire susmentionnée, élaborait d'ailleurs sa démonstration à partir d'une analogie avec le pouvoir souverain d'*eminent domain* exercé en vertu du droit de l'État d'assurer sa propre existence⁵⁵⁰. La Cour d'appel d'Ontario établissait également le pouvoir d'un État d'expulser des diplomates étrangers présents sur son territoire en vertu de son obligation de protéger ses propres sujets, mettant ainsi en évidence la finalité de l'institution qui détient ce pouvoir⁵⁵¹.

209. Si ces quelques exemples rendent compte de la méthodologie employée pour déduire les diverses manifestations du droit d'autoconservation, celles-ci n'intéressent pas toutes immédiatement le droit international. Il est ainsi opportun de se concentrer sur une prérogative souveraine, d'origine constitutionnelle, qui continue de produire ses effets dans les relations étatiques : le pouvoir d'expulsion et de non-admission des étrangers sur le territoire national.

1.2. Origine constitutionnelle du pouvoir d'expulsion et de non-admission des étrangers

210. Le pouvoir de refuser qu'un étranger puisse pénétrer le territoire national doit être distingué de celui qui permet d'expulser les étrangers qui se sont établis régulièrement sur ledit territoire. Dans la première situation, le refus opposé par les autorités étatiques « empêche la création de liens juridiques entraînant, en ce qui concerne cet étranger, des droits et obligations entre les deux pays »⁵⁵². Il est néanmoins possible que l'étranger soit parvenu à accéder irrégulièrement au territoire de l'État, auquel cas celui-ci pourrait entreprendre de l'expulser. Ladite expulsion demeure néanmoins une simple conséquence de la non-admission initiale bravée par l'étranger. La seconde situation, celle où l'État expulse un étranger qui résidait régulièrement au sein du territoire national – après son admission –, est tout à fait différente. Le cas échéant, « en admettant l'étranger, l'État crée, de sa propre volonté, une série de liens

power of State as it is a power necessary for the State's existence ; it is a power the State cannot do without. As an inherent power, it does not need at all to be embodied in the Constitution (...) ».

⁵⁵⁰ « Ex parte Tate », *op. cit.*, p. 267 : « [d]o not all states possess a sovereign attribute, by which they have the right to command and control the personal services of their citizens, for the public defense, in case of war or insurrection, which is not distinguishable in principle from the right of eminent domain over property ? »

⁵⁵¹ « Rose v. The King », Quebec Court of King's Bench, Appeal Side, *D.L.R.* vol. 3 (1947), p. 644 : « [t]he security of the State which authorizes him to carry out his duties upon its territory, the very dignity of the State that has consented to receive him, the respect that it owes itself, as well as the obligation which falls upon it of protecting its own subjects, all that requires that the agent guilty of plotting, of conspiracy, or of espionage, be expelled and, on principle, deprived of the privilege of immunity ». Affaire reprise dans « Rex v. Lunan », Canada, Court of Appeal of Ontario, 28/02/1947, *A.D.*, vol. 14 (1951), affaire n°72, pp. 148-150, elle-même reprise dans « R. v. Gerson », *D.L.R.* vol. 3 (1948), pp. 282 et s.

⁵⁵² « Opinion dissidente de Mr. Read », *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1955, CIJ, *Recueil* 1955, p. 46.

juridiques avec l'État dont cet étranger est ressortissant »⁵⁵³. Partant, il est généralement reconnu que « [l']État d'accueil est soumis à une série d'obligations légales vis-à-vis de l'État protecteur (*i.e.* l'État de nationalité du ressortissant étranger), notamment le devoir d'accorder un traitement raisonnable et équitable »⁵⁵⁴.

211. En bref, la question de la non-admission relève du pouvoir régalien du contrôle des frontières, tandis que celle relative à l'expulsion d'étranger en situation régulière recouvre un pouvoir régalien de maintien de l'ordre public. Dans chacune des deux hypothèses néanmoins, les considérations relatives à la survie de l'État ont été mobilisées sous la forme d'un droit d'autoconservation justifiant l'exercice de ces pouvoirs. À la suite de l'adoption d'une législation étatsunienne interdisant, sous certaines conditions, l'accès au territoire aux travailleurs chinois⁵⁵⁵, la Cour suprême a rendu le premier arrêt qui justifiait explicitement la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi à l'aune du droit de conservation. Le Juge Field, délivrant l'opinion majoritaire dans la célèbre affaire des « exclusions chinoises », a commencé par identifier certains droits souverains inhérents à l'existence de tous les États, dont l'exercice permettrait de protéger leur indépendance ainsi que la sécurité de leur territoire⁵⁵⁶. Avant même d'être une simple prérogative souveraine, la préservation de l'indépendance de l'État était qualifiée de *devoir*⁵⁵⁷. Pour établir l'existence du pouvoir d'empêcher l'admission de la population chinoise sur le territoire national, la juridiction a entrepris de démontrer que cette faculté découlait du « *right of self-preservation* »⁵⁵⁸. Sans offrir de définition de la notion, le Juge Field a affirmé que le pouvoir d'exclusion ne pouvait pas faire l'objet de renonciation par l'État⁵⁵⁹.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 47.

⁵⁵⁵ Cour suprême des États-Unis, jugement du 13/05/1889, « The Chinese Exclusion Case », *U.S.*, vol. 130 (1889), pp. 581 et suivantes, spéc. p. 589 : la loi interdisait à ces étrangers « *from entering the United States who had departed before its passage, having a certificate issued under the act of 1882 as amended by the act of 1884, granting them permission to return* ».

⁵⁵⁶ *Id.*, p. 604.

⁵⁵⁷ *Id.*, p. 606.

⁵⁵⁸ *Id.*, p. 608. Diverses déclarations des secrétaires d'État sont citées à l'appui de cette prétention, v. p. ex. celle d'Hamilton Fish, p. 607 : « *[t]he control of the people within its limits, and the right to expel from its territory persons who are dangerous to the peace of the state, are too clearly within the essential attributes of sovereignty to be seriously contested* ». V. ég., J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1906, §550, pp. 71-96.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 609 : « *[t]he power of exclusion of foreigners being an incident of sovereignty belonging to the government of the United States as a part of those sovereign powers delegated by the Constitution, the right to its exercise at any time when, in the judgment of the government, the interests of the country require it, cannot be granted away or restrained on behalf of anyone* » (souligné ajouté). Ce passage soulève alors la question de l'aliénabilité des droits inhérents, ce qui intéressera la section suivante du présent Chapitre.

212. Finalement discrète, cette solution a été enrichie par une autre affaire qui a prononcé, quelques années plus tard, le *locus classicus* en matière d’immigration. Le 3 mars 1891, le Congrès a effectivement adopté une législation destinée à répondre au risque que les travailleurs asiatiques étaient accusés de faire peser sur l’ordre public et la sécurité nationale. L’un des étrangers affectés par l’application de la loi a donc entrepris d’en faire constater l’inconstitutionnalité dans l’affaire *Neshimura Ekiu* de 1892⁵⁶⁰. Le Juge Gray a ouvert l’opinion majoritaire de la juridiction suprême en ces termes :

« *It is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe* »⁵⁶¹.

213. Alors même que le recours invitait la Cour à se prononcer sur un point de droit constitutionnel interne – il était allégué que la loi déniait l’*habeas corpus* que la Constitution garantissait pourtant⁵⁶² –, la solution reposait sur un droit d’autopréservation reconnu *par* le droit international. La Cour mobilisait d’ailleurs les écrits de Vattel et de Philimore afin de légitimer la référence à ce droit fondamental⁵⁶³. En outre, il faut relever la proximité qu’entretiennent la souveraineté et le droit d’autoconservation : elle est d’abord spatiale – la souveraineté précède immédiatement l’autoconservation – mais elle est aussi conceptuelle. La souveraineté y est implicitement définie comme octroyant un pouvoir – également souverain – d’assurer la préservation de l’État. La prérogative ainsi identifiée n’est pas inhérente à l’État simplement parce qu’elle serait un corollaire inévitable de la souveraineté, elle l’est également parce que l’État ne pourrait pas assurer sa propre conservation sans elle. Cela transparaît dans une autre affaire, *Fong Yue Ting*, rendue quelques années auparavant :

« *The right to exclude or to expel all aliens, or any class of aliens, absolutely or upon certain conditions, in war or in peace, being an inherent and inalienable right of every*

⁵⁶⁰ Cour suprême des États-Unis, jugement du 18/01/1892, « *Nishimura Ekiu v. USA* », *U.S.* vol. 142 (1892), pp. 651 et s.

⁵⁶¹ « *Nishimura Ekiu v. USA* », *U.S.* vol. 142 (1892), p. 659 (souligné ajouté).

⁵⁶² Les décisions prononcées en vertu de la loi de 1891 ne pouvaient faire l’objet que d’un appel auprès du Commissaire à l’immigration ou du Secrétaire d’État au trésor.

⁵⁶³ La doctrine aura tôt fait de remarquer que la Cour opère ici une lecture biaisée de la théorie de Vattel, v. p. ex., V. Chetail, « Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations : An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel », *EJIL*, vol. 27(4), 2017, p. 917 : « *[i]n fact, the two-earlier quoted passages from the Swiss author were taken out of their context, with the overall result of providing a partial account of his views on the admission of foreigners* ».

sovereign and independent nation, essential to its safety, its independence, and its welfare (...) »⁵⁶⁴.

Le droit à l'autoconservation semble correspondre ici à une notion prépositive influençant l'interprétation du droit applicable, en l'espèce la Constitution et, le cas échéant, le droit international. En 1952 par exemple, la Cour suprême étatsunienne a qualifié le pouvoir d'expulsion de « *weapon of defense and reprisal confirmed by international law as a power inherent in every sovereign state* »⁵⁶⁵.

214. L'influence des solutions susmentionnées n'est plus à démontrer : elles ont irrigué un nombre impressionnant de législations, de déclarations et d'arrêtés de divers États⁵⁶⁶. Le *Privy Council* britannique, en 1906, établissait aisément le pouvoir « *to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests* »⁵⁶⁷. Cette jurisprudence a été reprise en 2005 pour identifier l'existence d'un pouvoir *souverain* d'expulser les étrangers, « reconnu par la majorité des États »⁵⁶⁸. La Cour de cassation française, habituellement peu loquace dans l'exposé des motifs de ses solutions, qualifiait en 1908 le « pouvoir d'enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France, de sortir immédiatement du territoire français » de « droit, attribué au Gouvernement dans un intérêt de haute police et de sécurité nationale, (...) général et absolu »⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ Cour suprême des États-Unis, 15/05/1893, « Fong Yue Ting v. United States », *U.S.*, vol. 149, p. 711, italiques ajoutés. V. ég., Cour suprême des États-Unis, 16/01/1950, « United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy », *U.S.*, vol. 338, p. 537 : « *[t]he exclusion of aliens is a fundamental act of sovereignty. The right to do so stems not alone from legislative power but is inherent in the executive power to control the foreign affairs of the nation* ».

⁵⁶⁵ Cour suprême des États-Unis, 10/03/1952, « Harisiades v. Shaughnessy », *U.S.*, vol. 342, pp. 587-588. V. ég., de la même juridiction, 18/06/1972, « Kleindienst v. Mandel », *U.S.*, vol. 408, p. 765.

⁵⁶⁶ Th. Fleury Graff, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », in SFDI, *Migrations et droit international, colloque de Paris-Saclay (UVSQ)*, Paris, Pedone, 2022, p. 15 : « [L]'exemple américain est bientôt imité et la possession d'un passeport, qui fut d'abord un outil de contrôle des déplacements internes plutôt qu'internationaux, se généralise comme condition du franchissement régulier des frontières nationales. Les États depuis lors revendiquent, sur le fondement notamment de leur 'souveraineté nationale', une compétence exclusive et absolue quant à l'accès et au séjour des étrangers sur leur territoire ».

⁵⁶⁷ *Privy Council* britannique, « The Attorney General for the Dominion of Canada v Everett E. Cain and James Raymond Gilhula », *UKPC* (1906), pp. 55 et suivantes. Ce précédent a été repris dans « Regina v Secretary of State for the Home Department Ex parte Saadi and others », House of Lord, [2002] UKHL 41 ; « Regina v Secretary of State for the Home Department », House of Lords, [2004] UKHL 26.

⁵⁶⁸ « Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others », House of Lords, *UKHL* (2005), pp. 55 et suivantes, §11 : « *[t]he power to admit, exclude and expel aliens was among the earliest and most widely recognised powers of the sovereign state* ».

⁵⁶⁹ *Min. publ. c. Jacopini*, affaire du 20/02/1908, Cour de cassation, chambre criminelle, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 4, 1908, p. 654. Formule reprise dans l'affaire *Barbey*, Cour de cassation, chambre criminelle, 28/01/1909, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 5, 1909, p. 575.

215. Les tribunaux philippins font aussi régulièrement référence au droit d'autoconservation afin de fonder le pouvoir d'expulser les étrangers du territoire – même en l'absence d'une loi⁵⁷⁰. Dans une décision publiée en 1910, par exemple, la juridiction suprême a fait référence aux « pouvoirs combinés » des pouvoirs législatifs et exécutifs ainsi qu'au droit international pour conclure qu'« *every government has the inherent power to expel from its borders aliens whose presence has been found detrimental to the public interest* »⁵⁷¹. Poursuivant la logique de l'inhérence jusqu'au bout, la juridiction estimait qu'il était « hors de doute » (« *unquestionable* ») que tout État possédait « *a fundamental right to its existence and development* »⁵⁷². Même si la jurisprudence a évolué de façon à admettre la nécessité de protéger l'individu contre l'arbitraire d'une mesure d'expulsion, le droit d'autoconservation continue d'être mobilisé pour justifier les mesures adoptées par l'État⁵⁷³.

216. Sans surprise, la popularité de telles notions s'est étendue au reste de l'Europe⁵⁷⁴, mais aussi en Afrique⁵⁷⁵, au Proche-Orient⁵⁷⁶ ainsi qu'en Amérique latine – notamment au Brésil, au

⁵⁷⁰ J. Lucus Luna, « International Law Standards and the Philippine Law on Deportation », *Philippine International Law Journal*, vol. 1(3), 1962, p. 350 : « *Forbes v. Tiaco, promulgated in 1910 was decided before the passage of Section 69 of the Revised Administrative Code, but the absence of a specific statutory grant of power did not deter the Supreme Court from sustaining the power of the Chief Executive to deport an alien in the public interest* » (souligné ajouté).

⁵⁷¹ *Forbes v. Tiaco*, 16 *Phil.* p. 560 (1910), cité in J. Lucus Luna, *ibid.*

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ *Esteban Morano, Chan Sau Wah and Fu Yan Fun v. Hon. Martiniano Vivo*, Cour suprême des Philippines, *SCRA* vol. 20 (1967), pp. 63 et suivantes : « *[i]ndeed, the power to deport or expel aliens is an attribute of sovereignty. Such power is planted on the 'accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions'* ». V. ég., *Andrew Harvey et al., v. Honorable Commissioner Miriam Defensor Santiago, Commission on Immigration and Deportation*, 162 *SCRA* 840 (1988), affaire rapportée dans *Philippine Yearbook of International Law*, vol. 14, p. 159 : « *[e]very sovereign power has the inherent power to exclude aliens from its territory upon such grounds as it may deem proper for its self-preservation or public interest* ». La jurisprudence est ancienne, mais le *dictum* relatif à l'autoconservation de l'État continue d'être mobilisé par les Philippines pour justifier sa législation en matière d'expulsion des étrangers, v. Comité des travailleurs migrants des Nations Unies, « *Written replies by the Government of the Philippines concerning the list of issues (CMW/C/PHL/Q/1) received by the Committee on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families relating to the consideration of the initial report of the Philippines (CMW/C/PHL/1)* », distribué le 06/03/2009, CMW/C/PHL/Q/1/Add.1, p. 20, §61 (dans le même sens, « *Quatrième rapport périodique des Philippines* », distribué le 20/01/2011, CCPR/C/PHL/4, p. 55, §249).

⁵⁷⁴ P. ex., *George Talma et consorts c. ministre de l'Intérieur*, Conseil d'État d'Estonie, 14/10/1927, A.D. 1935-1937, affaire n°142, p. 313 : « *[l]e fondement du droit d'expulser les étrangers est le droit d'assurer la sûreté du pays, un droit qui ne souffre aucune dérogation à l'égard de quelque catégorie d'étrangers que ce soit* ». Cité dans « *Expulsion des étrangers. Étude du Secrétariat* », A/CN.4/565, note 391, p. 128.

⁵⁷⁵ *Good v Attorney General of Botswana*, Cour d'Appel du Botswana, n°28 ILDC 8 (BW 2005), 27/07/2005, in A. Nollkaemper (ed.), *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, §30, disponible en ligne.

⁵⁷⁶ *Adalah (Legal Center for Arab Minority Rights in Israel) v Minister of Interior of Israel and ors*, solution de la Supreme Court as High Court of Justice, HCJ 7052/03, ILDC 393 (IL 2006), solution rendue le 14/05/2006, in A. Nollkaemper, *idem*, §51 : « (...) *the countries of the world, including Israel, have adopted a rule that it is the natural right of every sovereign nation to determine the identity of the persons who may enter it and become its residents. This is what was held by the Supreme Court of the United States, as long ago as 1892, in Ekiu v. United States (...)* ».

Costa Rica⁵⁷⁷ ainsi qu'au Pérou⁵⁷⁸. Le tribunal suprême du Brésil a repris, en 1919, le célèbre passage de l'affaire *Nishimura Ekiu* en lui accordant les mêmes effets⁵⁷⁹. Dans une précédente affaire, cette juridiction déduisait également le pouvoir d'expulsion d'un « droit antérieur à la loi » qui permettait à l'État d'éviter de « compromettre la sécurité de son existence politique »⁵⁸⁰.

217. Non seulement l'autoconservation était le principal motif justifiant le pouvoir d'expulsion des étrangers, mais il était également invoqué à l'appui du pouvoir de contrôler les frontières. Cela transparaît clairement dans une décision de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine du 3 novembre 2000⁵⁸¹. Onze membres de l'Assemblée parlementaire, conformément à l'article VI (3) (a) de la Constitution, ont saisi la juridiction d'un recours en inconstitutionnalité d'une loi organisant les modalités du contrôle aux frontières. En ne recueillant pas le consentement des Entités fédérées, il était allégué que la procédure législative était contraire à la constitution⁵⁸². Il y aurait eu, entre autres, violation de l'article III (2) (c) de la Constitution, selon lequel « *the Entities shall provide a safe and secure environment for all persons in their respective jurisdictions, by maintaining civilian law enforcement agencies operating in accordance with internationally recognized standards and with respect for the internationally recognized human rights and fundamental freedoms* »⁵⁸³. Afin d'écartier ce moyen, la Cour avançait trois arguments dont seul le dernier doit appeler notre attention :

⁵⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, 03/09/1981, *Getulio Pederzano Vignali*, n°0190-8 in *Jurisprudencia constitucional, Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, Tome II, Sentencias de Corte Plena 1938-1982, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000, p. 474 : « [l]a legitimidad de ese derecho parece que no puede discutirse : tiene como base el derecho de conservacion del Estado, o sea, el mismo que a este concede la facultad de impedir la entrada de extranjeros que puedan convertirse en fuente de peligros ».

⁵⁷⁸ V. l'échange épistolaire intervenu entre le Premier ministre de l'époque – Leguia y Martinez – et le Président de la Cour suprême péruvienne, in *Memoria que el Ministro de Gobierno y Policia Dr. Germán Leguia y Martinez presenta al Congreso Ordinario de 1920*, Lima, Imprents del Estado, 1920, N° 96-97, pp. 112-121, spéc. pp. 114-115 : « le droit d'expulser les étrangers nuisibles est « une forme stricte de légitime défense ; un droit naturel ; un attribut essentiel de la souveraineté préexistant à l'admission de l'étranger » (notre traduction).

⁵⁷⁹ « In Re Everardo Diaz », Brésil, Tribunal Suprême Fédéral, 08/11/1919, *A.D. 1919-1922*, Londres, Longmans, Green and co., vol. I, p. 255 : « [i]t is an accepted principle in Public International Law that the State has the power, as an attribute of sovereignty, to expel from its territory or to prohibit from entering it foreigners harmful to the social security or public order. It is a right of conservation, of defence, inherent in the organisation of the State ; it does not depend on the law that recognises it ; it is enough that the law does not prohibit its exercise ».

⁵⁸⁰ « Habeas Corpus de Rosa Press », Brésil, Tribunal Suprême Fédéral, 65 *Revista de Direito*, 89, 93 (notre traduction). Cité dans J. Irizarry y Puente, « Exclusion and Expulsion of Aliens in Latin America », *AJIL*, vol. 36(2), 1942, p. 258. De nombreuses autres affaires sont citées par l'auteur, pp. 257-262. V. ég., *Vicente Vacirca*, Tribunal suprême fédéral, 29/07/1908, rapporté dans *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 5, 1909, pp. 635-636.

⁵⁸¹ « Jedanaest članova Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine », Décision U-9/00, du 03/11/2000. Disponible en ligne, à condition de rechercher manuellement l'affaire :

[<https://www.ustavnisud.ba/en/decisions?tp=U-9%2F00&sp=DatumDesc&>] (consulté le 16/06/2023).

⁵⁸² *Id.*, §1.

⁵⁸³ *Id.*, §11.

« *Furthermore, the fundamental right of a State to self-protection, inherent in the notion of State sovereignty, includes the right of a State to take all necessary actions for the protection of its territorial integrity, its political independence and its international personality, while respecting other general principles of international law* »⁵⁸⁴.

Le dernier morceau de l'extrait précité se contentait de reprendre l'article III(5)(a) de la Constitution de Bosnie⁵⁸⁵ que le Haut représentant des Nations Unies pour la Bosnie qualifiait, dans une lettre écrite à la juridiction constitutionnelle avant la publication de l'arrêt, de « principe d'autoconservation de l'État »⁵⁸⁶. Sans avoir été consacré explicitement dans le texte, ce principe semblait néanmoins assimilé à l'un des « principes sous-jacents » l'ordre juridique de Bosnie, appliqué par la juridiction.

218. Si le droit de conservation de soi n'est pas toujours explicitement mentionné⁵⁸⁷, les juridictions qualifient presque toujours de pouvoir *souverain et inhérent* celui d'expulser ou de contrôler les frontières⁵⁸⁸. Cela explique pourquoi la doctrine parvient parfois à associer certaines affaires qui n'invoquent pas explicitement ledit droit avec celui-ci. Bin Cheng faisait du droit de conservation un principe général du droit à partir d'affaires qui n'y faisaient pas toujours référence⁵⁸⁹. Par exemple, l'affaire *Maal* de la Commission mixte établie par les Pays-Bas et le Venezuela ne mentionnait pas un quelconque droit fondamental d'autopréservation. Elle témoignait néanmoins d'une proximité avec ce concept lorsque la Commission admettait que l'expulsion des étrangers constitue un droit « *inherent in all sovereign powers and is one*

⁵⁸⁴ *Id.*, §13.

⁵⁸⁵ Cité *in id.*, §10 : la Bosnie-Herzégovine « *shall assume responsibility for such matters as are (...) necessary to preserve the sovereignty, territorial integrity, political independence and international personality of Bosnia and Herzegovina* ».

⁵⁸⁶ « Brief submitted on behalf of the High Representative concerning the request of the applicant in Case No. U 9/2000 », 05/03/2000, notre traduction. Il fait de ce principe un « *general principles of international law recognized by civilized nations, and which is itself incorporated within the legal system of Bosnia and Herzegovina by virtue of Article III (3) (b) of the Constitution* ». Disponible en ligne : [<http://www.ohr.int/brief-submitted-on-behalf-of-the-high-representative-concerning-the-request-of-the-applicant-in-case-no-u-92000/>] (consulté le 14/06/2023).

⁵⁸⁷ P. ex., « Paquet Case (expulsion) », sentence du 01/06/1903, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, 1904, p. 325 : l'arbitre Filtz considère « [*t]hat the right to expel foreigners from or prohibit their entry into the national territory is generally recognized ; that each State reserves to itself the exercise of this right with respect to the person of a foreigner if it considers him dangerous to public order, or for consideration of a high political character, but that its application can not be invoked except to that end* ».

⁵⁸⁸ Pas uniquement les juridictions, v. la déclaration de l'Arménie au sein du CSNU, lorsqu'elle défend son droit de créer un poste de contrôle frontalier : « (...) il s'agit d'un droit souverain indéniable de la République d'Azerbaïdjan, le même que celui de tout autre État, de sécuriser et de protéger ses frontières, et de mettre en place un contrôle à ses frontières. Ce droit repose sur les principes fondamentaux de la souveraineté et de l'intégrité territoriales et sur l'obligation qui incombe à l'Azerbaïdjan de garantir la sécurité des personnes. (...) Le Conseil de sécurité a réaffirmé à plusieurs reprises que la sécurisation des frontières est une prérogative souveraine des États membres de l'ONU » (S/PV.9327, p. 60).

⁵⁸⁹ B. Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, *op. cit.*, pp. 31-35.

of the attributes of sovereignty, since it exercises it rightfully only in a proper defence of the country from some danger anticipated or actual »⁵⁹⁰.

219. La doctrine récente tend à vouloir renverser le « *conventional wisdom* » en vertu duquel l'État jouit d'une souveraineté absolue en matière d'expulsion des étrangers, préférant défendre qu'un État « *may legitimately exclude aliens only if, individually or collectively, they pose serious danger to its public safety, security, general welfare, or essential institutions* »⁵⁹¹. Cela n'a toutefois pas pour effet de remettre en cause l'inhérence du droit d'expulsion, comme en témoignent les travaux du Rapporteur de la CDI sur le sujet. Dans un rapport préliminaire présenté en 2005, le P^r Kamto qualifie le droit d'expulsion de « droit immuable (*inalienable* en anglais) de l'État », et qui sert de « bouclier contre les étrangers considérés tantôt comme une menace pour la sécurité du pays, tantôt comme un facteur de perturbation du bon ordre social dans le pays d'accueil »⁵⁹². Ledit droit étant inhérent à la souveraineté⁵⁹³, il était logique que les membres de la Commission s'interrogent sur son inaliénabilité⁵⁹⁴. La question, pourtant cruciale, ne figure pas dans le projet d'articles proposé par le rapporteur à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2014⁵⁹⁵.

220. Sans avoir à trop approfondir le projet d'articles de la CDI, il convient de remarquer avec un autre membre de la Commission qu'à la lecture dudit projet on a « l'impression que ce droit [d'expulsion] n'a pas évolué depuis le XIX^{ème} siècle »⁵⁹⁶. La primeur est accordée au pouvoir souverain de l'État, susceptible d'être exercé librement selon les circonstances de sécurité du moment et dont l'évaluation, nécessairement subjective, doit cependant être raisonnable, nécessaire, proportionnée, *etc.*

221. Toute innovation semblait néanmoins difficile à obtenir tant les États ont manifesté leur méfiance chaque fois que le Rapporteur spécial proposait une approche dite « progressiste ». Quelques délégations lui ont d'ailleurs reproché d'avoir limité « indûment la prérogative et la responsabilité des États de contrôler les admissions et les présences illégales sur leur

⁵⁹⁰ « *Maal Case* », Commission mixte Pays-Bas-Venezuela, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, 1903, p. 731.

⁵⁹¹ J. A. Nafziger, « The General Admission of Aliens under International Law », *AJIL*, vol. 77(4), 1983, p. 846.

⁵⁹² M. Kamto, « Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers », distribué le 04/04/2005 à la CDI, A/CN.4/554, p. 2, §3.

⁵⁹³ *Id.*, p. 4, §5 et p. 7, §15. L'affaire du *Boffolo* est généralement citée à l'appui de cette assertion, v. CDI, *Expulsion des étrangers – Etude du Secrétariat*, distribuée le 10/07/2006, A/CN.4/565, pp. 125-126, §188.

⁵⁹⁴ *ACDI 2005*, vol. II, deuxième partie, New York et Genève, Nations Unies, 2012, p. 56, §261 : « [i]l a été dit que ce droit suscitait de nombreuses questions, notamment celles de savoir s'il s'agit d'un droit inaliénable de l'État (...) ».

⁵⁹⁵ *ACDI 2014*, vol. II, deuxième partie, *op. cit.*, pp. 22-62.

⁵⁹⁶ Intervention de M. Kolodkin, *Annuaire de la CDI, 2005, op. cit.*, §30, p. 138.

territoire »⁵⁹⁷. Tous les États, ou presque, ont considéré que de nombreux articles constituaient un développement progressif du droit et non pas une codification du droit international existant⁵⁹⁸. Ils refusaient du même coup que ces articles ne puissent constituer rien d'autre qu'un ensemble de principes directeurs, les reléguant au rang de *soft law*⁵⁹⁹. Au regard de l'importance que revêt ce pouvoir souverain pour la préservation de l'existence des États, ceux-ci consentent difficilement à sa remise en cause.

222. L'inhérence du pouvoir d'expulsion des étrangers révèle ainsi une première façon dont le droit international est susceptible d'appréhender ces compétences souveraines. Ces dernières constituent une donnée qui façonne et structure les obligations internationales. À moins que les États ne consentent explicitement à la restriction ou à l'aliénation des pouvoirs qu'ils estiment indispensables à la préservation de leur existence⁶⁰⁰, ces compétences sont sauvegardées et reconnues à tout État souverain. En d'autres termes, d'inhérentes à l'État, elles deviennent également inhérentes au droit international⁶⁰¹.

Paragraphe 2. Appréhension des pouvoirs inhérents en droit international

223. Dès lors que les États définissent leur souveraineté à partir de ce qu'ils estiment indispensable à leur autoconservation, de telles prétentions ont nécessairement un effet sur les relations interétatiques et, plus précisément, sur le droit international. Puisqu'il n'est pas possible de dresser une systématisation exhaustive et limitative des divers droits inhérents dont bénéficient les États pour préserver leur existence, il faut se contenter d'en énoncer les principales traces dans le droit international positif. La première, et probablement la plus évidente, concerne tout ce qui touche aux affaires militaires : l'État jouit en ce domaine de pouvoirs importants qui structurent ses obligations internationales pertinentes (**2.1.**). La seconde manifestation, la compétence réelle, est plus difficile à déceler, sauf en insistant sur la notion qui lui servirait de fondement (**2.2.**).

⁵⁹⁷ « Expulsion des étrangers. Commentaires et observations reçus des gouvernements », A/CN.4/669, déclaration des États-Unis (p. 6). V. ég. la déclaration de la Chine (p. 7).

⁵⁹⁸ *Id.*, on peut citer : Canada (p. 4) ; les États-Unis (p. 6) ; Pays-Bas (p. 7) ; République de Corée (p. 7) ; Royaume-Uni (p. 8) ; Allemagne (à propos de l'article 27, p. 68). V. la position inverse de l'El Salvador, encourageant le développement progressif, p. 73.

⁵⁹⁹ *Id.* : Australie (p. 8) ; États-Unis d'Amérique (p. 9) ; Pays-Bas (p. 9) ; République de Corée (p. 9) ; République tchèque (p. 9) ; Royaume-Uni (p. 10).

⁶⁰⁰ V. dans la section suivante du présent Chapitre.

⁶⁰¹ Sans parler d'inhérence, un auteur explicite comment le droit étatique, en tant que présupposé du droit international, influence celui-ci, v. S. Romano, *L'ordre juridique, op. cit.*, pp. 115-119.

2.1. L'inhérence des compétences souveraines de l'État en matière militaire

224. Il convient de mentionner le droit de légitime défense (a) ainsi que son préalable indispensable, le droit de sûreté, sans lequel un État ne pourrait tout simplement pas se défendre (b).

a. Le droit de légitime défense

225. Le droit de légitime défense est généralement présenté comme un pouvoir souverain de l'État, certes résiduel depuis l'interdiction du recours à la guerre, en 1928⁶⁰², puis à la force, en 1945⁶⁰³. Alors que le Pacte de 1928 ne mentionnait pas explicitement le droit de légitime défense, celui-ci a été mobilisé dans la note du secrétaire d'État Kellogg du 23 juin 1928, qualifiée par le P^r Zourek de « sorte d'interprétation officielle acceptée par les autres signataires »⁶⁰⁴ :

*« Ce droit est inhérent à la souveraineté de tous les États, et il est contenu implicitement dans tous les traités. Chaque nation est libre, à tout moment et sans égard pour toutes les dispositions contenues dans les traités, de défendre son territoire contre une attaque ou une invasion, et elle seule a qualité pour décider si les circonstances exigent le recours à la guerre de légitime défense »*⁶⁰⁵.

226. L'existence du droit d'autodéfense ne laisse donc place à aucun doute : cette formulation en souligne l'évidence après avoir établi que ledit droit est inhérent à la souveraineté des États. Lors de la rédaction de la Charte des Nations Unies, une rhétorique similaire a été mobilisée, bien que l'article 51 ait été intégré tardivement sous l'insistance des États américains. Ces derniers étaient préoccupés par l'incompatibilité potentielle de la Charte avec leur système régional de sécurité collective⁶⁰⁶. Le fait que la consécration du droit de légitime défense n'ait

⁶⁰² Pacte Briand-Kellogg, signé le 27 août 1928 à Paris, entre l'Allemagne, les États-Unis d'Amérique, la Belgique, la France, le Royaume-Uni, l'Italie, le Japon, la Pologne et la Tchécoslovaquie, disponible en ligne : [https://mjp.univ-perp.fr/traites/1928briand-kellogg.htm] (consulté le 14/06/2023).

Art. 1 : « 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 ».

⁶⁰³ Charte des Nations Unies, *op. cit.*, art. 2(4).

⁶⁰⁴ J. Zourek, « La notion de légitime défense en droit international, aperçu historique et principaux aspects du problème », *AIDI*, vol. 56, session de Wiesbaden de 1975, p. 33.

⁶⁰⁵ Cité J. Zourek, *ibid* (italiques ajoutés). En outre, le sénat n'acceptera de ratifier le traité qu'après avoir émis la réserve selon laquelle le traité préserve justement le droit de légitime défense. V., en ligne : [https://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbhear.asp] ; [https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/id/88736.htm] (consultés le 14/06/2023).

⁶⁰⁶ G. Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law », *op. cit.*, p. 335. V. ég., L. M. Goodrich et E. Hambro, *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*, Boston, World Peace Foundations, 1949, commentaire de l'article 51, pp. 175-176.

pas été envisagée lors des discussions initiales relatives à la Charte ne signifiait pourtant pas que les parties interprétaient la renonciation du recours à la force comme une aliénation de leur droit de légitime défense. Au contraire, comme en témoigne un célèbre commentaire du sous-comité ayant élaboré l'article 2(4) de la Charte, il était « clear (...) *that the right of self-defence against aggression should not be impaired or diminished* »⁶⁰⁷. Cela relevait, selon le délégué turc, de l'évidence⁶⁰⁸.

227. L'abandon simultané du recours à la force et de la légitime défense apparaît alors comme un impensable. On retrouve cette idée en dehors de la SdN ou de l'ONU lors de la rédaction de l'article 9 de la Constitution japonaise, celle-ci disposant que « le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation »⁶⁰⁹. Dans un entretien réalisé par M. Komori avec le Général à l'origine de la réécriture de l'article 9⁶¹⁰, Charles Kades, ce dernier indiquait que la formulation initiale de cette disposition impliquait pour le Japon une renonciation à la guerre « *even in its own defense* »⁶¹¹. Kades estimait qu'une telle renonciation « *didn't make any sense* » car tout État devait posséder « *an inherent right of its own self preservation (...)* ». Il insistait alors sur le fait que l'omission des termes « *even for its own defense* » à l'article 9 était *intentionnelle*. Kades entendait ainsi justifier la rédaction de l'article à partir d'un discours dit « réaliste » – « *it didn't make any sense* », rappelons-le.

228. Le Japon a pourtant hésité pendant longtemps à exercer son droit de légitime défense, expliquant pourquoi elle n'a créé une force armée défensive qu'en 1954⁶¹². L'alinéa deux de

⁶⁰⁷ G. Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law », *ibid* (nous soulignons).

⁶⁰⁸ Cité par A. Cassese, « Article 51 », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, commentaires article par article*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 1332 : « bien que ce droit ait un caractère évident, il serait utile d'insérer dans la Charte une disposition justifiant la légitime défense pour répondre à une attaque par surprise par un autre État ».

⁶⁰⁹ La Constitution du 3 novembre 1946 stipule ce qui suit à son article 9 : « [a]spirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ainsi qu'à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux.

Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu ».

Disponible en ligne : [<https://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm>] (consulté le 14/06/2023).

⁶¹⁰ Avec l'aimable autorisation du journaliste, que je remercie chaleureusement (v. l'extrait reproduit en annexe I de la thèse). Car en effet, l'art. 9 a été imposé au Japon par les États-Unis d'Amérique, puissance administrante après la Seconde Guerre mondiale, v. Y. Ida, « Le système impérial et l'article 9 de la Constitution », in J. Boudon (dir.), *L'irréductible originalité des systèmes constitutionnels à la lumière des expériences française et japonaise*, Société de législation comparée, Paris, 2021, pp. 331-332.

⁶¹¹ V. l'extrait reproduit en annexe I de la thèse.

⁶¹² M. Kurosaki, « The Legal Framework of Coming-to-Aid Duty : The Pluralism of the Concept of Self-Defense and its Multi-Layered Legal Grounds », *JYIL*, vol. 60, 2017, p. 197 : « [i]n Japan, the 'use of force' is only permissible in national self-defense against armed attack, i.e., during the Joint Self Defense Force's defense operations in response to either a situation of armed attack on Japan (the armed attack situation) or a situation in which armed attack against a foreign country results in threatening Japan's survival (the existential crisis situation) in accordance with Articles 76(1) and 88(1) of the JSDF Act ».

l'article 9 stipulait en effet que la renonciation à la guerre impliquait de ne jamais pouvoir maintenir « de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre ». Le Premier ministre de l'époque, Shigeru Yoshida, en déduisait que si l'article 9 préservait le droit de légitime défense du Japon, celui-ci était rendu impraticable par l'alinéa deux⁶¹³. C'est finalement une certaine interprétation de l'article 9⁶¹⁴, retenue par la Cour suprême japonaise, qui a rendu le droit de légitime défense opérationnel. La juridiction observait que dans le texte de la Constitution, « *there is nothing (...) which denies the inherent right of self-defense of Japan as a sovereign nation* »⁶¹⁵. Selon elle, « *it is only natural for our country, in the exercise of powers inherent in a state, to take measures of self-defense necessary to maintain its peace and security, and to ensure its survival* »⁶¹⁶.

229. Une jurisprudence similaire a été adoptée par la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême du Costa Rica, à propos de l'article 12 de la Constitution qui interdit l'armée « en tant qu'institution permanente ». La jurisprudence de la Chambre constitutionnelle estime que l'abandon de l'armée « suppose que l'État et la population costaricienne aient une confiance pleine et entière dans les instruments juridiques du droit international public pour préserver leurs souveraineté, indépendance, sécurité et intégrité territoriale (...) »⁶¹⁷. Originale, cette confiance dans le droit international se double néanmoins d'un certain pragmatisme puisque la Constitution préserve le droit de légitime défense au troisième alinéa de son article 12. Celui-

⁶¹³ *Report of the Advisory Panel on Reconstruction of the Legal Basis for Security*, p. 4. Disponible en ligne : [https://www.jimin.jp/english/news/125068.html] (consulté le 14/06/2023).

⁶¹⁴ Au regard de la brièveté de la constitution japonaise, son interprétation par divers organes de l'État joue un rôle crucial dans sa compréhension, v. T. Inoué, « Quelques particularités de la constitution japonais », in J. Boudon (dir.), *L'irréductible originalité des systèmes constitutionnels à la lumière des expériences française et japonaise*, op. cit., p. 21 : « (...) les lois et les interprétations de la Constitution jouent un rôle majeur, qui consiste à étoffer le dispositif législatif plutôt réduit offert par la Constitution ». Sur l'art. 9, v. ég., *id.*, pp. 27-28.

⁶¹⁵ *Report of the Advisory Panel on Reconstruction of the Legal Basis for Security*, op. cit., p. 5. Le passage révèle qu'une restriction à un droit inhérent ne saurait être implicite, une hypothèse dont on étudie la validité dans la suite de la thèse.

⁶¹⁶ *Ib.* (nous soulignons). Pour consulter directement le jugement, v. Cour suprême japonaise, *Japan v. Shigeru Sakata et al.*, jugement du 16/12/1959, reprod. in *Japanese Annual of International Law*, vol. 4, 1960, pp. 103-109, spéc. p. 105 pour le passage cité dans la thèse. V. ég. l'analyse de K. Yokota, « Renunciation of War in the New Japanese Constitution », *Japanese Annual of International Law*, vol. 4, 1960, pp. 16-19, spéc. p. 17. Solution reprise par Naha District Court, *Naha City v. Prime Minister*, jugement du 29/05/1990, reprod. in *Japanese Annual of International Law*, vol. 34, 1991, p. 160 : « [o]nly naturally, therefore, it is possible to exercise the measure necessary to preserve the peace and security of our country and to keep its existence, on the ground that it falls under the exercise of the power inherent to a state » (partant, un traité de sécurité doit être considéré comme étant conforme à l'article 9 de la Constitution).

⁶¹⁷ Resolución N°09122-2013, X c. *Director General De Aviacion Civil, Ministro de la presidencia, Presidenta de la Republica y Asamblea Legislativa*. Le passage se lit ainsi en espagnol : « [l]a abolición del ejército supuso que el Estado y el pueblo costarricense confiaran, plenamente, en los instrumentos jurídicos del Derecho Internacional Público para preservar su soberanía, independencia, seguridad e integridad territorial y para resolver sus discrepancias con otras naciones de manera pacífica y alternativa, evitando el uso de la fuerza para no caer en confrontaciones bélicas internas y externas ». Disponible en ligne : [https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-648608] (consulté le 14/06/2023).

ci permet en effet d'organiser des forces militaires « en vertu d'un accord continental ou pour la défense nationale ». Toutefois, l'État s'est déclaré « perpétuellement neutre » dans une déclaration formulée le 17 novembre 1983⁶¹⁸, ce qui pouvait potentiellement représenter une renonciation au droit de légitime défense. Cependant, dans une résolution rendue en 2014 la Chambre constitutionnelle précisait que cette déclaration n'impliquait pas de renoncer « au recours à la force comme mécanisme ultime de défense de la souveraineté nationale contre l'agression d'un autre État (...) »⁶¹⁹.

230. Les mots employés rappellent une nouvelle fois le rapport qu'entretient le droit de légitime défense avec l'évidence et la souveraineté : il est « naturel » dans le sens logique des choses, c'est-à-dire qu'on ne peut pas envisager un État souverain sans ce droit. Le gouvernement japonais n'a pas hésité à retenir une solution similaire que celle adoptée par sa Cour suprême, réitérant d'ailleurs la rhétorique que l'on vient de mentionner :

« (...) *Article 9 of the Constitution cannot possibly be to deny the right of self-defence as recognised under international law. Indeed it is absurd to think that the Constitution, which owes its raison d'être to the very existence and the security of the nation, should tolerate a situation where the existence and security of the nation itself might be endangered, namely in the event of imminent aggression endangering the existence and security of the nation* »⁶²⁰.

231. L'existence du droit de légitime défense est tellement évidente qu'il n'est mentionné par les États que lorsqu'ils craignent qu'un engagement vienne affecter leur droit. L'article 9 de la

⁶¹⁸ Disponible en ligne :

[<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ri/article/view/7166/7378>] (consulté le 14/06/2023).

⁶¹⁹ Resolución N°17413-2014, *Consulta legislativa facultativa*. À nouveau, le passage exact est le suivant : « [l]a declaratoria de neutralidad no implica renunciar al recurso de la fuerza como último mecanismo de defensa de la soberanía nacional frente a la agresión de otro Estado, pero sería un instrumento que puede servir a un alto propósito en la conducción de la política en las relaciones internacionales frente a terceros, ético en todo el sentido de la palabra, y con él un blindaje para que el Poder Ejecutivo no se aparte, como se tuvo que analizar en la sentencia No. 2004-09992 ». Disponible en ligne :

[<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-644565>] (consulté le 14/06/2023).

⁶²⁰ Position du Japon exprimée par le Directeur général du cabinet juridique du gouvernement, rapportée dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 18, 1974, p. 84 (nous soulignons). Avec le temps, l'expression « potentiel de guerre » qui figure à l'alinéa 2 de l'article 9 de la Constitution est interprétée ainsi : « [it] refers to that which goes beyond the minimum necessary for the purpose of self-defence, out of the broad category of war potential as signified by the literal interpretation of the term » (*Japanese Annual of International Law*, vol. 27, 1984, p. 108). Une réforme intervenue en 2015 a profondément modifié l'interprétation formulée de l'article 9 de la Constitution, en admettant la légitime défense collective à partir de considérations relatives à la survie de l'État, v. *Asian Yearbook of International Law*, vol. 21, 2015, p. 279 : « (1) [w]hen an armed attack against Japan has occurred, or when an armed attack against a foreign country that is in a close relationship with Japan occurs and as a result threatens Japan's survival and poses a clear danger to fundamentally overturn people's right to life, liberty, and pursuit of happiness ; (2) When there is no appropriate means available to repel the attack, and ensure Japan's survival and protects its people (...) ».

Constitution japonaise en est un exemple, on l'a vu. Sur un autre sujet, lors de la conclusion de la convention de Montreux de 1936 établissant le régime des Détroits turcs, le projet initial comportait un article interdisant le transit des sous-marins. À cet égard, la Roumanie rappelait aux délégations ne pas avoir « la possibilité, pour le moment et peut-être pour longtemps, de construire chez elle ses sous-marins », une circonstance qui l'obligeait à « se les procurer ailleurs »⁶²¹. Il s'agissait selon elle d'un « droit qui ne saurait lui être contesté », puisque « [c]omme tous les autres pays, elle a aussi le droit de s'armer »⁶²². Ce droit étant qualifié de conséquence du droit de légitime défense par la Turquie⁶²³, la convention a finalement été réécrite pour autoriser les États riverains de la mer Noire de faire passer, sous certaines conditions, des sous-marins.

232. Le « droit de s'armer » que l'on vient de mentionner est qualifié, dans la théorie des droits fondamentaux étatiques, de « droit de sûreté ». Il est généralement présenté comme une conséquence du droit de légitime défense qui permet aux États de déployer librement des armes sur leur territoire. C'est pourquoi certains États n'hésitent pas à déclarer que certains espaces *a priori* hors de leur territoire en font partie et qu'ils sont autorisés à prendre toutes les mesures qu'ils estiment utiles, y compris celles intéressant la préservation de leur existence. Par exemple, la Chine mobilise ses « *rights to self-preservation and self-defence granted by international law to sovereign States* » pour justifier le déploiement « *of appropriate and necessary national defence facilities in its own territory* », à savoir les îles Xisha et Nandha, dans le sud de la mer de Chine⁶²⁴. Alors que ses adversaires condamnent la « militarisation » de ces espaces contestés, la Chine avance un argument qui repose sur son pouvoir de disposer librement de son territoire. Tout l'enjeu réside donc, pour ses adversaires, non pas de nier cette liberté souveraine – et donc l'invocation des considérations relatives à l'autoconservation –, mais de contester que ces espaces constituent véritablement des territoires de la Chine. Si ces espaces ne relèvent pas de la souveraineté chinoise, alors leur militarisation constitue un acte illicite en droit international⁶²⁵.

⁶²¹ Intervention de la Roumanie lors de la septième séance plénière du 07/07/1936, in Th. Aghnides, *Actes de la Conférence de Montreux, 22 juin-20 juillet 1936 : compte rendu des séances plénières et procès-verbal des débats du Comité technique*, Paris, Pedone, 1936, p. 70.

⁶²² *Ib.*

⁶²³ *Id.*, v. l'intervention de la Turquie lors de la treizième séance plénière du 15/07/1936, p. 134. Pour le texte de l'article 9 finalement adopté, *id.*, p. 133.

⁶²⁴ « Lettre datée du 3 mars 2016, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Chine auprès de l'Organisation des Nations Unies », A/70/774, p. 2 : on cite le texte en anglais, qui n'est certes pas l'original, parce la traduction française mentionne plutôt le « droit d'autoprotection et le droit de légitime défense (...) ».

⁶²⁵ « Lettre datée du 13 juin 2016, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Viet Nam auprès de l'Organisation des Nations Unies », A/70/944, pp. 3-4 : « [L]es archipels Hoang Sa et Truong Sa ne

233. En revanche, si l'on admettait que les îles faisaient partie intégrante du territoire chinois, alors l'État aurait été en droit d'adopter les mesures militaires qu'il jugeait nécessaires, se fondant sur son droit de sûreté.

b. Le droit de sûreté, corollaire du droit de légitime défense

234. Burlamaqui considérait que le souverain devait « être revêtu du pouvoir d'assembler et d'armer les sujets, ou de lever d'autres troupes en aussi grand nombre qu'il est nécessaire pour la sûreté et la défense de l'État »⁶²⁶. Théodore Ortolan soulignait également que tout État souverain devait avoir le droit inhérent de se développer et de préparer des « moyens légitimes de force ou de sûreté »⁶²⁷. Ces moyens légitimes couvraient des préparatifs militaires variés, comme la construction de forteresse, la constitution d'une armée et plus généralement l'acquisition d'armes. En bref, le droit de sûreté était théoriquement proche du droit de défense, mais il en était clairement distingué : en tant que préalable à l'exercice du droit de défense, le droit de sûreté désignait tous les préparatifs militaires qu'un État pouvait souverainement entreprendre afin d'anticiper le déclenchement d'une guerre défensive.

235. En effet, Vattel estimait qu'il aurait été « vain que la Nature prescri[ve] aux Nations comme aux particuliers le soin de se conserver (...) si elle ne leur donn[ait] pas le droit de se garantir de tout ce qui peut rendre ce même soin inutile »⁶²⁸. Dans la continuité, Heffter soutenait que chaque État, en vertu de son droit d'exister, avait le droit d'adopter « des mesures de précaution propres à repousser toute agression du dehors »⁶²⁹. Similairement, Klüber reconnaissait que le droit de conservation impliquait un droit de sûreté permettant à l'État de prendre « tous les moyens de sûretés légitimes »⁶³⁰. L'exercice d'« un droit de défense et d'armes (...) » découlait directement de ces considérations⁶³¹. Georg Friedrich von Martens⁶³² et Fiodor de Martens⁶³³ rejoignaient la thèse de Klüber.

faisant pas partie du territoire chinois, la déclaration de la Chine (...) est inacceptable (...) ». La question de savoir si le sud de la mer de Chine relève effectivement de la souveraineté chinoise n'intéresse pas notre thèse, mais v. toutefois la sentence rendue par la CPA, le 12/06/2016, *The South China Sea Arbitration*, pp. 399-415, spéc. p. 415, §1043.

⁶²⁶ J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., tome IV, p. 141.

⁶²⁷ T. Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, op. cit., Tome I, 1845, p. 48.

⁶²⁸ E. de Vattel, *Le droit des gens*, op. cit., p. 295.

⁶²⁹ A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, op. cit., p. 57.

⁶³⁰ J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, 2^{de} édition, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1861, p. 59, §39.

⁶³¹ *Id.*, §40.

⁶³² G. F. Von Martens, *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*, op. cit., Tome I, p. 318, §117.

⁶³³ F. Martens, *Traité de droit international*, traduit par Alfred Léo, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1883, p. 389.

236. Qualifié de corollaire du droit de légitime défense, le droit d'acquérir des armes a parfois été mobilisé pour désigner la jouissance d'une puissance souveraine, celle-ci structurant les obligations des États en matière de désarmement et de réglementation du commerce des armes (i). Le droit de sûreté, plus généralement, désignait la liberté souveraine de prendre toutes les mesures pacifiques nécessaires pour anticiper la défense du territoire, y compris le pouvoir de conclure des traités d'alliance, également inhérent (ii).

i. Le droit d'acquérir des armes dans la Charte des Nations Unies et la réglementation du commerce des armes

237. Afin de mesurer de quelle manière les prérogatives souveraines en matière militaire structurent les obligations internationales des États, revenons un instant sur les discussions relatives au désarmement intervenues au sein de l'AGNU en 1978, lors de sa dixième session extraordinaire⁶³⁴. L'Assemblée générale, « [d]écidée à établir les bases d'une stratégie internationale du désarmement (...) », adopte un Document final qui mentionne le « droit à la sécurité » des États. Relevant en premier lieu que « le processus du désarmement touche aux *intérêts vitaux* de la sécurité de tous les États », l'Assemblée en déduit la nécessité d'inviter tous les États aux négociations⁶³⁵. Aux fins de faire cesser la course aux armements et préserver l'humanité de la guerre nucléaire, elle insiste sur l'importance de conclure des accords internationaux « tenant compte de la nécessité pour les États de *sauvegarder leur sécurité* »⁶³⁶. Ce raisonnement implique de négocier une « réduction équilibrée des forces armées et des armements classiques reposant sur le *principe de la non-diminution de la sécurité des parties* [aux traités] »⁶³⁷. À partir du paragraphe 25, la Déclaration identifie les « principes fondamentaux » sur lesquels les négociations devraient reposer. On y retrouve le principe de « règlement pacifique des différends, *eu égard au droit naturel de légitime défense*, individuelle ou collective des États, conformément à la Charte »⁶³⁸. La mention du droit de légitime défense se couple, finalement, d'un droit à la sécurité énoncé en ces termes :

« L'adoption de mesures de désarmement doit se faire de façon équilibrée et équitable, de sorte que le *droit à la sécurité de chaque État soit garanti* et qu'aucun État ou groupe d'États n'en retire des avantages par rapport à d'autres à quelque stade que ce soit ».

⁶³⁴ Résolution S-10/2 adoptée le 30 juin 1978, « Document final de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale », A/RES/S-10/2.

⁶³⁵ *Idem*, §14, nous soulignons.

⁶³⁶ *Idem*, §19, nous soulignons.

⁶³⁷ *Ibid.*, nous soulignons.

⁶³⁸ *Idem*, §§25 et 26, nous soulignons.

238. Les États qui invoquent ce droit ne fournissent jamais de définition précise de son contenu. Ils insistent plutôt sur son caractère inhérent et inaliénable, comme le fait par exemple la Roumanie⁶³⁹. Allant parfois au-delà de ce droit à la sécurité, certains États comme l'Algérie le mentionnent en même temps que leur droit d'exister⁶⁴⁰. Il convient ainsi d'insister sur le fait que le droit à la sécurité oriente les négociations relatives au désarmement. Les Pays-Bas l'affirment clairement lorsqu'ils remarquent que l'un des principes en cause en l'espèce est le « droit souverain des États d'acquiescer les moyens nécessaires à leur défense »⁶⁴¹. La Grèce insiste elle aussi sur la nécessité de ne pas mettre en péril le droit de légitime défense dans l'élaboration d'une convention relative au désarmement⁶⁴². Cela peut sembler particulièrement difficile pour un traité destiné à retirer aux États les moyens militaires d'exercer leur droit de légitime défense – *via* un désarmement « général et complet ».

239. À l'inverse, un tel objectif est davantage atteignable dans le cadre de la réglementation du commerce des armes. Contrairement aux négociations relatives au désarmement ou à la limitation des armements, celles relatives à la réglementation de leur commerce n'envisagent pas la renonciation aux armes. La réglementation, en principe, n'influe en aucune façon le volume d'armements détenu par un État, mais elle encadre plutôt les conditions dans lesquelles le commerce des armes intervient. La finalité entre le désarmement et la réglementation ne diffère fondamentalement pas pour autant, puisque tous deux ont pour objet de garantir la paix et la sécurité internationales⁶⁴³. La réglementation poursuit néanmoins cet objectif en employant des moyens différents : comme l'établit clairement le préambule du Traité sur le Commerce des Armes (TCA) conclu en 2013, la réglementation cherche à « prévenir et éliminer le commerce d'armes classiques et [à] empêcher leur détournement vers le commerce illicite ou pour un usage final non autorisé, ou encore à destination d'utilisateurs finaux non autorisés, notamment

⁶³⁹ A/S-10/PV.22, §48 : « [la Roumanie] estime qu'il est nécessaire d'insister sur le droit inaliénable de tous les États de se développer dans des conditions de sécurité totale, d'assurer leurs propres capacités de défense jusqu'à ce que le désarmement soit devenu une réalité (...) ». V. ég. une lettre de l'Iran, datée du 28/03/2022 et adressée au Secrétaire général ainsi qu'à la Présidente du Conseil de sécurité, S/2022/270, p. 1 : « [t]out État a le droit naturel, que lui confère le droit international, de mettre au point des armes classiques, y compris des missiles balistiques. L'Iran exerce ce droit inaliénable pour préserver sa sécurité nationale ».

⁶⁴⁰ A/S-10/PV.12, p. 243, §12 : « [a]u-delà du droit à l'existence, nos nations ont acquis leur propre système politique, économique et social ». V. ég. le §13 : « [l']objectif du désarmement ne saurait être dissocié de la reconnaissance du droit de chacun à la sécurité ».

⁶⁴¹ A/S-10/PV.14, §148.

⁶⁴² A/S-10/PV.17, §56.

⁶⁴³ Charte des Nations Unies, *op. cit.*, art. 11(1) : si l'AGNU est compétente pour émettre des recommandations en matière de désarmement et de réglementation des armements, c'est parce qu'elle est chargée d'« étudier les principes généraux de coopération pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

aux fins de la commission d'actes terroristes »⁶⁴⁴. Cet objectif apparaît tout aussi clairement dans de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité imposant un embargo sur les armes à un État dont le conflit interne menace la paix et la sécurité internationales⁶⁴⁵.

240. L'ambition de réglementer le commerce international des armes doit néanmoins tenir compte du *droit* que possèdent les États d'en acquérir, ainsi que le préambule du TCA l'illustre. Parmi les principes dont les parties se disent résolues de respecter, on retrouve « l'intérêt légitime reconnu à tout État d'acquérir des armes classiques pour exercer son droit de légitime défense et contribuer à des opérations de maintien de la paix, et de produire, exporter, importer et transférer des armes classiques »⁶⁴⁶. En empruntant l'expression d'« *intérêt légitime* » plutôt que de « *droit légitime* », le Traité semble s'éloigner volontairement du lexique juridique, alors même que le Conseil de sécurité n'a pas hésité à parler à plusieurs reprises d'un « droit » d'acquérir des armes⁶⁴⁷. Si le TCA ne consacre pas cette formule, il place néanmoins le droit de légitime défense au fronton des principes que les parties se disent « *[r]ésolu[e]s* » à respecter⁶⁴⁸.

241. La référence à la légitime défense et au droit – ou à l'intérêt – d'acquérir des armes est effectivement timide. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'importance de ces principes pour la seule raison qu'ils seraient mentionnés en préambule. M. Biad observe à raison que ces principes offrent « un cadre à la fois éthique et juridique à l'action des États dans la mise en œuvre des obligations du traité », de même qu'ils « constituent autant de critères à mettre en œuvre dans toute exportation d'armes »⁶⁴⁹. La convention fait à nouveau référence, sous la forme d'un renvoi, au droit de légitime défense au septième paragraphe de son préambule, qui

⁶⁴⁴ Traité sur le commerce des armes, signé à New York le 02/04/2013 et entré en vigueur le 24/12/2014, troisième paragraphe du préambule, *in RTNU*, vol. 3013, n°52373, p. 332.

⁶⁴⁵ G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 353. Ce point sera approfondi par la suite, dans le Chapitre 6 de la thèse, pp. 379 et s.

⁶⁴⁶ Traité sur le commerce des armes, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁴⁷ Résolution 1209 (1998), §7 du préambule, où le Conseil de sécurité réaffirme « le *droit* des États africains à acheter ou à produire les armes nécessaires pour répondre à leurs besoins légitimes en matière de sécurité nationale et de maintien de l'ordre, conformément à la Charte des Nations Unies et aux autres règles et principes du droit international ». Propos repris quasiment à l'identique dans une déclaration faite par le Président du Conseil au nom de ce dernier, à la suite de la 6288^{ème} séance du 19 mars 2010, S/PRST/2010/6, §3 : « [I]e Conseil, tout en reconnaissant à tout État le droit de fabriquer, d'importer, d'exporter, de transférer et de détenir des armes classiques pour assurer sa légitime défense et sa sécurité, conformément au droit international et à la Charte des Nations Unies, souligne l'importance vitale que revêtent la réglementation et le contrôle effectifs du commerce transparent des armes légères et de petits calibres pour la prévention des détournements et de la réexportation illicite de ces armes ».

⁶⁴⁸ Traité sur le commerce des armes, *op. cit.*, p. 333 : « *[r]ésolus* à agir conformément aux principes suivants : - Le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu à tous les États à l'article 51 de la Charte des Nations Unies » (italiques dans l'original).

⁶⁴⁹ A. Biad, « Le traité sur le commerce des armes classiques : entre accord de maîtrise des armements et instrument à dimension humanitaire », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 205.

rappelle les « Directives relatives aux transferts internationaux d'armes établies par la Commission du désarmement » de l'ONU adoptées le 6 décembre 1991⁶⁵⁰. Au sein de ces directives figure le principe selon lequel les « États, qu'ils soient producteurs ou importateurs, ont le devoir de veiller à ce que leur niveau d'armements soit en rapport avec leurs besoins en matière de légitime défense et de sécurité, tout en leur permettant de participer aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies »⁶⁵¹. Il est intéressant de relever que l'exigence d'avoir suffisamment d'armes en sa possession pour les besoins des États « en matière de légitime défense et de sécurité » correspond à un *devoir*.

242. Dans le même sens, on peut rapporter les réponses des États Membres à la résolution 61/89 de l'Assemblée générale en août 2007⁶⁵². Sur les soixante-quatorze réponses reçues, vingt États font référence au « droit d'acquérir des armes classiques uniquement pour répondre à leurs besoins en matière de légitime défense et maintien de l'ordre (...) »⁶⁵³, tandis que le reste des réponses fait sobrement mention du droit de légitime défense⁶⁵⁴. C'est donc à partir de ce droit que les États déduisent celui d'acquérir des armes, selon la position énoncée ci-dessus et réitérée dans un rapport soumis à la « Conférence des Nations Unies pour un TCA », en 2012⁶⁵⁵. Les travaux préparatoires du traité démontrent une nouvelle fois que son élaboration a tenu compte du droit de légitime défense⁶⁵⁶. L'Institut des Nations Unies pour la Recherche sur le Désarmement le remarquait déjà dans deux rapports qui systématisent les réponses

⁶⁵⁰ Traité sur le commerce des armes, préambule, *op. cit.*, p. 332.

⁶⁵¹ « Directives relatives aux transferts internationaux d'armes dans le contexte de la résolution 46/36 H de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 1991 », in *Rapport de la Commission du désarmement*, A/51/42, annexe I, p. 14, §17. V. ég. le §21 en vertu duquel les « États destinataires ont pour leur part la responsabilité de veiller à ce que la quantité et le degré de perfectionnement des armes qu'ils importent soient en rapport avec leurs besoins en matière de légitime défense et de sécurité et qu'ils ne favorisent pas l'instabilité et l'apparition de conflits dans leurs régions ou dans d'autres pays et régions ou le trafic illicite d'armes ».

⁶⁵² « Vers un traité sur le commerce des armes : établissement de normes internationales communes pour l'importation, l'exportation et le transfert d'armes classiques, Rapport du Secrétaire général », communiqué le 17 août 2007, A/62/278 (Part II).

⁶⁵³ *Id.*, p. 141, mais on peut aussi voir Afrique du Sud (p. 4), Bangladesh (p. 28), Burkina Faso (p. 49), Canada (p. 54), Danemark (p. 73), Estonie (p. 89), Fidji (p. 96), Inde (p. 115), Indonésie (p. 116), Jamaïque (p. 127), Libéria (p. 141), Maroc (p. 156), Malawi (p. 147), Monténégro (p. 163), Niger (p. 166), Norvège (p. 171), République de Corée (p. 204), Slovaquie (p. 228), Trinité-et-Tobago (p. 246) et Zambie (p. 254).

⁶⁵⁴ Il est inutile, ici, de référencer la centaine d'itérations du droit de légitime défense dans le document précité.

⁶⁵⁵ « Récapitulatif des vues exprimées sur les éléments qui pourraient être retenus dans le texte d'un traité sur le commerce des armes », A/CONF.217/2, pp. 26, 28, et 41.

⁶⁵⁶ V. ainsi la déclaration chinoise, lors d'une session qui s'est déroulée le 22/10/2009, reprod. in *Chinese Journal of International Law*, vol. 9, 2010, p. 646 : « China is of the view that the primary objective of an 'Arms Trade Treaty' is to maintain global and regional stability and enable every country to exercise the right of self-defense and meet its security needs ».

communiquées par les États⁶⁵⁷ et par l'Union européenne⁶⁵⁸. L'Assemblée générale en fait également un élément central dans ses « directives relatives aux transferts internationaux d'armes » du 6 décembre 1991⁶⁵⁹, tandis que les membres permanents ont réaffirmé le droit de légitime défense « qui *implique* que les États ont le droit de se procurer les moyens d'assurer leur légitime défense »⁶⁶⁰.

243. Pourtant, lors du vote de la résolution marquant l'adoption définitive du TCA, on pouvait entendre les délégations cubaines et iraniennes défendre qu'avec l'entrée en vigueur du traité, « le droit des États importateurs d'acquérir et d'importer des armes pour assurer leur sécurité est soumis à l'appréciation et à l'évaluation très subjective des États exportateurs »⁶⁶¹. Il est même reproché au traité de ne pas « reconnaître le droit inhérent des États à acquérir, produire, exporter, importer et transférer les armes classiques nécessaires à l'exercice des droits inaliénables de tout État à la sécurité, la légitime défense et l'intégrité territoriale »⁶⁶². Sans prétendre à une analyse du traité afin de vérifier le bien-fondé d'une telle assertion, il faut observer que le TCA n'établit en réalité aucune « nouvelle règle *sui generis* », mais qu'il

⁶⁵⁷ S. Parker, experte de l'UNIDIR, « Analysis of States' Views on an Arms Trade Treaty », Octobre 2007, p. 13. Disponible en ligne : [\[https://unidir.org/sites/default/files/publication/pdfs/analysis-of-states-views-on-an-arms-trade-treaty-332.pdf\]](https://unidir.org/sites/default/files/publication/pdfs/analysis-of-states-views-on-an-arms-trade-treaty-332.pdf) (consulté le 14/06/2023).

⁶⁵⁸ UNIDIR, « Promoting Discussion on an Arms Trade Treaty, European Union-UNIDIR Project », Octobre 2009, p. 2 : « [t]he European Union is clear that an A[rms] T[rade] T[treaty] should not prevent states from acquiring conventional arms for use in the exercise of their inherent right to self-defence in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations ».

Cette revendication sera constante dans le discours de l'Union européenne, v. E. Kytömäki pour l'UNIDIR, « Supporting the Arms Trade Treaty Negotiations through Regional Discussions and Expertise Sharing : Final Report of the EU-UNIDIR Project », 2012, p. 10 : « [t]he sovereign right to self-defence as well as the right to obtain arms to this end is a fundamental principle for states and has been a recurring remark during the ATT discussions, a principle which the founding resolutions of the ATT acknowledge, however some sceptical states have expressed their concern that an ATT may infringe upon this right. Relating to this, many delegations stressed that only state actors should be considered for transfers, many further calling for an explicit prohibition of trading with non-state actors ».

Disponible en ligne :

[\[https://www.sipri.org/sites/default/files/research/disarmament/dualuse/pdf-archive-att/pdfs/eu-un-supporting-the-att-negotiations-through-regional-discussions-and-expertise-sharing-final-report-of-the-eu-unidir-project.pdf\]](https://www.sipri.org/sites/default/files/research/disarmament/dualuse/pdf-archive-att/pdfs/eu-un-supporting-the-att-negotiations-through-regional-discussions-and-expertise-sharing-final-report-of-the-eu-unidir-project.pdf) (consulté le 14/06/2023).

⁶⁵⁹ Rapport de la Commission du désarmement, Assemblée générale, 51^{ème} session, Supplément No. 42 (A/51/42), annexe I, §1, p. 12 : « [c]omme le prévoit la Charte des Nations Unies, tous les États jouissent du droit naturel de légitime défense et par conséquent de celui d'acquérir des armes pour assurer leur sécurité, y compris des armes provenant de sources extérieures ».

⁶⁶⁰ « Lettre datée du 22 novembre 1991, adressée au Président de la Conférence du désarmement par le chef de la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, transmettant le texte officiel du communiqué publié à l'issue de la réunion des représentants des cinq États membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies sur les transferts d'armes et la non-prolifération, qui s'est tenue à Londres les 17 et 18 octobre 1991 », voir la partie « Principes directeurs en matière de transferts d'armes classiques », CD/1113, p. 3 (italiques ajoutés).

⁶⁶¹ Débats de la 71^e séance plénière de l'AGNU, le 02/04/2013, A/67/PV.71, intervention de la délégation iranienne, p. 20 ; v. ég. la déclaration du délégué cubain, p. 8.

⁶⁶² *Id.*, p. 20.

correspond plutôt à un « ‘traité-cadre’ reprenant les règles pertinentes du droit international (*jus ad bellum* et *jus in bello*) auxquelles les États étaient déjà soumis »⁶⁶³. En d’autres termes, le traité prend acte des *inhérences* induites de la souveraineté des États. Le droit d’acquérir des armes, corollaire du droit de légitime défense et réminiscence du droit de sûreté, constitue ainsi une clé de lecture du droit international contemporain des armements.

244. Au-delà de la reconnaissance d’un pouvoir souverain d’acquérir des armes, la Charte de sécurité européenne rappelle que le « droit égal à la sécurité » permet à un État « de choisir ou de modifier librement ses arrangements de sécurité, y compris les traités d’alliance, en fonction de leur évolution » ou de posséder le « droit à la neutralité »⁶⁶⁴. Déjà dans la théorie des droits fondamentaux, le « droit de sûreté » servait à énoncer ce truisme : tout souverain, selon Burlamaqui, possède le « droit de contracter des engagements publics, de faire des traités et des alliances avec les États étrangers »⁶⁶⁵. La reprise de cette formule par la plupart des internationalistes classiques⁶⁶⁶ confirme une tendance à définir la souveraineté sous le prisme de la conservation de l’État : si cette circonstance implique la possession de certaines compétences (un « droit à » conclure des alliances en l’occurrence), c’est parce qu’elle permet à l’État d’obtenir les moyens nécessaires à sa conservation.

ii. Le droit de conclure des traités de défense collective

245. Il n’est pas possible d’approfondir le propos davantage que les auteurs. Ces derniers se contentent de traduire théoriquement un fait observable en droit positif, sans pour autant donner d’exemples concrets. De nombreux traités peuvent pourtant être cités. Un rapport adressé au Roi de Suède en 1813 par son ministre aux Affaires étrangères décrit les traités d’alliance comme des garanties de sécurité obtenues par voie conventionnelle, assurant ainsi l’existence de l’État⁶⁶⁷. Dans le même sens, lorsque la Prusse annonce son alliance avec la Russie contre les forces bonapartistes, en mars 1813, le gouvernement impute la faute à la France qui n’a pas

⁶⁶³ A. Biad, « Le traité sur le commerce des armes classiques : entre accord de maîtrise des armements et instrument à dimension humanitaire », *op. cit.*, p. 199.

⁶⁶⁴ Charte de sécurité européenne, adoptée le 19/11/1999 lors d’un sommet de l’Organisation pour la sécurité et la coopération européenne, §8, disponible en langue anglaise dans *ILM*, vol. 39(2), 2000, p. 257.

⁶⁶⁵ J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, *op. cit.*, Tome IV, Chapitre VIII, §VII, n°6, p. 142.

⁶⁶⁶ F. de Martens, *Traité de droit international*, *op. cit.*, Chapitre II, VI, §73, p. 389 ; P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, *op. cit.*, Tome I, point 257, p. 420 ; J. de Louter, *Le droit international public positif*, *op. cit.*, Tome I, pp. 515-530, où l’auteur définit les traités politiques comme ceux désignant les traités de paix, d’alliance, de garantie, de protectorat ou de sujétion, §29, pp. 515-530 ; M. Sibert, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, Première partie, Chapitre IV, Section II, §1, n°163, p. 232.

⁶⁶⁷ « Report made to the King of Sweden by his Minister of State and of Foreign Affairs, relative to the Relations between Sweden and France » du 07/01/1813, in *British and Foreign State Papers. 1812-1814*, vol. I, part II, Londres, James Ridway and sons, 1841, p. 1149 : « [t]he future destiny of the State could not be determined with certainty : frail Treaties, already infringed, were the only securities for its existence ».

respecté le traité d'alliance conclu avec elle⁶⁶⁸. Afin de « sauver à tout prix l'existence Nationale »⁶⁶⁹, la Prusse décide ainsi d'obtenir l'assistance militaire de la Russie. Un raisonnement similaire était proposé par le Roi de Wurtemberg, toujours contre la France, dans un manifeste daté au 6 novembre 1813⁶⁷⁰. Il reprochait à la France de ne pas avoir respecté l'Acte de la Confédération du Rhin, ce qui obligeait le roi à conclure un « Traité d'Alliance avec les Cours Impériales et Royales Alliées », le 2 novembre 1813⁶⁷¹. Toujours selon le monarque, les relations politiques et conventionnelles n'étaient pas envisagées dans un « autre but que la conservation et le bien de l'État »⁶⁷².

246. En dehors de ces considérations *motivant* la conclusion de traités d'alliance, c'est-à-dire l'exercice d'une prérogative souveraine, les stipulations conventionnelles confirment le lien avec la conservation de l'État. Le traité de reconnaissance entre le royaume du Portugal et le royaume du Brésil établissait également une alliance générale et perpétuelle entre les parties, aux fins de promouvoir « *general prosperity, and to secure the political existence and the future destinies of Portugal, in common with those of Brazil* »⁶⁷³. De même, le traité d'union perpétuelle entre la Colombie et les Provinces Unies d'Amérique Centrale de 1825 décrivait l'alliance, à son article II, comme obligeant les parties « *to succour and to repel in common any attack or invasion of the enemies of both which may in any manner threaten their political existence* »⁶⁷⁴. On retrouvait déjà cette formule, à l'identique, dans le traité d'amitié conclu entre le Chili et le Pérou en 1822⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ « Communications du Gouvernement Prussien au Gouvernement Français, pour annoncer l'Alliance entre la Prusse et la Russie », mars 1813, *British and Foreign State Papers. 1812-1814*, vol. I, part II, Londres, James Ridway and sons, 1841, p. 1158 : « [I]a France ne répondit à ce dévouement que par des prétentions toujours nouvelles, et crut pouvoir se dispenser de remplir de son côté les Stipulations du Traité qui tombaient à sa charge ».

⁶⁶⁹ « Communications du Gouvernement Prussien au Gouvernement Français, pour annoncer l'Alliance entre la Prusse et la Russie », *id.*, p. 1157.

⁶⁷⁰ « Manifeste du Roi de Wurtemberg contre la France », Stuttgart, 6 novembre 1813, *British and Foreign State Papers. 1812-1814*, vol. I, part II, Londres, James Ridway and sons, 1841, p. 1181.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ « Treaty between His Most Faithful Majesty and His Imperial Majesty, concerning the Recognition of the Empire of Brazil », préambule, signé à Rio de Janeiro le 29 août 1825, in *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, p. 674 (nous soulignons).

⁶⁷⁴ « Treaty of Perpetual Union, League, and Confederation, between Colombia and the United Provinces of Central America », signé à Bogota le 15 mars 1825, in *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, p. 803.

⁶⁷⁵ « Treaty of Friendship, League, and Confederation, between Chile and Peru », signé à Santiago le 23 décembre 1822, article I, *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, p. 814 : « [t]o this end, the States of Chile and Peru promise and freely contract an engagement of intimate alliance, and firm and constant friendship, for the common defence, for the security of their Independence and liberty, for their reciprocal and common benefit, and for their internal tranquillity; obliging themselves mutually to assist each other, and to repel every attack or invasion which may in any manner threaten their political existence ».

247. Force est toutefois de constater que le droit de conservation de soi de l'État n'est jamais affirmé conventionnellement : on ne l'identifie qu'*a posteriori*, à la lecture des stipulations ayant pour objet la préservation des États parties. Le droit fondamental apparaît toutefois dans le traité de Constantinople de 1833, aussi appelé le traité d'Unkiar-Skelessi, dont l'article III se lit ainsi :

« En conséquence du *principe de conservation et de défense mutuelle, qui sert de base au présent Traité d'Alliance*, et par suite du plus sincère désir d'assurer la durée, le maintien et l'entière indépendance de la Sublime Porte, Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies, dans les cas où les circonstances qui pourroient déterminer de nouveau la Sublime Porte à réclamer l'assistance navale et militaire de la Russie, venoient à se présenter, quoique ce cas ne soit nullement à prévoir, s'il plait à Dieu, promet de fournir, par terre et par mer, autant de Troupes et de forces que les deux hautes parties contractantes le jugeroient nécessaire »⁶⁷⁶.

La conservation n'est plus décrite comme un droit fondamental, mais comme un principe ayant trait à la défense des États parties. Ce principe, toutefois, sert là encore de « *base* » – ou plutôt de fondement – au traité d'Alliance, c'est-à-dire de source matérielle aux stipulations conventionnelles. Le traité n'a pas d'autre effet que d'offrir à la Turquie « une garantie de stabilité, et au besoin des moyens de défense propres à assurer sa conservation »⁶⁷⁷.

248. Quoique succincte, la pratique relative à la question des traités d'alliance n'a pas changé depuis le XIX^{ème} siècle. Malgré des formulations différentes, l'objet de ces traités demeure fondamentalement le même : il s'agit pour les États parties de s'assurer, conventionnellement, l'assistance de l'autre partie en cas de conflit menaçant son existence. L'observation se trouve confirmée par le fait que ces traités ont vocation à garantir le respect d'une série de principes fondamentaux qui intéressent la préservation de l'existence des États⁶⁷⁸. L'article premier du traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la République de Géorgie et l'Ukraine de 1992 oblige les parties « à toujours être guidées par les principes de respect mutuel de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'inviolabilité des frontières existantes, de l'égalité et de la non-ingérence dans les affaires internes respectives, du non-recours à la

⁶⁷⁶ « Treaty of Constantinople, of the 8th of July 1833, (called the Treaty of Unskiar Skelessi) between Russia and the Ottoman porte ; together with the Separate Article thereto, of the same date », *British and Foreign State Papers. 1832-1833*, vol. XX, Londres, James Ridway and Sons, 1836, p. 1178.

⁶⁷⁷ « Réponse du Ministre des relations extérieures de la Russie », in G. F. de Martens, *Nouveau Recueil de Traités de l'Europe*, nouvelle série, tome XI (1850-1854), Librairie de Dietrich, Goettingue, 1837, n°43, p. 661.

⁶⁷⁸ Car ils renvoient aux principes de la Charte de l'ONU, v. le Chapitre 3 de la thèse, pp. 216 et s.

menace ou à l'usage de la force, du règlement pacifique des différends (...)»⁶⁷⁹. Autant de principes qui s'apparentent à une reformulation des droits fondamentaux étatiques, comme on le verra. La Charte de l'Organisation des États Américains, lorsqu'elle précise la nature de l'institution régionale, stipule dès son premier article que les États parties souhaitent « défendre leur souveraineté, leur intégrité territoriale et leur indépendance »⁶⁸⁰. Ces trois notions sont partagées par de nombreuses conventions, entérinant l'abandon du concept d'« existence politique »⁶⁸¹. Elles semblent finalement reprendre le libellé de l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies, interdisant tout recours à la force dirigée contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État⁶⁸².

249. La Charte reconnaissant le droit de légitime défense individuelle *ou* collective dans son article 51, il faut relever que le système de sécurité collective s'avère initialement incompatible avec la conclusion de traités de défense mutuelle. Cela pourrait expliquer leur déclin relatif⁶⁸³. Il semble en effet « qu'un accord de défense ne puisse se concevoir, hormis le cas du chapitre VIII [de la Charte], parce que contraire à l'esprit de la Charte, inutile en tout cas si sa lettre est respectée »⁶⁸⁴. Sans entrer dans les détails des traités d'alliance qui ont été élaborés à une époque où le Conseil de sécurité était paralysé par la guerre froide, il est important de souligner qu'ils étaient axés sur la défense et la sécurité des États parties⁶⁸⁵. Lors de la conclusion de ces traités, les parties s'engageaient, à l'image du Traité de l'Atlantique Nord, à agir en vertu du droit de légitime défense collective pour protéger l'un des États parties contre une agression armée⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ « Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la République de Géorgie et l'Ukraine. Kiev, 13 avril 1993 », entré en vigueur le 7 septembre 1994, *in RTNU*, vol. 2742, n°44370, p. 28.

⁶⁸⁰ « Charte de l'Organisation des États Américains », signée à Bogota le 30 avril 1948, entrée en vigueur le 13 décembre 1951, *in RTNU*, vol. 119, n°1601, p. 50.

⁶⁸¹ D.-H. Vignes, « La place des pactes de défense dans la société internationale actuelle », *AFDI*, vol. 5, 1959, p. 38 : « [d]e nouvelles formes d'agression sont apparues comme seuil de cette obligation [d'assistance] : la menace à la souveraineté, à l'intégrité ou à l'indépendance ».

⁶⁸² V. l'article 4 du « Traité de l'Atlantique Nord », signé le 4 avril 1949 à Washington, entré en vigueur le 24 août 1949, *in RTNU*, vol. 34-I, 1949, n°541, pp. 245-251, spéc. p. 247 : « [l]es Parties se consulteront chaque fois que, de l'avis de l'une d'elles, l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou la sécurité de l'une des Parties sera menacée ».

⁶⁸³ L. Fawcett, « Alliances », *in Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, §23 : « [d]espite a decline in defensive alliances, alongside the overall decline in international wars, the role of bilateral and multilateral, permanent and non-permanent alliances remain important in dealing with global security challenges ».

⁶⁸⁴ D.-H. Vignes, « La place des pactes de défense dans la société internationale actuelle », *op. cit.*, p. 37.

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 39.

⁶⁸⁶ Article 5 du Traité de l'Atlantique Nord : « [l]es Parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les Parties et, en conséquence, elles conviennent que, si une telle attaque se produit, chacune d'elles, dans l'exercice du droit de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, assistera la Partie ou les Parties ainsi attaquées en prenant aussitôt, individuellement et d'accord avec les autres Parties, telle action qu'elle jugera nécessaire, y compris l'emploi de la force armée, pour rétablir et assurer la sécurité dans la région de l'Atlantique Nord ». V. ég. l'article 29 de la Charte de l'Organisation des États américains, *op. cit.*, p. 61. Enfin, la relation qu'entretient la conclusion de traités d'alliance avec le droit de légitime

Autrement dit, et pour reprendre la distinction de Vattel entre droits parfaits et imparfaits, ces traités de défense peuvent parfaire le droit de légitime défense collective. Les traités d'assistance mutuelle peuvent effectivement avoir vocation à *obliger d'agir*, tandis que l'article 51 de la Charte *permet* seulement une telle action⁶⁸⁷. L'État victime ne pourra pas forcer un autre membre des Nations Unies à l'assister dans sa lutte contre un autre État membre⁶⁸⁸, à moins d'avoir négocié un traité contenant une obligation en ce sens.

250. Ainsi le droit de légitime défense a des implications qui dépassent la simple réaction à une agression armée, puisqu'il justifie également les droits inhérents d'acquérir des armes et de conclure des traités d'alliance. Cependant, peut-on identifier d'autres implications du droit de légitime défense qui ne sont pas liées aux questions militaires ? Certains ont suggéré que le principe de « compétence réelle » pouvait être considéré comme un corollaire du droit de légitime défense. Historiquement, il est vrai que ledit droit a été qualifié de fondement théorique de cette compétence judiciaire extraterritoriale.

2.2. L'inhérence des compétences souveraines de l'État en matière judiciaire

251. Au début du XX^{ème} siècle, le juriste Henri Donnedieu de Vabres définissait la compétence réelle comme « la réaction pénale de l'État contre les infractions qui menacent sa sûreté, intérieure ou extérieure, même si ces infractions ont été préparées et consommées en dehors de son territoire, même si elles ont pour auteur un étranger »⁶⁸⁹. L'origine de cette compétence *législatif et judiciaire*⁶⁹⁰ peut être établie à partir du crime de « lèse-majesté » du

défense était clairement exprimée à l'Assemblée nationale française, le 17/05/1949, lorsqu'elle était saisie d'un projet de loi autorisant le Président de la République à ratifier le pacte de l'Atlantique, v. in A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, tome VI, *op. cit.*, p. 72, n°100 : « (...) les gouvernements ont également le droit de prendre d'avance les engagements et les mesures nécessaires pour que leur légitime défense soit efficace ».

Sur l'invocation du droit de légitime défense par les parties au traité pour s'opposer à la contestation de l'URSS à voir le traité conclu : A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, *op. cit.*, vol. VI, p. 72.

⁶⁸⁷ H. Kelsen, « Collective Security and Collective Self-Defense Under the Charter of the United Nations », *AJIL*, vol. 42(4), 1948, p. 794 : « [t]he difference between self-defense under general international law and collective security under the [League of Nation's] Covenant consists only in that, in the first case, states not immediately attacked are entitled, not obliged ; whereas, under the Covenant, they were obliged to assist the attacked state (...) ».

⁶⁸⁸ *Id.*, pp. 783-796, spéc. pp. 794-795 : l'auteur remarquait déjà l'importance des traités régionaux, établis en vertu de l'article 52 de la Charte, afin d'organiser la mise en œuvre de la légitime défense collective

⁶⁸⁹ H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, réédition, Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 86.

⁶⁹⁰ Et non pas une compétence *exécutif*, puisque cela reviendrait à reconnaître à un État le droit d'assurer l'exécution de son droit interne sur le territoire d'un autre État, ce qui est contraire au droit international et au principe de souveraineté territoriale. V., E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, vol. 1, p. 206 ; B. Stern, « L'extra-territorialité 'revisitée' : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 250 ; CPIJ, 07/12/1927, *Affaire du « Lotus »*, arrêt, *Séries A – N°10*, pp. 18-19.

droit romain⁶⁹¹. Encore aujourd'hui, la compétence réelle permet à l'État de défendre ses institutions, ses biens et ses nationaux⁶⁹². C'est pourquoi la légitime défense est parfois considérée comme le fondement de ce chef de compétence⁶⁹³. Cela n'aura d'ailleurs de cesse d'être relevé par la doctrine⁶⁹⁴, même par les auteurs qui y sont *a priori* hostiles. Maurice Bourquin qualifiait ainsi le droit d'autoconservation de « loup dans la bergerie »⁶⁹⁵ tout en admettant qu'il existait « un fait (...) néanmoins incontestable, et c'est que toute communauté étatique a le droit de se défendre contre les entreprises qui menaceraient son existence »⁶⁹⁶. Il s'agirait, encore une fois, non plus seulement d'un droit mais également d'un « devoir », celui « de protéger les biens qu[e la nation] possède, le domaine qui lui est réservé, la civilisation dont elle se nourrit, les institutions qui assurent le fonctionnement de sa vie politique, économique et sociale »⁶⁹⁷. Le droit d'autoconservation se contente finalement de changer d'apparence pour réapparaître sous les habits d'un « droit de protection ou de défense » aux fonctions similaires.

252. Ian Cameron explique la proximité théorique des deux notions – entre la compétence réelle et le droit de légitime défense – en soulignant qu'elles sont toutes deux « *aspects of (and, historically, preconditions of) the concept of sovereignty* »⁶⁹⁸. La souveraineté ayant eu pour objet de protéger l'existence des États modernes⁶⁹⁹, il est logique de décrire la compétence

⁶⁹¹ La majesté à laquelle il ne fallait aucunement porter atteinte, sous peine de poursuites, était définie dans des termes proches de l'actuelle compétence réelle. En effet, il s'agissait pour la République romaine de punir les atteintes dirigées contre « sa sûreté, sa souveraineté, son honneur et, par suite, contre les magistrats qui la représentaient », v. M. Bourquin, « Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers », *RCADI*, vol. 16, 1927, p. 128 ; V. Pella, « La répression des crimes contre la personnalité de l'État », *RCADI*, vol. 33, 1933, pp. 693-695.

⁶⁹² H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, *op. cit.*, pp. 93-109.

⁶⁹³ V. l'arrêt *Raymond Fornage*, Cour de cassation, crim., 10 janvier 1873, *Journal du Palais*, 1873, p. 302 : « [a]ttendu, en effet, que le droit de punir émane du droit de souveraineté, qui ne s'étend pas au-delà des limites du territoire, qu'à l'exception des cas prévus par l'art. 7, C. inst. crim., dont la disposition *est fondée sur le droit de légitime défense*, les tribunaux français sont sans pouvoir pour juger les étrangers à raison des faits par eux commis en pays étranger » (italiques ajoutés). À l'exception de l'affaire *Bayot*, Cour de cassation, crim., 22 février 1923, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1923, pp. 331-332, rares sont les arrêts qui font référence à la légitime défense lorsqu'il est fait application de la compétence réelle. V. *Affaire Urios*, Cour de cassation, crim., 15 janvier 1920, *Revue de droit international privé*, vol. 16, 1920, pp. 436-437 (condamnation d'un capitaine de la marine marchande espagnole « pour entretien de correspondance avec des sujets d'une puissance ennemie de la France ») ; *Ministère public c. Caillaux*, Haute Cour de justice, 23 avril 1920, *Revue de droit international privé*, vol. 16, 1920, pp. 430-432 (faits similaires à l'affaire précédente).

⁶⁹⁴ I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Dartmouth, Dartmouth Publishing Company Limited, 1994, pp. 46-47.

⁶⁹⁵ M. Bourquin, « Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers », *RCADI*, vol. 16, 1927, p. 121.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Id.*, p. 122. Plus loin, p. 227 : « La souveraineté est un droit, mais elle est aussi une fonction, qui comporte des devoirs ».

⁶⁹⁸ I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹⁹ On le relevait déjà dans le Chapitre 1 de la thèse, p. 44.

réelle, selon les mots de la P^{re} Stern, comme une « compétence fondée sur la ‘souveraineté’ »⁷⁰⁰. Le commentaire du projet de convention internationale relative à la compétence juridictionnelle en matière de crime de l’Université d’Harvard fonde quant à lui le principe de protection⁷⁰¹ sur le droit de tout État de protéger sa sécurité et son intégrité⁷⁰². Plus récemment, le P^r David estime à son tour que la compétence réelle a pour fondement « le droit reconnu à l’État de se protéger contre diverses atteintes »⁷⁰³. Il serait possible d’énoncer, avec le P^r Paust⁷⁰⁴, toute une série d’auteurs établissant la compétence réelle comme une manifestation du droit d’autoconservation⁷⁰⁵. Des travaux de l’Institut de droit international⁷⁰⁶ à ceux du congrès pénal

⁷⁰⁰ B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986, p. 25 : « [i] est également reconnu que l’État possède, indépendamment de ses compétences territoriale et personnelle, certaines compétences fondées sur sa ‘souveraineté’, c’est-à-dire son existence en tant que souverain, sa sécurité, son intégrité territoriale ». V. eg. B. Stern, « L’extra-territorialité ‘revisitée’ : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 251 : un État peut « exercer une certaine compétence normative hors de son territoire, en se fondant sur un certain rattachement territorial, ou sur le rattachement personnel fondé sur la nationalité, ou sur ce que l’on appelle le principe de protection et le principe d’universalité, *inhérents à l’existence de sa souveraineté* » (italiques ajoutés). On peut citer l’exemple de la législation slovène, dont l’article 11 prévoit l’application du droit pénal aux étrangers réalisant des faits incriminés aux articles 348-360 du même Code et qui concernent les atteintes à la souveraineté de la République slovène. V. Redress et FIDH, « La compétence extraterritoriale dans l’Union européenne », rapport publié en décembre 2010 et disponible en ligne, p. 261 : [https://www.fidh.org/IMG/pdf/Extraterritorial_Jurisdiction_In_the_27_Member_States_of_the_EU_24_Dec_2010_FRENCH.pdf] (consulté le 14/06/2023).

⁷⁰¹ « Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime », *AJIL Supplement*, vol. 29, 1935, p. 440 : « [*a] State has jurisdiction with respect to any crime committed outside its territory by an alien against the security, territorial integrity or political independence of that State, provided that the act or omission which constitutes the crime was not committed in exercise of a liberty guaranteed the alien by the law of the place where it was committed* ». L’article 8 étend la compétence réelle aux actes de contrefaçon.

⁷⁰² « Article 7. Protection – Security of the State », *id.*, p. 553.

⁷⁰³ E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, p. 276.

⁷⁰⁴ J. Paust (éd.), *International Criminal Law – Cases and Materials*, Durham, Carolina Academic Press, 1996, p. 128.

⁷⁰⁵ M. Garrod, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction and International Terrorism : Rethinking the Protective Principle*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 44 : « [*i]t would appear, then, that self-defence and protective jurisdiction are the legal remnants of the once broad rights of ‘self-protection’ and ‘self-preservation’ in classical legal doctrine ; both are permitted by international law and are inherent rights of sovereigns and both share the same rationale, namely the need by the State to protect itself and certain of its vital interests from threats emanating from outside the State’s territory* ». L’ouvrage étant introuvable, il s’est avéré nécessaire de se référer à la thèse dans son format initial, disponible en ligne : [<http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/54997/>] (consulté le 14/06/2023).

⁷⁰⁶ Alors que Charles Brocher rappelle aux membres de l’Institut, lors de la session de Bruxelles de 1879, les propos de son rapport exposé à la session de Paris l’année précédente, il explique que les extensions de la compétence juridictionnelle « au-delà des limites ordinaires » s’expliquent par l’existence d’un « droit que possède chaque État de maintenir l’ordre et la sécurité chez lui, peu importe contre qui l’État se défend ainsi », *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 3/4, tome 1, Bruxelles, Librairie C. Muquardt, 1880, p. 277. Entraînant de vives contestations de la part de certains membres, tels que Westlake, de Bar et Goos refusant une extension des chefs de compétence territoriale et personnelle, Asser appuie la position du rapporteur en ce que l’exception envisagée « se borne, en définitive, à exercer le droit de légitime défense », p. 279.

et pénitentiaire international de Bruxelles⁷⁰⁷ ou du congrès de droit comparé à La Haye⁷⁰⁸, en passant par ceux de la conférence internationale d'unification du droit pénal⁷⁰⁹ ou du Comité européen pour les problèmes criminels⁷¹⁰, nombreux sont les intervenants établissant la compétence réelle à partir d'un droit de défense ou de conservation.

253. Dans la pratique également, une ancienne juridiction interne considérait que : « *[t]he Union of South Africa being a Sovereign State, [it was] therefore automatically entitled to punish crime directed against its independence and safety* »⁷¹¹. C'est donc bien la souveraineté qui justifiait la jouissance et l'exercice d'une compétence souveraine destinée à préserver l'existence d'un État. Dans son étude relative aux pratiques de divers États, Ian Cameron relève que le comité chargé de la rédaction du Code pénal suédois fondait également la compétence réelle sur la certitude que tout État « *was entitled to protect its own safety (...) from acts which violate these rights, wherever these acts occur and whoever commits them* »⁷¹². L'auteur

⁷⁰⁷ M. F.-C. de Latour (dir.), *Actes du congrès pénal et pénitentiaire international de Bruxelles, Août 1900, Procès-verbaux des séances*, vol. I, Berne, Imprimerie Staempfli & Cie, 1901, p. 159, intervention de Jules de Rode, alors directeur général au ministère de la Justice à Bruxelles, à propos de la compétence réelle : « [a]ttaqué directement et personnellement, cet État en frappant le coupable obéit manifestement à un intérêt de conservation ou de sécurité sociale ». Henry Bérenger, sénateur et membre de l'Institut de France, parle de « mesure de défense », qui « a sa raison dans la nécessité pour l'État de se défendre contre des entreprises dangereuses », *id.*, p. 160. Dans un rapport présenté par un juge au tribunal civil de Baugé, Ch.-V. Dubois insiste sur la « nécessité pour l'État d'être armé contre des faits de ce genre [qui] justifie les dispositions législatives édictées en vue de les réprimer », *in Rapports sur les questions du programme de la section de la législation pénale*, vol. II, Bruxelles et Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1901, p. 176. Dans un rapport présenté au nom de la Société générale des Prisons, Alf le Poittevin estime ne pas avoir « à insister sur cette compétence, *défensive* » et qu'il n'hésite pas à qualifier de « principe de *défense* pour les intérêts de l'État » (italiques dans l'original), *id.*, pp. 266 et 275. Le Professeur de l'Université de Gand, Albéric Rolin, considère que la législation belge consacrant la compétence réelle relève « plutôt pour l'État d'un droit de défense que d'un droit de punir », *id.*, p. 400. Le rapport présenté enfin par la Commission de la Société de jurisprudence de Saint-Petersbourg par Woulfert précise qu'un « État ne pourrait, *sans renoncer à sa conservation*, ne point punir l'auteur du fait, une fois qu'il le tiendrait en son pouvoir. La compétence de l'État lésé apparaît avec un caractère absolu, et la répression s'inspire uniquement de l'intérêt de la défense d'un ordre politique déterminé » (italiques ajoutés), *id.*, p. 404.

⁷⁰⁸ H. Donnedieu de Vabres, « Application de la loi pénale d'un État aux infractions commises par des étrangers hors de son territoire », *Mémoires de l'Académie internationale de Droit comparé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, Tome II, Troisième partie, p. 226 : « [c]haque État, parce qu'il existe, a le droit, et même le devoir, de sauvegarder pénalement les intérêts inhérents à son existence ». Plus loin, p. 227 : « [i]l (i.e. l'État) veille à sa conservation personnelle. Il exerce un droit de légitime défense ».

⁷⁰⁹ « Rapport sur les travaux de la 1^e Commission, soumis à l'Assemblée plénière par J. Ionesco-Dolj, président au Conseil législatif roumain », E.S. Rappaport (dir.), *Actes de la Conférence, I. Conférence internationale d'unification du droit pénal (Varsovie, 1^{er}-5 Novembre 1927)*, Paris, Librairie du recueil Sirey (1929), p. 141 : « (...) la compétence extraterritoriale des tribunaux d'un pays doit être reconnue (...) dans les cas *b*) (i.e. sûreté de l'État) comme conséquence du droit naturel de légitime défense ».

⁷¹⁰ Comité européen pour les problèmes criminels, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, *op. cit.*, p. 27 : « [l]e droit international public reconnaît le droit des États de se protéger et de protéger leurs citoyens contre les menaces extérieures et les influences préjudiciables ».

⁷¹¹ *Special Criminal Court* de l'Union d'Afrique du Sud (juridiction obsolète), *R c. Neumann*, *op. cit.*, p. 82, italiques ajoutés.

⁷¹² I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 99. Une réforme intervenue en 1972 aurait néanmoins distingué les compétences réelle et passive en restreignant le premier à la protection des institutions publiques, *id.*, p. 101. De même, les Pays-Bas ont soumis au parlement un projet de loi, en 1978, permettant de protéger certains intérêts financiers du royaume à l'étranger, *v. Netherlands Yearbook of*

constate ensuite que la jurisprudence étatsunienne distingue « *between crimes against private individuals and property, and crimes enacted as part of 'the right of the government to defend itself'* »⁷¹³. Ce droit vise à permettre au gouvernement de combler les lacunes d'une approche strictement territoriale de la compétence judiciaire, qui présenterait le risque d'ouvrir « *a large immunity for frauds as easily committed on the high seas and in foreign countries as at home* »⁷¹⁴. Il s'agit, en somme, de pallier la « vulnérabilité du gouvernement des États-Unis contre ces crimes réalisés hors du territoire »⁷¹⁵. Certes, il est vrai que les États-Unis comme le Royaume-Uni ne consacrent pas expressément la compétence réelle⁷¹⁶, le premier lui préférant le principe de la territorialité et la doctrine dites des « effets ». En réalité, l'application de cette doctrine n'empêche pas l'exercice d'une compétence destinée à protéger la sécurité nationale. Le *Restatement* étatsunien consacre ainsi le principe de protection parmi l'un des cinq chefs de compétence admis par la coutume internationale⁷¹⁷.

254. Malgré l'inexistence d'une étude systématique des législations internes des pays du monde entier, le rapport publié par l'*International Bar Association* en 2008 établit que sur les vingt-sept États étudiés, vingt-deux disposaient d'une législation « *based on some form of the protective principle* »⁷¹⁸. Cette dernière formulation (« *based on some form* ») est importante,

International Law, vol. X, 1979, pp. 366-367. Afin de convaincre les parlementaires de voter en faveur dudit projet, le ministre des Finances (qui l'assimilait d'ailleurs à une manifestation du principe du « *passive nationality principle* », révélant la confusion susmentionnée) citait un auteur qui fondait la compétence extraterritoriale sur le droit de légitime défense, *id.*, p. 367 : « *[w]hat confers on the state the right to require obedience to its rules, even from aliens outside its territory ? It is the necessity, the need for self-defence where great issues are involved, such as national security, credit-worthiness and other state interests to which other states are indifferent (...)* ».

⁷¹³ « *United States v Bowman* », United Supreme Court, *U.S.* vol 260 (1922), arrêt 13 novembre 1922, p. 98, cité par I. Cameron, *id.*, p. 217. Cette jurisprudence a connu une certaine actualité avec l'affaire *United States of America v. Reza Zarrab*, Southern District of New York, 17 octobre 2016. Il s'agissait d'un ressortissant turc accusé d'avoir violé les sanctions imposées à l'encontre de l'Iran par les États-Unis. Rejetant le recours formé par l'accusé, la juridiction suggère que certaines sanctions puissent avoir une portée extraterritoriale tant que la « *law at issue is aimed at protecting the right of the government to defend itself* ». V. S. M. Flicker, K. Manley et J. Fiebig, « *United States of America v. Reza Zarrab : The Long Reach of U.S. Sanctions May Have Just Gotten Longer* ».

⁷¹⁴ Cité par I. Cameron, *id.*, pp. 217-218.

⁷¹⁵ *Id.*, p. 218.

⁷¹⁶ *Id.*, il tente d'identifier ce qui correspond à la conception européenne de la compétence réelle, pp. 240 et suivantes.

⁷¹⁷ *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, Saint Paul, American Law Institute Publishers, 1990, §402(3), pp. 237-238 : « *[s]ubject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to (...) (3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests* ». Le commentaire de l'article, p. 240, qualifie ce chef de compétence de droit permettant de punir les faits suivants : « *offenses directed against the security of the state or other offenses threatening the integrity of governmental functions that are generally recognized as crimes by developed legal systems, e.g., espionage, counterfeiting of the state's seal or currency, falsification of official documents, as well as perjury before consular officials, and conspiracy to violate the immigration or customs laws* ».

⁷¹⁸ International Bar Association, Legal Practice Division, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, Londres, International Bar Association, 2009, p. 150, note 40 (italiques ajoutés). Les pays sont les suivants : Allemagne, Argentine, Australie, Bahreïn, Brésil, Chine, Danemark, Égypte, Espagne, États-Unis

car elle révèle que la compétence réelle ne nécessite pas de texte la consacrant *expressis verbis* : elle peut apparaître dans la pratique sans trouver d'appui sur un texte quelconque – car elle est *inhérente* à la souveraineté. Ainsi, elle revêt plusieurs formes qu'il est possible d'identifier à partir de la nature des infractions poursuivies, celles-ci intéressant la préservation des États⁷¹⁹.

255. Une étude approfondie du sujet donne le sentiment de l'acceptation, sous une forme ou sous une autre, d'un pouvoir inhérent de l'État qui lui permet d'exercer sa compétence juridictionnelle sur les actes menaçant son existence, peu importe le lieu de leur commission. Cela transparait également chez les auteurs qui s'opposent à ce chef de compétence. Manuel Garcia-Mora, aux fins de démontrer que le droit de légitime défense ne peut pas être considéré comme le fondement du principe de protection, avance l'argument suivant : le premier imposerait de reconnaître un large pouvoir discrétionnaire à l'État dans le cadre de l'exercice du second⁷²⁰. Si le fondement théorique de notre sujet disparaît en raison de l'arbitraire qu'il recèlerait en son sein, c'est pour mieux revenir, encore une fois, sous une nouvelle forme finalement très proche du droit d'autoconservation : l'auteur considère en effet que l'exercice de la compétence réelle « *touch the deepest interest of a society, namely, its right to self-preservation* »⁷²¹.

256. L'auteur arguait néanmoins qu'il était possible, voire opportun, de retirer aux États le pouvoir d'exercer la compétence réelle. Manuel Garcia-Mora considérait en effet que si tous les États adoptaient des législations destinées à protéger, sur leurs territoires, les intérêts vitaux des États étrangers, alors ces derniers n'auraient plus à agir sur le fondement du principe de protection⁷²². Ainsi présenté, un horizon se dessine : ledit principe n'aurait plus lieu d'être le jour où les États protégeraient adéquatement les intérêts essentiels des États étrangers. Le droit de protection n'apparaîtrait dès lors plus fondamental dans le sens où il serait aliénable ou susceptible de renonciation. Le rapporteur de l'IDI à la session de Munich de 1883 ne dit rien d'autre que cela lorsqu'il *justifie* la compétence réelle à partir de l'absence de protection des

d'Amérique, Émirats arabes unis, Finlande, France, République de Corée, Mexique, Pologne, Pays-Bas, Norvège, Russie et Suède.

⁷¹⁹ V. les législations rapportées dans le Chapitre 1, pp. 87-90.

⁷²⁰ M. Garcia-Mora, « Criminal Jurisdiction over Foreigners for Treason and Offenses against the Safety of the State committed upon Foreign Territory », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 19(3), 1958, pp. 584-585 : sur les trois obstacles identifiés par l'auteur, le premier identifie la légitime défense comme une doctrine politique exempte de contrôle juridictionnel ; le dernier obstacle réitère la même idée en affirmant que l'exercice de ce droit de légitime défense est soumis à la discrétion de l'État.

⁷²¹ *Id.*, p. 588.

⁷²² *Id.*, p. 589 : « *the strength of this position lies on the recognition of solidarity among the members of the World Society, which imperatively demands the suppression within each nation's territory of activities endangering the peace and security of the States* ».

intérêts vitaux d'un État étranger⁷²³. « Renoncer à ce droit, ajoute Mercier, nous paraît impossible de la part des États *tant que ceux-ci ne seront pas assurés* de trouver réciproquement les uns chez les autres toutes les *garanties* d'une juste protection de leurs droits et intérêts respectifs »⁷²⁴.

257. Dans cette perspective, malgré le caractère inhérent de ces droits et pouvoirs souverains, ces derniers pourraient faire l'objet d'une aliénation librement consentie, contrairement à ce que la théorie des droits fondamentaux étatiques suggère.

Section 2. Question de l'altération librement consentie des pouvoirs souverains essentiels à la préservation de l'existence de l'État

258. Derrière la question de l'altération volontaire de la souveraineté figure un enjeu qui est au cœur de la théorie des droits fondamentaux étatiques, à savoir : l'aliénabilité des droits inhérents à la souveraineté. Selon les internationalistes classiques, aucun État n'est susceptible de continuer à exister sans ses droits fondamentaux. Ces derniers sont ainsi qualifiés d'inaliénables pour une raison simple : ces droits sont la condition de l'existence de l'État et ce dernier viendrait à disparaître après y avoir renoncé. Une telle proposition revient alors à identifier le seuil au-delà duquel une restriction portée à la souveraineté de l'État aboutit à l'aliéner définitivement, causant sa disparition. On a déjà énoncé en introduction l'intention de ne pas revenir sur ce qu'une auteure a récemment qualifié de « seuil d'émiettement tolérable de la puissance étatique »⁷²⁵. Ce qui doit appeler notre attention, ici, c'est plutôt la question de savoir si le droit international garantit l'inaliénabilité des droits inhérents à la souveraineté, ceux que l'on a identifiés plus tôt et qui sont indispensables à la préservation de l'existence des États.

259. Si l'on reprend l'analyse de la P^{re} Poirat, la réponse devrait être négative puisque l'État peut « se suicider » ou, plutôt, consentir à sa disparition⁷²⁶. Il s'agit là d'une conséquence de la conception formelle de la souveraineté, en vertu de laquelle toute restriction de cette

⁷²³ AIDI, vol. 7, deuxième partie, *op. cit.*, p. 140 : « Ainsi, comme les États, quant aux crimes politiques, ne s'accordent pas une protection légale, mutuelle et complète, la résolution adoptée à Bruxelles est parfaitement justifiée (...) ».

⁷²⁴ A. Mercier, « Le conflit des lois pénales en matière de compétence – Révision des résolutions de Munich », *RDILC*, tome XII (1931), p. 464, italiques ajoutés. Dans le même sens, L. Preuss, « La répression des crimes et délits contre la sûreté des États étrangers », *RGDIP*, 1933, p. 609 : « [i]l est évident que les États ne sont pas préparés à consentir aucun affaiblissement des moyens qui assurent leur protection : la suppression des dispositions les plus néfastes de la législation actuelle contre les délits politiques perpétrés en territoire étranger devra nécessairement avoir comme corollaire la punition des crimes et délits de ce genre par les États sur le territoire desquels ils se produiront ».

⁷²⁵ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 489-507. Ou, selon les termes de F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, p. 256 : le « contenu irréductible de la puissance publique » (...) ».

⁷²⁶ F. Poirat, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'État », *op. cit.*, p. 90.

souveraineté n'y porte pas atteinte mais en constitue une manifestation⁷²⁷. L'affaire à l'origine de cette solution ajoutait cependant que toute restriction de cette nature devait, « en cas de doute, être interprétée restrictivement »⁷²⁸. Cette présomption favorable à la souveraineté invite à repenser les modalités dans lesquelles un État est susceptible de restreindre, voire d'aliéner, sa souveraineté (**Paragraphe 1**). En s'éloignant de l'enjeu théorique et abstrait relatif à la *possibilité* d'une telle aliénation, il est possible de s'intéresser aux conditions dans lesquelles une aliénation ou une restriction de la souveraineté se déroule concrètement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La présomption favorable à la préservation des droits souverains

260. Cette présomption, faut-il le rappeler, n'est pas irréfragable (**1.1**). Elle manifeste malgré tout la volonté de reconnaître aux États certains droits inhérents à leur souveraineté qu'ils ne peuvent altérer qu'expressément (**1.2**).

1.1. Une présomption réfragable

261. La CPJI généralisait déjà l'obligation d'interpréter restrictivement toute restriction de la souveraineté dans le *dictum* de l'affaire du *Lotus*, en vertu duquel « [l]es limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas »⁷²⁹. Les internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques reconnaissent justement un tel effet au droit d'autoconservation des États. Le Royaume-Uni le rappelait dans l'*Affaire des pêcheries* en citant le passage suivant tiré du manuel de Hall⁷³⁰ :

« Whenever, or in so far as, a State does not contract itself out of its fundamental legal rights by express language, a treaty must be so construed as to give effect to those rights. Thus, for example, no treaty can be taken to restrict by implication the right of

⁷²⁷ CPJI, 17/08/1923, *Affaire du vapeur 'Wimbledon'*, arrêt, *Série A – N°1*, p. 25.

⁷²⁸ *Id.*, p. 24.

⁷²⁹ *Id.*, pp. 24-25. Plus directement en lien avec notre sujet, CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus*, *Série A n°10*, p. 18.

⁷³⁰ W. E. Hall, *A treatise on international law*, Clarendon Press, Oxford, 1904, pp. 339-340. V. ég. l'opinion dissidente de l'arbitre Frazer, dans l'affaire *Calcutta Saltpeter*, Commission mixte d'arbitrage établie entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni par un traité conclu le 08/05/1871, reprod. in J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 4386 : « [s]elf-preservation and self-defense are sacred rights of nations as well as of individuals, and nothing in a treaty should be taken to have impaired the right of a nation to make prudent preparations for them by husbanding its means of war, when that event seems probable, unless the terms of the stipulation will admit of no other construction » (l'affaire portait sur une législation britannique qui interdisait l'exportation, depuis son territoire, de biens utilisés dans l'industrie de l'armement, comme le nitrate de potassium ; des navires étatsuniens contenant cette marchandise ont donc été immobilisés dans le port de Calcutta, alors sous domination britannique, ce qui a donné naissance au différend résolu par la Commission, sans que celle-ci ait motivé sa solution).

sovereignty, or property, or self-preservation. Any restriction of such rights must be effected in a clear and distinct manner »⁷³¹.

262. En réalité, tout en admettant la possibilité de restreindre les droits essentiels à condition d'y avoir « *contract out* », l'extrait précité du manuel de William Edward Hall mettait au jour les limites de l'interprétation restrictive. Si elle est effectivement reconnue par les jurisprudences internationales, elle ne peut pas empêcher un interprète de constater l'existence de limites juridiques à la souveraineté d'un État ou à l'un de ses droits inhérents. La CIJ l'a justement observé dans l'affaire des *droits de navigation et des droits connexes* :

« S'il est bien exact que les limites à la souveraineté d'un État sur son territoire ne se présument pas, il n'en résulte pas pour autant que des dispositions conventionnelles instituant de telles limites, tel que celles qui sont en cause dans la présente espèce, devraient recevoir pour cette raison une interprétation étroite *a priori*. La disposition d'un traité qui a pour objet de limiter les pouvoirs souverains d'un État doit être interprétée comme toute autre disposition conventionnelle, à savoir conformément aux intentions de ses auteurs telles qu'elles sont révélées par le texte du traité et les autres éléments pertinents en matière d'interprétation »⁷³².

263. Hall l'admettait déjà dans le passage précité : la restriction apportée à l'un des droits fondamentaux doit être claire, ce qui suppose d'admettre la possibilité de son occurrence. Le P^r Alland observe qu'il existe de nombreuses autres limites à l'interprétation restrictive⁷³³. La principale qu'il convient de retenir est la suivante : l'obligation d'interpréter restrictivement – ou extensivement – une règle est placée « sous la coupe d'une appréciation *préalable* qui ruine la vocation normative du prétendu 'principe' d'interprétation »⁷³⁴. Dans l'affaire des *Emprunts brésiliens* en effet, la CPJI propose, en cas d'ambiguïté – c'est-à-dire, en réalité, chaque fois qu'il est question d'interprétation⁷³⁵ –, de refuser de lire un libellé « *contra proferentem* »⁷³⁶. Autrement dit, une distinction est introduite « entre ce qui est 'favorable' [au défendeur] et ce qui est 'odieux' [au demandeur], distinction censée déclencher une interprétation restrictive ou

⁷³¹ V. d'ailleurs la réponse du représentant étatsunien dans *Proceedings in the North Atlantic Coast Fisheries Arbitration before the permanent court of arbitration at the Hague*, vol. IX, Washington, Government Printing Office, 1912, pp. 674-675, spéc. p. 675.

⁷³² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, CIJ, *Recueil* 2009, §48, p. 28.

⁷³³ D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, pp. 189-194.

⁷³⁴ *Id.*, p. 190.

⁷³⁵ En effet, « l'interprétation est coextensive au doute », *id.*, p. 189, note 383.

⁷³⁶ Cité *in id.*, p. 190.

extensive selon les cas »⁷³⁷. Bien entendu, le P^r Alland observe que ce critère nécessite d'interpréter *préalablement* la restriction envisagée et ses effets, faisant entrer des considérations purement subjectives dans une interprétation qui se veut pourtant objective⁷³⁸. Dès lors que ce qui est odieux pour un État est susceptible d'être favorable à l'autre, cela suffirait à comprendre pourquoi « la pratique indique de nombreuses mises à l'écart de l'interprétation restrictive » en tant que moyen de défense⁷³⁹.

264. Cette dernière observation ne semble cependant désigner que la pratique *internationale*, puisqu'on peut recenser de nombreuses jurisprudences internes qui font application de la règle décrite par Hall, dans l'extrait précité. Il ne faut pas s'en étonner, notamment parce que ces jurisprudences semblent réaliser cette « interprétation préalable » que suppose l'interprétation restrictive. Une jurisprudence interne aura effectivement tendance à évaluer l'effet que pourrait avoir la restriction envisagée et à choisir celle qui est favorable à la préservation de la souveraineté de son État de nationalité. Nombreuses sont les affaires justifiant l'interprétation d'une convention internationale à l'aune d'un droit d'autoconservation, celui-ci imposant une interprétation restrictive des obligations.

265. L'Égypte avançait un argumentaire de cet ordre, en 1951, lorsqu'elle a adopté une série de mesures restreignant le passage des navires dans le canal de Suez. À la suite de l'entrée en guerre contre Israël en mai 1948, l'Égypte a proclamé l'état de siège et ordonné l'inspection des navires dans les ports d'Alexandrie, Port-Saïd et Suez afin de saisir les contrebandes de guerre destinées à assister l'État ennemi. Les contrebandes étaient définies assez largement, n'incluant pas seulement les biens militaires mais également « [l]es monnaies, lingots d'or ou d'argent (...) »⁷⁴⁰. Par un décret du 30 novembre 1953, l'Égypte a étendu le champ d'application de son droit de saisine aux « produits alimentaires et tous les autres articles ayant pour objet d'intensifier l'effort de guerre des sionistes en Palestine de n'importe quelle manière »⁷⁴¹. Par une lettre en date du 11 juillet 1951, Israël demandait que les « [r]estrictions imposées par l'Égypte au passage des navires par le canal de Suez » soient inscrites à l'ordre du jour du Conseil de sécurité⁷⁴². Israël considérait en effet que les mesures adoptées par

⁷³⁷ *Ib.*

⁷³⁸ *Id.*, pp. 190-191.

⁷³⁹ *Id.*, pp. 192-194.

⁷⁴⁰ Décret du 1^{er} avril 1950, cité par A. S. Pacha, « Le Conseil des Prises Égyptien – Organisation, compétence et Procédure », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 6, 1950, p. 28.

⁷⁴¹ V. la note sous l'affaire « Fedala », Égypte, Conseil des Prises d'Alexandrie, le 5 mars 1937, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 13, 1957, pp. 131-136, spéc. p. 136.

⁷⁴² « Lettre en date du 11 juillet 1951 adressée par le représentant permanent d'Israël au président du Conseil de sécurité au sujet du passage des navires par le canal de Suez », S/2241, p. 1.

l'Égypte étaient contraires, entre autres, à la Convention relative à la navigation libre du canal maritime de Suez de 1888.

266. L'Égypte rétorquait que ladite Convention ne pouvait avoir restreint, implicitement tout du moins, son droit d'autoconservation. Cela transparaisait d'ailleurs dans la jurisprudence du Conseil des Prises d'Alexandrie, une juridiction qui a été proclamée le 8 juillet 1948 et légalisée deux ans plus tard⁷⁴³. Chargé de faire application du droit international ou, à défaut, de l'équité⁷⁴⁴, le Conseil a été saisi de quelques affaires intéressant les droits égyptiens sur le canal de Suez en vertu de la Convention de Constantinople de 1888. La compatibilité des mesures de restriction adoptées par l'Égypte n'était pas évidente dès lors que l'on sait que la Convention précitée, toujours en vigueur, « neutralisait » le canal de Suez. C'est-à-dire qu'au moment des faits, l'Égypte ne pouvait pas bloquer le canal, même en temps de guerre⁷⁴⁵.

267. L'affaire du *Flying Trader*⁷⁴⁶, décidée le 2 décembre 1950, avait justement trait à la licéité des restrictions imposées par l'Égypte à l'encontre d'Israël. Le différend faisait intervenir les faits suivants : « [l]e 15 novembre 1948, les autorités de Port-Saïd perquisitionnèrent le navire *Flying Trader* (...) et saisirent 38 tracteurs » qui étaient en fait des véhicules blindés à destination de New York⁷⁴⁷. C'est précisément à l'encontre de cette saisine que les requérantes « demand[ai]ent la relaxe des 38 tracteurs (...) »⁷⁴⁸. Le recours supposait d'interpréter les articles 10 et 11 de la Convention de 1888, qui semblaient avoir retiré à l'Égypte le droit d'entreprendre de telles saisines. Ces articles constituent des exceptions aux articles 1 et 4 de la Convention. L'article premier stipule en effet que « [le] Canal de Suez sera toujours libre et ouvert, en temps de guerre comme en temps de paix, à tout navire de commerce ou de guerre, sans distinction de pavillon », tandis que l'article 4 précise que :

« [L]e Canal restant ouvert en temps de guerre comme passage libre, même aux navires de guerre des belligérants, (...) les Hautes Parties contractantes conviennent qu'aucun droit de guerre, aucun acte d'hostilité ou aucun acte ayant pour but d'entraver la libre navigation du Canal ne pourra être exercé dans le Canal et ses ports d'accès, ainsi que

⁷⁴³ Pour plus d'informations sur cette juridiction aujourd'hui obsolète, v. l'article d'un ancien président du Conseil, A. S. Pacha, « Le Conseil des Prises Égyptien – Organisation, compétence et Procédure », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 6, 1950, pp. 24-32. Eg., J. Trappe, « On the Jurisdiction of the Egyptian Prize Court, 1948-1960 », *Revue égyptienne de droit international*, 1960, vol. 16, pp. 60-67.

⁷⁴⁴ V. l'article 4 de la loi n°32 de 1950, cité par A. S. Pacha, « Le Conseil des Prises Égyptien », *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴⁵ « Aspects du problème du canal de Suez », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 13, 1957, p. 99.

⁷⁴⁶ « The Flying Trader », Conseil des Prises d'Alexandrie, arrêt du 2 décembre 1950, in *Revue égyptienne de droit international*, vol. 7, 1951, pp. 127-135.

⁷⁴⁷ *Id.*, p. 128.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

dans un rayon de trois milles marins de ces ports alors même que l'Empire ottoman serait l'une des puissances belligérantes »⁷⁴⁹.

268. La liberté octroyée aux États par l'Égypte sur son canal est entendue très largement : même en cas de guerre, l'État souverain ne peut adopter de mesures destinées à assurer sa propre sécurité lorsqu'elles auraient une incidence négative sur le droit de passage accordé aux parties. L'article 10 semble néanmoins admettre une exception à cette liberté de transit :

« De même, les prescriptions des art. 5, 7 et 8 ne feront pas obstacle aux mesures que Sa Majesté le Sultan et Son Altesse le Khédive, au nom de Sa Majesté le Sultan et Son Altesse le Khédive, au nom de Sa Majesté Impériale et dans les limites des firmans concédés seraient dans la nécessité de prendre pour assurer, par leurs propres forces, la défense de l'Égypte et le maintien de l'ordre public.

Dans le cas où Sa Majesté Impériale le Sultan ou Son Altesse le Khédive se trouveraient dans la nécessité de se prévaloir des exceptions prévues par le présent article, les Puissances signataires de la déclaration de Londres en seraient avisées par le Gouvernement Impérial Ottoman.

Il est également entendu que les prescriptions des quatre articles dont il s'agit ne porteront, en aucun cas, obstacle aux mesures que le Gouvernement Impérial ottoman croira nécessaire de prendre pour assurer par ses propres forces la défense de ses autres possessions situées sur la côte orientale de la Mer Rouge »⁷⁵⁰.

269. Quoiqu'ayant consenti à la neutralisation du canal, l'Égypte conserve *a priori* le droit d'adopter les mesures nécessaires à assurer sa propre sécurité. L'article 11 nuance cependant cette considération : il est stipulé que « les mesures qui seront prises dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du présent traité, *ne devront pas faire obstacle au libre usage du Canal* »⁷⁵¹. C'est justement à propos de l'interprétation de cet article que se situait le cœur du différend opposant les requérants à l'Égypte. Les premiers considéraient en effet que cette disposition, lue conjointement avec les articles 4, 5 et 7 précités, empêchait l'État égyptien de saisir un navire ou les biens transportés lors du transit au sein du canal de Suez.

⁷⁴⁹ Cité dans « The Flying Trader », *id.*, pp. 133-134. V. la « Convention destinée à garantir le libre usage du canal maritime de Suez », signée à Constantinople le 29 octobre 1888, *in AJIL supp.*, vol. 3(2), pp. 123-127, spéc. pp. 123-124.

⁷⁵⁰ *Id.*, p. 134.

⁷⁵¹ *Ibid.* (italiques ajoutés).

270. Afin d'écartier cet argument, le Conseil des Prises devait interpréter l'article 11 de la Convention de 1888 et déterminer s'il n'empêchait pas l'Égypte de limiter le passage des navires dans le canal de Suez. Le Conseil a répondu que « les interdictions contenues dans lesdits articles [4, 5 et 7], s'opposent dans ces cas avec *le droit naturel et nécessaire qu'a l'État à préserver son existence, droit qui ne saurait se prescrire ou faire l'objet d'une renonciation (...)* »⁷⁵². Le Conseil des Prises semblait suggérer que l'article 11 ne constituait pas un abandon du droit d'exister, celui-ci étant insusceptible d'aliénation. Au contraire, « les signataires de la Convention ont voulu dans cet article confirmer ce qui était dit à l'art. 1^{er} quant au libre usage du Canal, en temps de guerre comme en temps de paix, mais que les mesures raisonnables et nécessaires prises par l'Égypte ne port[ai]ent aucune atteinte à la liberté d'usage du Canal »⁷⁵³. Autrement dit, plutôt que d'interpréter l'article 11 comme restreignant les mesures exceptionnelles adoptées en vertu de l'article 10, la juridiction l'a interprété comme l'affirmation, par les parties, que ces mesures n'entravaient pas la liberté de passage octroyée aux États.

271. Après avoir été saisi du différend et en avoir longuement discuté⁷⁵⁴, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 95 (1951) qui se limitait à constater l'impossibilité, « dans les circonstances présentes, de justifier [l'exercice du droit de visite, de fouille et de saisie] en alléguant que des raisons de légitime défense les rend[ai]ent indispensables »⁷⁵⁵. Établissant enfin que les mesures adoptées « priv[ai]ent des nations qui n'ont jamais été impliquées dans le conflit de Palestine d'importantes fournitures nécessaires à leur reconstruction économique », le Conseil a invité « l'Égypte à lever les restrictions mises au passage des navires marchands et marchandises de tous les pays par le canal de Suez, quelle que soit leur destination, et à ne plus mettre d'entraves à ce passage, si ce n'[était] dans la mesure indispensable pour assurer la sécurité de la navigation dans le canal même (...) »⁷⁵⁶.

272. Le dernier morceau de la phrase que l'on vient de citer semble préserver la possibilité, pour l'Égypte, d'adopter les mesures nécessaires à sa sécurité et donc à sa propre conservation. Ce serait néanmoins confondre, d'une part, la sécurité de navigation du canal et la sécurité de l'État riverain, ce qui n'est pas du tout la même chose ; ce serait également, d'autre part, manquer à relever que la résolution n'a pas vocation à trancher la question de la compatibilité

⁷⁵² *Id.*, pp. 134-135 (italiques ajoutés).

⁷⁵³ *Id.*, p. 135.

⁷⁵⁴ Ces discussions sont relatées *infra*, lorsqu'on étudie le lien qu'entretiendrait le droit de légitime défense avec la « conservation de soi », dans le Chapitre 4, pp. 261-263.

⁷⁵⁵ Résolution 95 (1951), *op. cit.*, §8.

⁷⁵⁶ *Id.*, §§9-10.

des mesures avec la Convention de 1888. Bien au contraire, Paul de Visscher observe qu'« [e]n axant toute son argumentation sur la Convention d'armistice et seulement sur cette convention, le Conseil de sécurité a, selon nous, forcé le sens de cette convention et, ce qui est plus grave, 'déforcé' celui de la Convention de Constantinople »⁷⁵⁷. Le délégué britannique le remarquait déjà lorsqu'il indiquait que le projet de résolution « (...) n'essa[yait] pas de préciser si l'Égypte [était] ou non fondée, en droit strict, à se prévaloir des droits de belligérance » ; ce projet avait plutôt vocation à établir « qu'étant donné la convention d'armistice et les événements postérieurs, le maintien des restrictions appliquées actuellement [était] injustifié et déraisonnable »⁷⁵⁸. Cette perspective laissait clairement ouverte l'opportunité de considérer qu'en l'absence de cette convention d'armistice, les mesures de restriction auraient été compatibles avec la Convention de 1888 en situation de légitime défense⁷⁵⁹. *A contrario* en effet, si les conditions de mises en œuvre de l'article 51 de la Charte étaient réunies, il semble que rien n'aurait pu empêcher l'Égypte d'adopter les mesures restreignant la libre navigation sur le canal. Cela permettrait d'expliquer pourquoi l'Égypte, malgré sa déclaration unilatérale sur le Canal de Suez – enregistrée comme instrument international par le Secrétariat général des Nations Unies⁷⁶⁰ – relatant son intention de permettre une « circulation normale » sur ledit Canal⁷⁶¹, a maintenu sa délicate interprétation de la Convention de 1888 au moins jusqu'en 1960⁷⁶².

273. Il est pourtant loisible de considérer avec d'autres auteurs que les mesures adoptées sont en contradiction apparente avec le texte de la Convention de 1888, en particulier son article 4 que l'on peut interpréter comme l'intention de soustraire entièrement « la zone du Canal à toute emprise quelconque du droit de la guerre »⁷⁶³. Cette soustraction doit être perçue comme

⁷⁵⁷ P. de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *RGDIP*, 1958/3, p. 408.

⁷⁵⁸ 552^{ème} séance du 16 août 1951, S/PV.552, p. 3, §10.

⁷⁵⁹ Il semble que le Royaume-Uni abonde en ce sens lorsqu'il affirme, toujours lors de la 552^{ème} séance, *ibid.* : « [s]'il était possible de démontrer que ces mesures sont indispensables pour la défense de l'Égypte, nous serions prêts à envisager la question d'une manière différente. Mais l'Égypte n'est pas actuellement l'objet d'une attaque et ne se trouve pas sous la menace d'une agression imminente : nous ne saurions donc admettre que ces mesures soient indispensables à l'Égypte pour exercer son droit de légitime défense ».

⁷⁶⁰ Sur la valeur juridique de la déclaration, v. J. Dehaussy, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 169-184.

⁷⁶¹ « Déclaration sur le canal de Suez et sur les arrangements concernant sa gestion », prononcée le 24 avril 1957, S/3818, reprod. in *RTNU*, vol. 265, pp. 299 et s., spéc. les §§1-3 et 10. Le §3(a) manifeste l'intention de l'Égypte d'« assurer de façon ininterrompue le libre passage pour les navires de toutes les nations, dans les limites prévues par la Convention de Constantinople de 1888 et conformément aux dispositions de cet instrument ». Cette réserve laisse à l'Égypte le soin de conserver son interprétation de ladite Convention.

⁷⁶² V. *Fedala*, Égypte, Conseil des Prises d'Alexandrie, 5 mai 1957, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 13, 1957, p. 133 ; *Lea Lott*, Égypte, Conseil des Prises d'Alexandrie, 16 décembre 1959, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 16, 1960, p. 110, §3.

⁷⁶³ P. de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *op. cit.*, p. 410.

l'abandon, par l'Égypte, d'un droit essentiel à sa sécurité. On peut toutefois remarquer, à nouveau avec Paul de Visscher, que « [p]our que la dérogation globale au droit de la guerre n'aboutisse pas à des conséquences absurdes, il fallait de toute *évidence* que la Convention eût pris certaines dispositions de remplacement en vue d'assurer la sécurité du Canal et de l'Égypte en période de guerre et d'armistice »⁷⁶⁴. Une telle observation laisse présager le rôle des garanties de sécurité pour justifier qu'un État consente à une restriction de ses droits essentiels⁷⁶⁵.

274. Notons simplement que le principe d'interprétation restrictive ne parvient pas toujours à empêcher l'apparition d'une contradiction entre une obligation conventionnelle ou coutumière et un droit que l'État estime nécessaire pour préserver son existence. Il est également important de souligner que le « principe interprétatif » selon lequel les obligations doivent être comprises, dans la mesure du possible, de manière à ne pas porter atteinte à la souveraineté ne crée en aucun cas une présomption irréfragable⁷⁶⁶. Même si un État ou l'une de ses jurisprudences entend démontrer le caractère irréfragable de la présomption en vertu du droit d'autoconservation, cela ne signifie pas que cette prétention doit nécessairement être acceptée.

275. Un autre exemple, tiré de la jurisprudence sud-africaine, permet d'asseoir l'analyse proposée. Dans une affaire tranchée le 7 mars 1980, la Cour suprême sud-africaine était confrontée à l'arrestation d'un étranger suspecté d'actes de terrorisme⁷⁶⁷. Les faits se compliquent après avoir relevé que l'individu n'était pas supposé se trouver sur le territoire sud-africain au moment de son arrestation : il devait en effet survoler ledit territoire par avion afin de se rendre au Lesotho, territoire enclavé au sein de l'Afrique du Sud. En raison toutefois d'intempéries, l'aéronef a été contraint d'atterrir en Afrique du Sud. Après la réalisation de certaines formalités administratives d'immigration, les passagers ont été autorisés à poursuivre

⁷⁶⁴ *Id.*, pp. 410-411 (italiques ajoutés). L'auteur précise que « [t]el est bien le cas » dans la convention, « car le rapprochement des articles 1 et 4 d'une part, et 9, 10 et 11, d'autre part, permet de constater que la Convention de Constantinople concilie harmonieusement le principe absolu du libre passage avec les exigences de la sécurité du Canal et du territoire égyptien »

⁷⁶⁵ V. au paragraphe suivant de la présente section.

⁷⁶⁶ Projet de conclusion 20 du projet de conclusion adopté par le Comité de rédaction en première lecture en 2019, CDI, A/CN.4/6.936, p. 6 : « [L]orsqu'il apparaît qu'il peut exister un conflit entre une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) et une autre règle de droit international, cette dernière doit, autant que possible, être interprétée et appliquée en vue d'être compatible avec la première ». V. sur ce point R. Kolb, « Peremptory Norms as a Legal Technique Rather than Substantive Super-Norms », in D. Tladi (éd.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden, Brill, 2021, pp. 37-38.

⁷⁶⁷ « Nkondo v. Minister of Police and Another », Supreme Court, Orange Free State Provincial Division, 07/03/1980, *I.L.R.*, vol. 82 (1990), pp. 358-359.

leur voyage jusqu'au Lesotho par voie terrestre. Ces formalités ont néanmoins attiré l'attention des autorités sud-africaines, entraînant l'arrestation de monsieur Nkondo.

276. Le requérant estimait que son arrestation était contraire au droit international, en particulier aux règles applicables aux « navires et aéronefs en détresse »⁷⁶⁸. En vertu de ces règles, dont la juridiction admettait la positivité⁷⁶⁹, les passagers de ces engins devaient jouir d'une immunité les empêchant d'être poursuivis ou arrêtés par les autorités de l'État d'accueil. La Cour suprême s'est interrogée sur l'existence d'une exception fondée sur des considérations de sécurité nationale : fallait-il appliquer cette règle d'immunité « *where the safety or internal security of the sovereign State which grants refuge [was] at stake* »⁷⁷⁰ ? Dans cette recherche de l'exceptionnalité, le droit à l'autoconservation est à nouveau mobilisé afin de justifier l'interprétation qui a été faite du droit applicable.

277. Le juge délivrant l'opinion majoritaire illustre une nouvelle fois à quel point notre sujet a à voir avec la *logique* et avec la finalité de l'État. En effet, le juge estimait ne pas pouvoir imaginer « *the international community agreeing to a proposition that, no matter how much the safety or security of a State may be endangered by allowing such a passenger to continue on his journey, the State concerned [was] not entitled to take him into custody and try him (...)* »⁷⁷¹. Le lexique employé tentait de mettre au jour une évidence objectivement observable qui devait s'imposer à l'interprète⁷⁷². Il était finalement postulé que l'État, insusceptible de penser contre lui-même, ne pouvait pas, lors de l'élaboration de cette règle, reléguer sa sécurité nationale au second rang⁷⁷³. L'interprétation ainsi formulée s'imposait alors à la juridiction qui postulait l'impossibilité de lire cette règle autrement que comme préservant implicitement le droit d'autoconservation⁷⁷⁴. À partir de ces considérations, elle a en effet conclu que la règle susmentionnée ne faisait pas obstacle à l'arrestation d'individus représentant une menace pour la sécurité de l'État. Afin de consolider sa solution, la juridiction mobilisait le droit fondamental à l'autoconservation en ces termes : « *[t]his conclusion [was] in my view also supported by the*

⁷⁶⁸ *Id.*, pp. 361-362.

⁷⁶⁹ *Id.*, pp. 363-364. Peu importe, pour notre propos, de déterminer si la défense avancée par le requérant reflète effectivement les règles de droit international coutumier ou conventionnel applicables à l'espèce.

⁷⁷⁰ *Id.*, p. 364.

⁷⁷¹ *Id.*, p. 364, §901.

⁷⁷² Ainsi, *Id.*, §903, p. 366, le juge constate que « *[n]o reasons of fairness or common sense* » imposerait une solution inverse.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid* : « *[t]he rule of international law relating to conditions of distress could not have been intended to protect people who have committed and are intent on committing crimes against the safety and security of the States from whom they are seeking protection against the elements and other causing danger to their lives* » (nous soulignons).

practically universally accepted principle that the right of national security and of self-preservation is superior to all other rights »⁷⁷⁵.

278. De la même manière, la conservation de l'État était citée dans l'examen du deuxième moyen avancé par le requérant. Ce dernier considérait qu'il existait une règle coutumière lui conférant un droit de passage sur le territoire sud-africain et qui empêchait cet État d'arrêter le particulier traversant son territoire⁷⁷⁶. Après avoir cité de nombreux auteurs sur la question, le juge est arrivé à la conclusion qu'une telle règle coutumière n'existait pas en droit international. Cependant, même en admettant de manière subsidiaire l'hypothèse où une telle règle devait être établie, le juge l'a également interprété à la lumière du droit de l'État d'assurer sa propre protection⁷⁷⁷.

279. Cet exemple met en lumière les conditions dans lesquelles une prétention alléguant l'inaliénabilité d'un droit peut être formulée. Pour autant, il ne faut pas en déduire qu'elle devrait être admise en droit international. Afin de neutraliser l'argument de la conservation de soi de l'État, il suffirait de démontrer que les obligations opposables à l'Afrique du Sud l'empêchaient d'arrêter le requérant. La présomption favorable à la préservation des droits souverains est réfragable, c'est-à-dire qu'elle peut être contestée. Bien que cette présomption soit avantageuse pour l'État qui l'invoque, cela ne signifie pas qu'il est le seul à pouvoir interpréter ses obligations. D'autres États, également liés par ces obligations, peuvent émettre leur propre interprétation. Il est donc nécessaire de trouver un équilibre entre ces deux prétentions interprétatives, ce qui est l'objectif même du caractère réfragable de l'interprétation restrictive : elle offre une protection supplémentaire aux intérêts sécuritaires de l'État qui l'invoque, tout en garantissant aux autres États le respect de l'obligation contractée.

280. Ce qu'il convient néanmoins de remarquer, c'est le soin avec lequel on ménage la souveraineté d'un État pour établir que ces droits, parce qu'ils sont inhérents, ne peuvent être affectés que par un engagement exprès – le « *contracting out* » mentionné par William Edward Hall.

⁷⁷⁵ *Id.*, p. 367.

⁷⁷⁶ *Id.*, p. 368.

⁷⁷⁷ *Id.*, p. 370 : « [f]rom this it appears that even where a right of passage is favoured, the right of a State over which the right of passage is exercised to take steps to protect itself, is recognised ». La même solution sera retenue par la juridiction à propos de l'(in)existence d'une coutume bilatérale liant l'Afrique du Sud et le Lesotho, p. 373 : « [e]ven if it had been possible to find—which it is not—that an agreement has come into existence that passengers would have a right of passage over South African territory free from the obligation of complying with immigration formalities, it can most certainly not be concluded that the Republic of South Africa would have agreed that such passenger would be immune from detention and arrest for crimes committed against the safety or security of the State ».

1.2. Une présomption favorable aux restrictions expresses des droits souverains

281. Un exemple illustrant la préférence pour les restrictions explicites des droits souverains est celui des renonciations aux immunités d'exécution. À la suite de divers recours en arbitrage, l'Argentine a été condamnée à réparer d'importants préjudices subis par certains investisseurs, en raison des mesures adoptées pour surmonter la crise économique qui a eu lieu au début du XXI^{ème} siècle. Certains « fonds vautours » ont alors entrepris d'obtenir l'exécution des sentences arbitrales, ce qui supposait de surmonter un obstacle de taille, à savoir l'immunité d'exécution de l'État argentin. Les contrats conclus avec les requérants et l'Argentine contenaient justement une clause de renonciation aux immunités, établissant que « tout jugement des tribunaux compétents (...) puisse être exécuté devant toute autre juridiction, c'est-à-dire n'importe quel tribunal compétent de n'importe quel État »⁷⁷⁸. Bien que le contentieux d'exécution puisse sembler éloigné de la question de la préservation de l'existence de l'État, il revêt néanmoins une importance certaine lorsqu'il s'agit de saisir des biens essentiels à l'exercice des principales fonctions de l'État, tels que les biens diplomatiques⁷⁷⁹.

282. Une partie de la doctrine est arrivée à la conclusion qu'il ne fallait pas admettre la validité des clauses renonçant en des termes aussi généraux aux immunités d'exécution. Le P^r Kohen indique ainsi qu'une telle renonciation « *n'est tout simplement pas possible* »⁷⁸⁰. L'exigence est forte et résulte de la considération suivante : cette hypothèse de renonciation « supposerait la perte d'un attribut essentiel de l'État, ce qui fait son noyau dur et le distingue de tout autre sujet du droit : sa souveraineté »⁷⁸¹. Partant, « tout bon juge ou simple interprète des phénomènes juridiques » devrait refuser de donner effet à une renonciation générale aux immunités d'exécution lorsque cela implique l'adoption de mesures de contrainte qui « répugnerait à la conscience juridique »⁷⁸². Commentant la jurisprudence française de la

⁷⁷⁸ M. Kohen, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États », in M. Kohen et D. Bentolila (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 204, la clause est reproduite intégralement aux pp. 203-204.

⁷⁷⁹ Ainsi il est question de protéger la souveraineté et l'existence de l'État, v. F. Poirat, « Les immunités des sujets de droit international (États et organisations internationales) », rapport à l'occasion de la journée d'études de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, in *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Paris, LGDJ, 2004, p. 40 : la « renonciation [à l'immunité] doit être formellement exprimée, le formalisme protégeant le titulaire de l'immunité (...). (...) [L']immunité d'exécution est plus fermement établie en raison du caractère plus attentatoire à la souveraineté des États (...) des mesures concernées. La manifestation la plus évidente réside dans l'exigence d'un consentement exprès, parfois écrit, de l'État (...) ».

⁷⁸⁰ *Id.*, p. 210 (italiques ajoutés).

⁷⁸¹ *Ib.*

⁷⁸² *Id.*, p. 211.

Cour de cassation, les P^r Alland et Fleury Graff suggèrent une solution similaire en proposant aux lecteurs d'en démontrer la réalité à partir d'un « droit international coutumier consacrant un droit de l'État à sa propre conservation »⁷⁸³. Dans un autre article, le P^r Alland explique que la protection de l'État qui a renoncé à ses immunités serait justifiée dès lors que « dans bien des cas l'État est la 'partie faible' de la négociation, il peut n'avoir pas bien mesuré la portée de sa renonciation, *n'avoir pas imaginé qu'elle puisse mettre en péril son existence même (...)* »⁷⁸⁴.

283. Déjà en 1985, le Rapporteur spécial de la CDI « sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » qualifiait la renonciation des immunités de « question vitale pour un État souverain indépendant »⁷⁸⁵. Cette considération impliquerait « de ne pas admettre des mesures qui risqu[ai]ent de compromettre l'existence même d'un État, surtout d'un État faible, petit et pauvre (...) »⁷⁸⁶. Le projet d'articles proposait initialement de consacrer certaines « [c]atégories de biens bénéficiant d'une immunité permanente de saisie et de saisie-exécution »⁷⁸⁷, même en cas de renonciation⁷⁸⁸. Afin de protéger les « pays en développement », le projet énonçait parmi ces biens ceux qui étaient insaisissables « en raison soit de leur nature essentiellement publique (navires de guerre), soit de leur inviolabilité (locaux diplomatiques), soit de leur vulnérabilité (fonds des banques centrales) »⁷⁸⁹. Il est intéressant de relever que la pratique généralement identifiée à cet égard touche à des biens indispensables à l'exercice du droit de légitime défense. L'article 1611 du *Foreign Immunities Act* étatsuniens prévoit ainsi la permanence des immunités d'exécution au profit des biens militaires⁷⁹⁰. Le Canada a adopté une législation similaire en 1982⁷⁹¹. Plus récemment, la Cour suprême du Ghana justifiait également l'insaisissabilité des biens militaires dont la préservation était indispensable au maintien de la sécurité nationale⁷⁹².

⁷⁸³ D. Alland et Th. Fleury Graff, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *RDCIP*, 2016/1, §26.

⁷⁸⁴ D. Alland, « Argentine – Fin probable d'une longue histoire avec les 'fonds voutours' et limite à la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », in *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, vol. 2016/3.78, p. 607. V. ég., D. Alland, « Immunité des comptes bancaires des missions diplomatiques et préservation de la souveraineté de l'État étranger », *RCDIP*, 2018, pp. 315 et s.

⁷⁸⁵ Nations Unies, « Septième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, par M. Sompong Sucharitkul, Rapporteur spécial », in *ACDI*, vol. II(1), 1985, A/CN.4/388, p. 31, §45.

⁷⁸⁶ *Ib.*

⁷⁸⁷ *Id.*, pp. 43 et s., §§104 et s.

⁷⁸⁸ *Id.*, projet d'article 24, p. 45, §117.

⁷⁸⁹ *Id.*, p. 43, §105.

⁷⁹⁰ Cité *in id.*, p. 43, §108.

⁷⁹¹ Cité *in id.*, pp. 43-44, §109.

⁷⁹² Cour suprême du Ghana, 20/06/2013, *Republic v High Court (Comm. Div.) Accra ex parte*, pp. 23-24. Disponible en ligne : [<https://pcacases.com/web/sendAttach/431>] (consulté le 14/06/2023).

284. Si la proposition du Rapporteur a reçu le soutien de nombreux membres de la Commission, elle n'a pas été incluse dans le projet final. Le projet d'article 24 se limite à distinguer les biens « destinés à être utilisés (...) autrement qu'à des fins de service public non commerciales » des autres biens⁷⁹³. La distinction établie n'a cependant pas pour objectif de rendre invalides les renonciations aux immunités d'exécution pour les biens destinées à des fins de service public non commerciales. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui constitue la suite des travaux de la CDI, le confirme⁷⁹⁴. L'article 19 reconnaît la possibilité d'adopter des mesures de contraintes à l'encontre des biens n'entrant pas dans la catégorie précitée⁷⁹⁵. Autrement dit, aucune renonciation explicite n'est requise s'agissant de ces biens. Au contraire, l'article 21 énonce les « catégories de biens d'État [qui] (...) ne sont notamment considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales (...) »⁷⁹⁶. On y retrouve ainsi les biens indispensables à « l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État », ses « biens de caractère militaire » ou encore ceux « de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État »⁷⁹⁷. Autant de biens que la doctrine considère à raison indispensables à l'existence de l'État, notamment parce qu'ils intéressent l'exercice de la souveraineté. L'alinéa suivant précise néanmoins que l'article 21 est « sans préjudice de l'article 18 », en vertu duquel l'immunité d'exécution cesse lorsqu'un État « a expressément consenti » à sa renonciation.

285. Le rejet de la proposition initiale du Rapporteur spécial s'explique aisément et reprend les éléments fondamentaux de la solution jurisprudentielle retenue par la CPJI, puis par la CIJ, relativement aux restrictions de la souveraineté. Par exemple, l'un des membres de la Commission reprochait au Rapporteur de « mettre une limite au consentement qu'un État peut donner », alors qu'en réalité « aucune limite ne devrait être imposée à la souveraineté de l'État en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles un État peut donner son consentement à

⁷⁹³ Nations Unies, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », in *ACDI, 1991*, vol. II(2), articles 18 et 19. Disponible en ligne : [\[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/4_1_1991.pdf\]](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/4_1_1991.pdf) (consulté le 14/06/2023).

⁷⁹⁴ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, conclue à New York le 02/12/2004, elle n'est toujours pas entrée en vigueur. Disponible en ligne : [\[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_fr\]](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_fr) (consulté le 14/06/2023).

⁷⁹⁵ *Id.*, art. 19(c).

⁷⁹⁶ *Id.*, art. 21(1).

⁷⁹⁷ *Id.*, art. 21(1)(a) et (c).

l'exécution »⁷⁹⁸. Cette position se retrouve également dans la doctrine plus récente qui commente la saga jurisprudentielle relative à l'Argentine, susmentionnée⁷⁹⁹.

286. La législation française, après une longue hésitation jurisprudentielle, exige dorénavant une renonciation expresse *et* spéciale des immunités, mais seulement pour les biens diplomatiques⁸⁰⁰. Ce critère va donc plus loin que la Convention des Nations Unies précitée qui ne retient que le premier critère, on l'a vu. La solution retenue confirme, d'une part, que l'interprétation restrictive des obligations affectant la souveraineté ne constitue pas une présomption irréfragable, mais qu'elle exige simplement une renonciation expresse. D'autre part, le renforcement de la protection octroyée à la souveraineté – et à l'existence – d'un État ne saurait provenir du droit international mais plutôt du droit interne. La loi française l'illustre, puisque le critère de la renonciation « spéciale » constitue une innovation que le droit international n'exige nullement. M^{me} Motsch observait déjà que la protection des droits fondamentaux étatiques devait être « nécessairement constitutionnelle » dès lors que le droit international reconnaît « la liberté de l'État de porter atteinte à son statut »⁸⁰¹.

287. Il convient toutefois de remarquer que la présomption en faveur de la préservation de la souveraineté permet aux États de revendiquer certains droits qui sont inhérents à leur existence et qui ont vocation à protéger cette existence. Seule une renonciation expresse permettrait d'y porter atteinte. Relevons cependant que de telles renonciations sont rares dans la pratique internationale : les États ne consentent pas aisément à la restriction ou à l'aliénation de leur droit de légitime défense, de leur droit d'expulser des étrangers, d'exercer la compétence réelle, *etc.* Loin de démontrer l'inaliénabilité de ces droits, la pratique indique que de telles restrictions ne sont susceptibles de se matérialiser qu'en échange de certaines garanties de sécurité préalables.

⁷⁹⁸ Intervention de Sir Ian lors de la 1922^{ème} séance de la CDI, le 09/07/1985, in *ACDI 1985*, vol. 1, p. 261, §37.

⁷⁹⁹ P. ex., M. Audit, « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter et Ch. Tomuschat (éd.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 80-81 : « [o]r, une telle conception tend à dénaturer la volonté même exprimée par l'État étranger, en ce qu'elle ne se fonde pas sur l'interprétation de celle-ci ».

⁸⁰⁰ Loi n°2016-1691 du 09/12/2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article L. 111-1-3 : « [d]es mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de *renonciation expresse et spéciale* des États concernés » (italiques ajoutés).

⁸⁰¹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 509-556.

Paragraphe 2. Les garanties de sécurité et l'aliénation ou la restriction librement consentie de la souveraineté

288. La pratique révèle que les États veillent à conditionner les restrictions ou les aliénations de leur souveraineté à l'obtention préalable d'une série de « garanties de sécurité ». Elles visent à donner à un État ou à un groupe d'États la garantie que la restriction ou l'aliénation à laquelle ils consentent ne posera pas un danger pour leur population, leur territoire, *etc.* En d'autres termes, ces garanties de sécurité expliquent pourquoi un État accepte de renoncer à une prérogative qu'il considère pourtant essentielle à sa survie. Cette renonciation peut être envisagée en pratique parce que l'État obtient en échange une garantie de sécurité qui la justifie.

289. Ces quelques éléments supposent selon nous de préciser la relation qu'entretient le droit d'autoconservation avec la disparition volontaire de l'État : contrairement à ce que l'on pourrait penser, ledit droit n'est pas incompatible avec le « droit de l'État de se suicider » (2.1.). S'agissant ensuite de la restriction de la souveraineté, et non plus de son aliénation, l'obtention de garanties de sécurité permet de comprendre que l'État se contente de redéfinir les modalités d'action de ses pouvoirs d'autoconservation (2.2.).

2.1. Le « droit de l'État de se suicider » et le droit d'autoconservation

290. La conception formelle de la souveraineté et la liberté qui en découle d'y porter atteinte sont généralement mobilisées pour souligner qu'un État ne peut pas invoquer la violation de ses propres droits fondamentaux afin de contester la validité d'un traité. Par exemple, lorsque le P^r Le Bœuf interroge la portée des « critiques fondées sur l'illicéité de l'objet des traités de paix », il rappelle simplement que « chaque État est libre de renoncer à son indépendance »⁸⁰². « La sanction d'un manquement aux droits fondamentaux de l'État, ajoute l'auteur, n'a dès lors pas pour effet la nullité du traité, mais la disparition de l'État qui le conclut »⁸⁰³. Rien ne pourrait empêcher un État de porter atteinte à son statut d'État souverain sauf, peut-être, le *jus cogens*. La souveraineté n'ayant pas, en tant que telle, été érigée au rang des règles impératives de droit international, seules ses manifestations pourraient l'être, une hypothèse que l'on étudiera par la suite.

291. Pour l'heure, il convient de se demander si la conception formelle de la souveraineté contredit la théorie des droits fondamentaux étatiques. Autrement dit, la reconnaissance d'un « droit de l'État de se suicider » doit-elle avoir pour conséquence immédiate et inéluctable le

⁸⁰² R. Le Bœuf, *Le traité de paix. Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2018, p. 554.

⁸⁰³ *Ib.*

rejet d'un potentiel « droit de conservation de soi » des États ? Un premier élément de réponse figure dans les travaux de Wolff qui admettait lui-même la disparition volontaire de l'État, dans une hypothèse bien précise : « [i]l peut arriver aussi qu'il soit du véritable intérêt d'une nation de se donner à une autre, en se soumettant à sa domination ; & alors elle stipule certaines conditions, qui lui conservent les droits dont elle a un besoin essentiel »⁸⁰⁴. La phrase soulignée démontre qu'un État peut certes consentir à sa disparition – en renonçant à son indépendance – mais qu'il va néanmoins le faire en protégeant ses éléments essentiels. En d'autres termes, la création d'un État fédéral ou d'une association d'État, par exemple, peut être considérée comme un moyen de garantir la préservation de ces éléments essentiels, même si cela implique concrètement la dissolution de l'entité étatique.

292. Il faudrait ainsi réaliser une distinction entre la disparition *matérielle* de l'État, qui implique la destruction de ses principaux éléments constitutifs, et sa disparition *formelle*, qui consiste simplement en un démantèlement de l'institution étatique. La première hypothèse heurte le bon sens, notamment après avoir démontré qu'un État entretient sa continuité pour garantir la sécurité de sa population⁸⁰⁵. En effet, il est peu concevable qu'un État accepte la destruction de sa propre population, car cela va à l'encontre de sa responsabilité de protéger ses citoyens. En revanche, la disparition de l'institution étatique au profit d'une autre entité est une possibilité envisageable et tout à fait ordinaire en pratique⁸⁰⁶. Le « suicide » de l'État décrit par la P^{re} Poirat n'est donc pas du même ordre que celui d'un individu : le premier renonce simplement à sa souveraineté au profit d'une autre autorité qui aura le devoir – et les pouvoirs qui l'accompagne – de garantir les éléments essentiels de l'ancien État.

293. C'est pourquoi de nombreux États n'ont accepté de disparaître au profit d'un autre État qu'après avoir obtenu la garantie que leurs éléments essentiels étaient protégés ou réservés, comme l'indiquait clairement Wolff. L'exemple du royaume de Bavière et de son intégration au sein de l'empire allemand, en 1871, doit être évoqué. Le P^r Poloni a justement remarqué que la Bavière a accepté de rejoindre l'empire pour assurer son existence. En effet :

« La Bavière n'a[vait] pas d'autre choix. Elle n'a[vait] ni la puissance économique, ni la puissance militaire nécessaire pour demeurer, après 1866, un État indépendant hors de

⁸⁰⁴ Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., Tome III, Livre IX, Chapitre II, p. 264, point XIII (italiques ajoutés).

⁸⁰⁵ V. le Chapitre 1 de la thèse, *passim*.

⁸⁰⁶ G. Scelle, *Droit international public*, répétitions écrites (1941-1942), op. cit., p. 48 : dans la pratique, « on voit des États apparaître, disparaître, renaître », ce qui est tout à fait conforme au droit international.

tout ensemble confédéral ou fédéral plus vaste ; elle aurait tôt ou tard été soit dépecée, soit absorbée, soit contrainte à rejoindre une Allemagne constituée sans elle (...) »⁸⁰⁷.

La disparition de l'État lui permettait donc de maintenir la préservation de ses éléments essentiels. Lors du vote entérinant l'adhésion de la Bavière à l'empire, on pouvait écouter un député du parti des Patriotes, le 21 janvier 1871, clamer :

« Les ruines de l'État bavarois s'effriteront et s'enfonceront d'une diète à l'autre et, dans quelques années, le peuple bavarois se sera habitué à l'idée qu'il n'est pas nécessaire de maintenir un royaume lorsqu'on a un empire au-dessus de soi »⁸⁰⁸.

294. Il était clairement établi que l'État n'était plus nécessaire lorsque la protection de ses éléments essentiels, tels que le territoire et la population, pouvait être assurée de manière plus efficace par une autre autorité. Le P^r Poloni remarquait en ce sens que lorsque la Bavière « renon[çait] à ses prétentions territoriales », elle obtenait en échange « des avantages particuliers, les *Reservatrechte* »⁸⁰⁹. Les droits réservés touchaient à autant de domaines que le royaume estimait essentiels : « [i]ls concern[ai]ent la législation et l'administration en matière de chemins de fer, de postes et télégraphie ; la taxation de la bière et des spiritueux ; le commandement des troupes bavaroises en temps de paix et leur financement [*etc.*] (...) »⁸¹⁰.

295. Finalement, qu'un État puisse mettre fin à son existence au profit d'une autre institution ne remet pas forcément en cause ses intérêts les plus essentiels. Au contraire, certains auteurs soutiennent que l'association avec un autre État est une *conséquence* du droit de conservation de soi. Marcel Sibert expliquait par exemple que ce droit fondamental « justifie le pouvoir qu'a tout État de s'associer avec un ou plusieurs autres pour constituer des groupements (...) »⁸¹¹. On pourrait pousser le raisonnement plus loin en considérant que c'est également la conservation de l'État qui justifie sa disparition au profit d'un autre pouvoir souverain. Lorsqu'Alejandro Alvarez était nommé rapporteur au sein de l'Union juridique internationale en 1919, à propos d'une déclaration sur les droits et devoirs fondamentaux des États⁸¹², il formulait deux questions en lien avec notre sujet : « a) Un État peut-il s'unir en totalité ou en

⁸⁰⁷ B. Poloni, « La Bavière et l'empire », in G. Krebs et G. Schneilin (dir.), *La naissance du Reich*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 1995, §68.

⁸⁰⁸ Cité *in idem*, §1, en allemand dans l'original (notre traduction) : « [*d]ie Ruine des bayerischen Staates wird abbröckeln und einsinken von einem Landtage zum andern und in einigen Jahren wird sich auch das bayerische Volk an den Gedanken gewöhnt haben, daß man kein Königreich zu erhalten braucht, wenn man ein Kaiserreich über sich hat ».*

⁸⁰⁹ *Idem*, §55.

⁸¹⁰ *Ibid.*, é.g. §70.

⁸¹¹ M. Sibert, *Traité de droit international public*, op. cit., Partie I, Chapitre IV, p. 233.

⁸¹² *Infra*.

partie à un autre État, par le seul fait de sa volonté ? b) Un État peut-il se diviser en plusieurs, de sa seule autorité ? »⁸¹³. De la Barra répondait positivement à ces deux questions : en effet, c'est du « droit fondamental [à l'existence] duquel découle le droit de s'unir, en totalité ou en partie, à un autre État, ou de se diviser en plusieurs États, mais avec une manifestation nette de la volonté des peuples des États en question de s'unir ou de se diviser »⁸¹⁴. Le membre de l'institution estimait toutefois que dans le cas où l'union ou la désunion posait une menace à la paix générale, la Société des Nations devait pouvoir s'y opposer.

296. La question qui mérite d'être posée n'est finalement pas celle de savoir si un État peut formellement cesser d'exister. L'enjeu du droit à l'existence est pertinemment posé par Larnaude lors d'une séance qui s'est tenue le 16 octobre 1919 à l'Union juridique internationale : « [e]st-ce qu'on peut parler du droit à l'existence non seulement en tant que ce droit implique l'impossibilité juridique, politique même, pour les autres États de vous supprimer, mais en tant qu'il implique le droit à tout ce qui est nécessaire à l'État pour subsister ? »⁸¹⁵. Le nœud du problème ne réside donc pas, encore une fois, sur la disparition volontaire : seule la menace existentielle non consentie doit être interdite. C'est pourquoi le droit d'autoconservation, tel qu'il a été théorisé, n'exclut pas le droit d'un État de mettre fin à son existence, surtout si c'est pour mieux accomplir la finalité pour laquelle l'institution étatique a été créée.

297. Ces quelques éléments relatifs à l'aliénation de la souveraineté et à la disparition de l'État peuvent-ils être transposés sans hésitation aux restrictions de la souveraineté ? Autrement dit, faut-il également interpréter les restrictions librement consenties de la souveraineté comme une conséquence du droit d'autoconservation ou, au moins, comme étant compatibles avec celui-ci ? La réponse est plus complexe, surtout après avoir démontré plus tôt que la « conservation de soi » était invoquée pour justifier l'inaliénabilité de certains droits.

2.2. La restriction de la souveraineté et la redéfinition des modalités d'action des pouvoirs d'autoconservation

298. Au risque d'affirmer une lapalissade, rappelons que l'État ne s'engage internationalement que lorsqu'il estime retirer un avantage de l'obligation nouvellement contractée. Prosper Weil, paraphrasant Henkin, le remarquait déjà dans son cours de La Haye :

⁸¹³ Rapport d'A. Alvarez, « Bases et questionnaire », in *Union juridique internationale, Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, II, 2^e session de novembre 1919, Paris, Pedone, 1920, p. 19.

⁸¹⁴ Réponses au questionnaire, in *idem*, p. 23. V. ég. la réponse d'André Mercier, pp. 33-34 ; de Politis, p. 42.

⁸¹⁵ « Commission des droits et devoirs des nations », séance du 16/10/1919, in *idem*,

« ce n'est pas par masochisme que les États fabriquent le droit international et le respectent, mais parce qu'ils y trouvent un avantage »⁸¹⁶. C'est pour cette raison, selon le P^r Santulli, que considérer qu'un État « restreint » sa souveraineté lorsqu'il conclut un engagement international est une vision réductrice⁸¹⁷. Au contraire, l'État étend parfois sa souveraineté grâce à de nouvelles obligations internationales ou, *a minima*, n'y porte pas nécessairement atteinte. Partant, on comprend mieux pourquoi la pratique internationale rejette la prétention d'un État visant à empêcher qu'un traité puisse affecter un droit inhérent à sa souveraineté, même si ce droit intéresse la préservation de son existence.

299. C'était justement la position de la CPJI dans l'affaire des *Décrets de nationalité*. Le mémoire présenté par la France postulait pourtant que le « maintien » du « droit de conservation ou d'existence » était, « pour chaque État, la réserve formelle mise par lui à son entrée dans la société des États »⁸¹⁸. La France, considérant que les « questions de nationalité (...) touch[ai]ent à la conservation même de l'État », ajoutait qu'il n'était nullement possible de considérer qu'un traité puisse affecter sa liberté de légiférer sur la question⁸¹⁹. Une telle conception matérielle du domaine réservé n'a pas été reprise par la Cour permanente, car « [l]a question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprise dans ce domaine réservé »⁸²⁰. Tout dépend, en d'autres termes, de

⁸¹⁶ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *op. cit.*, p. 50. En ce sens, v. F. Poirat, « L'exercice des compétences de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 210 : « [c]onstituent notamment de sérieux mobiles d'auto-limitation, l'espoir qu'il (*i.e.* l'État) place dans un traitement réciproque par ses pairs, chacun dans son ordre, (...) et la crainte qu'il peut avoir de s'exposer aux conséquences préjudiciables s'il enfreint, dans l'ordre international, une obligation à laquelle il aurait souscrit ».

⁸¹⁷ On l'énonçait déjà en introduction de la thèse, pp. 26-27.

⁸¹⁸ Mémoire présenté au nom du gouvernement de la République française, p. 22, disponible en ligne : [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_C/C_02/C_02_03_pieces_de_la_procedure_ecrite.pdf] (consulté le 14/06/2023)

⁸¹⁹ *Ibid.* Un raisonnement du même ordre avait été proposé, plus tôt, par le Tribunal civil de la Seine (1^{ère} Chambre), *T... c. Préfet de la Seine*, jugement du 07/02/1917, reprod. in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 13, 1917, p. 266 : « (...) que les lois qui règlent la nationalité intéressent au premier chef l'existence et la conservation de l'État ; qu'elles font partie du droit public des nations, sont souveraines et excluent toutes lois étrangères ; que le conflit [entre deux lois de nationalité issues de deux pays différents] ne saurait évidemment être tranché contre le législateur du tribunal saisi dans une question qui touche à la constitution même du pays et à son organisation politique ». Si on ne s'intéresse pas immédiatement aux questions de nationalité, c'est parce que la pratique (minoritaire) y relative mobilise la conservation de l'État simplement comme un moyen de définir la liberté souveraine dont jouit l'État en la matière – un point qui rejoint l'une des définitions de notre sujet, *supra*. Davantage sur le sujet précis des nationalités, v. J. Pillaut, « Du caractère politique de la notion de nationalité », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 12, 1916, pp. 15-16.

⁸²⁰ CPJI, avis, 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *Rec. CPJI*, série B, p. 24 : « [l]a question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que,

la question de savoir si l'État a oui ou non contracté une obligation internationale sur un sujet qui relevait jusqu'alors de son domaine réservé. Il importe peu de savoir si le sujet en question intéressait la préservation de son existence.

300. Si la solution confirme que le « droit fondamental » d'autoconservation présente peu de virtualités lorsqu'il est conçu en ces termes, il ne faut pas s'arrêter là. Dans son avis consultatif, la CPJI suppose au contraire que l'État français n'aurait pas consenti à être lié par une obligation internationale si cela risquait de menacer son existence ou sa sécurité. En effet, lorsque l'État négocie avec un ou plusieurs État(s), il veille soigneusement, autant que possible, à préserver ses intérêts en matière de sécurité avant de décider s'il est opportun de conclure un accord avec eux⁸²¹. C'est pourquoi, comme l'observe le P^r Dupuy, il est « trompeur d'assimiler la réduction croissante du domaine réservé à la disparition de l'État ou à la fin de la souveraineté », car « [c]es idées vagues ne manifestent que des illusions ; elles confondent la question de l'existence de l'État souverain et celle des conditions dans lesquelles ses pouvoirs seront, dans l'avenir, amenés à s'exercer »⁸²².

301. En effet, si l'on constate une diminution progressive du domaine réservé, cela résulte de l'obtention de garanties de sécurité qui justifie l'intérêt d'y consentir. En d'autres termes, l'objet de notre démonstration est le suivant : lorsqu'un État « restreint » l'un de ses droits souverains après avoir conclu une obligation internationale, cela ne constitue pas nécessairement une aliénation de ce droit, mais plutôt une redéfinition des modalités d'action de ce droit. C'est, semble-t-il, la solution à laquelle le P^r Dupuy aboutit lorsqu'il observe que la réduction du domaine réservé signifie ceci : « ces pouvoirs se verront pour le plus grand nombre d'entre eux conditionnés par des normes et des instances internationales chargées de contrôler leur mise en œuvre à l'échelle domestique »⁸²³. En ce sens, on peut citer une déclaration prononcée par la Suisse à l'issue de la conclusion de divers accords internationaux avec le Liechtenstein : elle « s'est déclarée prête à renoncer au contrôle de la police des étrangers à la frontière entre la Suisse et le Liechtenstein *pour autant et aussi longtemps que la Principauté du Liechtenstein assurera l'observation, sur son territoire, des prescriptions suisses concernant la police des*

dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprise dans ce domaine réservé ».

⁸²¹ V. le Chapitre 5 de la thèse, section 2.

⁸²² P.-M. Dupuy, « Considérations élémentaires sur la 'vie privée' des États », in P. d'Argent, B. Bonagré et J. Combacau (dir.), *Les limites du droit international, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, op. cit., p. 53.

⁸²³ *Ib.* (italiques ajoutés).

étrangers (...) »⁸²⁴. La Suisse n'aurait ainsi pas aliéné son pouvoir inhérent de contrôler ses frontières⁸²⁵, mais elle en aurait délégué l'exercice à un État voisin. En outre, la défaillance de cet État dans l'accomplissement de ces fonctions devait permettre à la Suisse de jouir à nouveau dudit pouvoir – il ne faisait donc pas l'objet d'une aliénation définitive.

302. Plus généralement, la pratique démontre que les États ne s'engagent internationalement que dans la mesure où cela est compatible avec la préservation de leur existence. Cette réalité se manifeste de deux manières distinctes. La première, sans doute la plus évidente, consiste pour un État à refuser de s'engager à conclure un traité, au motif que le droit inhérent affecté est d'une importance trop cruciale pour sa sécurité et sa survie. Un exemple illustre l'influence des considérations de légitime défense dans la conclusion d'engagements internationaux visant à renoncer à certaines catégories d'armes. Une telle renonciation partielle correspond à l'hypothèse de la limitation des armements, ce qui équivaut à renoncer « à l'acquisition d'armements supplémentaires et/ou au développement de nouveaux »⁸²⁶. Si les États consentent par exemple à l'interdiction absolue des armes chimiques⁸²⁷, c'est uniquement parce que de telles armes ne sont pas – ou plus – considérées par les 193 États parties comme étant indispensables à l'exercice de leur droit de légitime défense. C'est du moins ce que l'on peut déduire, par analogie, de certaines déclarations formulées par des États qui ont refusé de ratifier une convention relative à une autre catégorie d'armes, les mines antipersonnel. La Chine indiquait ainsi que « *[b]ecause of its self-defence needs, China [was] not currently in a position to accede the Ottawa Convention* »⁸²⁸. Cette position, constante, permet d'expliquer dans une certaine mesure pourquoi la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel comporte relativement moins d'États parties – 164 au total. Cela découle des différentes conceptions que les États ont de leurs besoins en matière de sécurité et de ce qu'ils sont prêts à renoncer. Cette

⁸²⁴ Observations écrites de l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police, soumises le 20/01/1977 à l'occasion du traitement de l'affaire *X. et Y. c. Suisse* par la Cour EDH, requêtes n° 7289/75 et 7349/76, in *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLI, 1985, p. 162 (italiques ajoutés).

⁸²⁵ Dont le lien avec la conservation de l'État a été relevé plus tôt, pp. 110-111.

⁸²⁶ E. Bourdoncle, « Articles 8 et 9 », *op. cit.*, p. 388.

⁸²⁷ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, conclue à Genève le 03/09/1992 et entrée en vigueur le 29/04/1997, *RTNU*, vol. 1975, n°33757, p. 6, art. 1 : l'interdiction est absolue, puisqu'un État ne peut y déroger « en aucune circonstance », même pas pour exercer son droit de légitime défense.

⁸²⁸ Cité in *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, 2005, p. 644 (v. ég., *Asian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1998-1999, p. 313 ; *Chinese Journal of International Law*, vol. 15, 2016, p. 674, pour les mines antihélicoptères cette fois). Le Myanmar adopte la même position, lors de la 51^{ème} session de l'AGNU du 13/11/1996, A/C.1/51/PV.21, p. 15 : après avoir qualifié le droit de légitime défense de « fondamental », le Myanmar indique considérer « qu'à la différence des armes biologiques et chimiques, il existe des situations dans lesquelles les petits pays peuvent éprouver la nécessité d'exercer leur droit de légitime défense en ayant recours à l'emploi légitime des mines terrestres ».

« renonciation » n'aboutit cependant pas à une restriction ou une aliénation d'un droit qui menacerait l'existence de l'État : cet exemple démontre que cet État n'aurait pas conclu cette obligation si elle l'empêchait de se préserver.

303. En d'autres termes, les États conservent les pouvoirs indispensables à la préservation de leur existence, qui découlent de leur souveraineté, tant qu'ils n'obtiennent pas l'assurance que l'obligation contractée n'aurait pas de conséquence néfaste sur leur sécurité et leur survie. La seconde manière dont cela se manifeste en pratique correspond à l'élaboration d'obligations internationales qui intègrent des *garanties de sécurité* suffisamment fortes pour inciter les États à y consentir. Ces obligations sont conçues de manière à préserver l'existence des États et à leur offrir des avantages tangibles. Si l'on reprend l'exemple de la limitation des armements, on remarque que lorsque la catégorie d'armes en question relève des intérêts les plus essentiels des États, ces derniers n'envisagent d'y renoncer qu'en échange de certaines garanties. À cet égard, les armes nucléaires constituent une illustration remarquable. Comme le relève le P^r Weckel, si les « deux grandes puissances (*i.e.* URSS et USA) ont imposé en 1968 le principe de non-prolifération tout en réservant le statut de puissances nucléaires aux cinq membres permanents », les « autres États n'ont accepté cette limitation importante de leur souveraineté qu'avec des contreparties » ; des contreparties qui ont pris la forme de deux résolutions établissant certaines « garanties de sécurité » à leur égard⁸²⁹.

304. Le 13 juin 1968, les États-Unis, l'URSS et le Royaume-Uni promettent de réunir le Conseil afin de voter une résolution « répondant au désir exprimé par de nombreux membres que des mesures appropriées soient prises pour garantir leur sécurité, *en liaison avec leur* adhésion au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires »⁸³⁰. Le lien entre l'adhésion au traité et l'obtention *préalable* de garanties de sécurité est également établi avec clarté dans les déclarations des trois puissances nucléaires devant le Conseil de sécurité, avant l'adoption

⁸²⁹ Ph. Weckel, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'arme nucléaire », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 179, ainsi que les développements sur les garanties de sécurité pp. 179-180. Dans le même sens, G. Fischer, *La non-prolifération des armes nucléaires*, Paris, LGDJ, 1969, p. 145 et plus largement pp. 144-155 : « [p]our un grand nombre d'entre eux (États non dotés d'armes nucléaires), il apparaissait que l'adhésion au traité représenterait un sacrifice qui devait être compensé par des garanties de sécurité fournies par les États nucléaires ».

⁸³⁰ « Lettre datée du 12 juin 1968 adressée au Président du Conseil de sécurité par les représentants permanents des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des républiques socialistes soviétiques », S/8630, p. 1 (italiques ajoutés). Plus largement sur ces garanties, v. M. Asada, « International Law of Nuclear Non-proliferation and Disarmament », *RCADI*, vol. 424, 2022, pp. 463-583, spéc. p. 463 : « [*w]hen the NPT was negotiated, there was a strong sentiment and argument among non-nuclear-weapon States, particularly among the non-aligned non-nuclear-weapon States, that since they would voluntarily waive the right to develop and possess nuclear weapons understood as the most powerful means to guarantee national security, they should be entitled to alternative security assurances as counter-performance » (souligné ajouté).*

de la résolution 255 (1968)⁸³¹. Concernant cette exigence, formulée par les puissances non dotées de l'arme nucléaire, il faut remarquer qu'elle « est indissociable du traité »⁸³². De nombreux États parties font référence à la résolution dans une déclaration jointe à leur adhésion ou ratification du traité de non-prolifération⁸³³, même s'ils n'ont pas hésité à manifester leur déception quant à la teneur des garanties offertes⁸³⁴.

305. Ces garanties ont pour objectif d'obtenir du Conseil de sécurité qu'il reconnaisse « qu'une agression avec emploi d'armes nucléaires ou la menace d'une telle agression à l'encontre d'un État non doté d'armes nucléaires créerait une situation dans laquelle le Conseil de sécurité et, au premier chef, tous ses membres permanents dotés d'armes nucléaires devraient agir immédiatement conformément à leurs obligations aux termes de la Charte des Nations Unies »⁸³⁵. Cet engagement est *a priori* remarquable : politique, la qualification de « menace à la paix et à la sécurité internationales » qui oblige le Conseil à agir en vertu des articles 24(1) et 39 de la Charte est habituellement laissée à la discrétion de ses membres⁸³⁶. Par la présente résolution, et comme l'énonce le délégué russe, les membres s'engagent cette fois à constater une menace à la paix et à la sécurité internationale dès qu'un État non doté d'armes nucléaires est menacé d'un recours à de telles armes. On pourrait aller plus loin en estimant que les membres renoncent implicitement à leur droit de veto dans un tel scénario⁸³⁷.

306. La portée d'une telle promesse est évidemment à relativiser : si les États-Unis la présentent comme une base « politique, morale et *juridique*, solide pour garantir la sécurité des Parties au Traité qui ne possèdent pas d'armes nucléaires »⁸³⁸, la résolution n'a été adoptée qu'avec dix voix et cinq abstentions – y compris d'États possédant l'arme nucléaire⁸³⁹. Difficile alors de se convaincre de l'argumentaire suggéré ici, celui selon lequel le Conseil aurait réduit

⁸³¹ Il est ici fait référence aux déclarations faites pendant la 1430^{ème} séance (S/PV.1430). La résolution 255 (1968) fait explicitement référence à ces déclarations au paragraphe 2 de son dispositif, cité *infra*.

⁸³² Ph. Weckel, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'arme nucléaire », *op. cit.*, p. 179.

⁸³³ Déclarations disponibles dans le *RTNU*, vol. 729, 1970, pp. 264-2299. L'Australie « [j]uge importantes les déclarations des Gouvernements des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Union soviétique (...) », p. 265 ; La République fédérale d'Allemagne affirme l'application, à son égard, de la résolution 255 ainsi que des déclarations des trois puissances nucléaires, p. 273 ; L'Indonésie « attache en outre une grande importance » aux déclarations, p. 283 ; le Japon reprendra des termes similaires, pp. 290-291.

⁸³⁴ A. Biad, « Les arrangements pour garantir les États non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 235-236. V. ég., M. Asada, « International Law of Nuclear Non-proliferation and Disarmament », *op. cit.*, pp. 509-511.

⁸³⁵ Résolution 255 (1968), §2 du préambule ainsi que le §1 du dispositif.

⁸³⁶ Sur la portée d'un argument fondé sur l'autoconservation pour empêcher le Conseil de sécurité de qualifier une menace à la paix et à la sécurité, v. le Chapitre 6 de la thèse, pp. 374 et s.

⁸³⁷ Ph. Weckel, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'arme nucléaire », *op. cit.*, p. 179 : « [à] première vue il est difficile d'interpréter cette formule de la résolution de 1968 autrement que comme un renoncement à l'exercice du droit de veto. Néanmoins, la renonciation n'est pas explicite ».

⁸³⁸ S/PV.1430, §43, p.6.

⁸³⁹ Les États s'étant abstenus sont les suivants : Algérie, Brésil, France, Inde et Pakistan.

sa liberté d'appréciation des menaces à la paix et à la sécurité internationales dans un cas particulier. C'est d'ailleurs la position exposée par le Brésil, qui qualifie de « déclarations d'intention » celles formulées par les trois membres permanents susmentionnés, avant de constater que le projet de résolution n'en renforce pas l'autorité⁸⁴⁰. Le Pakistan rejoint cette délégation en rappelant l'impossibilité d'assurer la mise en œuvre de ces engagements en raison du veto que possèdent les membres permanents⁸⁴¹. La Chine va même jusqu'à considérer que ce projet ne fait rien de plus qu'énoncer des obligations déjà contenues dans la Charte, avant de remarquer que ce système « est déjà mieux que rien »⁸⁴².

307. Georges Fischer rejoint ce constat puisqu'il considère que la résolution 255 (1968), ainsi que les déclarations des trois puissances nucléaires auxquelles elle se réfère, « ne crée[nt] aucune nouvelle obligation par rapport à celles assurées en vertu de la Charte de l'ONU »⁸⁴³. Les puissances nucléarisées, en effet, réitérent un engagement qui figure déjà à l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies, à savoir qu'ils respectent l'interdiction du recours à la force. Enfin, ces mêmes puissances s'engagent à envisager l'assistance d'un État menacé d'un emploi de l'arme nucléaire par un autre État, sans pour autant considérer être obligé à agir en ce sens – réitérant que le « droit » de légitime défense collective n'oblige pas les membres à assister un autre État essuyant les effets d'une agression armée. Le Mémorandum relatif aux *garanties de sécurité* dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au TNP en témoigne également lorsque la Russie, le Royaume-Uni et l'Irlande « réaffirment leur obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force (...) » et qu'ils s'engagent à « demander au Conseil de sécurité (...) d'intervenir immédiatement pour venir en aide à l'Ukraine (...) si celle-ci faisait l'objet d'une agression ou d'une menace d'agression faisant appel à l'arme nucléaire »⁸⁴⁴. La résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité, poursuivait la même finalité que la résolution 255

⁸⁴⁰ S/PV.1433, §27, p. 3. Dans le même sens, D. Lenefsky, « The United Nations Security Council Resolution on Security Assurances for Nonnuclear Weapon States », *New York University Journal of International Law and Politic*, vol. 56, 1970, pp. 62-63.

⁸⁴¹ S/PV.1433, §74-75, p. 7.

⁸⁴² *Id.*, §§59 et 62, p. 6.

⁸⁴³ G. Fischer, « La Conférence des Parties chargées de l'examen du Traité de non-prolifération des armes nucléaires », *AFDI*, vol. 21, 1975, p. 39. À propos de ces déclarations en particulier, il est relevé que « les responsables américains ainsi que les parlementaires ont affirmé que la garantie donnée par les États-Unis devant le Conseil de sécurité n'impliqu[ait], pour leur pays, ni obligation, ni engagement nouveaux. V., G. Fischer, *Non-prolifération des armes nucléaires*, Paris, LGDJ, 1968, p. 150. L'auteur se réfère aux *hearings 1968*, pp. 9, 17, 34-35, 40-48. Le constat est le même à propos de la résolution 984 (1995) qui renouvelle les garanties de sécurité octroyées aux puissances qui ne possèdent pas l'arme nucléaire.

⁸⁴⁴ Mémorandum relatif aux garanties de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, signé à Budapest le 05/12/1994 et entré en vigueur le même jour, *in RTNU*, vol. 3007, n°52241, p. 181, §§2-4 (italiques ajoutés).

(1968) et produit le même résultat décevant⁸⁴⁵, tout en reconnaissant l'« intérêt » et le « désir légitime » des États non dotés d'armes nucléaires d'obtenir certaines assurances de sécurité⁸⁴⁶.

308. Ainsi, le « droit » à obtenir les garanties préalables à la conclusion d'engagements internationaux restreignant la souveraineté révèle simplement la difficulté avec laquelle les États consentent à de telles restrictions en l'absence de ces garanties⁸⁴⁷. Il ne faudrait pas en déduire qu'elles sont *dues* aux États, mais simplement qu'elles conditionnent le succès des négociations de certaines règles. C'était par exemple le cas lorsque la Turquie a consenti, sous certaines conditions, à la démilitarisation de ses détroits. La délégation relevait ainsi que les Puissances devaient fournir « des *gages* afin de démontrer que la démilitarisation demandée ne portera[it] pas préjudice à la sécurité de la Turquie et ne constituera[it] pas une source de danger pour l'*existence* du pays »⁸⁴⁸. Le régime finalement adopté dans la Convention de Montreux de 1936 avait vocation à « régler le passage et la navigation dans le détroit des Dardanelles, la mer de Marmara et le Bosphore (...) de manière à sauvegarder, *dans le cadre de la sécurité de la Turquie et de la sécurité*, dans la mer Noire, des États riverains (...) le principe de liberté de passage »⁸⁴⁹. Cette liberté, en d'autres termes, ne devait pas porter atteinte à la sécurité et à l'existence de la Turquie. En conséquence, en situation de belligérance par exemple, la convention, toujours en vigueur, prévoit que « le passage des bâtiments de guerre sera entièrement laissé à la discrétion du Gouvernement turc »⁸⁵⁰.

309. Force est toutefois de remarquer que les garanties de sécurité souhaitées peuvent parfois être tellement élevées qu'elles semblent impossibles à obtenir en l'état actuel du droit international. Les négociations relatives au désarmement général et complet permettent de le démontrer. Au sein de la Société des Nations, certains États exigeaient avec la France

⁸⁴⁵ J. Crawford et Ph. Sands, « Legal Aspects of a Nuclear Weapons Convention », in *Annuaire Africain de droit international*, vol. 6, 1998, pp. 164-165 : « [i]n that context, to be told that the Security Council 'will act immediately in accordance with the relevant provision of the Charter... in the event that such States are the victim of an act of... aggression in which nuclear weapons are used' may do no more than suggest that the Security Council might not act immediately in cases of aggression not involving the use of nuclear weapons. That may be true, but it is hardly a security assurance ! » (souligné ajouté).

⁸⁴⁶ Résolution 984 (1995), adoptée par le CSNU lors de sa 3514^{ème} séance du 11/04/1995, S/RES/984(1995), préambule et §2.

⁸⁴⁷ V. l'intervention de la délégation irlandaise, le 27/11/1979, au sein de la première commission de l'AGNU, rapportée in *RBDI* 1981/1982-2, p. 624 : « [n]ous avons toujours estimé et nous persistons à croire fermement, que les États qui ont formellement renoncé à l'acquisition ou à la fabrication des armes nucléaires ont le droit d'être protégés contre le recours aux armes nucléaires ».

⁸⁴⁸ Ministère des affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne*, tome premier, 21 novembre 1922 – 1^{er} février 1923, Paris, Imprimerie nationale, 1923, p. 193.

⁸⁴⁹ Convention concernant le régime des détroits, signée à Montreux, le 20/07/1936, préambule. Disponible en ligne :

[<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1936montreux.htm>] (consulté le 14/06/2023).

⁸⁵⁰ *Id.*, art. 20. L'exercice de ce droit peut être bloqué par le Conseil si, par une majorité de deux tiers, il « décide que les mesures prises par la Turquie ne sont pas justifiées » (art. 21).

l'obtention de nouvelles garanties avant de pouvoir consentir à une obligation limitant les armements des États. C'était-là l'objet du traité de garantie mutuelle proposé par Lord Robert Cecil en 1923⁸⁵¹. Lorsque la Finlande émettait son avis sur ledit traité, elle saluait largement les efforts tendant à « asseoir sur une base réelle et solide la connexité devant *logiquement* exister entre *le droit à la garantie* et le devoir de réduire les armements »⁸⁵². Il convient de remarquer que ce « droit à la garantie » a été traduit en anglais par « *right to security* »⁸⁵³. Derrière ce qui s'apparente à une traduction malheureuse se dégage une idée qui semble au cœur des prétentions des membres de la Société : s'ils ont demandé des garanties de sécurité, c'est parce qu'ils estimaient y avoir *droit*. Le gouvernement siamois exprimait largement cette idée lorsqu'il refusait d'adhérer au traité de garantie mutuelle sans avoir préalablement obtenu l'assurance qu'une métropole européenne serait conventionnellement tenue de l'aider en cas d'attaque par une autre métropole européenne⁸⁵⁴. Il ajoutait ensuite que « [t]ant qu'une sécurité satisfaisante ne lui [était] pas accordée, le Siam ne p[ouvait] se dépouiller, par traité, *du droit de maintenir une armée suffisant à sa protection* »⁸⁵⁵. Cette déclaration précisait bien qu'il était possible de renoncer conventionnellement à son armée, à la condition toutefois que la sécurité, au fondement du droit de maintenir une armée, soit garantie d'une autre manière.

310. On retrouve une position similaire lorsque le Paraguay refusait le projet de traité de paix censé résoudre définitivement le différend l'opposant avec la Bolivie. Ledit projet prévoyait, entre autres, de réduire les moyens de défense des parties. Le Paraguay estimait qu'un « semblable projet ne pouvait aboutir, les garanties sérieuses d'exécution n'étant nullement acquises pour parer au danger de futures agressions ». La délégation insistait sur ce point en mobilisant largement des considérations relatives à la préservation de son existence :

« Il n'est aucun pays qui, de son propre point de vue, ne comprenne *cet élémentaire souci de conservation nationale* en présence de la menace de l'ennemi. En attendant que l'assistance collective soit organisée, les pays sur lesquels plane la menace d'une

⁸⁵¹ En raison de l'hostilité manifestée par certains membres envers la réduction de leurs armements, en vertu de l'article 8 (v. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 91-94) l'Assemblée générale de la SdN proposait d'adopter un « accord défensif, accessible à tous les pays, qui engagerait les parties à porter assistance effective et immédiate (...) au cas où l'une d'elle serait attaquée (...) » (*JO de la SdN*, Février 1923, p. 174, résolution XIV, alinéa a2)). Le lien avec les garanties de sécurité est opéré par la résolution elle-même : « [d]ans l'état actuel du monde, un grand nombre de gouvernements ne pourrait assumer la responsabilité d'une sérieuse réduction des armements, à *moins de recevoir en échange une garantie satisfaisante pour la sécurité de leur pays* » (italiques ajoutés).

⁸⁵² *Journal officiel de la SdN*, Mars 1924, p. 454, nous soulignons.

⁸⁵³ *League of Nations Official Journal, Special Supplement*, n°26, p. 131.

⁸⁵⁴ Le Gouvernement s'en inquiète en raison de l'article 18 du projet de Traité qui « prévoit la mise en vigueur distincte du traité dans les divers continents », in *Journal officiel de la SdN*, Octobre 1924, p. 1690.

⁸⁵⁵ *Journal officiel de la SdN*, Octobre 1924, p. 1690, nous soulignons.

agression doivent se mettre à l’abri de cette éventualité. (...) le Paraguay ne peut aller dans cette voie jusqu’à l’abdication de ses moyens de défense. *Toutes les nations ont un droit naturel égal à la sécurité* »⁸⁵⁶.

311. Là encore l’État motivait, à raison ou à tort certes⁸⁵⁷, le refus de consentir à une réduction des armements en avançant qu’aucune garantie suffisante n’était offerte. Bien sûr, la difficulté, voire l’impossibilité, à apprécier objectivement la suffisance de ces garanties de sécurité présente le risque de ne jamais parvenir à convaincre les États. Le scepticisme qu’ils manifestent à propos de questions existentielles explique d’ailleurs l’échec du processus de désarmement initié depuis le début du XX^{ème} siècle. Le « droit à la sécurité » identifié par l’AGNU dans les années soixante-dix, et que l’on a assimilé au « droit de sûreté » des États⁸⁵⁸, semble le confirmer. Face à l’importance que revêt ce droit pour les États, ces derniers ont abandonné la logique d’un désarmement général et complet en faveur d’une approche organisée autour de la réduction et de la limitation des armements. Contrairement au désarmement qui « a pour but l’élimination des armements existants sur un plan général »⁸⁵⁹, la réduction des armements poursuit le même but « sur un plan [néanmoins] plus modeste »⁸⁶⁰, comme il était stipulé à l’article 8 du Pacte de la SdN⁸⁶¹. Dans ce dernier cas, les États préservent le minimum qu’ils estiment indispensable à leur préservation, alors que dans le premier, il n’aurait plus aucun moyen militaire de garantir leur existence. C’est pourquoi les garanties de sécurité requises dans le cadre du désarmement sont très élevées – voire inatteignable.

312. Les États doivent en effet être convaincus que tous les États renoncent également à leurs armements, ce qui aboutit à la création de mécanismes de contrôle par un tiers impartial⁸⁶². Cette hypothèse suppose également que l’existence de l’État soit garantie par un tiers, notamment pour surmonter l’inconvénient où un État serait parvenu à contourner les mécanismes de contrôle pour maintenir, contrairement à ses obligations internationales, les moyens militaires suffisants pour déclencher une action militaire. L’exigence est tellement

⁸⁵⁶ *Journal officiel de la SdN*, Juillet 1934, p. 750, nous soulignons.

⁸⁵⁷ Ce qui importe ici n’est pas le bien-fondé de la prétention paraguayenne. C’est bien plutôt le fait que celle-ci recourt à un lexique bien connu de la SdN et dont la délégation mesure l’importance au sein de cette organisation internationale. De la même manière que de nombreux États invoquent parfois à tort le droit de légitime défense au sein de l’Organisation des Nations Unies, cela revient à recourir à une institution juridique établie et acceptée afin de justifier son comportement. En ce sens, O. Corten et al., *Une introduction critique au droit international*, op. cit., pp. 43-47.

⁸⁵⁸ On l’a vu dans la section précédente, pp. 120-125.

⁸⁵⁹ E. Bourdoncle, « Articles 8 et 9 », op. cit., p. 388.

⁸⁶⁰ *Ib.*

⁸⁶¹ Consacrant l’obligation de réduire « les armements nationaux au minimum compatible avec la sécurité nationale ».

⁸⁶² Résolution S-10/2, op. cit., §8.

élevée que la pratique de l'AGNU révèle l'intention de procéder à une réduction des armements plutôt qu'à un désarmement général et complet, contrairement à ce qui est stipulé à l'article 11 de la Charte des Nations Unies⁸⁶³.

313. On a déjà remarqué que le « droit à la sécurité » identifié par l'AGNU dans le Document final du 30 juin 1978 oriente les négociations relatives au désarmement⁸⁶⁴. Hubert Thierry remarquait à juste titre l'étonnante consécration d'un tel droit dans des discussions portant justement sur le désarmement : « il peut paraître paradoxal que la première idée fondamentale d'une doctrine du désarmement concerne le droit à n'être pas désarmé... »⁸⁶⁵. Toutefois, poursuit-il, « la contradiction n'est qu'apparente »⁸⁶⁶ : l'affirmation de ce droit a en effet « pour objet de placer le désarmement sur une base réaliste, en écartant le 'désarmement général et complet' jugé utopique ou envisagé comme un but ultime »⁸⁶⁷. L'importance du *réalisme* évoque l'inhérence *logique* du droit à la sécurité. Le fait que le droit à la sécurité apparaisse comme un principe fondamental sur lesquels reposent les négociations abonde en ce sens : il ne s'agit pas de le consacrer dans les conventions relatives au désarmement mais d'en tenir compte lors de leur élaboration.

314. La suite des débats qui se sont tenus à l'Assemblée lors de l'adoption du Document témoigne de l'adhésion complète des autres délégations au « droit à la sécurité ». Les délégations s'y réfèrent explicitement⁸⁶⁸ ou implicitement. Chypre, par exemple, affirme que la session extraordinaire doit « fournir des garanties nouvelles plus efficaces grâce auxquelles chaque pays pourra assurer de développer sa propre existence sans menace de la force (...). En fait, en dernière analyse, l'enjeu est la sécurité des États »⁸⁶⁹. Elle insiste sur l'impossibilité, pour les petits pays, d'« abandonner les besoins de leur défense, sans qu'il existe, grâce à l'ONU, des garanties effectives de leur sécurité »⁸⁷⁰. L'URSS mentionne l'importance des

⁸⁶³ Art. 11(1) de la Charte de l'ONU, *op. cit.* : « [l']Assemblée générale peut étudier les principes généraux de coopération pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, y compris les principes régissant le désarmement et la réglementation des armements (...) ».

⁸⁶⁴ Dans la section précédente de la thèse, pp. 121-126.

⁸⁶⁵ H. Thierry, « La nouvelle politique française du désarmement », *AFDI*, vol. 24, 1978, p. 515. H. Kelsen émettait une observation similaire à l'égard de l'art. 8(1) du Pacte de la SdN, *in* « La technique du droit international et l'organisation de la paix », *RDILC*, 1934, reprod. dans *Hans Kelsen. Écrits français de droit international, op. cit.*, p. 252 : « [u]ne action dirigée vers le désarmement a-t-elle quelque chance de réussir si elle est entravée de prime abord par cette préoccupation de 'sécurité nationale', qui a servi jusqu'ici à justifier les pires armements ? ».

⁸⁶⁶ H. Thierry, « La nouvelle politique française du désarmement », *ib.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ Voyez, par exemple, les déclarations d'Israël (A/S-10/PV.12, §132) et du Pakistan (A/S-10/PV.6, §61).

⁸⁶⁹ A/S-10/PV.2, §105.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, §124.

« garanties de droit international en matière de sécurité des États »⁸⁷¹ tandis que la Guinée équatoriale invoque les droits fondamentaux des États, qu'elle semble néanmoins réduire aux principes d'indépendance, de souveraineté nationale et de respect mutuel⁸⁷².

315. Plus généralement encore, le droit de légitime défense constitue lui-même la condition – la garantie – au consentement des États à conclure la Charte des Nations Unies. Le P^r Steenberghe observe ainsi que la légitime défense « s'inscrit dans un système triangulaire dans lequel elle joue le rôle de soupape nécessaire à une interdiction générale de recourir à la force dont le respect est en théorie *garanti* par un mécanisme de sécurité collective »⁸⁷³. Le P^r Sur ajoute « que les États *n'auraient jamais pu renoncer* à assurer leur propre défense contre l'agression, et les restrictions de la Charte *n'étaient acceptables pour eux que s'ils conservaient le droit de se défendre* »⁸⁷⁴. Autrement dit, l'interdiction du recours à la force n'a été possible qu'à la condition que la légitime défense – ici considérée comme une « garantie de sécurité » – soit préservée par les États. À l'inverse, l'aliénation du droit de légitime défense n'est pas possible en raison de l'absence d'une autorité centralisée apte à protéger immédiatement l'existence d'un État. C'est pour cette raison que les États membres des Nations Unies ont uniquement consenti à un *encadrement* de leur droit de légitime défense, conservant la possibilité de l'exercer chaque fois que le Conseil de sécurité n'adopterait pas les mesures adéquates pour maintenir ou restaurer la paix et la sécurité internationales⁸⁷⁵.

316. À la lumière de ces considérations, il est plus aisé de comprendre la raison pour laquelle certains droits inhérents à la souveraineté semblent inaliénables : c'est parce qu'ils ne le sont

⁸⁷¹ A/S-10/PV.5, §80. Citons également, parmi les interventions les plus récentes, celle du Pakistan lors de la 284^{ème} séance de la Commission du désarmement, le 07/04/2008, A/CN.10/PV.284, p. 15 : « [c]haque État a droit à la sécurité, comme cela est reconnu par la Charte des Nations Unies ». Cette position est une nouvelle fois tenue par le Pakistan, le 15/10/2012, toujours au sein de la Commission du désarmement, AG/DSI/3458 : « [I]e Pakistan plaide pour une nouvelle approche consistant à reconnaître le droit à la sécurité égale pour les États, qui constitue une condition préalable pour le progrès dans le domaine du désarmement ». Disponible en ligne :

[<https://www.un.org/press/fr/2012/AGDSI3458.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

Plus récemment, l'Algérie a formulé une prétention similaire lors de la 1200^{ème} séance de la Commission, le 24/01/2011, CD/PV.1200, p. 14 : « [I]l'Algérie, au même titre que les autres membres du Mouvement des pays non alignés, revendique ces garanties négatives de sécurité. Elle estime que le droit à la légitime défense ne peut être invoqué pour justifier l'emploi des armes nucléaires contre des États non dotés de telles armes. Notre revendication répond à un droit légitime de sécurité pour les États non dotés de l'arme nucléaire. Ceci constitue au demeurant un élément essentiel pour le régime de non-prolifération lui-même ».

⁸⁷² A/S-10/PV.12, §259 : « [d]e l'avis de ma délégation, la défense de la souveraineté et de l'indépendance de chaque État est un droit général et sacré de tous les peuples sans distinction. Mais ce droit ne saurait en aucune manière acquérir un caractère extra-territorial et s'étendre à des États seconds et tiers contre leur gré au mépris de leurs droits les plus fondamentaux. (...) Ma délégation exprime l'espoir que la présente session étudiera soigneusement tous les aspects des politiques néfastes qui font fi des droits fondamentaux des États et qui constituent en outre un grave obstacle au désarmement ».

⁸⁷³ R. van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 7.

⁸⁷⁴ S. Sur, « Réflexions sur la paix par le droit », *RBDI*, 2020/1, p. 241.

⁸⁷⁵ Art. 51 de la Charte des Nations Unies.

qu'en l'état actuel du droit international. Son développement progressif pourrait sans doute à terme offrir aux États les garanties qu'ils recherchent, expliquant le rétrécissement croissant du domaine réservé des États. Toutefois, au regard de la structure profondément décentralisée et auto-appréciative de l'ordre juridique international, il est difficile d'obtenir les garanties de sécurité préalables aux restrictions des droits souverains. Lorsque de telles restrictions interviennent, il ne faudrait cependant pas s'en émouvoir. Au contraire, ces « restrictions » sont rendues possibles uniquement grâce à la prise en compte des intérêts sécuritaires des États parties, comme on vient de le démontrer.

317. Dès lors que de telles garanties semblent influencer la conclusion de certaines règles internationales, on est amené à s'intéresser au rôle qu'elles sont susceptibles de jouer dans la création et la contestation du droit international. Par exemple, l'inopérance des garanties de sécurité obtenues en échange d'une restriction d'un droit inhérent de l'État peut motiver la révision d'un régime conventionnel⁸⁷⁶.

Conclusion du Chapitre 2

318. Dans le cadre de l'identification des droits inhérents à la souveraineté, l'emprise de la conservation de l'État sur le droit international se manifeste de plusieurs façons. D'une part, ces droits inhérents constituent des présupposés qui contribuent à l'élaboration des règles de droit international. En d'autres termes, ils constituent le point de départ d'un régime qui est parfois précisé par la voie conventionnelle, et il faut postuler que les États n'entendent jamais y porter atteinte implicitement. Ainsi, les négociations et les préambules des conventions internationales font souvent référence aux droits souverains des États, à défaut d'apparaître toujours explicitement dans les obligations.

319. D'autre part, le droit international exerce également une emprise sur la conservation de l'État. En effet, l'inhérence structurelle de la souveraineté et de la conservation de l'État n'emporte pas nécessairement de constater l'inaliénabilité de ces pouvoirs, contrairement à ce que certains États ont pu suggérer. Il existe certes une présomption favorable à la préservation des pouvoirs inhérents, mais elle demeure toutefois réfragable. Elle peut être renversée par la conclusion d'une obligation qui y porte atteinte expressément ou qui, dans ses effets, altère l'exercice ou l'étendue de ces pouvoirs souverains. Ainsi, lorsqu'un État décide de s'engager sur le plan international, il conditionne souvent l'exercice de ses droits souverains au respect du droit international.

⁸⁷⁶ V. au Chapitre 6 de la thèse, pp. 421-425.

320. Toutefois, la pratique nous a permis de constater que les États consentent à de tels régimes à une condition : que l'obligation ait été contractée en échange d'une garantie de sécurité. Parler d'une restriction de la souveraineté constitue cependant une facilité de langage, puisqu'il est plutôt question d'une redéfinition des modalités d'exercice de la souveraineté, comme on l'a démontré. Partant, il faut constater la permanence de l'emprise réciproque que l'on vient d'évoquer. Autrement dit, l'influence exercée par la conservation de l'État sur le droit international n'est pas neutralisée par la conclusion d'obligations qui auraient pour effet de renforcer l'emprise du droit international sur la conservation de l'État. Certes, l'autoconservation influence la formation du droit international en reconnaissant les droits inhérents à la souveraineté, mais le droit international restreint l'exercice de ces droits dans le cadre de ses normes et obligations. L'équilibre ainsi décrit ne témoigne cependant pas d'une « victoire » du droit international sur la conservation de l'État, ou inversement. Au contraire, la « conservation de soi », corollaire de la souveraineté, demeure un élément structurant du droit international et qui est au cœur de son application.

Conclusion du Titre 1

321. En droit international, l'inhérence de la souveraineté est une conséquence naturelle du rôle structurel de l'État dans cette discipline juridique. La souveraineté, en tant que qualité inhérente au sujet originaire du droit international, implique également l'inhérence d'une série de droits indispensables à la préservation de l'existence de l'État. Dès lors que la souveraineté est un moyen pour l'État d'exercer librement une puissance garantissant son existence et lui permettant d'accomplir ses principales fonctions, il est possible d'identifier des droits inhérents à la souveraineté. Ces droits, bien que reconnus à toute entité bénéficiant de la qualité d'État souverain, ne sont pas inaliénables.

322. L'inhérence permet néanmoins de décrire une série de concepts qui structurent le droit international. En effet, les droits inhérents constituent souvent le fondement, ou au moins le point de départ, des obligations internationales. En principe libre et souverain, les États jouissent des pouvoirs inhérents à leur souveraineté. Ainsi, les obligations internationales sont construites autour de ces inhérences et les préservent. Ensuite, lorsque ces droits sont affectés par les obligations internationales, ils ne « disparaissent » pas pour autant. Ils vont au contraire imprégner le tissu juridique sous la forme d'une « inhérence ». Les obligations ne sont effectivement contractées par les États que lorsque ces derniers estiment avoir obtenu des garanties de sécurité suffisamment convaincantes pour justifier de s'engager internationalement. Un tel engagement ne doit cependant pas être toujours interprété comme

une restriction de la souveraineté, mais plutôt comme une redéfinition des conditions dans lesquelles un État entend exercer sa souveraineté pour garantir son existence.

323. Toutefois, cette redéfinition a eu une conséquence logique : la redéfinition des modalités d'exercice du droit d'autoconservation. Ce dernier est progressivement devenu un principe irriguant les règles contractées par les États.

Titre 2. D'un droit fondamental d'autoconservation à un principe fondamental du droit international public

« Pareils à la famille Hon'iden, les Shimmen étaient des gentilshommes campagnards, et les deux maisons descendaient, à maintes générations en arrière, du clan Alamatsu. Situées de part et d'autre de la rivière, elles avaient toujours tacitement reconnu le droit à l'existence l'une de l'autre, mais leur intimité se bornait là »⁸⁷⁷.

324. Avant de s'intéresser à la façon dont la conservation de l'État opère en droit international, encore faut-il saisir ce qu'en dit la pratique. Absente du droit positif, l'autoconservation semble néanmoins fonder les principales règles de droit international, confirmant ainsi une nouvelle fois son inhérence. En réalité, la disparition supposée du « droit d'autoconservation » que la doctrine a pu observer entre les deux guerres mondiales n'en est pas une. Il s'agit plutôt d'une mutation qui s'est manifestée par la reconnaissance de certains principes fondamentaux garantissant la coexistence des États⁸⁷⁸. L'objet du titre 2 consiste ainsi à démontrer comment cette mutation s'est opérée en droit international. Pour ce faire, il suffit de s'intéresser au traitement du droit d'autoconservation dans la pratique des États pendant la première moitié du XX^{ème} siècle – plus précisément depuis la Première Guerre mondiale jusqu'à l'adoption de la Charte des Nations Unies, en 1945.

325. Plutôt que de reconnaître aux États un droit « absolu » leur permettant d'agir librement pour préserver leur existence, le droit international contemporain – *i.e.* celui de la Charte – renforce simplement les principes qui régissent la coexistence des États souverains. Cela se traduit par une simple obligation d'indifférence mutuelle, c'est-à-dire une obligation de tolérance⁸⁷⁹ qui interdit de menacer l'existence des autres États. Dans ce cadre, la conservation de l'État est parfois mobilisée dans la pratique sous la forme d'un « droit à l'existence », qui renvoie à une situation semblable à celle des familles japonaises rivales décrite dans l'ouvrage

⁸⁷⁷ E. Yoshikawa, *La pierre et le sabre*, Paris, J'ai Lu, 1983, p. 68

⁸⁷⁸ F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, p. 243 : (...) si la '*doctrine des droits fondamentaux de l'État*' systématisée à la fin du XIX^{ème} siècle a été vivement décriée et rapidement abandonnée, en revanche les droits identifiés par elle comme fondamentaux, privés peut-être de leur 'fondamentalité', sont consacrés par le droit positif sans démenti jusqu'à aujourd'hui ».

⁸⁷⁹ V. l'expression employée à l'article 26 de la Charte sur les droits et devoirs économiques des États, adoptée par l'AGNU, résolution 3281 (XXIX), le 12/12/1974, A/RES/3281(XXIX) : « [t]ous les États ont le devoir de coexister *dans la tolérance* et de vivre en paix les uns avec les autres (...) » (italiques ajoutées). V. ég. l'analyse du principe par le ministre des Affaires étrangères français, à l'Assemblée nationale le 17/06/1965, *in AFDI*, vol. 11, 1965, p. 1041 : « [u]n esprit de tolérance, le respect de chacun comme peuple et comme État (...) ».

de Yoshikawa, où l'accent est mis sur la reconnaissance et le respect de l'existence d'autres États. En d'autres termes, le « droit d'exister » ne désigne rien de plus qu'une simple obligation de *respecter* l'existence des autres États.

326. Au fil du temps, le droit d'autoconservation, qui occupait une place prééminente dans les déclarations sur les droits et devoirs des États, a été redéfini de manière significative, limitant ainsi sa portée (**Chapitre 3**) jusqu'à finalement disparaître au profit de règles et principes poursuivant la même finalité dans la Charte, à savoir la préservation de l'existence des États (**Chapitre 4**).

Chapitre 3. Redéfinition du droit d'autoconservation dans les projets de codification des droits et devoirs des États

327. Les principales déclarations visant à codifier les droits et devoirs des États ont été rédigées sur le continent américain à la suite de la Première Guerre mondiale. Contrairement à l'idée communément admise selon laquelle la théorie des droits fondamentaux étatiques ne servait qu'à justifier les (pires) violations du droit international, la doctrine américaine la percevait comme un moyen de condamner la conduite de l'Allemagne, qui venait de violer la neutralité de la Belgique⁸⁸⁰. Plus précisément, dans le cadre des conventions rédigées par les États d'Amérique latine, ces droits et devoirs devaient jouer le rôle de principes fondamentaux organisant la coexistence des États, pour la plupart nouvellement indépendants, afin de les protéger contre les puissances qui les dominaient par le passé. Cela supposait de corriger quelque peu la théorie des droits fondamentaux des États, notamment en insistant davantage sur leurs devoirs. C'est dans cette optique que différentes déclarations ont été adoptées pendant l'entre-deux-guerres (**Section 1**).

328. Logiquement, à la suite de la Seconde Guerre mondiale et des nombreuses violations du droit international qui en a résulté, certains États d'Amérique latine ont souligné la nécessité d'inscrire les droits et devoirs des États dans la Charte des Nations Unies. S'est alors déroulée, entre 1946 et 1949, une chose particulièrement étonnante et paradoxale : la tentative d'universalisation d'une déclaration puisant son origine théorique dans une doctrine européenne a été rejetée au motif qu'elle représentait un particularisme de l'Amérique latine⁸⁸¹ (**Section 2**).

⁸⁸⁰ *Infra*.

⁸⁸¹ V. la déclaration de l'Ukraine, de l'Union des républiques socialistes soviétiques in Nations Unies, *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, New

Section 1. Les caractéristiques communes des diverses déclarations sur les droits et devoirs des États

329. Il n'a pas fallu attendre les travaux des organisations scientifiques, au début du XX^{ème} siècle, pour voir éclore diverses codifications des droits et devoirs des États⁸⁸². De nombreux auteurs ont fait figure de pionniers dans cet exercice original. Sans s'y appesantir davantage, relevons que le *Précis d'un Code du Droit International* d'Alphonse de Domin-Petrushevecz consacrait, dès 1861, un article dédié au droit d'autoconservation⁸⁸³. Plutôt que de revenir sur ces œuvres individuelles, au rôle certes important dans le développement de la théorie des droits fondamentaux⁸⁸⁴, il faut se concentrer sur les déclarations adoptées par les principales associations scientifiques, après les avoir présentées succinctement. Quand bien même leurs travaux demeuraient des œuvres doctrinales collectives⁸⁸⁵, celles-ci ont en réalité largement

York, 1946, pp. 272 et 274. Dans le même sens, v. l'observation française in *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États, memorandum présenté par le Secrétaire général*, New York, Nations Unies, 1948, A/CN.4/2, p. 25. *Contra*, intervention du Panama au sein de la 170^{ème} séance de la sixième commission de l'Assemblée, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, Lake Success, New York, p. 189, §§30-31.

⁸⁸² R. J. Alfaro, « The rights and duties of states », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 131-160 ; V. M. Koretsky, « A history of the declarations on the fundamental rights and duties of States », in V. N. Denisov et al. (ed.), *V. M. Koretskii : izbrannye trudy* (V. M. Koretsky : Selected Works), 2015, vol. 3, pp. 346-380.

⁸⁸³ A. de Domin-Petrushevecz, *Précis d'un Code du Droit International*, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1861, p. 27, art. XIV : « [c]haque État peut exercer le droit de conservation de soi-même ».

⁸⁸⁴ V., *inter alia* : J. C. Bluntschli, *Le Droit international codifié*, trad. par C. Lardy, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1870, article 81, p. 88 ; D. D. Field, *Draft Outlines of an International Code*, New York, Diossy & Company, 1872, pp. 10-11 (sans directement faire référence au droit d'autoconservation, l'auteur accorde un chapitre à la « perpétuité » comme droit essentiel de l'État) ; P. Fiore, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, trad. par A. Chrétien, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1890, pp. 103-112 ; J. Internoscia, *Nouveau Code de Droit International*, 1^{ère} éd., New York, The International Code Company, 1910, pp. 13-14, points 76-80 ; H. La Fontaine, *The Great Solution – Magnissima Charta – Essay on Evolutionary and Constructive Pacifism*, Boston, World Peace Foundation, 1916, 177p. (absence complète du droit d'autoconservation) ; F. Cosentini, *Code International de la Paix et de la Guerre. Essai d'une codification intégrale du droit des gens en 2029 articles*, Librairie de l'Institut Américain de Droit & de Législation Comparée, 1937, ouvrage proposé pour le Prix Nobel 1937, p. 43, article 99. On ne saurait ignorer les travaux d'A. Alvarez qui écartent cependant le droit d'autoconservation : *La Codification du Droit International*, rapport rendu auprès de l'Institut de Droit International (session de New-York de 1929), Bruxelles, Goamere Imprimeur du Roi, 1929, 159 p. ; *Exposé de Motifs et Projet de Déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du Droit International de l'avenir présenté à l'Institut de Droit International, à l'International Law Association, à l'Union Juridique Internationale et à l'Académie Diplomatique Internationale*, Paris, Les Éditions Internationales, 1931, 60 p. ; *Méthodes de la codification du droit international public. L'état actuel de ce Droit*, rapport présenté à l'Institut de Droit International (session de Lausanne de 1947), Paris, Les Éditions Internationales, 1947, 101 p.

⁸⁸⁵ V. les statuts de chacune des associations. L'article II des statuts de l'Institut Américain de Droit International stipule être « une association scientifique sans caractère officiel », in J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, Washington D.C., Publications de l'Institut, 1916, p. 9. Une formule similaire figure à l'article premier des statuts de l'Institut de droit international, in *AIDI*, tome I, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1877, p. 1. L'Union juridique internationale se propose, en vertu du premier article de ses statuts, « de concourir au progrès scientifique et pratique du droit international par l'étude de ses principes et à la diffusion de leur connaissance », in *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, II, 2^e session de novembre 1919, *op. cit.*, p. 5. Enfin, quoique l'Union interparlementaire soit constituée de députés et sénateurs de divers États, l'article premier de ses statuts ne consacre pas non plus de caractère officiel à ses travaux : elle se contente de se prononcer « sur les problèmes d'ordre international dont il est possible de

contribué à la positivité croissante des droits fondamentaux étatiques en Amérique latine. C'est pourquoi il est opportun de traiter simultanément les projets de déclaration des associations scientifiques et les conventions interaméricaines consacrant les droits et devoirs des États⁸⁸⁶.

330. On doit la codification la plus célèbre des droits et devoirs des États à l'Institut Américain de Droit International (IADI), fondé le 12 octobre 1912 « *in order to bring into close and intimate touch the publicists and leaders of thought of all the American Republics* »⁸⁸⁷. Appuyée par James Brown Scott, sa « Déclaration des droits et devoirs des Nations » a été adoptée par l'Institut, sans modification et par acclamation, le 6 janvier 1916⁸⁸⁸. Elle a ensuite été largement diffusée au sein d'autres institutions de codification, notamment par Scott lui-même qui souhaitait que d'autres déclarations, semblables à la sienne, soient adoptées partout dans le monde. Dans un discours prononcé à l'Union juridique internationale (UJI) le 19 mai 1920, Scott expliquait en ces termes l'importance d'une telle déclaration :

« Si les juristes d'Europe peuvent s'entendre avec ceux de l'Amérique et tomber tous ensemble d'accord sur un certain nombre de principes de justice, nous aurons une base commune pour le développement universel des règles du droit qui, désormais, devra contrôler les destins de l'Humanité »⁸⁸⁹.

331. Provoquant l'adhésion de l'ensemble des membres de l'UJI, celle-ci a adopté sa propre déclaration le 11 novembre 1919⁸⁹⁰. Afin d'asseoir l'universalité des droits et devoirs fondamentaux, Lapradelle s'était vu confier la charge d'élaborer à son tour une déclaration au sein de l'Institut de Droit International (IDI). Fondée en 1879, l'IDI bénéficie, encore

promouvoir la solution par la voie parlementaire (...) », in L. Boissier, « L'Union interparlementaire et sa contribution au développement du droit international et à l'établissement de la paix », *RCADI*, 1955, pp. 173-174.

⁸⁸⁶ À savoir la Convention sur les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo, le 26/12/1933, in *RTSDN*, vol. 165, 1936, n°3802, p. 36 (art. 3) et la Charte de l'Organisation des États Américains, signée à Bogota le 30 avril 1948, entrée en vigueur le 13 décembre 1951, in *RTNU*, vol. 119, n°1601, p. 50 (art. 13).

⁸⁸⁷ J. B. Scott, « The American Institute of International Law », *The Advocate of Peace (1894-1920)*, vol. 78(1), 1916, p. 8.

⁸⁸⁸ Institut Américain de Droit International, *Procès-verbaux de la première session tenue à Washington (29 décembre 1915 au 8 janvier 1916)*, Washington D.C., Publications de l'Institut, 1916, p. 89. Elle est intégralement reproduite, avec des commentaires, dans J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International : Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, Washington D.C., Publications de l'Institut, 1916, pp. 89-104. V. ég., E. Root, « The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law », *AJIL*, vol. 10(2), 1916, pp. 211-221 ; Chronique des faits internationaux, « États-Unis d'Amérique – Institut Américain de droit international, session de Washington (décembre 1915-janvier 1916), propositions et résolutions », *RGDIP*, vol. 24, 1917, pp. 117-134 ; Ch. Dupuis, « Une déclaration américaine des droits et devoirs des nations », *RGDIP*, vol. 24, 1917, pp. 300-316. V. l'annexe II. A. de la thèse.

⁸⁸⁹ « Rapport de M. James Brown Scott, sur la Déclaration américaine des Droits et Devoirs des Nations, première session, lundi 19 mai 1920 », in Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, Paris, Pedone, 1920, Tome I, p. 29.

⁸⁹⁰ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, 2^e session de novembre 1919, Paris, Pedone, 1920, Tome II, pp. 174-175. V. l'annexe II. B. de la thèse.

aujourd'hui, d'une grande notoriété et l'importance de ses travaux n'est plus à démontrer⁸⁹¹. Inspirée là aussi par la déclaration de l'IADI, celle de Lapradelle a été discutée à l'IDI à de nombreuses reprises : en 1919, lors de la session extraordinaire de Paris⁸⁹² ; en 1921, lors de la session plénière de Rome⁸⁹³ ; en 1925, enfin, lors de la session de La Haye⁸⁹⁴. Malgré l'intention renouvelée d'adopter définitivement ce projet, il n'a pas été possible de surmonter les réticences émises par certains membres de l'Institut, aboutissant à son abandon définitif après 1925.

332. Au moment même où l'IDI écartait l'opportunité de voter en faveur d'une déclaration sur les droits et devoirs des États, l'Union Interparlementaire (UI) était saisie d'un rapport préliminaire de La Fontaine sur question⁸⁹⁵. La déclaration proposée a finalement été adoptée, après quelques modifications mineures, au mois d'août 1928⁸⁹⁶. Avant de se plonger dans une étude approfondie de ces diverses déclarations, il faut d'abord relever que leur influence n'a pas été simplement doctrinale. Au contraire, elles ont participé au développement du panaméricanisme.

333. La préservation de l'existence des États d'Amérique latine – contre l'influence de l'Europe puis celle des États-Unis – a toujours été au cœur du panaméricanisme. Le congrès de Panama, organisé par Bolivar en 1826 entre les États nouvellement indépendants, visait justement à adopter un traité d'« Union, [d']Alliance et [de] Confédération perpétuelle »⁸⁹⁷. René-Jean Dupuy observait également que « l'initiative du secrétaire d'État James Blaine » d'organiser le premier congrès panaméricain à Washington, en 1889, entérinait « l'abolition du droit de conquête »⁸⁹⁸. Ces aspects sécuritaires s'inscrivaient cependant dans un projet plus large, le panaméricanisme étant défini par René-Jean Dupuy comme « la tendance ressentie par les gouvernants des divers États du continent américain de s'unir, pour promouvoir sur le plan culturel, économique, social et politique un ordre commun à l'hémisphère occidental »⁸⁹⁹.

⁸⁹¹ Ch. de Visscher, « La contribution de l'Institut de Droit international au développement du droit international », in Institut de Droit International, *Livre du Centenaire 1873-1973. Evolution et perspectives du droit international*, Bâle, Ed. S. Karger, 1973, pp. 128-161.

⁸⁹² AIDI, Tome 27, session extraordinaire de Paris (Mai 1919), Paris, Pedone, 1920, pp. 318-323.

⁸⁹³ AIDI, Tome 28, session plénière de Rome (Octobre 1921), Paris, Pedone, 1921, pp. 202-224.

⁸⁹⁴ AIDI, Tome 32, session de La Haye (Juillet-Août 1925), Paris, Pedone, 1925, pp. 239-242. V. la reproduction du projet de Lapradelle pp. 238-239. V. l'annexe II. C. de la thèse.

⁸⁹⁵ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XIIIe conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, Lausanne, Librairie Payot & Cie, 1926, pp. 184-204.

⁸⁹⁶ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXVme conférence tenue à Berlin du 23 au 28 août 1928*, Lausanne, Librairie Payot & Cie, 1928, pp. 173-180, 443-507. La résolution consacrant la déclaration est intégralement reproduite aux pp. 521-523. V. l'annexe II. D. de la thèse.

⁸⁹⁷ R.-J. Dupuy, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système inter-américain vers le fédéralisme*, Paris, Pedone, 1956, p. 8.

⁸⁹⁸ *Ib.*

⁸⁹⁹ *Id.*, p. 9.

Cependant, l'auteur précisait que le renforcement du mouvement était surtout motivé par une crainte de domination de la part d'autres puissances⁹⁰⁰.

334. Il était donc logique que les États d'Amérique latine aient mobilisé la théorie des droits et devoirs étatiques⁹⁰¹. Les déclarations adoptées par les associations scientifiques que l'on vient d'évoquer ont joué un rôle crucial dans leurs revendications. Sans avoir à s'intéresser, pour l'heure, au détail d'une affaire résolue par la Cour de Justice d'Amérique centrale en 1917, il est toutefois opportun de mentionner que la juridiction régionale avait accepté de résoudre le différend après avoir appliqué, entre autres, les articles 1 à 5 de la déclaration de l'IADI – ce qui incluait le droit d'autoconservation⁹⁰². Elle était allée jusqu'à qualifier ces droits fondamentaux de « postulats » desquels le droit public interne des États parties découlait nécessairement⁹⁰³. La solution qu'elle a finalement délivrée en application des « principes de droit international », conformément à l'article XXII de la Convention établissant sa compétence⁹⁰⁴, semblait annoncer la nature « principielle » des droits et devoirs fondamentaux des États – comme on le verra par la suite.

335. Lorsque les États d'Amérique latine ont commencé à renforcer le cadre juridique de leurs relations, notamment par la conclusion de conventions internationales, le besoin d'adopter une déclaration sur les droits et devoirs des États s'est rapidement fait sentir. À l'occasion de la Sixième Conférence interaméricaine de 1928, on pouvait lire les délégations étayer leurs prétentions à partir des travaux de l'IADI⁹⁰⁵. La Colombie indiquait clairement son intention de consacrer, dans un traité international, une version remaniée de la déclaration écrite par l'« *eminente juriconsulto doctor James Brown Scott* »⁹⁰⁶. Lorsque le délégué péruvien remettait en cause un projet d'article destiné à interdire l'intervention étrangère, il le faisait en opposant la formulation retenue par la déclaration de l'Institut⁹⁰⁷. L'influence était telle que ce délégué

⁹⁰⁰ *Id.*, sur l'influence de la guerre dans l'évolution des relations interaméricaines, pp. 78-125.

⁹⁰¹ M. S. Canyes, « The Ninth International Conference of American States. Its Antecedents and the Juridical Relationship Between the Inter-American System and the United Nations », *Bulletin of the Pan American Union*, vol. 81(7), 1947, pp. 351-357.

⁹⁰² V. le chapitre 6 de la thèse, spéc. pp. 357-363.

⁹⁰³ « El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice, Judgment of 9 March 1917 », *AJIL*, vol. 11, 1917, p. 719.

⁹⁰⁴ « Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice », conclue le 20 décembre 1907 entre le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et le Honduras, *AJIL supp.*, vol. 2, 1908, art. XXII, p. 240.

⁹⁰⁵ Republica de Cuba, *Diario de la Sexta Conferencia Internacional Americana*, Havane, 1928, p. 252.

⁹⁰⁶ *Id.*, p. 288 et, surtout, p. 289 : « [L]a VI Conferencia Panamericana, reunida en la Habana, adopta como politica internacional panamericana, las siguientes declaraciones formuladas en 1916 por el Instituto Americano de Derecho Internacional ». V. ég., United States, *Report of the Delegates of the United States of America to the Sixth International Conference of American States*, Washington, Government Printing Office, 1928, p. 11.

⁹⁰⁷ J. B. Scott, « The Sixth International Conference of American States, Held at Habana, January 16-February 20, 1928 : A Survey », *International Conciliations*, vol. 12, 1928, p. 290.

ne comprenait pas l'utilité de consacrer les droits et devoirs des États dans une convention alors « qu'ils existaient déjà dans une forme adéquate et acceptable dans la déclaration »⁹⁰⁸. Enfin, les États d'Amérique latine insistaient sur l'importance du projet de l'IADI en se référant à certains discours prononcés par les secrétaires d'État étatsuniens, ces derniers l'ayant également invoqué dans l'exercice de leurs fonctions. Le discours prononcé par Elihu Root à Rio de Janeiro était ainsi identifié comme la source directe du projet de déclaration sur les droits et devoirs des nations, de même que l'allocution prononcée le 30 novembre 1923 par Charles Evans Hughes, qui faisait également référence aux travaux de l'IADI⁹⁰⁹.

336. En raison de l'influence qu'a exercée la déclaration adoptée par l'IADI sur la pratique interaméricaine, il était naturel que la Convention de Montevideo, signée en 1933, présente de nombreuses similitudes avec les travaux des associations scientifiques mentionnées précédemment. Étant donné que la pratique des États d'Amérique latine ne permet pas, comme nous le verrons, de clarifier la portée des droits fondamentaux conventionnellement garantis, il est opportun de se tourner vers les travaux de l'IADI *et alii* afin de comprendre la nature de ces principes qui ont finalement trouvé leur place dans le droit positif.

337. En étudiant les déclarations sur les droits et devoirs des États dans un ensemble cohérent, on remarque que ces projets et conventions présentent de nombreuses caractéristiques communes. Les plus saillantes concernent l'objet et la fonction attribués au droit d'autoconservation. Celui-ci a vu sa portée pratique réduite à néant, puisqu'il n'avait plus vocation à autoriser les États à adopter les mesures nécessaires à la préservation de leur existence : il était simplement question de consacrer l'obligation de respecter l'existence des autres États (**Paragraphe 1**). La restriction du droit d'autoconservation s'inscrivait dans un contexte particulier, celui de l'entre-deux-guerres, où les associations scientifiques et les États d'Amérique latine désiraient poser les fondations d'un système de droit international qui interdisait de menacer l'existence des autres États. C'était là l'objectif principal du « droit international nouveau » promu par ces projets et conventions sur les droits et devoirs étatiques (**Paragraphe 2**).

⁹⁰⁸ *Id.*, p. 294 (notre traduction).

⁹⁰⁹ Pan American Union, *Codification of American International Law*, Washington, Government Printing Office, 1926, pp. 25-26.

Paragraphe 1. Objet du droit d'autoconservation : consacrer l'obligation négative de respecter l'existence des États

338. Pour que les droits fondamentaux étatiques puissent garantir la coexistence des États, il fallait logiquement redéfinir le droit d'autoconservation en restreignant sa portée (1.1.), sans toutefois aller jusqu'à obliger les États à garantir l'existence d'autres États (1.2.).

1.1. Une définition strictement encadrée du droit d'autoconservation

339. L'article premier de la déclaration de l'Institut Américain stipule que « [t]oute nation a le droit d'exister, de protéger et de conserver son existence, mais ce droit n'implique pas le pouvoir et ne justifie pas le fait, par un État, de commettre, pour se protéger ou conserver son existence, des actes injustes contre d'innocents États qui ne font aucun mal »⁹¹⁰. Jouissant d'une formulation insistant particulièrement sur les limites de ce droit fondamental, cette stipulation a exercé une influence considérable sur les autres déclarations qui s'en sont inspirées.

340. L'avant-projet de Lapradelle, proposé à l'IDI, ne mentionne par exemple le droit d'existence que pour en restreindre la portée : l'article 3 stipule en effet que « [n]ul d'entre eux (*i.e.* les États) n'est en droit, *même pour sauver sa propre existence*, de rien entreprendre contre celle d'un autre qui ne le menace pas »⁹¹¹. Réitérant simplement l'obligation de respecter l'existence d'un autre État, l'article précité reprend finalement le « droit à l'existence » consacré par l'IADI⁹¹².

341. La déclaration de l'Union juridique internationale consacre également le droit d'autoconservation, cette fois selon une formulation inhabituelle : elle se contente d'affirmer le droit de l'État « de conserver et de perpétuer son existence »⁹¹³. Cela évoque le lien énoncé plus tôt entre conservation et continuité (ou « perpétuité ») de l'existence étatique, sans pour autant offrir une définition précise des modalités d'exercice dudit droit. Il est particulièrement étonnant que le projet initial de l'Union interparlementaire ne fasse aucune mention du droit d'autoconservation. Il figure uniquement dans le commentaire de l'article 3 qui interdit aux États « de se faire justice eux-mêmes » ou de recourir à la guerre, ce dernier cas « constitu[ant]

⁹¹⁰ J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, *op. cit.*, p. 90.

⁹¹¹ « Avant-projet de rapport de M. de Lapradelle », *AIDI*, Tome 32, *op. cit.*, p. 239 (italiques ajoutés).

⁹¹² Lors d'une séance du 6 octobre 1921, Lapradelle qualifie justement « d'un très particulier intérêt l'article 1^{er} [de la Déclaration de l'IADI] qui stipule le droit à l'existence : un article de ce genre *doit être retenu* dans une déclaration telle que celle que l'Institut a en ce moment en vue ». V., *AIDI*, Tome 28, *op. cit.*, p. 205 (italiques ajoutés).

⁹¹³ UJI, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919*, *op. cit.*, p. 174. V. les critiques de Lapradelle dirigées contre cette déclaration, *AIDI*, Tome 28, *op. cit.*, p. 206.

un crime punissable par la loi internationale »⁹¹⁴. La déclaration n'ayant pas vocation à aller plus loin que le Pacte Briand-Kellog en interdisant l'emploi de la force en toute circonstance, le commentaire de l'article 4 réserve en faveur de l'État le « cas de légitime défense de son existence »⁹¹⁵. L'exception est d'ailleurs consacrée à l'article 4, en vertu duquel « [l]'État victime d'une agression armée a le droit de légitime défense (...) »⁹¹⁶.

342. Le projet de La Fontaine ne consacre pourtant pas le droit à l'existence. Le rapporteur justifie cette absence en soulignant que « l'existence d'un État est un fait »⁹¹⁷ : ainsi, ce qu'il importe de déterminer, « c'est [plutôt] la procédure grâce à laquelle un État nouveau pourra naître au sein de l'un ou de l'autre des États actuellement existants, maintenant qu'il n'y a plus sur la surface de la terre de territoires vacants »⁹¹⁸. La suppression du droit à l'existence a donc pour origine une méconnaissance de ses effets de la part du rédacteur du projet de déclaration. Selon La Fontaine, l'inscription de ce droit fondamental supposerait d'admettre le droit d'un État de se constituer et d'être reconnu par l'ensemble des sujets de droit international, ce que la pratique dément. Contrairement à la définition proposée par les internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques, celle de La Fontaine refuse de considérer le droit à l'existence comme un principe conférant aux États les moyens de se préserver. Sous l'insistance de Vespasien Pella cependant, le droit à l'existence apparaît implicitement à l'article 11, alinéa 2, de la déclaration finale : « [l]a communauté des États doit assurer à chacun d'eux les conditions économiques absolument nécessaires à son existence et à son développement »⁹¹⁹.

343. La conception restrictive des droits fondamentaux étatiques, en particulier en ce qui concerne la conservation de l'État, résulte d'un rejet marqué du droit naturel au profit d'une volonté de fonder ces déclarations sur le droit positif. Afin de démontrer la positivité et les limites du droit à l'existence, James Brown Scott citait deux affaires : la première concernait les exclusions chinoises, déjà rencontrée dans le premier titre de la thèse⁹²⁰ ; la seconde portait sur un précédent de la *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice* britannique, *Regina*

⁹¹⁴ « Déclaration des droits et des devoirs des Peuples et des États, Rapport préliminaire présenté au nom de la Commission pour l'étude des questions juridiques par H. La Fontaine, sénateur de Belgique », in Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXIIIe conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, Lausanne, Librairie Payot & Cie, 1926, p. 188.

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ *Idem*, p. 190.

⁹¹⁷ *Idem*, p. 198.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Idem*, pp. 522.

⁹²⁰ Dans le Chapitre 2 de la thèse, pp. 107-108.

v. *Dudley* (1884)⁹²¹. Il s'agissait d'une affaire condamnant un acte de cannibalisme entre marins naufragés, alors que leur comportement était nécessaire à leur survie. Au moyen d'un anthropomorphisme assumé⁹²², Scott en déduisait que le droit de conservation de l'État avait pour seule limite la conservation des autres États.

344. L'Union juridique internationale n'a pas non plus échappé à l'ambition de fonder en droit positif sa propre déclaration. Politis, encore une fois, avait rapidement émis le souhait qu'il soit donné « une base scientifique à la déclaration »⁹²³. Le célèbre juriste grec souhaitait surmonter le principal argument opposé par les positivistes à l'encontre des droits fondamentaux étatiques, ceux-ci étant habituellement décrits comme « un reste du droit naturel »⁹²⁴. Il ajoutait que fonder positivement les droits fondamentaux offrait l'opportunité d'en restreindre leur « prodigalité qu'on trouve dans certains ouvrages un peu anciens et peut-être périmés »⁹²⁵. Pour les mêmes raisons, André Mercier souhaitait également que la Déclaration de l'UJI « ait un point de départ aussi rigoureusement scientifique que possible, en quelque sorte de *droit pur* »⁹²⁶.

345. Quelle que soit leur origine initiale, ces droits fondamentaux deviennent rapidement des règles relevant du droit positif grâce à deux conventions conclues par les États d'Amérique latine pendant l'entre-deux-guerres, conventions qui sont toujours en vigueur à ce jour. La Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États, signée en 1933, contient un article 3 qui stipule le droit de conservation des États en ces termes :

« L'existence politique de l'État est indépendante de sa reconnaissance par les autres États. Même avant d'être reconnu, l'État a le droit de défendre son intégrité et son indépendance, de pourvoir à sa conservation et à sa prospérité (...) »⁹²⁷.

346. Et ce, avant d'insister sur le fait que « [l]'exercice de ces droits n'a d'autres limites que celles de l'exercice des droits des autres États conformément au Droit international »⁹²⁸.

⁹²¹ J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, *op. cit.*, p. 51.

⁹²² *Ibid* : « [i]l est vrai qu'il s'agissait d'une affaire de droit public, mais, à mon sens, elle s'applique aussi bien à la personne artificielle qu'à la personne naturelle ».

⁹²³ UJI, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, *op. cit.*, Tome I, p. 33.

⁹²⁴ *Ibid*.

⁹²⁵ *Ib*. Qu'entendait-il, cependant, par « base scientifique » ? La réponse apportée par Politis présentait le désavantage de contredire son intention initiale et de ramener le lecteur au droit naturel, puisqu'il considérait que l'« émanation de la conscience juridique actuelle du monde civilisé » constituait cette « base », *id.*, p. 34.

⁹²⁶ UJI, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, II, 2^e session de novembre 1919, *op. cit.*, p. 29 (italiques dans l'original).

⁹²⁷ Convention concernant les droits et devoirs des États, *op. cit.*, p. 36.

⁹²⁸ *Ib*.

L'article 13 de la Charte de l'Organisation des États Américains (OEA) reprend l'essentiel de l'article 3 précité⁹²⁹, en ajoutant toutefois un article 11, devenu l'article 15⁹³⁰ :

« Le droit que possède un État de protéger son existence et de se développer ne l'autorise pas à agir injustement envers un autre État »⁹³¹.

347. Le dernier morceau de cette phrase présente une similitude avec la déclaration de l'IADI, qui met également l'accent sur la nécessité de ne pas commettre « des actes injustes contre d'innocents États qui ne font aucun mal »⁹³². Les travaux préparatoires démontrent une nouvelle fois que les formulations de ces diverses stipulations sont inspirées des travaux des associations juridiques susmentionnées. Le rapporteur nommé à la Sixième conférence interaméricaine qui s'est déroulée entre le 16 janvier et le 20 février 1928, Victor M. Maúrtua, proposait de reformuler l'article premier du projet de déclaration à la lumière de celui de l'IADI : « *[t]he right of conservation of every State is limited by the existence of the other States* »⁹³³. Cependant, il est difficile d'approfondir davantage l'analyse et d'en savoir plus sur les discussions qui ont précédé la rédaction de l'article 3 de la Convention de Montevideo. Malgré le souhait émis par les délégations colombienne et salvadorienne de discuter séparément chacun des articles de la Convention⁹³⁴, il a été décidé d'adopter les dix premiers articles simultanément et sans débat, afin de pouvoir se concentrer sur la disposition relative au principe de non-intervention⁹³⁵.

⁹²⁹ C. Sepúlveda, « The reform of the Charter of the Organization of American States », *RCADI*, vol. 137, 1972, pp. 55-59. Sur la volonté de reprendre quasiment à l'identique la Convention de Montevideo, v. *Ninth international conference of American states : Bogota, Colombia, March 30-May 2, 1948 : report of the delegation of the United States of America : with related documents*, Department of State, 1948, p. 36 : « *the view that prevailed in the committee was that the American states signed at the Montevideo conference in 1939 and ratified by 19 republics, reached agreement on extensive statements of the basic rights and duties, and that therefore the drafting of this chapter of the charter was principally one of phrasing already accepted statements in a manner appropriate for charter provisions* ». Le chiffre avancé par les États-Unis quant au total de ratification est erroné, *infra*.

⁹³⁰ Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États américains, conclu à Buenos Aires, le 27/02/1967 et entré en vigueur le 27/02/1970, in *RTNU*, vol. 721, n° 1609, p. 329, article V : « [l]e chapitre III, intitulé 'Droits et Devoirs fondamentaux des États', deviendra, sous le même titre, le chapitre IV, et sera constitué par les articles 6 à 19, exclusivement, qui deviendront les articles 9 à 22, respectivement (...) ». Le choix a été fait de se référer à la numérotation qui résulte de cette réforme, afin de faciliter la compréhension.

⁹³¹ Charte de l'Organisation des États américains, conclue à Bogotá le 30/04/1948 et entrée en vigueur le 13/12/1951, in *RTNU*, 1952, vol. 119, n° 1609, p. 57.

⁹³² J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, *op. cit.*, p. 90.

⁹³³ J. B. Scott, « The Sixth International Conference of American States, Held at Habana, January 16-February 20, 1928 : A Survey », *op. cit.*, vol. 12, p. 294.

⁹³⁴ *Seventh International Conference of American States, First, Second and Eighth Committees, Organization of Peace, Problems of International Law, International Conferences of American States, Minutes and Antecedents*, Montevideo, 1933, pp. 104 et 120.

⁹³⁵ *Idem*, p. 126 (retrait de la proposition de la Colombie d'examiner successivement chacun des articles), pp. 126-127 (vote en faveur des dix premiers articles, sans discussion) ; pp. 104-116 (déclaration des États à propos du

348. Ce constat, bien qu'insatisfaisant, démontre l'accord unanime qui existait concernant les dix premiers articles, parmi lesquels figurait évidemment le droit à l'autoconservation⁹³⁶. L'absence d'analyse approfondie des articles du projet, à l'exception de l'article 11 relatif à la non-intervention, semble confirmer qu'il s'agissait-là de règles s'imposant avec une évidence certaine aux États parties – *i.e.* des axiomes. C'est du moins ce que suggérait Jesús María Yepes dans un cours professé en 1953 : les principes de la déclaration des droits et devoirs « ont été proclamés tant de fois et ils sont si profondément enracinés dans l'âme et la conscience des peuples américains qu'ils peuvent être rangés parmi ces vérités de consensus universel que la Déclaration de l'Indépendance des États-Unis d'Amérique qualifie comme étant '*self-evident*', évidentes par elles-mêmes »⁹³⁷.

349. Si l'article 11 a attiré l'attention des délégations présentes à la Conférence, c'est parce que les États-Unis d'Amérique y voyaient là une stipulation contraire à leur doctrine Monroe⁹³⁸. Certaines délégations, comme celle du Mexique, priaient effectivement les États-Unis d'ajuster cette doctrine afin qu'elle cesse d'être avancée comme motif d'intervention sur le territoire ou dans les affaires intérieures des États américains⁹³⁹. L'unanimité des États présents à la Conférence a donc défendu avec vigueur l'inscription du principe de non-intervention au sein

principe de non-intervention) ; pp. 165-166 (absence de débats, article par article, au sein du second sous-comité sur les droits et devoirs des États).

Le principe de non-intervention est défini en ces termes par le sous-comité, p. 165 : « *[a]ny act of a State, through diplomatic representation, by armed force, or by any other means involving effective force, with a view to making the State's will dominate the will of another State, and, in general, any maneuver, interference or interposition of any sort, employing such means, either directly or indirectly in matter of the obligations of another State, whatever its motive, shall considered as Intervention, and likewise a violation in International Law* ».

⁹³⁶ *Idem*, v. la déclaration cubaine, p. 118 : « *Mr. Chairman : the opinion of the Assembly is so unanimous in respect to the decalogue which constitutes the report of the Sub-Committee that I request that it be approved by acclamation and should there be any discrepancy regarding the last article which appears to be the only phase of the question which lacks unanimity, let us continue discussing that principle immediately after ; but let us unanimously approve the ten articles on which the Assemble is in unanimous agreement* ».

⁹³⁷ J. M. Yepes, « Le droit international américain. Charte et pacte de Bogota », Paris, IHEI, 1953-1954, fascicule II, p. 26. Plus loin, p. 32, il relève l'« adhésion unanime » à la théorie des droits fondamentaux par les États américains, puis il parle également de « postulat philosophique ».

⁹³⁸ « The Chairman of the American Delegation (Hull) to the Acting Secretary of State », in *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics*, vol. IV, n°115, pp. 201-203, spéc. p. 201, à propos de la stipulation relative à la non-intervention, devenue l'article 8 : « *[t]he demand for unanimous affirmative vote was very vociferous and more or less wild and unreasonable* ».

V. ég., « Instructions to the Delegates to the Seventh International Conference of American States, Montevideo, Uruguay », in *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics*, vol. IV, doc. 57, pp. 67-68, à propos d'un projet d'article VI interdisant un État d'avoir une « *policy with reference to other States without the consent of such other States* », les États-Unis considèrent la stipulation comme étant « *undoubtedly directed at the Monroe Doctrine* ». Sur le refus opposé par les États-Unis à voir sa doctrine discutée au sein de la conférence, *id.* pp. 137-141.

⁹³⁹ « The Secretary of State to the Ambassador in Mexico (Daniels) », note du 28/09/199, in *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics*, vol. IV, document 20, §137, p. 17 : « *[t]wo of our missions report that the Mexican Government is also sounding out other American governments concerning placing on the Agenda 'possible modification' of the Monroe Doctrine to 'exclude not only European but also American intervention in the affairs of any of the American countries'* ».

de la Convention, en s'assurant qu'il ne soit pas grevé d'exceptions. Bien qu'en apparence hors de notre sujet, les arguments évoqués par certains représentants américains manifestaient la volonté de protéger leur existence contre toute intervention extérieure. Ainsi la délégation colombienne défendait le bien-fondé de l'article 11 en établissant qu'il s'agissait d'un corollaire de l'article 3 précité, ce dernier renvoyant « *to the right of States to defend their integrity and independence* »⁹⁴⁰.

350. Cette intervention confirme que l'ensemble de la théorie des droits fondamentaux étatiques avait vocation à protéger l'existence des États. En d'autres termes, l'ensemble des articles, non pas seulement celui relatif au principe de non-intervention, pouvait être considéré comme une conséquence du droit d'autoconservation stipulé à l'article 3. Le Panama, en ce sens, soutenait l'intégralité du projet de Convention qui garantissait « *in the greatest scope imaginable the complete independence and sovereignty of all the States of America* »⁹⁴¹. Plus proche de la protection de l'existence de l'État, le Nicaragua sollicitait justement l'interdiction de l'intervention non consentie sur le territoire d'un autre État, dans le but de protéger « *the security and existence of each American Republic* »⁹⁴². Après de longues discussions, le principe de non-intervention a finalement été adopté sous la forme qu'on lui connaît, à l'article 8 de la Convention de Montevideo⁹⁴³, moyennant une longue réserve formulée par les États-Unis d'Amérique⁹⁴⁴.

351. Étant donné que le droit d'autoconservation consacré en 1933 n'a jamais été invoqué par les États parties, on aurait pu penser qu'il ne présentait aucun intérêt pratique et qu'il était destiné à disparaître définitivement. L'adoption de la Charte de l'OEA et d'un chapitre entièrement dédié aux « droits et devoirs fondamentaux des États » démontre cependant le contraire. L'Organisation des États Américains a été établie en 1948, après la négociation de sa Charte à l'issue de la neuvième Conférence interaméricaine de Bogotá. L'acte constitutif de cette organisation régionale doit beaucoup à la Convention de Montevideo. César Sepúlveda

⁹⁴⁰ *Seventh International Conference of American States, First, Second and Eighth Committees, Organization of Peace, Problems of International Law, International Conferences of American States, Minutes and Antecedents, op. cit.*, p. 119.

⁹⁴¹ *Idem*, p. 116.

⁹⁴² *Idem*, p. 121.

⁹⁴³ Article 8 de la Convention sur les droits et devoirs des États : « [a]ucun État n'a le droit d'intervenir dans les affaires internes ou externes d'un autre ».

⁹⁴⁴ « The Chairman of the American Delegation (Hull) to the Acting Secretary of State », in *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics, eod. loc.*, p. 202. L'État ratifiera la convention le 13/07/1934.

observait à ce titre qu'aucun État américain n'aurait accepté la Charte sans la présence de la déclaration des droits et devoirs adoptée en 1933⁹⁴⁵.

352. Sepúlveda ajoutait néanmoins que le chapitre consacré aux droits et devoirs des États membres n'était qu'un simple « manifeste politique » plutôt qu'une « réglementation juridique »⁹⁴⁶. Une telle assertion est difficile à démontrer, notamment parce que les dispositions relatives à la conservation de l'État n'ont entraîné aucune discussion entre les délégations présentes. Les points de tension se situaient ailleurs, notamment à propos des notions d'agression économique et de non-intervention⁹⁴⁷. Initialement toutefois, l'article IV était rédigé de façon à mêler l'actuel article 15 de la Charte avec l'article 10 de la Convention de Montevideo : « *[t]he conservation of peace based on justice and law is the fundamental criterion in the relations among the American States. Every state has the right to a peaceful and secure existence* »⁹⁴⁸. Établissant une filiation entre la préservation de la paix et le droit de tout État à l'existence, le projet initial semblait faire de l'État un facteur de stabilité des relations interétatiques qui méritait, à ce titre, de voir son existence respectée. La question de la préservation de « la paix et de la sécurité du continent » a finalement été reléguée à l'article 2 alinéa *a*) de la Charte, sans opérer aucun lien avec le droit d'autoconservation.

353. Il est difficile de comprendre l'abandon du projet d'article IV lorsqu'on lit les commentaires des gouvernements : tous y étaient favorables⁹⁴⁹. L'observation formulée par le Panama à l'égard de l'Article IV semble cependant expliquer les raisons qui ont présidé à son rejet :

« The second part treats of the right to existence, but this right, the foremost of all the rights, should not be set forth as an appendix or second part of another right. Its

⁹⁴⁵ C. Sepúlveda, « The reform of the Charter of the Organization of American States », *op. cit.*, p. 96. Relevons que selon cet auteur, l'attachement des États à la déclaration découle de la stipulation relative au principe de non-intervention, pp. 96-97.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ *Ninth international conference of American states : Bogota, Colombia, March 30-May 2, 1948 : report of the delegation of the United States of America : with related documents*, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁴⁸ « Draft Declaration of the Rights and Duties of States », formulée par le « Committee on the Organization of the Inter-American System », in *Ninth international conference of American states : Bogota, Colombia, March 30-May 2, 1948 : report of the delegation of the United States of America : with related documents*, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁴⁹ *Draft Declaration of the Rights and Duties of American States, Formulated by the Committee on the Organization of the Inter-American System in accordance with Resolution IX of the Inter-American Conference on Problems of War and Peace (The comments of the governments are included)*, Washington, Pan American Union, 1948, pp. 12-29.

P. ex., p. 13 : « *[t]he Argentine Government is, in general, in agreement with the principles set forth in this Draft, but reserves the right to make such observations as it may consider appropriate (...)* » ; p. 16, le Chili demande simplement la suppression des mots « *and law* » au sein de l'article IV, afin d'éviter une redondance ; Cuba n'émet aucune objection à l'encontre du projet, p. 17 ; Honduras également, p. 21, *etc.*

transcendental importance required a separate article, which in the natural order of things should be the first »⁹⁵⁰.

Nulle intention, finalement, de remettre en cause le principe même du droit d'autoconservation. Tout au contraire, l'observation panaméenne avait vocation à renforcer le rôle de ce droit fondamental en le plaçant au premier rang⁹⁵¹. Cela pourrait expliquer l'adoption de l'article 15 précité, même s'il n'apparaît pas en tête de la Déclaration.

354. En dernier lieu, il convient d'insister sur le libellé du droit d'autoconservation, l'article 13 précisant que tout État le possède « [m]ême avant d'être reconnu » internationalement. Rejetant ainsi la conception selon laquelle la reconnaissance serait constitutive de l'État, les États américains témoignent, dans la Convention de Montevideo et la Charte de Bogotá, leur adhésion à théorie selon laquelle la reconnaissance est purement déclarative. Autrement dit, l'article 13 établit que l'existence d'un État ne dépend pas de la volonté des autres États. Tout au contraire, elle s'impose à eux de la même manière qu'une situation factuelle s'impose à l'observateur objectif du monde qui l'entoure. Cette précision était cruciale pour les États américains, pendant longtemps sous domination coloniale : en établissant le droit d'assurer leur conservation, l'article 13 reconnaissait ce droit au profit des peuples n'ayant pas encore accédé à l'indépendance⁹⁵².

355. Lors de la discussion du projet d'article initial, celui-ci ne mentionnait justement pas la possession du droit à l'existence dans les mêmes termes que la Convention de Montevideo. Il était rédigé comme suit : « [t]out État a le droit de mener une existence pacifique et sûre, de défendre son intégrité et son indépendance, et d'assurer sa préservation et sa prospérité »⁹⁵³. L'Équateur et le Mexique ont reproché au rapporteur d'avoir volontairement

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 23.

⁹⁵¹ Il est logique que le projet panaméen consacre en premier lieu le droit à l'existence, « Proyecto de Pacto para la organizacion de una asociacion de las naciones americanas », in Ministerio de Relaciones Exteriores, *Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo 30 de 1948. Actas y documentos*, vol. III, Bogota, 1953, p. 54 : « 1. [d]erecho a la existencia del Estado. Todo Estado tiene el derecho de existir, y el de proteger y conservar su existencia ; mas este derecho no implica facultad ni justificación para el Estado que con el fin de proteger o de conservar su existencia, cometa actos injustos contra otros Estados ». S'expriment en faveur du projet : Mexique (p. 65), Brésil (p. 81), Chili et Pérou (p. 89).

⁹⁵² C'est bien en vue de gagner l'indépendance que le panaméricanisme s'est développé, selon le chef de la délégation mexicaine, Muñoz Meany, lors de la IX^{ème} Conférence : « [I]a première aspiration de l'Amérique centrale était d'achever le processus d'indépendance, 'afin que se réalise l'idée déjà annoncée par le gouvernement des États-Unis d'Amérique du Nord - la doctrine Monroe - d'empêcher les puissances européennes d'établir des colonisations sur le continent américain et ses îles adjacentes (...) » (notre traduction). V. « Acta de la sexta sesión plenaria », in *Diario de la IX Conferencia Internacional Americana*, n°30, 1948, p. 557.

⁹⁵³ « Tercera y cuarta sesiones de la comision primera », in Ministerio de Relaciones Exteriores, *Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo 30 de 1948. Actas y documentos*, op. cit., p. 185, notre traduction : « [c]ada Estado tiene el derecho a que su existencia se desarrolle en forma pacífica y segura, a defender su integridad e independecia y a proveer a su conservación y prosperidad ».

omis que tout État possédait ce droit, même celui qui n'a pas été reconnu internationalement⁹⁵⁴. Selon le rapporteur péruvien, l'omission de cette idée visait à éviter toute controverse concernant la formation de nouveaux États, sans pour autant remettre en cause l'idée selon laquelle l'existence de l'État devait être considérée comme acquise, indépendamment de sa reconnaissance⁹⁵⁵. Malgré cette précision qui se voulait rassurante pour les États américains, le délégué équatorien n'a pas abandonné sa prétention à voir consacrer une formulation similaire à celle de la Convention de Montevideo : tout refus était qualifié de « grave retour en arrière »⁹⁵⁶. En effet, cela méconnaîtrait le « droit à l'indépendance des peuples des Amériques qui sont toujours sous domination coloniale »⁹⁵⁷. Autrement dit, la consécration du droit d'autoconservation, indépendamment de la reconnaissance de l'État qui en jouit, était présentée comme une condition indispensable à l'indépendance *effective* des États américains⁹⁵⁸.

356. Le principal objectif de ces déclarations n'était donc pas d'obtenir l'engagement des autres États à venir en aide à un État dont l'existence était menacée, mais plutôt de garantir le respect de l'existence de leurs voisins. Les travaux des associations juridiques et des États d'Amérique latine permettent à nouveau de le démontrer.

1.2. Une définition du droit d'autoconservation excluant le devoir de protéger l'existence d'un État

357. Concrètement, si l'on soutient que les États ont le devoir de protéger l'existence d'un autre État, cela impliquerait une obligation *positive* de garantir la survie de *tous* les États. Une telle possibilité semble inenvisageable en pratique, surtout après avoir rappelé la réticence avec laquelle les États s'engagent à fournir une assistance militaire à leurs alliés⁹⁵⁹. En d'autres termes, la consécration d'un droit à l'existence ne dépasse jamais la simple « obligation-réflexe » qui consiste à *respecter* l'existence d'autres États.

358. On trouve pourtant quelques traces d'une telle obligation positive dans les travaux préparatoires. Le *projet* d'article V de la déclaration de l'IADI prévoyait ainsi : « [t]oute nation

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ *Ibid.*, notre traduction : « [L]a Commission, en évoquant les différents problèmes posés par la formation de nouveaux États, était susceptible de provoquer une nouvelle controverse. Elle a déclaré que pour cette raison, dans le texte de l'avant-projet, l'existence de l'État, qu'il soit reconnu ou non, était considérée comme allant de soi ».

⁹⁵⁶ *Ibid.* (notre traduction).

⁹⁵⁷ *Ibid.* (notre traduction) : « (...) digo que al suprimir la referencia al derecho que tienen los Estados de defender su integridad y su independencia aun antes de ser reconocidos, se desconocería el derecho a la independencia de los pueblos de América que todavía están sometidos al régimen colonial. Dijo que esto constituiría un grave retroceso y que con ello se violaría el espíritu de la declaración sobre colonias, aprobada por la Conferencia ».

⁹⁵⁸ On a déjà relevé à quel point l'« indépendance réelle » est cruciale à la survie des États, v. le Chapitre 1, pp. 80-84.

⁹⁵⁹ V. au Chapitre 2 de la thèse, pp. 129-130.

qui a un droit, en vertu de la loi des nations, a le droit de le voir respecté et *protégé par toutes les autres nations* »⁹⁶⁰. L'expression en italiques laissait entendre que les États devaient entreprendre toutes les mesures nécessaires à la conservation d'un autre État. Conscient qu'un tel effet juridique était difficilement acceptable en l'état des relations internationales, Politis insistait sur la nécessité de ne faire apparaître dans la déclaration que le premier versant négatif – *i.e.* l'obligation de respect :

« Que l'on doive respecter le droit [de] tous et que ce soit la principale obligation d'un État dans les rapports internationaux, il n'y a là-dessus, à mon avis, aucun doute ; mais que, du respect on doive passer à la protection, c'est-à-dire à une obligation active, agissante, faisant sortir l'État d'un rôle d'abstention pour intervenir contre les violateurs du droit d'autrui, c'est quelque chose de plus et quelque chose de grave »⁹⁶¹.

359. En conséquence, la déclaration n'a pas inscrit cette obligation positive. L'Union interparlementaire n'est pas non plus allée jusqu'à admettre en des termes généraux cette obligation, même s'il l'a reconnu à propos de la légitime défense. L'article 4 stipulait en effet que « la communauté des États » *devait* son appui à l'État victime d'une agression armée⁹⁶². La légitime défense collective, interprétée comme un devoir, était fondée sur l'article 10 du Pacte de la SdN⁹⁶³. Rappelons qu'en vertu dudit article « [l]es membres de la Société s'engage[ai]ent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres de la Société »⁹⁶⁴. Bien que l'obligation de préserver certains éléments essentiels de l'État victime d'une agression armée puisse laisser entrevoir une obligation positive telle que celle consacrée dans la déclaration, on sait que la pratique au sein de la Société ne lui a pas donné cet effet. Le groupe danois présent à l'Union interparlementaire considérait d'ailleurs que la stipulation relative à la légitime défense « *exceed[ed] what was contemplated in this respect by the League of Nations at Geneva* »⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ Article V de la Déclaration de l'IADI, v. l'annexe II. A. de la thèse, italiques ajoutés.

⁹⁶¹ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, *op. cit.*, Tome I, p. 36.

⁹⁶² Article 4 de la Déclaration de l'Union interparlementaire, *op. cit.*

⁹⁶³ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXIIIe conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, *op. cit.*, p. 190 : « [l]e devoir pour les membres de la Société des Nations d'intervenir au secours de l'État attaqué ou dont le droit est méconnu ou violé n'est pas douteux non plus (...) ». Une position similaire est défendue par Larnaude au sein de l'Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, II, 2^e session de novembre 1919, *op. cit.*, p. 63 : « [l]e droit à l'intégrité territoriale, à l'indépendance politique, me semble être du démembrement du droit à l'existence. Ce droit là, par l'article 10, est garanti. C'est un des articles les plus importants du Pacte ».

⁹⁶⁴ Pacte de la Société des Nations, article 10.

⁹⁶⁵ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXIIIe conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, *op. cit.*, p. 456.

360. Sur le plan multilatéral, les hypothèses où les États s'engagent à garantir l'existence d'autres États sont effectivement introuvables. Par exemple, la Charte de l'OEA impose uniquement le *respect* des droits et devoirs étatiques, l'article 11 précité n'obligeant aucunement les Hautes Parties Contractantes à garantir leur protection au profit d'un autre État. Le projet initial proposait pourtant d'aller plus loin, à l'article II : « *[t]he rights which each state enjoys in accordance with international law must be respected and protected by all other states, since the right and duty are correlative and each state has the duty to respect the rights of all the other states* »⁹⁶⁶. Une telle formulation, si elle avait été admise, aurait eu pour effet d'obliger les États parties à garantir l'existence des autres États. Cependant, cette proposition n'a pas été retenue en faveur d'un projet soumis par le Chili et le Pérou, qui prévoyait que l'Organisation serait chargée de garantir le respect des droits fondamentaux de ses États membres⁹⁶⁷. À nouveau, la consécration d'une obligation positive de cette nature a été écartée, et ce pour plusieurs raisons. En pratique, imputer cette obligation à l'Organisation ou à ses États membres revenait au même : les actions de la première dépendaient de leur acceptation et de leur mise en œuvre par les seconds.

361. Enfin, les États-Unis comprenaient mal l'utilité d'ériger l'Organisation en tant que gardienne des droits et devoirs fondamentaux étatiques alors que la Charte était trop elliptique quant au fonctionnement du système de sécurité collective⁹⁶⁸. L'article 28 reconnaît certes que « [t]oute agression exercée par un État contre l'intégrité ou l'inviolabilité du territoire (...) sera considérée comme une agression contre les autres États américains », mais l'article suivant renvoie la protection de l'État victime à l'application de « mesures et (...) procédures prévues par les traités spéciaux qui régissent la matière ». Il n'a jamais été question de consacrer, au sein de la Charte, l'obligation d'assurer la défense d'un État victime d'une agression armée.

362. Certes, il est vrai que l'article 28 pourrait être interprété de manière à indiquer qu'un État qui agit en protection d'un État victime d'une agression armée le ferait dans le cadre de sa

⁹⁶⁶ *Draft Declaration of the Rights and Duties of American States, Formulated by the Committee on the Organization of the Inter-American System in accordance with Resolution IX of the Inter-American Conference on Problems of War and Peace (The comments of the governments are included), op. cit.*, p. 5 (souligné ajouté).

⁹⁶⁷ Chili et Pérou, « Anteproyecto Anteproyecto de la primera parte de la carte de la organizacion de los estados americanos », in Ministerio de Relaciones Exteriores, *Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo 30 de 1948. Actas y documentos, op. cit.*, p. 89, article 5 : « *[l]os derechos de que goza cada Estado Americano, de acuerdo con el derecho internacional, deben ser respetados por todos los demás Estados y garantizados por la Organización de los Estados Americanos* ». Notre traduction : « [l]es droits dont jouit chaque État américain, conformément au droit international, doivent être respectés par tous les autres États et garantis par l'Organisation des États américains ».

⁹⁶⁸ « Tercera y cuarta sesiones de la comision primera », in Ministerio de Relaciones Exteriores, *Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo 30 de 1948. Actas y documentos, op. cit.*, p. 184.

légitime défense individuelle, et non pas collective. Sinon, quelle serait l'utilité d'une stipulation qui précise que toute attaque dirigée contre l'un des États américains constitue une « agression contre les autres États américains » ? L'article 29 prend pourtant soin de préciser que les États parties se contentent d'agir, dans cette hypothèse d'agression, « conformément aux principes de la solidarité continentale et de la légitime défense *collective* ». Or, l'expérience des Nations Unies a démontré qu'une telle formulation n'a pas entraîné la reconnaissance d'une obligation, chez les États membres, d'agir en légitime défense au profit d'un État victime d'une attaque armée⁹⁶⁹.

363. La conséquence directe d'une telle conception est de n'accorder qu'un faible effet juridique et pratique au droit d'autoconservation pourtant garanti par la Charte de l'OEA. Les délégations, lors de la rédaction de la Charte, reconnaissaient que les droits fondamentaux ne pouvaient pas être opposés aux autres États de la même manière qu'une règle juridique ordinaire. Elles souhaitaient surtout édicter les règles devant *guider* la conduite des États américains. Ceci a quelque chose de paradoxal après avoir analysé plus tôt l'article 13 de la Charte, établissant l'opposabilité des droits fondamentaux « avant même d'être reconnu », ce qui supposait d'envisager une portée pratique desdits droits. La pratique des États membres de l'Organisation ne témoigne cependant pas d'une existence autonome des droits et devoirs reconnus dans le chapitre IV.

364. Jamais un État, semble-t-il, n'a invoqué son droit d'autoconservation que l'article 15 de la Charte lui reconnaît pourtant. Ce droit n'apparaît que pour motiver l'adoption de certaines mesures de sécurité collective que le Conseil permanent est autorisé à prendre en vertu du chapitre XII de la Charte de Bogotá. Citons l'unique exemple de la résolution adoptée par le Conseil le 5 mars 2008, à la suite du déploiement des forces armées colombiennes en Équateur sans le consentement de ce dernier, dans le but de lutter contre les Forces Révolutionnaires de Colombie présentes sur le territoire équatorien⁹⁷⁰. Le visa de la résolution mentionne effectivement l'article 15 de la Charte, en même temps que les articles 19 et 21, consacrant respectivement les principes de non-intervention et d'inviolabilité du territoire. Le Conseil n'étant pas compétent pour adopter une quelconque mesure coercitive contraignante⁹⁷¹, il n'a

⁹⁶⁹ Ce point était déjà relevé par H. Kelsen, « Collective Security and Collective Self-Defense Under the Charter of the United Nations », *op. cit.*, p. 792.

⁹⁷⁰ Conseil permanent de l'OEA, « Convocatoria de la reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores y nombramiento de una comisión », 05/03/2008, CP/RES.930 (1632/08).

⁹⁷¹ En vertu de l'article 84 de la Charte de l'Organisation des États Américains, le Conseil permanent « aide d'une manière effective » les États membres « à régler leurs différends de façon pacifique ». L'assistance procurée, ainsi qu'établie aux articles 85-87 de la Charte, dépend largement du consentement des parties au différend.

mobilisé l'article 15 que pour condamner la conduite de la Colombie et non pas pour garantir son existence ou celle de l'Équateur. L'invocation de l'article 15, dans la résolution du Conseil, ne signifie rien d'autre que ceci : si la Colombie pouvait effectivement considérer que son existence était menacée par la présence de groupes révolutionnaires en Équateur, cela ne lui donnait pas le droit de porter atteinte aux droits fondamentaux de ce dernier, en l'occurrence ceux consacrés aux articles 19 et 21. Autrement dit, la résolution insistait davantage sur le second morceau de l'article 15, en vertu duquel un État ne saurait exercer son droit d'exister de façon « à agir injustement envers un autre État ». La portée de l'article se trouvait largement réduite, confirmant que son libellé aurait pour unique finalité de limiter l'exercice du droit d'autoconservation.

365. Il est possible d'appuyer notre conclusion en reprenant un exemple mentionné en introduction, celui relatif aux petits États insulaires en développement (PEID) qui risquent de disparaître en raison de l'élévation du niveau de la mer. Sur les trente-huit PEID, neuf sont membres de l'OEA⁹⁷², représentant un quart de ses membres. Si ces États insulaires peuvent invoquer l'article 13 de la Charte pour revendiquer leur droit à l'existence, les éléments mentionnés précédemment permettent de comprendre pourquoi ils ne le font pas en pratique. Ils semblent ainsi avoir conscience des limites dudit article, celui-ci ne pouvant pas être mobilisé de manière à contraindre les autres membres de l'Organisation à céder un morceau de territoire ou à accueillir leur population déplacée, par exemple.

366. L'article 29 de la Charte de l'OEA oblige néanmoins les membres à agir « [d]ans le cas où l'inviolabilité ou l'intégrité du territoire ou la souveraineté et l'indépendance politique d'un État américain quelconque seraient menacées par (...) tout autre fait ou situation susceptibles de mettre en danger la paix de l'Amérique »⁹⁷³. Quand bien même on pourrait interpréter cette stipulation de manière à considérer que l'élévation du niveau de la mer constitue une menace sur la paix en Amérique, en raison des troubles que les mouvements de population sont susceptibles de provoquer, elle n'offre que des perspectives limitées pour les membres qui souhaiteraient s'en prévaloir. L'article 29 oblige seulement les États américains à appliquer « les mesures et les procédures prévues par les traités spéciaux qui régissent la matière »⁹⁷⁴. En opérant un tel renvoi, l'Organisation se dessaisit finalement de la menace identifiée pour confier son traitement à la *lex specialis* pertinente.

⁹⁷² Antigua-et-Barbuda ; Bahamas ; Barbade ; Dominique ; Jamaïque ; Sainte-Lucie ; Saint-Kitts-et-Nevis ; Saint-Vincent-et-Grenadines ; Trinité-et-Tobago.

⁹⁷³ Art. 29 de la Charte de l'OEA, *op. cit.*

⁹⁷⁴ *Ibid.*

367. De la même manière, l'article 37 pourrait présenter un intérêt particulier aux États insulaires dès lors que « [l]es États membres conviennent de rechercher, collectivement, une solution aux problèmes pressants et graves qui pourraient se poser lorsque le développement ou la stabilité économique d'un État membre quelconque se verrait profondément affectés par des situations que ne saurait résoudre l'effort de l'État intéressé ». Une fois encore, l'élévation du niveau de la mer paraît tomber dans le champ d'application dudit article : le phénomène a pour origine le réchauffement climatique et les États insulaires ne peuvent raisonnablement pas être considérés comme étant à même de faire cesser une dégradation de l'environnement causé par d'autres États⁹⁷⁵. En outre, l'élévation du niveau de la mer risque de porter atteinte aux zones maritimes des PEID et, par extension, à la possibilité d'exploiter les ressources naturelles décisives pour leur stabilité économique. On est cependant confronté à une même limite : l'obligation imposée aux membres s'apparente à une simple obligation de moyen tenant à *rechercher* une solution, sans plus de précisions.

368. En l'absence d'obligations positives protégeant l'existence des États membres, il est difficile de n'espérer rien d'autre qu'une assistance librement consentie par les autres membres. L'un des co-présidents du groupe d'étude de la CDI sur l'élévation du niveau de la mer proposait d'ailleurs la lecture suivante des droits de conservation consacrés dans la Charte :

« Ces droits, qui ne sont susceptibles d'aucune altération, comprennent sans aucun doute le droit de pourvoir à sa préservation, c'est-à-dire d'utiliser les différents moyens dont il dispose, *y compris la coopération internationale*, pour préserver son existence »⁹⁷⁶.

369. La façon dont l'Organisation a réagi aux difficultés rencontrées par les PEID démontre qu'il est impossible de dépasser cette obligation de « coopération internationale ». Depuis 1996, l'Assemblée générale adopte régulièrement une résolution relative à la « [p]romotion de la sécurité des petits États insulaires »⁹⁷⁷ ou aux « [p]réoccupations particulières des petits États insulaires en matière de sécurité »⁹⁷⁸. Ces résolutions sont l'occasion de prendre note des

⁹⁷⁵ E. Petit-Prévost-Weygand, « Les îles en voie de submersion : le cas des petits États insulaires en développement », *Annuaire du droit de la mer*, Paris, Pedone, 2020, p. 39.

⁹⁷⁶ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », A/CN.4/752, p. 43, §158. (italiques ajoutés)

⁹⁷⁷ Assemblée générale de l'OEA, « Promotion de la sécurité des petits États insulaires », adoptée le 07/06/1996, AG/RES. 1410 (XXVI-O/96).

⁹⁷⁸ Assemblée générale de l'OEA : « Préoccupations particulières des petits États insulaires en matière de sécurité », adoptée le 02/06/1998, AG/RES. 1567 (XXVIII-O/98) ; *id.*, adoptée le 07/06/1999, AG/RES. 1640 (XXIX-O/99) ; « Coopération pour la sécurité dans le continent américain », adoptée le 05/06/2000, AG/RES. 1744 (XXX-O/00) ; AG/RES. 1802 (XXXI-O/01), adoptée le 05/06/2001, *etc.* À partir de 2012, l'Assemblée suit une autre méthode en préférant adopter une résolution annuelle intitulée : « [f]aire progresser la sécurité hémisphérique : une approche multidimensionnelle ». V., résolution adoptée le 04/06/2012, AG/RES. 2735 (XLII-

actions entreprises au profit des États insulaires, qui reposent sur une (ré)interprétation de la notion de « sécurité », érigée à l'article 2 de la Charte parmi les « objectifs essentiels » de l'Organisation. Afin de tenir compte des besoins particuliers de cette catégorie d'État, l'Assemblée générale privilégie une approche dite « multidimensionnelle » : « (...) les problèmes de sécurité ne se limitent pas seulement aux questions militaires mais revêtent un caractère économique, social et une dimension naturelle »⁹⁷⁹.

370. L'accent a récemment été mis sur la menace existentielle qui pèse sur certains États américains du fait des changements climatiques, en 2017. Le préambule de la résolution 2907 de l'Assemblée générale reconnaît en effet « avec une vive inquiétude que la région de l'Amérique latine et des Caraïbes est l'une des plus vulnérables au monde aux effets néfastes du changement climatique et qu'en son sein, de nombreux petits États insulaires et États côtiers en développement de faible altitude sont confrontés à une grave menace pour leur survie et leur viabilité en raison du changement climatique et de l'élévation du niveau de la mer »⁹⁸⁰. Malgré cette prise de conscience, les mesures envisagées reposent seulement sur la coopération des États⁹⁸¹.

371. Ces quelques exemples illustrent finalement la nature *principielle* de ces « droits et devoirs ». Au lieu d'être opposables à des tiers et conférant le pouvoir de prendre des mesures spécifiques ou de formuler des exigences particulières, ces droits décrivent des principes qui structurent les relations entre États. En d'autres termes, ils permettent de garantir la coexistence pacifique des États.

Paragraphe 2. Fonction du droit d'autoconservation : poser les fondations d'un « droit international nouveau »

372. Lorsque James Brown Scott défendait la pertinence de sa déclaration auprès de l'Union juridique internationale, il soutenait que la clarté du langage employé visait principalement à transmettre un message clair aux États qui venaient de commettre des actes illicites pendant la

O/12) ; résolution adoptée le 06/12/2012, AG/RES. 2809 (XLIII-O/12), §§37-41 ; AG/RES. 2866 (XLIC-O/14), §§50-53, *etc.*

⁹⁷⁹ Assemblée générale de l'OEA, AG/RES. 1410 (XXVI-O/96), *op. cit.*, préambule. Le terme « multidimensionnelle » apparaît pour la première fois dans une résolution adoptée le 05/06/1997, AG/RES. 1497 (XXVII-O/97), préambule. Formulation reprise dans la Déclaration de Bridgetown, adoptée à la quatrième séance plénière tenue le 04/06/2002, par l'AG de l'OEA.

⁹⁸⁰ Assemblée générale de l'OEA, résolution adoptée le 21/06/2017, AG/RES.2907 (XLVII-O/17), préambule (notre traduction). V. é.g., AG/RES. 2921 (XLVIII-O/18), préambule.

⁹⁸¹ AG de l'OEA, AG/RES. 1970 (XXXIII-O/03), préambule : « la coopération multilatérale constitue l'approche la plus efficace pour répondre aux menaces et aux défis qui se posent aux petits États insulaires et pour les gérer ».

Première Guerre mondiale⁹⁸². Lapradelle précisait d'ailleurs que cette déclaration, adoptée en 1916, avait été « improvisée en quelques jours, à une heure critique de la Grande Guerre »⁹⁸³. Malgré l'ambition affichée de codifier les droits et devoirs fondamentaux de manière à endiguer l'égoïsme des États, Lapradelle n'a pourtant pas manqué de reprocher au projet de l'IADI d'être imprégné par trop d'individualisme⁹⁸⁴, arguant ainsi que la déclaration de l'IDI insistait davantage sur la dimension solidariste. Selon de la Barra, l'enjeu essentiel d'une telle approche était de faire comprendre au « public » « que le droit est une force agissante » : dit autrement, il fallait « convaincre l'univers qu'il existe un droit entre les États »⁹⁸⁵.

373. Ainsi, les diverses déclarations examinées précédemment ont mis l'accent sur les *devoirs* des États (2.1.), tout en identifiant les principes fondamentaux qui devaient guider le développement du « droit international nouveau » défendu par une partie de la doctrine (2.2.), dont Alejandro Alvarez.

2.1. L'exercice du droit d'autoconservation conditionné au respect des devoirs des États

374. La nouvelle perspective solidariste à l'origine de la reformulation des droits et devoirs fondamentaux reprenait en fin de compte la fonction qui leur était attribuée dans la théorie classique, à savoir soumettre les États à certaines règles juridiques visant à garantir leur coexistence⁹⁸⁶. La guerre qui a eu lieu entre 1914 et 1918 a été critiquée pour avoir mis en évidence l'inefficacité de ces règles et, par conséquent, du droit international lui-même. Dionisio Anzilotti le remarquait déjà dans sa leçon inaugurale professée à l'Université de Rome en 1914⁹⁸⁷. Certains auteurs contemporains ont également soutenu que ce conflit et la remise en cause du droit international qui en a résulté étaient le fruit d'une pratique fondée sur les droits fondamentaux des États, ces droits favorisant l'individualisme et l'égoïsme.

375. Une perspective différente a néanmoins été opposée par Elihu Root, alors sénateur aux États-Unis et ancien secrétaire d'État, à propos de la déclaration de l'IADI : rejoignant le constat

⁹⁸² Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, Paris, Pedone, 1920, Tome I, p. 37.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *AIDI*, Tome 27, *op. cit.*, p. 216.

⁹⁸⁵ *AIDI*, Tome 28, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁸⁶ J. L. Brierly, « The Draft Code of American International Law », *op. cit.*, p. 19 : les droits fondamentaux « denied the rule of mere expediency and claimed a place for the idea of right in international relations ».

⁹⁸⁷ D. Anzilotti, « Le concept moderne de l'État et le droit international », trad. in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 58, 2013, p. 204. V. ég. le bref commentaire de D. Alland & R. Kolb, « Le droit international c'est la force ? À propos d'une leçon d'Anzilotti en 1914 », *idem*, p. 197-202, spéc. p. 197 : « [c]e problème peut être formulé ainsi : le recours à la guerre est-il compatible avec l'existence d'un 'ordre juridique des rapports interétatiques' ? »

selon lequel la guerre fragilisait les fondements et la structure du droit international, il n'imputait toutefois pas la faute aux droits fondamentaux étatiques⁹⁸⁸. Au contraire, le conflit constituait plutôt la négation de ces droits fondamentaux au profit d'un prétendu « droit de nécessité », celui-ci permettant de détruire tout ce qui semblait nécessaire à la préservation ou à la protection des belligérants⁹⁸⁹. Contre toute attente, l'une des approches les plus efficaces pour condamner le recours au droit de nécessité a été de le distinguer du droit d'autoconservation et de reformuler ce dernier dans les limites énoncées au paragraphe précédent. Par exemple, Charles Dupuis interprétait l'article premier de la déclaration de l'IADI comme une condamnation implicite de « la conduite de l'Allemagne à l'égard de la Belgique et [de] la thèse 'Nécessité ne connaît de loi' par où M. de Bethmann-Hollweg prétendait justifier l'injustifiable »⁹⁹⁰.

376. Au sein de l'Union juridique, Alvarez avait justement demandé à ses pairs s'il fallait faire une place au droit de nécessité au sein de la déclaration ou s'il ne valait mieux pas « le condamner expressément »⁹⁹¹. À cette question, les réponses étaient quasi unanimes : Larnaude rejetait ce qu'il qualifiait de « prétendu droit de nécessité »⁹⁹², tandis qu'André Mercier recommandait de « condamner de la façon la plus énergique » ledit droit, celui-ci étant « capable de tenir en échec tout le droit international »⁹⁹³. Ces auteurs assimilaient donc le droit de nécessité à un moyen de violer les droits des autres États, y compris celui de préserver leur existence⁹⁹⁴. Partant, Politis a plaidé avec succès la suppression du droit de nécessité dans le projet de la déclaration de l'Union juridique⁹⁹⁵. Il est indéniable que cette condamnation

⁹⁸⁸ E. Root, « The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law », *AJIL*, vol. 10(2), 1916, p. 215.

⁹⁸⁹ *Ibid* : « [t]he principles of action upon which the war was begun involve a repudiation of every element of fundamental right upon which the law of nations rests. The right of every nation to continued existence, to independence, to exclusive jurisdiction over its own territory, and equality with other nations, is denied. The right of any strong nation to destroy all those alleged rights of other nations in pursuit of what it deems to be useful for its own protection or preservation is asserted ».

⁹⁹⁰ Ch. Dupuis, « Une déclaration américaine des droits et devoirs des nations », *op. cit.*, p. 311.

⁹⁹¹ Rapport d'A. Alvarez, « Bases et questionnaire », in *Union juridique internationale, Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919, op. cit.*, p. 19, question 11.

⁹⁹² *Idem*, p. 28

⁹⁹³ *Idem*, p. 37. Et ce, pour la simple raison que le « fait ne crée pas le droit », v. : « [l]'état de nécessité, en effet, peut être un fait, qu'on pourrait définir, par exemple : la situation dans laquelle le droit de X ne peut être sauvegardé qu'en sacrifiant le droit de Y. Mais ce n'est là qu'un fait, une situation de fait. Or, le fait ne crée pas le droit. La question serait dès lors de savoir si le droit peut prévoir une telle situation de fait, et s'il doit lui attacher certaines conséquences de droit, et lesquelles ? Si l'on admet des *actes nécessaires*, encore faut-il spécifier qu'ils ne sont pas l'exercice d'un *droit*, mais qu'ils sont simplement soustraits à certaines sanctions répressives, normalement applicables, sans d'ailleurs échapper à la sanction civile de l'obligation de réparer le dommage causé *sans droit* » (italiques dans l'original).

⁹⁹⁴ V. l'observation similaire de Rodrigo Octavio, *idem*, p. 37 : la reconnaissance distincte du droit de nécessité au profit des États « serait une porte ouverte à la violation des droits des autres États ».

⁹⁹⁵ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919, op. cit.*, pp. 33 et 80.

unanime faisait suite aux abus du principe de nécessité lors de la Première Guerre mondiale, notamment de la part de l'Allemagne. C'est pourquoi Anzilotti invitait ses collègues à ne pas se « laisser guider par des faits très condamnables, mais qui ont été des abus d'un principe qui n'a pu être condamné d'une manière absolue »⁹⁹⁶. Le maître italien a finalement obtenu de ses collègues qu'ils consentent à renvoyer la question de la nécessité à une session ultérieure plutôt qu'à l'abandonner⁹⁹⁷.

377. Ces déclarations sont véritablement précieuses pour un juriste contemporain qui peine à imaginer comment il est possible d'admettre un « droit des États à l'existence » tout en refusant catégoriquement le « droit de nécessité ». On ne saurait trop insister sur ce point, mais les travaux des associations scientifiques offrent une lumière nouvelle sur l'« état de nécessité », trop souvent assimilé au droit d'autoconservation⁹⁹⁸. André Mercier, par exemple, n'émettait pas les mêmes réserves à l'égard du droit d'exister qu'à l'encontre du droit de nécessité. Le premier, à la différence du second, constituait « un droit fondamental, dont découlent, en définitive, tous les autres, ou qui est la synthèse de tous les autres (...) »⁹⁹⁹.

378. Ainsi le « prétendu droit » à l'origine des violations du droit international – et de sa remise en cause – n'était pas le droit d'autoconservation, mais celui de nécessité. Le sénateur Root rangeait justement le droit de préserver son existence parmi les droits fondamentaux déniés par la guerre. En d'autres termes, il était défendu que les États qui prétendaient agir pour leur propre préservation, au détriment de celle des autres États, dénaturaient les droits fondamentaux étatiques. C'est précisément pour cette raison que dès 1916, les associations scientifiques ont entrepris de définir plus précisément les droits et devoirs afin d'en chasser l'individualisme au profit d'une conception solidariste et pacifiste.

379. Un exemple éloquent à cet égard est constitué par les écrits d'Alejandro Alvarez pendant l'entre-deux-guerres. Encourageant la transition de l'individualisme à l'interdépendance des États, Alvarez proposait sa propre codification des « données fondamentales et [d]es grands principes du droit international de l'avenir »¹⁰⁰⁰. En toute logique, l'auteur n'y consacrait jamais expressément un quelconque droit de conservation qui aurait eu pour effet de rappeler

⁹⁹⁶ *Idem*, p. 154.

⁹⁹⁷ *Idem*, p. 158.

⁹⁹⁸ Cela fera l'objet de développements plus détaillés lors de l'étude de la nécessité, aux Chapitres 7 et 8, *passim*.

⁹⁹⁹ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919, op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁰⁰ A. Alvarez, *Exposé de Motifs et Projet de Déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du Droit International de l'avenir présenté à l'Institut de Droit International, à l'International Law Association, à l'Union Juridique Internationale et à l'Académie Diplomatique Internationale*, Paris, Les Editions Internationales, 1931, p. 23.

l'indésirable individualisme et égoïsme des États. Alvarez a néanmoins admis avoir consacré le droit à l'autoconservation au travers du « droit à la personnalité »¹⁰⁰¹. Cette requalification, visant à marquer l'abandon de l'égoïsme inhérent à l'ancienne notion, ne trompe pas l'observateur attentif : les projets d'Alvarez¹⁰⁰² et des associations scientifiques n'ont finalement rien apporté de nouveau par rapport à la théorie initiale des droits fondamentaux des États. Celle-ci, on l'a déjà dit, définissait la notion de droit « absolu » autrement que comme un droit bénéficiant d'une portée illimitée : ce caractère « absolu » servait uniquement à désigner les droits « inhérents » à la souveraineté des États¹⁰⁰³.

380. En outre, les déclarations se sont contentées de reprendre une idée ancienne, à savoir celle selon laquelle les droits fondamentaux des États étaient limités par ceux des autres États. Cette position était implicitement reprise à l'article premier de la déclaration de l'IADI, en refusant qu'un État puisse réaliser certains actes « injustes contre d'innocents États qui ne font aucun mal ». Plus généralement, son préambule précisait que les droits devaient « être exercés et remplis conformément aux exigences de leur Interdépendance mutuelle (...) »¹⁰⁰⁴. Si l'article premier du document adopté par l'Union juridique n'imposait aucune limite à l'exercice du droit d'autoconservation, son article 4 stipulait que « [l]e droit de chaque État a pour limite le droit des autres États » : un « aphorisme, un principe général du droit » selon Lapradelle¹⁰⁰⁵. Sans reprendre cette formule, la Déclaration de l'Union interparlementaire consacrait également la solidarité des États dans son article 2¹⁰⁰⁶. Rappelons enfin que le projet avorté de l'IDI affirmait l'impossibilité, pour un État menacé dans son existence, d'entreprendre quoique ce soit contre un autre État « qui ne le menace pas »¹⁰⁰⁷.

381. Le climat particulier dans lequel les travaux des associations scientifiques ont eu lieu a logiquement conduit à insister davantage sur les devoirs des États. Le rôle accru de ces devoirs se manifestait d'abord, encore une fois, d'un point de vue sémantique : chacune des

¹⁰⁰¹ A. Alvarez, *Méthodes de la codification du droit international public. L'état actuel de ce droit*, Paris, Les Éditions Internationales, 1947, p. 42.

¹⁰⁰² Son projet de codification sera approuvé par diverses associations scientifiques, v. A. Alvarez, *Exposé de Motifs et Déclaration des grands principes du Droit International Moderne (approuvée par l'Académie Diplomatique Internationale, l'Union Juridique Internationale et l'International Law Association)*, Paris, Les Éditions Internationales, 1938, pp. 52-56.

¹⁰⁰³ Ceux mentionnés dans le Chapitre 2 de la thèse, section 1.

¹⁰⁰⁴ V. é.g., E. Root, « The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law », *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁰⁵ Union juridique internationale, *Séance et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919*, *op. cit.*, p. 164

¹⁰⁰⁶ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXV^{me} conférence tenue à Berlin du 23 au 28 août 1928*, *op. cit.*, p. 521 : « [l]es États sont solidaires les uns des autres et constituent une communauté de fait et de droit ».

¹⁰⁰⁷ Article 3 du projet de Lapradelle, *op. cit.*

Déclarations touchait non seulement aux droits mais également aux « devoirs », ceux-ci étant toujours relégués au second plan cependant. La déclaration de l'IADI était la plus elliptique sur la question puisqu'elle s'est contentée de proclamer, à l'article V, l'obligation-réflexe suivante : « (...) car le droit et le devoir sont corrélatifs, et, où il y a un droit pour l'un, il y a pour tous le devoir de l'observer ». Albéric Rolin, dans un rapport soumis à l'IDI, relevait en ces termes l'importance des devoirs étatiques :

« [La Déclaration de l'IADI] a le mérite de placer, à côté de leurs droits, leurs devoirs et, à une époque comme la nôtre, où les nations comme les hommes ont une tendance naturelle à se rappeler leurs droits beaucoup mieux que leurs devoirs, cela n'était pas inutile »¹⁰⁰⁸.

382. Au sein de l'Union juridique également, Politis remarquait « que le but de notre Déclaration [était] d'insister sur l'exercice des Devoirs »¹⁰⁰⁹. Il proposait en conséquence d'établir une liste détaillée des obligations que les États étaient tenus de respecter. L'article 9 du projet d'Alvarez faisait suite à cette proposition en énonçant quelques obligations qualifiées de fondamentales. La stipulation a finalement été consacrée, après quelques modifications, à l'article 5 de la déclaration¹⁰¹⁰.

383. Il convient de noter que les déclarations examinées jusqu'à présent ont généralement servi de point de départ aux travaux des associations juridiques. Ces dernières ont largement entrepris leur démarche de codification en se basant sur ces déclarations, ce qui témoigne de leur volonté de codifier – et de développer – le droit international à partir des droits et devoirs des États. La chose est logique, dès lors que ces droits et devoirs sont perçus comme le meilleur moyen de garantir la coexistence pacifique des États.

2.2. Le droit d'autoconservation conçu comme un moyen de développer le droit international

384. À la suite de la Première Guerre mondiale, la grande majorité des associations scientifiques n'envisageait pas de procéder à la codification du droit international sans avoir au

¹⁰⁰⁸ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Tome 28, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁰⁹ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, II, 2^e session de novembre 1919, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰¹⁰ Article 5 : « [L]es États doivent, notamment : a) Entretenir au grand jour des relations internationales fondées sur la base de la justice et de l'équité ; b) Observer rigoureusement les règles du droit international ; c) Respecter scrupuleusement les traités (coucou bonne foi) ; d) Exécuter de bonne foi les sentences rendues par les tribunaux d'arbitrage ; e) Ne pas recourir aux armes sans avoir épuisé tous moyens pacifiques de solution des conflits ; f) Unir leurs efforts pour prévenir, empêcher et, éventuellement, arrêter les guerres ; g) Participer à la création, au fonctionnement et au développement de tous les services internationaux », *in idem*, p. 175.

préalable identifié une série de principes à partir desquels les règles de cet ordre juridique se développent. Cela est manifeste dans le discours d'ouverture prononcé par James Brown Scott au sein de l'IADI :

« Je crois qu'ils (*i.e.* les droits et devoirs fondamentaux) sont les bases du droit des gens tout comme ils sont les bases du droit de chaque nation, et que, tout comme les dispositions du droit national peuvent s'en développer par eux, les dispositions du droit international peuvent de même s'en développer ; je dirai même que les dispositions du droit international doivent en être en développées, si nous voulons voir, dans la Société des Nations, le droit au lieu de l'anarchie »¹⁰¹¹.

385. Plus explicitement encore, dans ses propos conclusifs, Scott ajoute que cette déclaration adoptée à l'unanimité permettrait à l'Institut de *mieux* examiner les différents projets de codification¹⁰¹². Les membres de l'Union juridique insistent également sur le fait que la codification des droits et devoirs fondamentaux étatiques constitue le préalable *indispensable* à toute autre entreprise de codification¹⁰¹³. Le préambule de leur déclaration reconnaît justement que celle-ci vise à « *mieux* assurer le développement du droit international (...) »¹⁰¹⁴. La même méthodologie est suggérée au sein de l'Union interparlementaire. Le Rapporteur, soutenu par

¹⁰¹¹ J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰¹² *Idem*, p. 107 : « [a]vec l'acceptation de la Déclaration des Droits et Devoirs des Nations, l'Institut Américain est en mesure d'examiner, à la lumière des principes fondamentaux de justice, les divers projets soumis par ses membres durant la session, et spécialement les projets présentés par les Sociétés Nationales ». V. ég., *idem*, p. 87 : la Déclaration permettra de fournir « une base ferme et sûre sur laquelle le temple de la justice américaine pourra se fonder en toute sécurité. (...) À une époque où l'existence même du droit international est mise en doute, il nous incombe d'examiner avec grand soin les principes fondamentaux sur lesquels doit reposer le droit des gens (...) ».

¹⁰¹³ V. l'intervention de la Barra lors de la première session du 19/05/1920, *in* Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, *op. cit.*, Tome I, p. 32. Eg., son rapport communiqué le 21/05/1919, *in idem*, p. 48 : « [j]e me permets donc de proposer à l'Union l'entreprise de la codification du droit international public, dont je ne méconnais pas d'ailleurs les difficultés. Pour réaliser une telle œuvre, une méthode pratique est indispensable. Une commission pourra être nommée pour rédiger quelques données fondamentales du Droit des gens, à la manière de l'Institut Américain de Droit International qui a formulé les six règles de Washington. Ces données fondamentales, énoncées sous une forme bien nette, seraient suivies des quelques règles générales d'application dont j'ai parlé. Une classification des matières auxquelles la codification sera appliquée, permettra ensuite une division du travail, qui serait confiée à diverses commissions, une fois l'unité d'action obtenue par l'acceptation des règles fondamentales (...) ».

V., *inter alia* : la position de Léon Lyon-Caen, *idem*, p. 54 ; celle d'André Mercier, *in* Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 174.

ses pairs¹⁰¹⁵, assimile les droits fondamentaux aux « véritables pierres angulaires des édifices juridiques »¹⁰¹⁶.

386. Cette perspective, certes majoritaire, n'emporte pas l'assentiment de toutes les cultures juridiques : « [les] Anglais, observe *Sir* Thomas Barclay, se méfient des principes : tout au moins ils estiment que l'on ne doit pas commencer par eux »¹⁰¹⁷. C'est probablement cette réticence qui explique l'échec du projet de déclaration proposé par Lapradelle à l'IDI. Il aurait été surprenant que l'Institut admette soudainement la nécessité d'adapter sa méthodologie et de déduire les règles des droits et devoirs fondamentaux étatiques, étant donné qu'il avait déjà codifié le droit international bien avant l'adoption de ces diverses déclarations. On retrouve cependant des traces de la méthodologie suggérée par Scott dans les travaux mêmes de certains membres de l'IDI. La « Déclaration relative à la codification du droit international », adoptée le 16 octobre 1929¹⁰¹⁸, en témoigne. Pilotée par Alvarez et Lapradelle, la déclaration précise que la « détermination des règles du Droit des Gens (...) ne peut s'accomplir qu'en s'inspirant des principes généraux de droit et, plus précisément, des principes fondamentaux du Droit des Gens tels qu'ils se dégagent des conditions de vie contemporaine et du progrès de l'esprit international »¹⁰¹⁹.

387. Bien que les droits fondamentaux ne soient pas présents dans la résolution précitée, ils réapparaissent dans le rapport d'Alvarez. Ce dernier formule en premier lieu une distinction utile entre les *principes* et les *règles* de droit international : les premiers constituent « les grandes idées ou les préceptes fondamentaux qui dominant toute la vie internationale ou une matière donnée et qui, par leur nature, sont féconds en conséquence », « [i]ls ne dérivent pas de la volonté des États mais d'autres sources plus stables ; de ce fait, ceux-ci ne peuvent pas les

¹⁰¹⁵ V. l'intervention de V. Pella, in Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXV^{me} conférence tenue à Berlin du 23 au 28 août 1928*, *op. cit.*, p. 443 : il exprime le désir d' « élaborer une telle déclaration qui doit servir de base à la codification du droit international et constituer en même temps la charte de la communauté des États ». Plus loin, p. 444 : la précision des principes et leur commentaire « formeront au contraire l'objet de la codification proprement dite du droit international ».

¹⁰¹⁶ « Déclaration des droits et des devoirs des Peuples et des États, Rapport préliminaire présenté au nom de la Commission pour l'étude des questions juridiques par H. La Fontaine, sénateur de Belgique », in Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXIII^e conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, *op. cit.*, p. 184. V. aussi la résolution qu'il propose à l'Union, *idem*, p. 199 : « [l]a XXIII^e Conférence interparlementaire, considérant d'une part, qu'une Déclaration des droits et des devoirs des peuples et des États, en tant que membres de la communauté internationale, contribuerait puissamment à développer parmi eux les sentiments d'ordre, de justice et de responsabilité, que, d'autre part, l'insertion d'une semblable déclaration dans une future codification du droit international contribuerait à fixer les principes fondamentaux de ce droit (...) ».

¹⁰¹⁷ Séance du 6 octobre 1921 (soir), *AIDI*, *op. cit.*, Tome 28, p. 212.

¹⁰¹⁸ Disponible en ligne :

[https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1929_nyork_01_fr.pdf] (consulté le 16/06/2023)

¹⁰¹⁹ *Idem*, 5^{ème} considérant, p. 2.

méconnaître ni les abroger »¹⁰²⁰. Les règles, au contraire, découlent du consentement de l'État et peuvent être modifiées librement¹⁰²¹. Reprenant à son compte, sans l'affirmer, la distinction entre droits fondamentaux – absolus – et dérivés – relatifs –, il n'est pas étonnant de lire Alvarez ranger les premiers parmi les principes généraux de droit international¹⁰²².

388. Quoi qu'il en soit du succès de cette méthodologie, celle-ci a deux conséquences qu'il ne faut pas sous-estimer. La première touche à la définition du droit d'autoconservation qui en résulte : celui-ci correspond moins à un droit produisant des effets juridiques strictement déterminés qu'à un droit englobant une variété inquantifiable de « sous-droits »¹⁰²³. Le droit de conservation de soi de l'État, à l'instar des autres droits fondamentaux, n'est identifié dans une déclaration que pour le prendre comme point de départ à une codification des règles *particulières* du droit international. En second lieu, cela entraîne une certaine confusion entre les *droits* fondamentaux et les *principes* fondamentaux¹⁰²⁴. La distinction opérée par Alvarez n'est d'aucune aide pour comprendre la différence entre ces deux notions : le diplomate chilien ne distingue pas les *droits* des principes, mais seulement les *règles* des principes. Ajoutons à cela qu'Alvarez range les *droits* fondamentaux parmi les *principes*. En d'autres termes, même en séparant nettement la nature de chacune des notions, les droits fondamentaux sont à nouveau confondus avec les principes.

389. Partant, le droit d'autoconservation est assimilé à une donnée fondamentale du droit international, sur lequel il repose et à partir duquel tout découle. Il s'apparente finalement à un postulat indémontrable, similaire à l'axiome aristotélicien¹⁰²⁵, qui sert de fondement aux règles de droit international. Les discussions relatives aux droits fondamentaux se sont d'ailleurs parfois posées, au sein des associations scientifiques, en termes d'axiomes. Lorsque le Président de l'Union interparlementaire explique la réticence de ses collègues à l'égard de certains articles de la déclaration, il souligne que cela est dû au fait que les autres membres de l'association

¹⁰²⁰ AIDI, Tome 35, *op. cit.*, première partie, 1929, p. 35. Il ne faut pas se fourvoyer sur l'influence jusnaturaliste de l'auteur dès lors qu'il qualifie « la conscience des peuples » ainsi que « [l]'éducation juridique ou politique des peuples ou plutôt de leur élite intellectuelle » comme source des principes, *idem*, pp. 38-39.

¹⁰²¹ *Idem*, p. 36.

¹⁰²² *Idem*, p. 40 : « [c]es principes peuvent être divisés en : *principes généraux proprement dits* et en une espèce particulière de ces principes : les *droits fondamentaux des États* » (italiques dans l'original).

¹⁰²³ V. en ce sens le Rapport d'A. Alvarez, « Bases et questionnaire », *op. cit.*, p. 18 : il y précise que la Déclaration de borne « à établir ou proclamer les Droits et Devoirs *fondamentaux* des États, en réservant, pour une réglementation ultérieure, ceux qui dérivent de ces Droits et Devoirs fondamentaux et dont l'ensemble forme une partie importante du droit international » (italiques dans l'original).

¹⁰²⁴ P. ex., la Déclaration de l'Institut Américain, au détour de son article VI, qualifie les droits fondamentaux de « principes ».

¹⁰²⁵ Aristote, *Seconds Analytiques*, 10(76a – 77 a) : le philosophe qualifie les axiomes de « vérités premières d'après lesquelles s'enchaîne la démonstration ». Sur la nature de l'axiome, v. ég. 11(77a), *idem*.

refusent de considérer tous les articles « comme des axiomes »¹⁰²⁶. À propos de la Déclaration de l'Institut américain, Elihu Root considère ainsi que les droits fondamentaux sont « *the postulates of all reasoning regarding the rules of international law* », avant d'ajouter : « *[a]ll discussion of international rights is based upon them, assumes assent to them. To discuss international law with a nation which denies these postulates can be nothing but an unreal and futile appearance of discussing that law* »¹⁰²⁷. C'est probablement pour cette raison qu'André Mercier estime superflu de consacrer le droit d'exister puisque tous « les autres droits et obligations des États » s'y rattachent¹⁰²⁸. L'observation rappelle celle formulée à propos de l'inhérence : certains droits existent en même temps que l'État, et une consécration conventionnelle ne peut que les déclarer et s'y superposer¹⁰²⁹.

390. Cette confusion entre les droits et les principes fondamentaux peut également être identifiée dans la pratique des États d'Amérique latine. Selon le délégué péruvien nommé rapporteur du projet sur les droits et devoirs des États, lors de la Sixième conférence interaméricaine, il était « *essential that the work of the formulation and development of the law of nations should be founded on unchangeable principles of respect for essential rights, recognized by all the American Republics* »¹⁰³⁰. Toutefois, le rapporteur estimait qu'il n'était pas nécessaire d'adopter un traité consacrant les droits et devoirs des États. Il n'en voyait tout simplement pas l'utilité : « (...) *the fundamental principles of international life are not created, (...) they exist by the coexistence of States, and are therefore declared rather than created* »¹⁰³¹. Initialement, ces droits et devoirs fondamentaux, confondus avec les principes fondamentaux, avaient uniquement vocation à servir de point de départ au travail de codification entrepris par la Conférence. Autrement dit, il était suggéré que la codification du droit international soit réalisée à partir de certaines données essentielles découlant de la

¹⁰²⁶ Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXV^{me} conférence tenue à Berlin du 23 au 28 août 1928*, *op. cit.*, p. 449. *A contrario*, si chacun des droits fondamentaux avait été accepté comme axiome du droit international, le Président estimait que de telles réticences ne se seraient pas manifestées.

¹⁰²⁷ Elihu Root, « The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law », *op. cit.*, p. 215 (souligné ajouté).

¹⁰²⁸ « Réponse au questionnaire », Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919*, *op. cit.*, p. 33. En ce sens, v. la réponse de Politis, *idem*, p. 41 : le droit à l'existence « doit être posé comme la clé de voûte de tout le système (...) ». Plus proche de la remarque de Mercier, v. celle de Larnaude lors d'une séance du 08/11/1919, *idem*, p. 128 : « [n]ous avons mieux considéré que ce Droit d'existence était tellement naturel, qu'il n'y avait pas à le proclamer d'une façon expresse, mais qu'il comportait l'obligation de le respecter pour les autres États ». Il ajoutera que la Commission a cru « naïf de dire : 'Tout État à le droit d'exister' » tant cela semble relever de l'évidence, *idem*, p. 129.

¹⁰²⁹ *Supra*.

¹⁰³⁰ United States of America, *Report of the Delegates of the United States of America to the Sixth International Conference of American States*, Washington, Government Printing Office, 1928, p. 10.

¹⁰³¹ *Ib.*

coexistence même des États. En identifiant parmi ces données, en premier chef, les droits et devoirs fondamentaux étatiques, les délégués semblaient considérer que ces droits faisaient leur apparition *spontanément*, dès qu'un État venait à exister et à interagir avec ses pairs. Le droit international était alors assimilé à une structure ontologiquement établie, à partir de laquelle certaines règles pouvaient être déduites. La réaction du représentant des États-Unis, l'ancien secrétaire d'État Charles Evans Hughes, à la proposition du rapporteur abondait en ce sens :

« In codifying international law we can not attempt to change fundamental principles. That would be to wreck a project before it began, because the very purpose is to state what we understand to be the fundamental principles. The fundamental principles give us the rights and duties »¹⁰³².

D'après le secrétaire d'État, il était question d'identifier les postulats sous-jacents l'ensemble des règles du droit international¹⁰³³.

391. Une telle perspective semble trouver son origine dans l'approche retenue par le Pacte de la SdN. C'est tout du moins ce que semblait suggérer Anzilotti lors d'une séance de la Commission des droits et devoirs des Nations au sein de l'UJI, le 16 octobre 1919. Le maître italien expliquait avoir « toujours été un adversaire de la théorie des droits fondamentaux », lui reprochant « d'avoir confondu des notions qui (...) sont tout à fait différentes de la notion du droit positif et de la notion du droit naturel (...) »¹⁰³⁴. Saisi d'un projet de déclaration des droits et devoirs des États, on aurait pu s'attendre à ce qu'Anzilotti s'y soit opposé, comme il l'admettait lui-même : « [e]n toute franchise, si la question s'était posée il y a une année, j'aurais dit : il n'y a pas lieu de faire de Déclaration des droits et devoirs des États ; si l'on se place au point de vue du droit naturel, c'est exprimer des principes moraux plutôt que des principes de droit »¹⁰³⁵. Pourtant, un événement particulier, intervenu entre 1918 et 1919, lui aurait imposé de revoir sa position :

« À présent, la position vient de changer avec le Pacte de la Société des Nations. Le Pacte (...) a donné un caractère positif à des principes qui, jusqu'à présent, n'étaient que des préceptes de morale. Or, je crois que notre Déclaration devrait être tenue en rapports

¹⁰³² *Idem*, p. 296 (souligné ajouté).

¹⁰³³ *Idem*, p. 297. Le rapporteur fait référence à un discours prononcé par le Secrétaire d'État des États-Unis, Charles Evans Hughes, alors qu'il était encore en fonction en 1923. Commentant ce discours, le Secrétaire en précise l'objet : « (...) I desired to set forth what I believed to be the fundamental principles controlling policy in this hemisphere. In searching for that – not with the object of codifying international law – but with the purpose of finding its most effective expression with respect to these underlying postulates ».

¹⁰³⁴ Union juridique internationale, *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, II, 2^e session de novembre 1919, op. cit.*, p. 58.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

constants avec le Pacte, mais je me demande si nous voulons faire une Déclaration qui soit en rapport avec le Pacte (...), qui mette au clair d'abord les principes qui sont devenus des principes de droit, sans avoir encore été reconnus antérieurement par ce Pacte, mais qui pourront l'être par le développement naturel de la Société des Nations »¹⁰³⁶.

392. On relève alors l'importance du Pacte, aux yeux des positivistes, pour évaluer la pertinence de la théorie des droits fondamentaux. En effet, si l'on en croit Anzilotti, seul ce texte pouvait justifier la réalité d'un quelconque droit d'exister ou de conservation qui ne serait détenu *que par les membres de la Société*¹⁰³⁷. Sans qu'il soit besoin de se demander si le Pacte constituait une véritable consécration de ce droit fondamental – préférant une étude de la Charte des Nations Unies dans la suite de la thèse –, il faut relever avec Ruyssen l'imperfection du texte : « [a]u fond, ce qu'on attendait de la Conférence de la Paix [à l'origine du Pacte], c'était une véritable *Déclaration des Droits et des Devoirs des Nations*. De cette déclaration, on nous donne qu'un aperçu »¹⁰³⁸. Aucune mention expresse des droits fondamentaux étatiques ne figurait dans le Pacte de la SdN, préférant d'autres principes structurant les relations internationales.

393. Durant la première moitié du XX^{ème} siècle, la pratique concernant les droits et devoirs des États oscille entre leur consécration en tant que point de départ des relations interétatiques et leur formulation sous forme de principes fondamentaux du droit international. Cependant, avec l'adoption de la Charte des Nations Unies après la Seconde Guerre mondiale, la question est tranchée en faveur de ces principes. Cette évolution n'est pas surprenante compte tenu du rôle attribué aux droits fondamentaux, à savoir établir un système juridique international garantissant la coexistence pacifique des États. Une fois ce système mis en place avec la Charte des Nations Unies, le droit d'autoconservation va changer de nature.

Section 2. Le rejet du droit d'autoconservation dans le projet de déclaration des Nations Unies

394. Selon l'*Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États* du Secrétariat général des Nations Unies, « la préparation d'une telle déclaration »

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ *Idem*, p. 65, intervention d'Anzilotti : « [s]i nous posons cette question : L'État a-t-il le droit d'exister en dehors du droit de la SdN ? Je dis non, parce que d'autres États peuvent lui faire la guerre. Si nous posons cette question vis-à-vis du droit positif, il a le droit d'exister. Si nous posons cette question au point de vue du droit concret, j'hésiterai beaucoup à dire que tout État a le droit d'exister, parce qu'il y a des États qui n'ont pas la raison d'exister ».

¹⁰³⁸ Th. Ruyssen, « Les Droits et les Devoirs des Nations », *La Paix par le droit : revue de la paix*, vol. 29, 1919, p. 137 (italiques dans l'original).

constituait l'« une des tâches (...) sur lesquelles on a le plus tôt et le plus souvent insisté »¹⁰³⁹. Plusieurs délégations ont en effet proposé l'élaboration d'un tel document lors de la rédaction de la Charte des Nations Unies à San Francisco, en 1945. Le 3 avril 1945, par exemple, le Mexique souhaitait « confier à un comité d'experts (...) la rédaction d'un énoncé précis des principes essentiels du droit international, sous forme d'une Déclaration des droits et devoirs des États (...) »¹⁰⁴⁰. Les Pays-Bas avaient également essayé d'amender les chapitres relatifs aux buts et aux principes de l'Organisation de façon à « [i]nsérer (...) une déclaration qui établisse les droits et devoirs fondamentaux des États »¹⁰⁴¹. Enfin, la délégation de la République du Panama, représentée par Ricardo Alfaro, a proposé une reformulation de l'actuel article 1(1) de la Charte en y insérant une référence à ces droits et devoirs. L'amendement suggérait d'inscrire l'engagement des États à « maintenir et observer les principes formulés dans la Déclaration des droits et des devoirs des nations (...) » dans le but de préserver la paix et la sécurité internationales¹⁰⁴². On relève d'emblée l'intention de transposer aux Nations Unies le modèle qui a été repris au sein de l'Organisation des États Américains, afin d'assimiler les droits et devoirs étatiques à des principes guidant la conduite des États. Surtout, l'amendement supposait que l'ONU ait adopté sa propre Déclaration sur les droits et devoirs des nations, sans quoi il n'aurait pas été possible d'y renvoyer.

395. Faute de temps, la proposition d'Alfaro n'a pas retenu l'attention du Comité 1 et de la Commission I, qui étaient chargés de rédiger la Charte des Nations Unies¹⁰⁴³. Son étude a donc été reportée à la première session de l'AGNU. Cette dernière a décidé, dans une résolution adoptée le 11 décembre 1946, de renvoyer l'étude du projet de déclaration du Panama à « la Commission créée (...) pour étudier les méthodes de codification du droit international »¹⁰⁴⁴. Faisant suite à la recommandation formulée par la Commission qui s'était emparée de la question l'année suivante¹⁰⁴⁵, en 1947, l'Assemblée générale a adopté une nouvelle résolution chargeant « la Commission du droit international de préparer un projet de déclaration des droits

¹⁰³⁹ Secrétariat général des Nations Unies, *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, New York, 1948, A/CN.4/2, pp. 13-17, spéc. p. 13.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ *Idem*, p. 14.

¹⁰⁴² *Idem*, p. 16.

¹⁰⁴³ *Idem*, p. 17 : « [l]e Comité a reçu cette idée avec sympathie, mais a décidé que la Conférence actuelle, ne serait-ce que par manque de temps, ne peut pas faire figurer un tel projet dans un contrat international. L'Organisation, une fois créée, sera beaucoup mieux qualifiée pour examiner la suggestion et la résoudre efficacement en instituant une commission spéciale ou en recourant à quelque autre méthode ».

¹⁰⁴⁴ Résolution 38(I) de l'Assemblée générale, « Projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États », adoptée le 11/12/1946 (A/RES/38(I)), reproduite *in idem*, pp. 22-23, spéc. p. 23.

¹⁰⁴⁵ Secrétariat général des Nations Unies, *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, *op. cit.*, pp. 24-27.

et devoirs des États, en prenant comme base de discussion le projet (...) présenté par le Panama »¹⁰⁴⁶.

396. S'ensuivirent de longues discussions au sein de la Commission, la première année de son existence, en 1949¹⁰⁴⁷. La CDI a présenté la déclaration finalement adoptée dans un rapport adressé à la sixième Commission de l'Assemblée générale¹⁰⁴⁸, qui présentait à son tour un rapport communiqué cette fois directement à l'Assemblée¹⁰⁴⁹. Cette dernière a adopté en conséquence une nouvelle résolution, le 6 décembre 1949, admettant la difficulté à « formuler les droits et devoirs fondamentaux des États à la lumière de l'évolution nouvelle du droit international (...) », tout en « reconnaissant [la nécessité] de poursuivre l'étude de cette question »¹⁰⁵⁰. L'Assemblée a donc pris « acte du projet », estimant qu'il « constitu[ait] une contribution notable et importante pour le développement progressif du droit international et sa codification »¹⁰⁵¹. En effet, dans sa résolution, l'Assemblée appelait « l'attention constante des États Membres et des juristes de tous les pays » sur cette déclaration qu'elle a « [d]écid[é] de transmettre pour étude aux États Membres »¹⁰⁵². Il leur était demandé de répondre à plusieurs questions, en particulier celle de savoir si l'Assemblée devait prendre « de nouvelles mesures » à propos du projet¹⁰⁵³. En raison du faible nombre de réponses communiquées par les États Membres, l'Assemblée générale a décidé, en 1951, « de différer pour le moment l'examen du projet »¹⁰⁵⁴. Ce report a été prolongé indéfiniment jusqu'à entraîner son abandon définitif¹⁰⁵⁵.

397. L'échec du projet de déclaration des droits et devoirs des États peut être attribué à deux raisons principales. Tout d'abord, l'article initial du projet qui consacrait le droit à l'existence a été supprimé pour en faire la « prémisses » théorique de l'ensemble de la déclaration et de la Charte des Nations Unies (**Paragraphe 1**). Ensuite, si l'on se tourne du côté de la pratique des

¹⁰⁴⁶ Résolution 178 (III) de l'Assemblée générale, « Projet de déclaration des droits et des devoirs des États », adoptée le 21/11/1947 (A/RES/178(II)), reproduite *in idem*, p. 33.

¹⁰⁴⁷ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, New York, United Nations, 1956, pp. 9 et s.

¹⁰⁴⁸ *Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa première session du 12 avril au 9 juin 1949*, A/925(SUPP), New York, 1949, pp. 8-11. Pour la discussion du rapport : Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, sixième commission, questions juridiques, compte rendu analytique des séances (20/09-29/11/1949)*, New York, 1949, pp. 112-116 ; 175-178 ; 183-267 ; 284-285.

¹⁰⁴⁹ *Report of the International Law Commission, Report of the Sixth Committee*, communiqué le 03/12/1949, A/1196, pp. 19-21.

¹⁰⁵⁰ Résolution 375(IV), « Projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États », adoptée le 06/12/1949, préambule, A/RES/375(IV).

¹⁰⁵¹ Respectivement §§ 1 et 2 du dispositif de la résolution.

¹⁰⁵² Respectivement les §§ 2 et 3 du dispositif de la résolution.

¹⁰⁵³ V. le § 4 a) du dispositif de la résolution

¹⁰⁵⁴ Résolution 596(VI) de l'Assemblée générale, « Projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États », adoptée le 07/12/1951, A/RES/596(VI).

¹⁰⁵⁵ S. M. Carbone, L. Schiano di Pepe, « States, Fundamental Rights and Duties », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol 30, Oxford, OUP, 2012, §14. V. ég., P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 284-288.

États, il est vrai que le projet de déclaration n'est jamais mobilisé pour préserver leur existence, tandis que la Charte l'est systématiquement, révélant que cette dernière était perçue comme un meilleur moyen de garantir l'existence des États (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Mutation de la conservation de l'État : d'un « droit » à une « prémisses » théorique garantie dans les principes de la Charte

398. Après l'adoption de la Charte des Nations Unies, le droit à l'existence a été considéré par les États membres et les experts de la CDI comme superflu et inutile, ce qui a conduit à sa suppression dans le projet de déclaration des droits et devoirs des États (**1.1.**). Partant, ce projet s'est contenté de reprendre les règles et principes de la Charte qui garantissent déjà l'existence des États membres (**1.2.**). L'objectif était finalement d'éviter les redondances et de se focaliser sur d'autres aspects que les droits et devoirs des États.

1.1. Suppression du droit à l'existence du projet de déclaration

399. Le projet panaméen, en tant qu'initiative américaine, présentait le droit d'exister selon une formulation des plus classiques : « [t]out État a le droit d'exister, de protéger et de conserver son existence ; mais ce droit n'implique aucune excuse ni justification pour l'État qui, afin de protéger ou de conserver son existence, commet des actes injustes envers d'autres États »¹⁰⁵⁶. L'article poursuivait en reprenant l'article 3 de la convention de Montevideo de 1933, en vertu duquel « [a]vant même d'être reconnu, l'État a le droit de défendre son intégrité et son indépendance, de veiller à sa sauvegarde et à sa prospérité (...) »¹⁰⁵⁷. À nouveau, l'article 9 du projet cherchait à aller au-delà de l'obligation (négative) de respecter les droits fondamentaux en imposant aux États l'obligation (positive) de les protéger¹⁰⁵⁸. Pour les mêmes raisons que celles énoncées dans la section précédente, cette obligation a rapidement disparu du projet après avoir été rejetée par de nombreux États¹⁰⁵⁹.

400. Si l'on prend la déclaration dans son ensemble, les vingt-trois articles étaient qualifiés par le Panama de « *principes fondamentaux* qui constituent les règles fondamentales de la coexistence des États en communauté juridique »¹⁰⁶⁰. À l'occasion de la première session de l'Assemblée générale, le délégué panaméen disait vouloir une convention précise et « écartant

¹⁰⁵⁶ « Projet de déclaration des droits et des devoirs des États et note explicative présentés par le Panama », *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁵⁷ *Ib.*

¹⁰⁵⁸ *Idem*, p. 36.

¹⁰⁵⁹ *Idem*, pp. 76-77.

¹⁰⁶⁰ *Idem*, p. 44 (italiques dans l'original).

toutes les conceptions et postulats de nature abstraite »¹⁰⁶¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que les discussions ont généralement tourné autour de la question de savoir si la déclaration constituait un acte de codification *ou* de développement progressif du droit international. Sur ce point, les positions divergeaient selon les intervenants. Certains considéraient, contrairement au Panama, que le projet prenait comme point de départ certains principes abstraits ne reflétant pas le droit positif. La Pologne et la France, par exemple, « élevèrent des objections et firent valoir que certains articles, notamment l'article relatif au droit à l'existence, dépassaient la question de la codification »¹⁰⁶². Le destin du droit d'exister semblait scellé, comme le confirme le commentaire de la déclaration :

« (...) [L]a majorité des membres de la Commission ont estimé que déclarer qu'un État existant a le droit d'exister serait tautologique (...). Ils ont également jugé superflu de déclarer qu'un État a le droit de protéger son existence, en raison des articles du projet de déclaration relatifs à la légitime défense et à la non-intervention »¹⁰⁶³.

401. Le Danemark qualifiait effectivement l'article premier du projet de « superflu », dont la rédaction était « tautologique et trop abstraite »¹⁰⁶⁴. L'imprécision du passage relatif aux « actes injustes » était également largement critiquée¹⁰⁶⁵. La délégation danoise suggérait de reformuler la stipulation à partir de l'article 10 du Pacte de la Société des Nations, garantissant l'intégrité territoriale de ses membres, pour aboutir au libellé suivant : « [t]out État a droit à la reconnaissance de son intégrité territoriale et de l'indépendance politique dont il jouit. Il ne pourra y être apporté de modification qu'avec son libre consentement »¹⁰⁶⁶. Tandis que certains États formulaient des observations du même ordre, d'autres adhéraient sans réserve aux articles de la déclaration, y compris ceux relatifs au droit à l'existence. La République dominicaine suggérait par exemple de réunir en un seul article les trois premières stipulations de la déclaration¹⁰⁶⁷. Quant à la Grèce, elle préférait que l'article premier se borne à proclamer le

¹⁰⁶¹ Nations Unies, *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁰⁶² *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁶³ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa première session du 12 avril au 9 juin 1949*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁶⁴ Nations Unies, *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale – Sixième Commission – Comptes rendus analytiques (16 septembre – 26 novembre 1947)*, p. 347.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ *Idem*, p. 348.

¹⁰⁶⁷ *Idem*, p. 350. V. ég., favorables au projet : l'Équateur (pp. 350-351) ; le Salvador (p. 366) ; le Mexique (p. 372, §4) ; la Turquie (A/400, p. 21) ; le Venezuela (A/400/Add.1, p. 3).

droit à l'existence, puisque celui de maintenir son existence était couvert par le droit de légitime défense, lui-même consacré à l'article 17 du projet panaméen¹⁰⁶⁸.

402. C'est principalement au sein de la Commission du droit international que le droit à l'existence a été malmené, jusqu'à être définitivement supprimé, au regret de certains États comme l'URSS¹⁰⁶⁹. Sous l'insistance de Georges Scelle, les discussions se sont parfois concentrées sur l'incompatibilité du droit à l'existence avec celui d'autodétermination : le fondateur de l'objectivisme sociologique indiquait que « l'exercice par une nation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes p[ouvait] très bien entraîner la destruction d'un État »¹⁰⁷⁰. Rejoints par un autre membre, ils ont insisté pour obtenir la suppression de l'article premier¹⁰⁷¹. L'influence de Georges Scelle, qui présidera la Commission en 1950, était tellement grande qu'Alfaro a tenté de sauver le droit à l'existence en le présentant comme une réaffirmation du droit d'autodétermination : en effet, « *by proclaiming that every State had the right to exist, the Commission would be reaffirming the principle of the right of peoples to self-determination. Communities which had constituted themselves as States obviously had the right to exist* »¹⁰⁷². Il est difficile de comprendre, *a posteriori*, l'importance accordée par certains membres au droit d'autodétermination : la pratique a démontré que son exercice ne pouvait pas porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'État sur le territoire duquel le peuple résidait¹⁰⁷³.

403. En dehors de cette question tout à fait particulière, de nombreux membres estimèrent à leur tour superflu de consacrer le droit de l'État à préserver son existence alors que le projet consacrait déjà le droit de légitime défense¹⁰⁷⁴. Ricardo Alfaro, encore une fois, s'était attaché

¹⁰⁶⁸ « Communications Received by the Secretary-General up to 22 September 1947 », A/400, p. 10.

¹⁰⁶⁹ Intervention de l'Union des républiques socialistes soviétiques lors de la 178^{ème} séance de la sixième commission de l'Assemblée générale, le 31/10/1949, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, *op. cit.*, p. 264, §64 : le projet « ne mentionne pas un certain nombre de principes importants du droit international qui figurent dans la Charte, tels que le droit à l'existence et le droit de libre disposition des États ».

¹⁰⁷⁰ 7^{ème} séance du 21/04/1949, *Yearbook of the International Law Commission 1949*, New York, Nations Unies, 1956, p. 61, §62.

¹⁰⁷¹ *Idem*, p. 137, §§15 et 18.

¹⁰⁷² 24^{ème} séance du 20/05/1949, *idem*, p. 172, §12. V. ég., plus loin, au §15 : l'article 1 « *merely 'reaffirmed' the right of peoples to self-determination, and that the communities he has spoken of were those which had availed themselves of that right and had become States. In such cases they undoubtedly had both the right to exist and to preserve their existence. The State, like the individual, had the right to exist from the moment of birth* ».

¹⁰⁷³ Résolution 2625 de l'AGNU, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies » : « [r]ien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait totalement ou partiellement l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant (...) ».

¹⁰⁷⁴ Intervention de Roberto Córdova lors de la 10^{ème} séance du 26/04/1949, *idem*, p. 77, §10. V. ég. la proposition de James Lee Brierly visant à obtenir la suppression de l'article 1^{er} dans les mêmes termes, soutenue par le Président de la Commission, *idem*, p. 137, §§12-13.

à souligner la distinction entre les deux notions : le droit à l'existence « *implied the duty of other States to respect that right of existence, protection and preservation. The right of self-defence was entirely different. That was an emergency right that arose only in case of armed attack* »¹⁰⁷⁵. La position du délégué tentait de concilier deux éléments contradictoires : bien que les deux droits fondamentaux soient radicalement différents, il soutenait que celui de légitime défense pouvait être considéré comme une manifestation exceptionnelle du droit à l'existence dans le contexte d'une agression armée. Le délégué panaméen le disait plus tôt : « *[i]n spite of the fact that self-defence might be an emergency manifestation of the general right of the State to protect and preserve its existence (...)* »¹⁰⁷⁶. Alfaro omettait toutefois de prendre en compte que l'exception est intrinsèquement liée à une règle de portée générale, ce qui ne lui permettait pas de soutenir que cette exception était « entièrement différente » de la règle à laquelle elle déroge.

404. Plus généralement, la déclaration finalement adoptée par la CDI évitait de recourir à certaines formules imprécises, telles que celle relative au « droit à l'existence », préférant se concentrer sur des règles internationalement reconnues et relatives à la protection des États. La déclaration se contentait effectivement de mentionner les obligations de respecter l'intégrité territoriale¹⁰⁷⁷, de ne pas recourir à la force¹⁰⁷⁸, de ne pas intervenir dans les affaires intérieures d'un autre État¹⁰⁷⁹ et le droit d'agir en légitime défense en cas d'agression armée¹⁰⁸⁰. Il s'agissait finalement de reprendre les stipulations de la Charte des Nations Unies. Toutefois, il faut relever que cette réitération des principes de la Charte a eu deux effets *a priori* contradictoires. D'une part, elle a facilité la rédaction de la déclaration, en associant à ses stipulations des fondements solidement établis en droit positif. D'autre part, cette répétition a pu être perçue comme une redondance, ce qui n'a pas incité les États à s'y intéresser davantage une fois qu'elle a été

¹⁰⁷⁵ 10^{ème} séance du 26/04/1949, *idem*, p. 77, §14.

¹⁰⁷⁶ *Idem*, p. 77, §6.

¹⁰⁷⁷ Article 9 de la déclaration : « [t]out État a le devoir de s'abstenir de recourir à la guerre comme instrument de politique nationale et de s'abstenir de toute menace ou emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout autre État, soit de toute autre manière incompatible avec le droit ou l'ordre public international ».

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ Article 3 de la déclaration : « [t]out État a le devoir de s'abstenir de toute intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État ».

¹⁰⁸⁰ Article 12 de la déclaration : « [t]out État a le droit de légitime défense individuelle ou collective contre une agression armée ». On pourrait multiplier les exemples : l'article premier reconnaît un droit à l'indépendance duquel découlerait « le droit d'exercer librement, sans aucune pression de la part d'un autre État, toutes ses compétences juridiques (...) » ; l'article 4 oblige les États « de s'abstenir de fomenter la guerre civile sur le territoire d'un autre État et d'empêcher que des activités ne s'organisent sur son propre territoire en vue de la fomenter » ; l'article 8 rappelle l'obligation de résoudre pacifiquement les différends interétatiques ; l'article 11 consacre « le devoir de s'abstenir de reconnaître toute acquisition territoriale faite par un autre État en violation de l'article 9 ».

adoptée par l'Assemblée. Une majorité écrasante d'États ne voyait tout simplement pas l'intérêt d'adopter une déclaration qui reprenait l'essentiel des principes de la Charte.

405. À propos de celle-ci, le Royaume-Uni admettait « qu'en plusieurs endroits de la Charte il est fait allusion aux droits des États de façon un peu vague »¹⁰⁸¹. La Tchécoslovaquie en déduisait logiquement que le projet avait « donc essentiellement trait à l'interprétation de la Charte »¹⁰⁸². Cette démarche était perçue comme pouvant nuire au « prestige moral » de l'acte constitutif onusien et même conduire à sa modification en dehors de la procédure d'amendement prévue par le texte¹⁰⁸³. La Suède et Israël déploraient tous deux les chevauchements qui existaient entre la déclaration et les stipulations de la Charte¹⁰⁸⁴. Il est très intéressant de relever que le Bureau de l'Assemblée générale des Nations Unies, lorsque cette dernière était saisie de l'opportunité d'adopter une déclaration sur les droits et devoirs étatiques, déclarait que « la Charte des Nations Unies constitue une déclaration de cet ordre et qu'en fait, il n'[était] pas possible d'être plus explicite en matière de droits et de devoirs »¹⁰⁸⁵. Le Panama admettait d'ailleurs lui-même que son projet était inspiré de la Charte¹⁰⁸⁶. Davantage qu'une reprise à l'identique des *stipulations* du texte, l'Inde voyait dans la déclaration les principes qui *fondaient* la Charte¹⁰⁸⁷. Remarquons également que l'URSS estimait que la Charte consacrait le droit à l'existence, alors même qu'aucune disposition ne lui est expressément dédiée¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸¹ Nations Unies, *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, op. cit., p. 278.

¹⁰⁸² Nations Unies, *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale – Sixième Commission – Comptes rendus analytiques (16 septembre – 26 novembre 1947)*, op. cit., pp. 347-348.

¹⁰⁸³ *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, op. cit., p. 25, déclaration française : « [l]e projet semble modifier certaines dispositions de la Charte, ce qui nécessiterait une coordination de celle-ci ».

¹⁰⁸⁴ Nations Unies, *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale – Sixième Commission – Comptes rendus analytiques (16 septembre – 26 novembre 1947)*, op. cit., p. 370 (Suède) ; Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 195, §88 (Israël).

¹⁰⁸⁵ *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, op. cit., p. 18.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, pp. 42-43. Position qui sera reprise dans le rapport de la sixième commission sur les travaux de la CDI, « Rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI », A/1196, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, séances plénières de l'AG, Annexe aux comptes rendus analytiques des séances, 1949*, op. cit., p. 216, §50.

¹⁰⁸⁷ Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 201, §32.

¹⁰⁸⁸ Déjà cité *supra*, Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 264, §64 : le projet « ne mentionne pas un certain nombre de principes important du droit international qui figurent dans la Charte, tels que le droit à l'existence et le droit de libre disposition des États ». V. é.g., *idem*, p. 220, §60 (la République Dominicaine affirme que la déclaration « proclame plusieurs principes figurant dans la Charte des Nations Unies (...) » ; p. 241, §48 (la Bolivie considère que la déclaration « se borne à énoncer des platitudes juridiques sans rien ajouter à ce qui figure déjà dans la Charte »).

406. Pour autant, il serait erroné d'en déduire, à l'instar de M^{me} Motsch, que le droit d'autoconservation bénéficie depuis l'adoption de la Charte d'une positivité restreinte au seul droit de légitime défense¹⁰⁸⁹. Un tel constat doit être nuancé après avoir établi que la disparition du droit à l'existence du projet de déclaration n'en est pas une. C'est au contraire une mutation qui se manifeste par la reconnaissance de certains principes fondamentaux garantissant l'existence des États¹⁰⁹⁰. La consécration de ces principes rendait inutile, aux yeux des membres de la Commission et de certains États, la mention d'un droit à l'existence. Pour cause, il était suggéré que ce droit apparaissait déjà implicitement dans divers articles de la déclaration. Cela était apparent dans certaines critiques adressées au droit d'autoconservation lors d'une discussion intervenue au sein de la Commission : tautologique¹⁰⁹¹, on l'a dit, le droit à la préservation de son existence n'aurait bénéficié d'aucune portée pratique ou d'aucun effet juridique¹⁰⁹². L'ensemble de ces éléments ont abouti à la suppression du droit à l'existence, quand bien même certains membres étaient favorables à son maintien¹⁰⁹³. Chacun des votes traduisait d'ailleurs l'hésitation à supprimer définitivement le droit d'exister : ils n'ont abouti en faveur de cette solution qu'à une très courte majorité¹⁰⁹⁴.

407. La première fois que la Commission du droit international discutait sérieusement de l'opportunité de supprimer l'article relatif au droit d'exister, l'un de ses membres, Alfred Emil Sandström, n'y voyait aucun inconvénient puisque l'article était un « *postulate that there was no need to state* »¹⁰⁹⁵. Cette position a été reprise dans le commentaire de la CDI du projet de déclaration : « ce droit [d'exister] est, dans une certaine mesure, un postulat ou une prémisse qui est à la base de l'ensemble du projet de déclaration »¹⁰⁹⁶. Il semble possible d'étendre cette observation au-delà de la simple déclaration. Si la principale raison derrière la suppression du

¹⁰⁸⁹ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 277-279.

¹⁰⁹⁰ Des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies, comme on le verra au paragraphe suivant.

¹⁰⁹¹ V. la réécriture de l'article premier après son examen par un sous-comité et l'explication donnée par Benegal Narsing Rau, Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 136, §8.

¹⁰⁹² Shushi Hsu approuvait ainsi la suppression du droit à l'existence, *idem*, p. 137, §16 : l'article « *seemed to serve no useful purpose* ». V. ég. l'intervention de Spiropoulos, *idem*, p. 151, §17 : le membre s'était abstenu lors du vote de l'article 1^{er} « *because he considered that the article had no meaning* ».

¹⁰⁹³ P. ex., Gilberto Amado, *idem*, p. 79, §39 : « *[h]e thought that the only fundamental right of States was the right to exist. That right was the source of all other rights of States. He thought it would be difficult to define the extent of the right to exist and the limitations of other rights based thereon without resorting to the use of vague terminology such as 'unjust acts'* ». V. ég. la position de Shushi Hsu, dont on a cependant vu *supra* qu'elle ne sera plus la même à l'issue des travaux de la Commission, *idem*, p. 80, §41.

¹⁰⁹⁴ Le premier vote en faveur de la suppression traduisait 7 voix contre 5, *idem*, p. 137 ; le deuxième, 6 voix contre 5, *idem*, p. 151, §17 ; le troisième, 5 voix contre 5, *idem*, p. 172, §21 ; le dernier, 7 voix contre 5, *idem*, p. 178.

¹⁰⁹⁵ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, op. cit., p. 137, §14.

¹⁰⁹⁶ Nations Unies, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa première session du 12 avril au 9 juin 1949*, op. cit., p. 10.

« droit d'exister » est que la Charte des Nations Unies remplit déjà cette fonction, cela suggère effectivement que ce droit est implicitement consacré dans les principes fondamentaux du droit international, à savoir ceux qui figurent dans la Charte.

1.2. Un droit à l'existence reflétant les principes fondamentaux du droit international

408. Contrairement à l'approche adoptée par les associations juridiques et les États d'Amérique latine¹⁰⁹⁷, la CDI a choisi de ne pas déduire ou codifier le droit international à partir du droit à l'existence. À la place, elle a préféré induire le droit à l'existence d'autres règles qui reprenaient l'essentiel de la Charte des Nations Unies. Une telle approche n'allait cependant pas de soi puisque de nombreux États, sous l'impulsion du Panama, avaient initialement exprimé leur souhait de voir une déclaration sur les droits et devoirs des États servir de « base à une codification nouvelle du droit international »¹⁰⁹⁸. Par exemple, la Belgique¹⁰⁹⁹, le Pérou¹¹⁰⁰, le Chili¹¹⁰¹ ou encore la Chine¹¹⁰² et le Secrétariat général¹¹⁰³ ont tenu cette position. Ce n'est dès lors pas un hasard si le premier travail de la Commission portait sur ce projet de déclaration : celui-ci était perçu comme un préalable indispensable à la codification qu'allait entreprendre la CDI.

409. Cette démarche reflétait initialement un choix en faveur de la méthode déductive plutôt qu'inductive, bien que tous les États ne l'aient pas nécessairement soutenue. La Suède et le

¹⁰⁹⁷ V. dans la section précédente du présent Chapitre, pp. 193-199.

¹⁰⁹⁸ Déclaration du Panama à l'occasion de la première session de la première commission de l'Assemblée générale, en 1946, in Nations Unies, *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'Assemblée générale, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, op. cit., p. 271. Cette même position est soutenue dans le commentaire explicatif du projet panaméen, rédigé par R. Alfaro, in *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États, mémorandum présenté par le Secrétaire général*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁹⁹ Intervention belge à la sixième commission de l'Assemblée générale, 170^{ème} séance du 20/10/1949, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 185, §2 : « [e]n conséquence, le projet (...) doit être envisagé comme un exposé doctrinal de principes propres à ouvrir la voie à une codification du droit international ».

¹¹⁰⁰ Intervention péruvienne à la sixième commission de l'Assemblée générale, 173^{ème} séance du 25/10/1949, *idem*, p. 221, §68 : c'est par une déclaration de ce type « que doit commencer l'œuvre de codification du droit international ».

¹¹⁰¹ Intervention cubaine à l'Assemblée générale, 270^{ème} séance du 06/12/1949, A/PV.270, p. 573, §5 : « [I]a codification des droits et devoirs fondamentaux des États doit être le fondement de l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international (...) ».

¹¹⁰² *Idem*, p. 575, §27 : « car cette déclaration fait partie du développement et de la codification du droit international et on pourra s'en inspirer pour les mesures à prendre ultérieurement ».

¹¹⁰³ V. la déclaration de l'assistant du Secrétaire général, I. S. Kerno, lors la séance du 12/04/1949 à la CDI, in *Yearbook of the International Law Commission 1949*, op. cit., pp. 9-10 : « [it] would provide an opportunity for stating the general principles of international law and would serve as an introduction to a comprehensive codification of international law as a whole ».

membre brésilien de la Commission avaient par exemple défendu une méthode fondée sur la codification de « secteurs particuliers », permettant de « poser des fondations solides pour les principes généraux destinés à faciliter les rapports entre nations »¹¹⁰⁴. La méthode déductive, au contraire, proposait d'identifier ces principes généraux sous la forme de droits et devoirs fondamentaux, aux fins d'en déduire les règles régissant la conduite des États en certains domaines particuliers.

410. Cette conception déductive était proche de celle des internationalistes classiques, qui considéraient les droits et devoirs fondamentaux comme le fondement du droit international et des règles particulières – de la *lex specialis*. La Norvège défendait en ce sens que « [l]es droits et devoirs des États ne sont pas une subdivision du droit international ; ils sont le droit international tout entier »¹¹⁰⁵. Dans le commentaire du Panama concernant son projet de déclaration, Alfaro l'assimilait à l'établissement des « principes de base qui constituent, pour ainsi dire, *les fondations de la structure* du droit international »¹¹⁰⁶. La force de la proposition panaméenne était de soutenir que la codification du droit international, qui se concentre nécessairement sur des régimes particuliers plutôt que généraux, ne peut jamais être erronée si elle repose sur des règles générales gouvernant les relations internationales. Dans cette perspective, en effet, il n'y aurait pas de contradiction entre le principe – de portée générale – et la règle spéciale – d'une portée plus restreinte. Ignorant complètement l'adage en vertu duquel *lex specialis derogat legi generali*, le projet panaméen s'efforçait d'établir un cadre juridique au droit international qui devait servir de source matérielle aux règles particulières¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ Commentaire du projet de déclaration panaméen, adressé au Secrétaire général par la Suède, in Nations Unies, *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, op. cit., p. 370. V. ég. la déclaration de G. Amado, à l'occasion de la 8^{ème} session de la CDI, en 1949, in *Report of the International Law Commission, covering its first session, 12 April – 9 June 1949*, op. cit., p. 63, §5 : « [s]ome favoured the inductive method of codifying specific subjects first and deducting general principles from them ».

¹¹⁰⁵ Intervention formulée lors de la 177^{ème} séance de la sixième commission, le 29/10/1949, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 246, §2.

¹¹⁰⁶ Commentaire explicatif du projet panaméen, rédigé par R. Alfaro, in *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États, memorandum présenté par le Secrétaire général*, op. cit., p. 40 (italiques ajoutés).

¹¹⁰⁷ V. la position exprimée par le Royaume-Uni lors de la 159^{ème} séance du 12/10/1949, au sein de la sixième commission, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, op. cit., p. 112, §32 : « [i]l est indéniable que certains de ces principes ne constituent pas des règles de droit, mais, pour cette raison même, ils ont leur place dans une déclaration sur les droits et devoirs des États dont le but n'est pas tellement de préciser certaines règles de droit que de poser les principes sur lesquels ces règles doivent être fondées ». V. ég., *idem*, p. 113, §35 : « [l]e projet de déclaration doit être accepté comme une importante contribution aux sources du droit existant faite par un groupe d'experts indépendants, comme un exposé autorisé des principes du droit en la matière ».

L'approche ne détonnait pas avec la façon dont le droit international s'est historiquement construit : M. Wyler remarque ainsi que « le droit international général précède le droit international particulier, auquel il confère d'ailleurs signification et validité »¹¹⁰⁸.

411. Il n'est pas surprenant que le jour de l'adoption de la résolution relative au projet de déclaration par l'Assemblée en 1949, certains États souhaitaient voir consacrer, en préambule, un paragraphe établissant que ledit projet constituait « une source du droit et (...) un guide aux fins » du « développement progressif » du droit international¹¹⁰⁹. La définition apportée à la notion de « source » était, du reste, approximative. Les États-Unis d'Amérique définissaient l'expression employée selon les termes de l'article 38(1)(d) du Statut de la Cour internationale de Justice, c'est-à-dire au même titre que les « décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »¹¹¹⁰. Voilà une position qui restreignait largement la portée d'un document qui prétendait pourtant établir les bases fondamentales du droit international. Le Chili, soutenant l'initiative étatsunienne, illustre cette apparente contradiction : tout en félicitant le fait que c'était « la première fois que l'on s'effor[çait] de dégager sur le plan mondial les principes fondamentaux qui président aux relations entre les États », elle se déclarait favorable à considérer le projet comme « une source de droit »¹¹¹¹. Reprise par l'Égypte¹¹¹², ces deux formulations étaient pourtant sémantiquement contradictoires : comment serait-il possible de dresser les principes *fondamentaux* tout en les qualifiant de « moyen *auxiliaire* de détermination des règles de droit » ? Si ces principes sont effectivement fondamentaux, ils ne sauraient être accessoires : ils sont fondamentaux ou ils ne le sont pas.

412. Les imprécisions lexicales susmentionnées découlent de l'opposition exprimée par de nombreuses délégations à reconnaître le projet en tant que source du droit international. Preuve en est, les États-Unis avaient soumis à la sixième commission un nouveau projet d'amendement

¹¹⁰⁸ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁰⁹ Projet de résolution des États-Unis d'Amérique, A/C.6/330, reproduit dans le « Rapport de la Sixième Commission », A/1196, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, séances plénières de l'AG, Annexe aux comptes rendus analytiques des séances*, 1949, New-York, Lake Success, pp. 216-217, §53. L'État réitère cette position à l'occasion de 168^{ème} séance de la sixième commission de l'Assemblée générale, le 18/10/1949, in Nations Unies, *Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09 – 29/11/1949)*, *op. cit.*, pp. 176-177, §77.

¹¹¹⁰ Article 38(1)(d) du Statut de la Cour internationale de Justice. V. la position des États-Unis formulée lors de cette 168^{ème} séance, *idem*, p. 177, §88.

¹¹¹¹ Intervention formulée à la 175^{ème} séance du 27/10/1949, à la sixième commission, *idem*, pp.229-230, §§3 et 9.

¹¹¹² Intervention lors de la 176^{ème} séance du 28/10/1949, à la sixième commission, *idem*, p. 238, §21.

marquant l'abandon de l'expression « source » au profit de celle de « guide »¹¹¹³. Que signifiait, toutefois, ce changement ? Selon la délégation étatsunienne, « [l]'une et l'autre expression ont pour objet d'indiquer le caractère vivant de la déclaration, qui prendra de l'ampleur et qui pourra être révisée au fur et à mesure du développement du droit international »¹¹¹⁴. Les termes étaient donc interchangeables et cette modification ne signifiait juridiquement pas grand-chose, l'amendement se contentant d'éclaircir ce que signifiait le recours initial aux « sources ». Après de longues discussions, la délégation cubaine a tenté d'obtenir la réintégration de la notion de « source » dans le projet¹¹¹⁵. Cette proposition a toutefois été rejetée à 22 voix contre 11, avec 15 abstentions¹¹¹⁶. Le Mexique félicitait la suppression définitive de l'expression au motif qu'on « pourrait l'entendre, soit comme un facteur qui entre en jeu dans un processus d'élaboration du droit, soit comme un élément créateur du droit, encore comme un document qui fait autorité en dernière instance »¹¹¹⁷.

413. Les développements qui précèdent ne nous éloignent nullement du sujet, au contraire. Il était nécessaire de réaliser ce tour d'horizon afin de comprendre la signification juridique d'une déclaration sur les droits et devoirs des États, quand bien même celle-ci ne consacrait pas explicitement le droit d'autoconservation. Les discussions rapportées ici marquent en effet l'échec d'une certaine méthode d'identification des principes du droit international et la réussite d'une autre : en ne donnant aucune suite au projet de déclaration et en entreprenant la codification de régimes particuliers du droit international, la Commission et les États ont nettement exprimé leur préférence en faveur de la méthode inductive plutôt que déductive. Chacun des projets de déclaration élaborés depuis 1916 prétendait échapper à des réflexions abstraites et aux postulats, afin d'identifier les principes véritablement fondamentaux du droit international. L'échec de cette entreprise suggère que la méthode inductive présente de nombreux avantages, qu'il convient de souligner.

414. En réalité, la méthode déductive ne permet pas de remplir la promesse formulée par le Panama, à savoir celle d'établir des principes ancrés dans le droit positif et d'échapper ainsi aux postulats. Le problème se pose en ces termes : si l'on admet la possibilité de déduire un ensemble de règles particulières à partir de certains principes généraux, il en découle que ces

¹¹¹³ Intervention lors de la 177^{ème} séance du 29/10/1949, à la sixième commission, *idem*, p. 247, §8.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ Assemblée générale, 270^{ème} séance du 06/12/1949, A/PV.270, pp. 578-579.

¹¹¹⁶ Assemblée générale, 270^{ème} séance du 06/12/1949, A/PV.270, p. 586, §165.

¹¹¹⁷ Intervention lors de la 179^{ème} séance du 31/10/1949 de la sixième commission, *in Nations Unies, Documents officiels de la quatrième session de l'AG, sixième commission, questions juridiques, compte rendu analytique des séances (20/09 – 29/11/1949), op. cit.*, p. 264, §66. Dans le même sens, *inter alia* et *idem* : la France (p. 262, §41) ; Pérou (p. 266, §84).

principes n'ont pas d'existence autonome en eux-mêmes. En d'autres termes, ils ne sont pas l'objet de pratiques distinctes, ce qui rend leur identification dans le droit positif extrêmement difficile. Toute tentative de le faire ne serait que pure spéculation, vérifiable uniquement par l'étude des règles particulières qui en découlent. Dans cette perspective, aucun État ne viendrait opposer son droit à l'existence à l'encontre d'un autre État : il se contenterait d'invoquer une règle particulière ayant vocation à garantir sa survie. Il est dès lors logique que de nombreux États n'aient eu de cesse de se référer aux « postulats » afin de décrire les droits et devoirs fondamentaux des États¹¹¹⁸ : *la méthode déductive impose nécessairement de raisonner dans l'abstrait et en termes d'axiomes*.

415. Cette méthode suppose un raisonnement circulaire, par définition sans fin : les déclarations adoptées depuis 1916 en témoignent. Tout semble se répéter depuis lors, sans jamais parvenir à clore définitivement la discussion quant à l'existence ou à l'inexistence des droits et devoirs des États. Cela explique pourquoi il existe une préoccupation constante pour les déclarations de droits et devoirs dans la pratique internationale depuis le début du XX^e siècle. Dans les années quatre-vingt-dix, par exemple, un groupe de juriste a tenté de raviver, en Russie, le projet d'adopter une telle déclaration¹¹¹⁹. Autre exemple plus célèbre, la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », qui a été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2625(XXV) du 24 octobre 1970¹¹²⁰. La P^{re} Poirat identifie d'ailleurs dans cette déclaration la consécration des « cinq droits fondamentaux retenus

¹¹¹⁸ La Grèce, dans une communication adressée au Secrétaire général, commentant le projet panaméen, *in Nations Unies, Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances* (02/11 – 13/12/1946), *op. cit.*, p. 351 : le projet « devrait se borner à un nombre limité de principes et de postulats reconnus par tous les membres de la communauté internationale dans leurs rapports mutuels ». Plus loin : « (...) une proclamation d'une portée aussi générale que la déclaration envisagée, devrait se limiter à des principes pouvant être fondés sur le DI commun ou à des postulats généralement acceptés ».

Dans sa proposition initiale de Déclaration des principes des États, soumise à la considération de la Conférence de San Francisco en 1945, le Brésil faisait figurer un paragraphe en préambule disant ceci, *in Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États, mémorandum présenté par le Secrétaire général, op. cit.*, p. 145 : « [q]ue les peuples d'Amérique sont animés d'un amour profond de la justice et demeurent sincèrement attachés aux postulats du droit international ».

¹¹¹⁹ V. A. Romanov, « Concept of Fundamental Rights and Duties of States between Two Ages », *Moscow Journal of International Law*, vol. 4, 1996, pp. 175-179. Écrit en russe, il me faut remercier Kostiantyn Savchuk de m'avoir adressé l'article dans un format qui en a facilité la traduction.

¹¹²⁰ AGNU, 24 octobre 1970, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », A/RES/2625(XXV). V., P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États, op. cit.*, pp. 289-290. On pourrait également citer la résolution 3281 (XXIX), « Charte des droits et devoirs économiques des États », adoptée par l'AGNU le 14/12/1974. Sur le sujet : J. Castañeda, « La Charte des droits et des devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration », *AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 31-56.

par la doctrine classique et, d'une certaine manière, leur esprit »¹¹²¹. Le P^r Viñuales décrit la déclaration comme un document concentrant les principes fondamentaux du droit international, ces derniers étant définis comme des principes qui permettent de déterminer l'*identité* d'un ordre juridique, en l'espèce international¹¹²². Dans les années quatre-vingt, quelques États non-alignés proposaient d'adopter un « code de conduite » consacrant les droits fondamentaux des États¹¹²³, sans succès¹¹²⁴.

416. À dire vrai, la pratique des États montre une volonté d'engager des travaux concernant ces droits fondamentaux, mais ils ne parviennent jamais à l'adoption formelle de ces droits. Par exemple, lorsque le « Comité spécial sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États » étudiait l'article relatif à l'égalité souveraine, la délégation du Mexique a expressément fait référence à son projet initial de déclaration sur les droits et devoirs des États, confirmant leur assimilation avec les principes discutés¹¹²⁵. Surtout, le représentant proposait aux membres du Comité d'approfondir le principe d'indépendance politique à partir de l'article 9 de la Charte de l'OEA – devenu l'article 13 avec la révision de 1967 – qui stipulait le droit de tout État « d'assurer sa conservation et sa prospérité »¹¹²⁶. Il n'était pas question de consacrer explicitement ledit droit, mais plutôt d'explicitier les principes qui devaient figurer dans la Déclaration, afin de renforcer leur vocation à protéger l'existence des États et à garantir leur libre développement. Il est intéressant

¹¹²¹ F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, pp. 251-252. Sur le caractère conservateur de la Déclaration, v. R. Rosenstock, « The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations : A Survey », *AJIL*, vol. 65(5), 1971, p. 735 : « (...) *the text is largely oriented towards the preservation and protection of state sovereignty rather than the development of new norms and new mechanisms more suited to the increasingly interdependent world of today and of the future* ».

¹¹²² J. Viñuales, « Introduction – The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal ? », in J. Viñuales (ed.), *The United Nations Friendly Relations Declaration at 50. An assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge, CUP, 2020, p. 9.

¹¹²³ Intervention de la délégation chilienne au sein de la sixième commission de l'AGNU, 38^{ème} séance du 05/11/1980, A/C.6/35/SR.38, p. 4, §10 (*contra*, le Mexique ne qualifie pas le projet de déclaration sur les droits et devoirs fondamentaux étatiques, *id.*, p. 18, §69). Proposition soutenue par la Roumanie lors de la 40^{ème} séance du 6 novembre 1980 (A/C.6/35/SR.40, p. 14, §67) ainsi que par l'Autriche (*id.*, p. 24, §114). V. ég. le soutien manifesté par la Tunisie à la 42^{ème} séance du 10 novembre 1980 (A/C.6/35/SR.42, p. 11, §45).

¹¹²⁴ Intervention de la délégation italienne au sein de la sixième commission de l'AGNU, 34^{ème} séance du 31/10/1980, A/C.6/35/SR.34, p. 6, §18. L'Indonésie émettait les mêmes réserves que celles opposées au projet de la CDI, à savoir le risque de répéter ou de contredire la Charte des Nations Unies, v. la 35^{ème} séance plénière de la sixième commission de l'AGNU, le 04/11/1980, A/C.6/35/SR.36, pp. 7-8, §17.

¹¹²⁵ Comité spécial sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, première session, 33^{ème} séance du 23/09/1964, A/AC.119/SR.33, p. 6.

¹¹²⁶ *Idem*, pp. 7-8 : « (...) [*Mexico*] would further suggest for the consideration of the Drafting Committee that the concept of political independence might be developed, perhaps on the basis of article 9 of the Charter of the Organization of American States, which laid down that the State had the right to provide for its preservation and prosperity and consequently to organize itself as it saw fit (...) ». Relevons que la délégation poursuivait avec une autre phrase confirmant ce qui a été dit plus tôt à propos de l'assimilation du droit à l'existence et du droit au respect de la personnalité de l'État, p. 8 : « [*a*]s was obvious, that principle was closely related to the principle of respect for the personality of the State (...) ».

de noter qu'une fois de plus, aucune délégation n'a jugé nécessaire de consacrer explicitement le droit d'exister. La préservation de l'État était considérée comme garantie par le principe d'égalité juridique, qui engendrait l'obligation de respecter l'indépendance politique et l'intégrité territoriale d'un État¹¹²⁷.

417. À partir de l'ensemble de ces éléments, deux constats s'imposent : les principes fondamentaux semblent profondément ancrés dans le droit international comme les successeurs des droits et devoirs fondamentaux, en ce qu'ils structurent les relations interétatiques et sont indisponibles¹¹²⁸ ; il n'est cependant pas possible de démontrer leur réalité à partir d'une méthode déductive. Cela confirme l'avantage d'une approche inductive¹¹²⁹, celle-ci permettant de contredire la thèse de la disparition pure et simple du droit d'autoconservation depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Tout au contraire, son « esprit » a été préservé au travers des principes fondamentaux qui ornent de nombreuses conventions internationales, en particulier la Charte des Nations Unies.

Paragraphe 2. La conservation de l'État comme élément structurant des principes de la Charte des Nations Unies

418. C'est justement parce que les principes de la Charte des Nations Unies garantissent aux États le droit de voir leur indépendance et leur intégrité territoriale respectées (2.1.), que les Membres de l'ONU qualifient de « menace existentielle » toute violation grave de ces principes (2.2.).

2.1. Des principes de la Charte organisant le droit international autour de la préservation de l'existence des États

419. Lorsqu'on aborde le sujet des « principes fondamentaux du droit international », les premiers principes qui viennent à l'esprit sont généralement ceux énoncés à l'article 2 de la Charte des Nations Unies, et qui ont été développés par la résolution 2625 (XXV) intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la

¹¹²⁷ *Idem*, p. 14 (Roumanie).

¹¹²⁸ F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, p. 252 : « [l]a 'doctrine des droits fondamentaux de l'État' conduit ainsi à dégager l'existence de droits, on préférera ici 'principes', dont la particularité est de n'être pas soumis au jeu des volontés individuelles, d'être, dans cette mesure, indisponibles ».

¹¹²⁹ E. Wyler suggérerait déjà cette méthode à propos des droits et obligations inhérents au statut d'État, correspondant aux droits fondamentaux étatiques, dans *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État*, *op. cit.*, p. 284 : « [e]st-ce à dire qu'il n'est pas possible d'identifier les droits et obligations attachés au Statut d'État ? Certes non, et la difficulté consiste, au lieu de poser ceux-ci *a priori* pour ensuite étendre la liste par déduction, à les inférer de la pratique internationale. Une étude poussée sur ce point précis mériterait d'être menée ».

coopération entre les États »¹¹³⁰. L'Assemblée générale a fréquemment qualifié les principes contenus dans l'article précité de « fondamentaux »¹¹³¹. Lorsque l'Équateur proposait de rédiger un troisième paragraphe consacrant « [l]e respect fondamental de la personnalité et de la souveraineté des États » au sein du chapitre I de la Charte¹¹³², la délégation précisait avoir l'intention de faire de l'ONU « une 'Société d'État régie (...) par les principes fondamentaux du droit international public' »¹¹³³. Après avoir adopté ces principes à Dumbarton Oaks, le Royaume-Uni soulignait qu'ils étaient « déclaratifs du droit international général liant tous les États »¹¹³⁴. Ainsi, de tels principes pouvaient être considérés comme inhérents au droit international et extérieurs de toute emprise par le droit positif, si ce n'est sous la forme *déclarative* susmentionnée.

420. En qualifiant les principes de la Charte de « principes fondamentaux », les États et les juridictions internationales suggèrent que ces principes jouent un rôle central et organisent le cadre normatif dans lequel ils interagissent. En effet, l'expression « fondamental » n'exprime pas nécessairement le caractère juridiquement fondamental – impératif – d'une règle de droit, mais peut également désigner sa qualité de fondement, au sens architectural¹¹³⁵. Dans une note de cadrage communiquée par le Venezuela aux États Membres des Nations Unies, le premier insistait sur la nécessité de « respecter scrupuleusement les buts et principes énoncés dans la Charte, qui sont les *piliers* du droit international »¹¹³⁶. En tant que fondement, donc, ces principes dominent les relations interétatiques et sous-tendent l'ensemble des règles juridiques internationales. En ce sens, le Conseil de sécurité énonce depuis la proclamation

¹¹³⁰ Résolution 2625 (XXV), *op. cit.* : « [l]es principes de la Charte qui sont inscrits dans la présente Déclaration constituent des principes fondamentaux du droit international, et [l'Assemblée] demande en conséquence à tous les États de s'inspirer de ces principes dans leur conduite internationale et de développer leurs relations mutuelles sur la base du respect rigoureux desdits principes ». V. ég. M. Sahovic, « Quinze années de mise en œuvre de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des États », *AFDI*, vol. 31, 1985, p. 528.

¹¹³¹ V. la résolution 57/216, « Promotion du droit des peuples à la paix », adoptée le 18/12/2002, troisième alinéa du préambule : « [a]yant à l'esprit les principes fondamentaux du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies » (italiques dans l'original). Eg., résolution 58/192, « Promotion de la paix en tant que condition essentielle du plein exercice par tous les droits de l'homme », adoptée le 22/12/2003, quatrième alinéa du préambule.

¹¹³² Dont on a déjà relevé la proximité avec le droit de conservation, notamment dans les écrits d'Alvarez, p. 192.

¹¹³³ Nations Unies, *Documents de la conférence des nations unies sur l'organisation internationale. San Francisco 1945*, vol. I, New York, United Nations Information Organizations, 1945, pp. 540-541.

¹¹³⁴ Royaume-Uni, « Lettre, en date du 8 mars 1965, adressée au secrétaire général par le représentant permanent adjoint du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'Organisation des Nations Unies », distribuée le 12/03/1965 sous la cote S/6229, p. 2.

¹¹³⁵ G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965, p. 89 : « [t]he word 'fundamental' is meant to imply that the principle in question is part of the groundwork of international law and is firmly linked with its foundations. For this reason, the fundamental principles may also be likened to the pillars of international law ».

¹¹³⁶ « Lettre datée du 1^{er} février 2016, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la République bolivarienne du Venezuela auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2016/103, pp. 2-3.

d'indépendance de la République turque de Chypre-Nord, non reconnue internationalement¹¹³⁷, les principes fondamentaux devant servir à régler pacifiquement le différend. Le 11 octobre 1991, le Conseil adoptait par exemple une résolution réaffirmant les « principes fondamentaux d'un règlement à Chypre », ceux-ci étant relatifs, entre autres, à « la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale (...) »¹¹³⁸.

421. Lorsqu'il est question d'élaborer un nouveau régime juridique, il n'est pas inhabituel que les délégations érigent les principes de la Charte en tant que point de départ des négociations. À cet égard, prenons l'exemple des travaux récemment entrepris aux Nations Unies dans le domaine du cyberspace. La résolution 73/266, adoptée à la fin de l'année 2018 par l'Assemblée générale, priait le Secrétaire général de « définir une vision commune » en matière de « sécurité informatique » avec l'assistance des États membres¹¹³⁹. Ces derniers s'attachent à communiquer au Secrétaire leur souhait que le régime applicable au cyberspace respecte un certain nombre de principes fondamentaux : ceux de souveraineté, d'égalité, d'intégrité territoriale, de non-ingérence et de non-recours à la force¹¹⁴⁰.

422. Il serait ainsi possible d'en déduire, avec le P^r Kolb, qu'il existe une « structure constitutionnelle du droit international public », celle-ci recouvrant « un droit essentiellement de grands principes »¹¹⁴¹ identifiables à partir du postulat sur lequel le droit international repose : l'État¹¹⁴². Si l'auteur range parmi ces principes ceux qui intéressent la préservation de l'existence de l'État – tels que la souveraineté, l'égalité et la non-ingérence –, il admet néanmoins qu'il existe d'autres principes qui ne concernent pas immédiatement cet aspect – comme la bonne foi, le patrimoine commun de l'humanité ou encore le développement durable¹¹⁴³. L'auteur attribue aux principes une fonction similaire à celle reconnue aux droits

¹¹³⁷ Résolution 541 (1983), adoptée à 13 voix contre une (Pakistan) et une abstention (Jordanie), lors de la 2500^{ème} séance, §7 : le Conseil demande « à tous les États de ne pas reconnaître d'autre État chypriote que la République de Chypre ».

¹¹³⁸ Résolution 716 (1991), adoptée à l'unanimité lors de la 3013^{ème} séance, §3. V. ég. la résolution 750 (1992), adoptée à l'unanimité lors de la 3067^{ème} séance, §2.

¹¹³⁹ Résolution 73/266 de l'AGNU, « Favoriser le comportement responsable des États dans le cyberspace dans le contexte de la sécurité internationale », adoptée le 22/12/2018, §3.

¹¹⁴⁰ « Recueil officiel des contributions nationales volontaires sur la question de savoir comment le droit international s'applique à l'utilisation des technologies de l'information et des communications par les États, soumises par les experts gouvernementaux participant au Groupe d'experts gouvernementaux chargés d'examiner les moyens de favoriser le comportement responsable des États dans le cyberspace dans le contexte de la sécurité internationale, créé en application de la résolution 73/266 de l'Assemblée générale », distribué le 26/07/2021 sous la cote A/76/136, 152p.

¹¹⁴¹ R. Kolb, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Annuaire Canadien de droit international*, vol. 39, 2002, p. 73.

¹¹⁴² L. Henkin, « International Law : Politics, Values and Functions », *RCADI*, vol. 216, 1989, pp. 51-54, p. ex. à la p. 52 : « *the sense of legal obligation was implicit, inherent, in Statehood in a State system* ».

¹¹⁴³ R. Kolb, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Annuaire Canadien de droit international*, *op. cit.*, p. 74.

fondamentaux des États pendant la première moitié du XX^{ème} siècle : ils « sont postulés comme têtes de pont à la fois juridiques et axiologiques » afin d’installer, « à travers eux, l’idée du droit (...) dans des espaces nouveaux »¹¹⁴⁴. Autrement dit, ces principes participent à ce que l’auteur qualifie de « séquence de la création du droit », même s’ils ne suffisent pas en tant que tels à créer la règle de droit, celle-ci nécessitant une consécration formelle¹¹⁴⁵.

423. Cette observation révèle la difficulté à distinguer ces « principes généraux » des « principes fondamentaux », comme l’observaient déjà certains États qui ont commenté les travaux du Rapporteur spécial de la CDI sur les principes généraux du droit. Ce dernier suggérait que les principes généraux déduits des systèmes juridiques nationaux étaient soumis à un processus de « transposition dans l’ordre juridique international », c’est-à-dire qu’ils devaient être « compatibles avec les principes fondamentaux du droit international »¹¹⁴⁶. Certains États ont appuyé cette recommandation en définissant les principes fondamentaux à partir de ceux « inscrits dans la Charte des Nations Unies »¹¹⁴⁷. Cette précision pourrait finalement permettre de distinguer les deux catégories de principes, ainsi que l’Espagne l’observait au sein de la sixième commission de l’AGNU :

« Par exemple, il faut établir une distinction claire entre les principes généraux du droit et les principes fondamentaux du droit international énoncés à l’Article 2 de la Charte des Nations Unies (...). Les principes énoncés dans cette résolution, par exemple celui de l’égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, expriment des valeurs juridiques et organisationnelles fondamentales, de nature coutumière, et constituent un ensemble de règles fondamentales de caractère universel qui est au cœur du droit international contemporain. S’il existe des principes, comme celui de la bonne foi, qui relèvent à la fois des deux catégories, il demeure que les principes fondamentaux du droit international sont tout à fait distincts des principes généraux du droit que la Commission doit examiner »¹¹⁴⁸.

424. En réalité, la distinction n’est pas si claire, surtout lorsqu’on se souvient que la fonction attribuée par le Rapporteur aux principes généraux présente des similitudes avec celle reconnue

¹¹⁴⁴ *Id.*, p. 101.

¹¹⁴⁵ *Ib.*

¹¹⁴⁶ M. Vázquez-Bermúdez, *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/741, p. 23, §74.

¹¹⁴⁷ Commission du droit international, *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l’Assemblée générale au cours de sa soixante-seizième session, établi par le Secrétariat*, A/CN.4/746, p. 16, §76. Le Rapporteur a ultérieurement retenu cette solution, v. *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-douzième session (26 avril – 4 juin et 5 juillet – 6 août 2021)*, A/76/10, p. 170, §232.

¹¹⁴⁸ Intervention de la délégation espagnole, 32^{ème} séance de la sixième commission, le 06/11/2019, A/C.6/74/SR.32, p. 7, §40.

par le P^f Kolb aux principes fondamentaux. Chacun des principes servirait de fondement au droit et ils irrigueraient l'ensemble du droit international – sa création, son interprétation et sa contestation. Sous l'insistance de certains membres de la Commission et d'autres États, le Rapporteur a supprimé la référence aux « principes fondamentaux » de son plus récent projet de conclusion. Dorénavant, il se contente de stipuler qu'une transposition d'un principe général issu du droit interne « dans le système juridique international »¹¹⁴⁹ est nécessaire afin qu'il soit « compatible avec ce système »¹¹⁵⁰.

425. Peu importe si la distinction n'est pas aisée, dès lors que les États prennent soin de qualifier les principes de la Charte de « principes fondamentaux » et que ceux-ci semblent constituer le cadre architectural du droit international public. En ce sens, la délégation britannique identifiait l'obligation, pour tout État ayant « exprimé l'intention de se retirer de l'Organisation », de *continuer* à « observer les principes fondamentaux relatifs au maintien de la paix et de la sécurité internationales qui sont consacrés par l'Article 2 de la Charte »¹¹⁵¹. Cette conclusion, si elle était admise, aurait pour effet de neutraliser tout l'intérêt d'un retrait de l'ONU – à savoir ne plus être obligé de respecter les clauses conventionnelles. L'observation britannique demeure néanmoins intéressante quant à l'éclairage qu'elle apporte sur la nature des principes de la Charte : ils seraient devenus fixes et immuables, manifestant leur caractère structurel et hors de toute emprise par les États. Tout le droit international, autrement dit, graviterait autour d'eux.

426. Partant de cette conception, il faudrait en conclure que ces principes sont opposables aux États *dès qu'ils viennent à exister*. Laissant de côté la difficile question de savoir à partir de quand l'existence d'un État n'est plus contestée pour devenir un « fait »¹¹⁵², il faudrait rejoindre l'observation de M. Wyler selon lequel le principal effet de la création de l'État est de rendre *immédiatement* opposables certaines règles du droit international général, en

¹¹⁴⁹ Projet de conclusion 4(b), in *Rapport de la CDI, Soixante-treizième session (18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022)*, A/77/10, p. 325, note 1189.

¹¹⁵⁰ *Id.*, projet de conclusion 6, p. 326, note 1189. La suppression résulte des doutes exprimés par l'emploi de l'expression « principes fondamentaux », *id.*, p. 329, §112. Un examen de la jurisprudence de la CIJ ne semble pas permettre de lever ces doutes qui entourent l'ensemble du processus de transposition, ainsi que l'a démontré M. de Andrade, « The Two-step Methodology for the Identification of General Principles of Law », *ICLQ*, vol. 71(4), pp. 994-998, spéc. p. 998.

¹¹⁵¹ S/6229, *op. cit.*, pp. 2-3. Dans le même sens, Italie, « Note verbale en date du 13 mai 1965 adressée au secrétaire général par le représentant permanent de l'Italie auprès de l'Organisation des Nations Unies », distribuée le 17/05/1965 sous la cote S/6356, p. 3 : « (...) les principes de la Charte des Nations Unies font maintenant partie du droit international coutumier et du droit international général et aucun État qui se retire de l'Organisation ne peut se soustraire à certaines obligations fondamentales énoncées dans la Charte ».

¹¹⁵² Conférence pour la paix en Yougoslavie, Avis n°1 de la Commission d'arbitrage, *RGDIP*, vol. 96, 1992, p. 264.

particulier celles lui permettant de protéger son existence¹¹⁵³. C'est pour cette raison que la reconnaissance de la qualité d'État est un enjeu crucial des relations internationales¹¹⁵⁴ : en conséquence de la naissance de l'État, il pèse en retour sur les « États auteurs de la reconnaissance [l'obligation] (...) de respecter (...) les règles essentielles sur l'intégrité territoriale ou le principe de non-ingérence dans les affaires internes »¹¹⁵⁵. M. Wyler ajoute qu'un « éventuel retrait » de la reconnaissance « n'aurait aucun effet sur l'obligation à charge de tout État de respecter les droits attachés audit Statut dont peut désormais se prévaloir le nouvel État, ces droits étant d'opposabilité *erga omnes* »¹¹⁵⁶. Ainsi, il existerait bien des droits inhérents au statut d'État, mais qui trouveraient leur origine dans des règles reconnues en droit positif. Or, ces droits inhérents reprennent – partiellement au moins – les principes de la Charte ainsi que d'autres droits qui ont ou qui vont attirer notre attention¹¹⁵⁷, confirmant l'hypothèse selon laquelle ils ont pour fonction de protéger, *lato sensu*, l'existence de l'État.

¹¹⁵³ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État*, *op. cit.*, p. 161 : « [c]'est ce qu'on appelle aussi 'l'immédiateté internationale', termes désignant l'automaticité de la relation sujet du droit international/titularité de droits et obligations provenant de l'ordre juridique international ». Th. Christakis, « The State as a 'primary fact': some thoughts on the principle of effectiveness », in M. Kohen (dir.), *Secession - International Law Perspectives*, Cambridge, CUP, 2006, p. 139 : l'auteur remarque qu'un État parvenant à démontrer son existence a « droit à la protection que le droit international accorde à ce statut [d'État] ». V. ég. un auteur considérant que ces règles sont opposables même sans reconnaissance de l'État, dès que l'existence de ce dernier est acquise comme un « fait », J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, p. 93, citant le *Restatement 2nd*, s. 107 : « [a]n entity not recognized as a State but meeting the requirements for recognition has the rights of a State under international law in relation to a non-recognizing State ». V., enfin, S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 5 : « [l]a réunion des critères requis pour la naissance d'un État entraîne donc des conséquences inhérentes à cette situation. Il bénéficie des protections communes reconnues par le droit international, notamment par l'article 2 § 4 de la Charte (...) ».

¹¹⁵⁴ S. Talmon, « The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition : *Tertium on Datur ?* », *BYBIL*, vol. 75, 2004, pp. 148-152. À propos de l'obligation de ne pas reconnaître les situations créées à la suite des violations graves d'une règle impérative, au sens de l'article 40 du projet d'articles de 2001, la doctrine a considéré que cela signifiait l'impossibilité de reconnaître les droits inhérents d'un État constitué à partir d'une telle violation. Plus concrètement, l'auteur propose que les États tiers doivent refuser de reconnaître certains droits inhérents qui évoquent les principes fondamentaux de la Charte – comme le droit au respect de l'intégrité territoriale.

¹¹⁵⁵ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État*, *op. cit.*, pp. 161-162. Cela ne va pas, bien entendu, jusqu'à déduire de l'acte de reconnaissance l'obligation de garantir l'existence d'un État, sauf engagement explicite de l'État auteur de la reconnaissance, v. *AFDI*, vol. 20, 1975, p. 1065 : « (...) la France garantit à Israël son concours pour assurer sa sécurité. Quand elle a reconnu l'État d'Israël, la France a reconnu qu'elle garantirait l'existence de cet État » (déclaration du ministre des Affaires étrangères à l'Assemblée nationale, le 18/10/1973). Au contraire, lorsque la France a reconnu le royaume d'Italie, en 1861, elle avait précisé que cela n'emportait aucunement l'obligation de « garantir son existence », in A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Tome III, Paris, éditions du CNRS, 1965, p. 16, n°21.

¹¹⁵⁶ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État*, *op. cit.*, p. 278.

¹¹⁵⁷ *Id.*, p. 283 : « [f]igurent dans ces catalogues les droits à l'intégrité territoriale, à l'indépendance politique, à la coopération en matière de paix et sécurité internationales, au désarmement, à l'environnement, à la légitime défense, à l'immunité, à l'autonomie constitutionnelle, coutumières, à exercer la protection diplomatique, à naviguer librement en haute mer, à délimiter sa ZEE, à actionner d'autres États en responsabilité, *etc.* ». L'auteur déplore néanmoins cette « énumération fastidieuse » qui aurait la faiblesse de reposer sur une « logique déductiviste » dont on a déjà relevé les limites dans le chapitre précédent.

427. Enfin, il convient de rappeler que l'adoption de la Charte marquait, selon Friedman, une nouvelle ère ordonnée autour d'un « droit de coopération »¹¹⁵⁸. Malgré le profond changement qu'a représenté la création de l'ONU, ce glissement n'a pas pour autant supprimé l'importance du « droit de coexistence »¹¹⁵⁹ – de la même manière que le « droit au perfectionnement » identifié par Wolff et Vattel ne neutralisait pas le « droit d'autoconservation » des États. Tandis que le premier suppose la coopération interétatique, le second traduit la coexistence entre les nations souveraines et indépendantes : chacun d'eux intéresse toutefois la préservation de l'existence des États, ainsi que la délégation jordanienne le relevait en novembre 1962 aux Nations Unies¹¹⁶⁰.

428. Il faut néanmoins admettre que la coexistence constitue la notion qui a le plus immédiatement à voir avec cette préservation¹¹⁶¹. La proximité qui existe entre ce premier concept et la théorie des droits fondamentaux étatiques avait d'ailleurs été remarquée par le Juge Quintana dans son opinion individuelle, sous l'affaire de l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)* :

« L'ordre public international se confine dans le système du droit international public quand il établit certains principes, tels les principes généraux du droit des gens et les droits fondamentaux des États, dont le respect est indispensable pour permettre la

¹¹⁵⁸ W. Friedmann, « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *RBDI*, 1970.1, pp. 5-9 (où l'auteur démontre que le « droit de coopération » est apparu nécessaire à la communauté internationale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, afin de répondre aux « nécessités nouvelles » qui présentent un danger pour l'humanité – comme les armes nucléaires, pp. 1-2). V. ég. W. Friedmann, *De l'efficacité des Institutions internationales*, Paris, Armand Colin, 1970, pp. 85-138.

¹¹⁵⁹ W. Friedmann admet lui-même la complémentarité qui existe entre coexistence et coopération, *De l'efficacité des Institutions internationales*, *idem*, p. 84 : le droit international, « pour satisfaire les besoins les plus élémentaires de l'Humanité, doit pouvoir remplir deux conditions fondamentales, faire face à deux défis : s'organiser pour survivre ; organiser la coopération nécessaire pour assurer le bien être de tous ». Plus explicitement encore, W. Friedmann, « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *id.*, p. 6 : « [m]ême si le nombre des États s'est multiplié, ce droit international de coexistence *doit subsister*, mais il n'est plus suffisant pour assurer l'existence organisée de l'humanité » (italiques ajoutés). V. ég. R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 201 : « [l]a nouveauté [de la distinction opérée par Friedmann] ne consiste pas en un remplacement d'un ancien corps de normes par un nouveau, mais plutôt en un enrichissement des anciennes règles par l'adjonction d'une nouvelle couche normative ».

¹¹⁶⁰ Intervention de la délégation de la Jordanie lors de la 760^{ème} séance de la Sixième commission de l'AGNU, le 15/11/1962, A/C.6/SR.760, p. 133, §25 : « [t]he idea of coexistence and cooperation was therefore based on the plain instinct of self-preservation ».

¹¹⁶¹ En ce sens, v. la remarque de M. Lachs après l'exposition du rapport relatif à la coexistence lors de la session de Dubrovnik de l'Association de Droit international, « Co-Existence Report », in *International Law Association Reports*, vol. 47, 1956, p. 41 : « [t]his value [of coexistence] is the right of every nation and every State to peaceful existence ».

coexistence juridique des unités politiques qui composent la communauté internationale »¹¹⁶².

429. Il est également possible de citer la position de la CIJ qui ne mentionne pas directement ces droits fondamentaux, mais qui insiste sur le lien qu'entretiennent certaines règles internationales avec la coexistence et l'existence des États :

« Ce droit [international] comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération *vitale* des membres de la communauté internationale (...) »¹¹⁶³.

Ce passage met en évidence comment la coexistence et la coopération sont liées à la préservation de l'existence des États, notamment à travers l'application de principes fondamentaux dont la violation constitue une menace pour l'existence même des États.

2.2. La violation des principes de la Charte qualifiée de menace existentielle

430. Lorsqu'elle était chargée d'examiner si la construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé par Israël constituait une violation de « certaines règles et certains principes de droit international », la CIJ a défini ces principes en se référant à ceux mentionnés dans la Charte des Nations Unies¹¹⁶⁴. Cette affaire illustre la tendance, confirmée par la pratique, à condamner certains comportements illicites qui mettent en péril l'existence d'un État et à les qualifier de violations des « principes fondamentaux du droit international ». Il faut néanmoins admettre que ce sont surtout les « petits » États ou les plus « faibles » – économiquement ou militairement – qui considèrent que le respect des principes constitue le meilleur moyen de préserver leur existence. Ainsi, Saint-Vincent-et-les Grenadine admettait récemment que sa survie dépendait, « [e]n tant que petit pays », du respect des principes du droit international¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² *Rec. CIJ 1958*, p. 106 (italiques ajoutés). V. ég. en doctrine, R. Kolb, *Théorie du droit international, op. cit.*, pp. 201-202, à propos du droit de la coexistence : « [s]on but était de servir leurs intérêts particuliers en garantissant à chacun l'intégrité territoriale et l'indépendance politique par rapport aux autres. (...) Ce corps de règles est de structure horizontale et négative. Il contient des devoirs d'abstention. Il est idéologiquement neutre. Il touche au minimum social nécessaire pour garantir la vie en commun de diverses entités souveraines ».

¹¹⁶³ CIJ, 12/10/1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, arrêt, *Recueil*, 1984, p. 299, §111 (italiques ajoutés).

¹¹⁶⁴ CIJ, 09/07/2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis, *Recueil*, 2004, p. 154, §39 ; p. 191, §§86 et 88 ; p. 200, §161.

¹¹⁶⁵ « Lettre datée du 11 mai 2021, adressée au Secrétaire général et aux Représentants permanents des pays membres du Conseil de sécurité par le Président du Conseil de sécurité », distribuée le même jour sous la cote S/2021/456, annexe II, p. 6 : « [e]n tant que petit pays qui, pour continuer de mener une existence pacifique, a besoin des normes et principes du droit international et du système multilatéral qui encadrent ces principes (...) ». D'autres délégations font référence aux principes fondamentaux du droit international, en particulier ceux relatifs à l'intégrité territoriale ou consacrés dans la Charte des Nations Unies : la Chine (p. 8), l'Estonie (p. 11), la Russie (p. 24) ou encore les États-Unis d'Amérique (p. 30).

D'autres petits États, notamment insulaires comme le Samoa¹¹⁶⁶ et Cap-Vert¹¹⁶⁷, ont formulé des déclarations similaires. Citons également la position exprimée par le Liban au sein de la Première Commission sur le désarmement de l'Assemblée générale le 7 octobre 2002, selon lequel « [l]a survie des États » devait « être renforcée par les principes du droit international, et non pas par des capacités militaires (...) »¹¹⁶⁸. La Yougoslavie, condamnant le détournement israélien d'un aéronef civil dans l'espace aérien du Liban, arguait que « rien ne met[tait] plus en danger la préservation, la sécurité et l'intégrité d'une nation ou d'un État, surtout s'il est petit, que le fait qu'il croit et montre dans la pratique qu'il n'a pas besoin de s'astreindre au respect le plus strict possible du droit international et de la Charte et qu'il peut, même temporairement, s'en dispenser »¹¹⁶⁹. Au contraire en effet, toujours selon la délégation, « la Charte et le droit international sont les meilleurs alliés possibles des nations et des États, notamment des petits »¹¹⁷⁰. Dans le même sens, le Bhoutan insistait sur le fait que pour les « petits États », les principes de la Charte « garantissent [leur] existence » ainsi que la « coexistence pacifique » et les « relations de bon voisinage entre États »¹¹⁷¹. Il serait possible

V. é.g. l'intervention de Grenade, à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, dans une séance de l'Assemblée générale, le 01/03/2022, GA/12406 : « [t]he rule of law is not merely a priority, but also existential for many small States who are without a military, such as Grenada, serving as the sole shield to outside interference and/or attack ». Plus tôt, Saint-Vincent-et-les-Grenadines réitérait d'ailleurs sa position : « [n]oting the existence of Saint Vincent and the Grenadines as a sovereign and independent nation is owed to the international, sacrosanct norms and non-negotiable principles of the Charter, she urged strict adherence to them ». Disponible en ligne : [<https://www.un.org/press/en/2022/ga12406.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

¹¹⁶⁶ AGNU, 3^e séance plénière, 11^e session extraordinaire d'urgence, 01/03/2022, à l'occasion de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, p. 19 : « [e]n tant que petit État insulaire épris de paix et vulnérable, nous pensons qu'il n'existe que quelques mécanismes mondiaux pour garantir notre sécurité, notre existence pérenne et notre bien-être. Le maintien de la paix mondiale fondé et le respect de l'ordre international fondé sur des règles en font partie ».

¹¹⁶⁷ *Idem*, pp. 20-21 : « [e]n tant que petit État insulaire en développement, Cabo Verde considère qu'il est primordial de respecter strictement l'esprit de la Charte. Il s'agit d'une question existentielle pour nous, dans la mesure où cela garantit la paix et la sécurité internationales ».

¹¹⁶⁸ Première Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, 57^{ème} session, 7^{ème} séance du 07/10/2002, cote A/C.1/57/PV.7, p. 17.

¹¹⁶⁹ 1737^{ème} séance du Conseil de sécurité, 14/08/1973, S/PV.1737, p. 4, §30.

¹¹⁷⁰ *Ib.* V. la déclaration du Kenya, p. 6, §56 : reproche aux actes israéliens « de renforcer les puissants et de placer dans un état d'insécurité totale les petites nations dont le seul espoir de survie est l'ordre créé par l'Organisation des Nations Unies et consacré par le respect des buts et principes de la Charte ».

¹¹⁷¹ Déclaration du Bhoutan à la 5^{ème} séance plénière de l'AGNU, le 02/03/2022, A/ES-11/PV.5, p. 4 (réagissant à l'invasion de l'Ukraine par la Russie). V. é.g. la déclaration de Saint-Vincent-et-les-Grenadine, toujours à l'AGNU, le 27/09/2018 : « [t]he principles of non-intervention and non-interference are of particular importance to small island developing States. Lacking military might or economic wealth, and constrained within narrow borders, we owe our existence as nation States to a global recognition and respect for the principle that no other nation — large or small, rich or poor, near or far — should be allowed to interfere in our sovereign affairs or intervene in matters properly resident in our domestic jurisdiction. Without strict adherence to those tenets, small States' existence dangles precariously on the threads of great-Power intrigue (...) ». Disponible en ligne : [<https://gadebate.un.org/en/73/saint-vincent-and-grenadines#:~:text=The%20principles%20of%20non%20intervention,indirect%20assault%20on%20their%20survival>] (consulté le 14/06/2023).

de multiplier les exemples, tant les États ont fréquemment réitéré leur volonté de garantir le respect des principes fondamentaux afin de protéger leur existence¹¹⁷².

431. La proximité avec l'autoconservation est parfois directement relevée par les membres de l'ONU¹¹⁷³. Lorsque la Namibie condamnait l'invasion de la République démocratique du Congo par l'Ouganda et le Rwanda en 1999, elle considérait que l'agression armée emportait la violation de certains « *basic principles* » comme le « *right of self-preservation* »¹¹⁷⁴. De la même manière, l'Ukraine invoquait son « droit d'exister » à la suite de la violation des principes de la Charte par la Russie¹¹⁷⁵ – en raison de l'agression armée initiée depuis 2014 en Crimée et étendue à l'ensemble du territoire en février 2022. Afin de contester l'annexion de la Crimée, en violation de l'article 2(4) de la Charte, le parlement ukrainien avait adopté une déclaration « [s]oulignant que dans les relations internationales, l'adhésion aux principes fondamentaux du droit international, notamment le non-recours à la menace ou à l'emploi de la force, la souveraineté des États, l'intégrité territoriale des États indépendants (...) rest[aient] la clé du maintien de la paix et de la stabilité »¹¹⁷⁶. *A fortiori*, la récente agression armée de la Russie sur le territoire ukrainien a été l'occasion pour les membres du Conseil de sécurité d'y voir une violation des principes fondamentaux du droit international et du droit à l'existence de l'Ukraine¹¹⁷⁷.

432. Similairement, divers États associaient l'occupation du Koweït par l'Irak en 1991, décrite comme une menace existentielle par la résolution 665 (1990) du Conseil de sécurité¹¹⁷⁸,

¹¹⁷² Déclaration de l'Ouganda lors de la 79^{ème} séance plénière de l'AGNU, le 24/04/2019, A/73/PV.79, p. 41, à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie : « [n]ous devons notre existence aux principes énoncés dans la Charte et aux institutions de la famille onusienne. Aujourd'hui, cependant, force nous est de reconnaître que l'Organisation a atteint un point où le système multilatéral – fondement sur lequel nous avons bâti le dispositif international actuel – est menacé ».

¹¹⁷³ Ainsi que par la doctrine, v. M. Kohen, « La création d'États en droit international contemporain », *op. cit.*, p. 577 : « [l]e droit international contemporain peut cependant empêcher l'extinction d'un État. Cela est dû non à l'existence d'un supposé 'droit de l'État à sa survie', mais à l'application des principes fondamentaux du droit international ». L'auteur qualifie les règles suivantes de « principes fondamentaux » : le respect de l'intégrité territoriale, la non-intervention et l'interdiction du recours à la force, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le respect des droits fondamentaux de la personne.

¹¹⁷⁴ Intervention de la Namibie lors de la 95^{ème} séance plénière de l'AGNU, le 23/03/1999, A/53/PV.95, p. 20 (souligné ajouté). La traduction – de l'anglais vers le français – remplace l'expression « autopréservation » par « légitime défense ». Au regard du contexte dans lequel cette déclaration a été prononcée, on comprend mal en quoi un acte d'agression pourrait constituer une violation du droit de légitime défense : celui-ci ne peut intervenir qu'en cas d'agression. Il faut donc en conclure que la délégation entendait faire référence, non pas à l'article 51 de la Charte mais bien au « droit d'autoconservation ».

¹¹⁷⁵ Déclaration de l'Ukraine à la 5^{ème} séance plénière de l'AGNU, le 02/03/2022, A/ES-11/PV.5, p. 6.

¹¹⁷⁶ « Lettre datée du 20 mai 2020, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Ukraine », distribuée le 21/05/2020 sous la cote S/2020/426, annexe, p. 2.

¹¹⁷⁷ 8979^e séance du Conseil de sécurité, le 25/02/2022, S/PV.8979 : États-Unis d'Amérique (p. 3) ; Gabon (p. 5) ; Albanie (p. 7) ; Royaume-Uni (p. 8) ; France (p. 10) ; Brésil (p. 11) ; Ukraine (p. 18).

¹¹⁷⁸ Résolution 665 (1990) du 25 août 1990, S/RES/665(1990), troisième alinéa du préambule : « [r]ésolu à mettre un terme à l'occupation du Koweït par l'Iraq, qui met en danger l'existence d'un État Membre, et à rétablir

à une violation des principes fondamentaux¹¹⁷⁹. On peut également citer les réactions de la Géorgie après l'occupation de l'Ossétie du Sud par la Russie¹¹⁸⁰, ou celles de l'Iran à l'encontre des menaces de recours à la force proférées par Israël¹¹⁸¹. Finalement, ces principes, plus particulièrement celui interdisant le recours à la force, sont parfois perçus par les États comme un moyen de jouir d'un « droit de vivre en paix dans son propre pays »¹¹⁸². Même si les États ne l'expriment pas toujours explicitement, le caractère « fondamental » des principes puise certainement son origine dans le fait qu'ils permettent de rappeler aux autres États leur obligation (négative) de respecter l'existence des autres États et de ne pas y porter atteinte. En d'autres termes, ces principes rappellent l'esprit de la formule du « droit d'exister » élaborée pendant la première moitié du XX^{ème} siècle¹¹⁸³.

433. Surtout, l'aspect « fondamental » de ces principes démontre à quel point ils *structurent* les relations interétatiques. Ainsi dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice déclarait :

« [l]a validité en droit coutumier du principe de la prohibition de l'emploi de la force exprimé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies trouve une autre confirmation dans le fait que les représentants des États le mentionnent souvent comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit »¹¹⁸⁴.

Si la CIJ pouvait donner l'impression de souligner le caractère impératif de l'article 2(4) de la Charte, elle n'a pourtant pas rendu sa solution en application du régime juridique y relatif. Au contraire, le lexique employé par la Cour semblait avoir pour objectif de rappeler que ce principe constitue un des éléments du cadre *structurel* du droit international contemporain, et qu'à ce titre il devait être reconnu comme une règle de droit coutumier présentant une certaine

l'autorité du Gouvernement légitime du Koweït ainsi que la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale du Koweït (...) ».

¹¹⁷⁹ V. *inter alia* : République du Suriname (S/22159, p. 2) ; Paraguay (S/21446, p. 1) ; Pakistan (S/22121, p. 2) ; Maroc (S/21671, p. 2).

¹¹⁸⁰ *Inter alia* : A/HRC/24/G/12, p. 2 ; A/HRC/24/G13, p. 2 ; S/2012/473, p. 2 ; S/2011/766, p. 2 ; S/2011/564, p. 2.

¹¹⁸¹ « Lettres identiques datées du 9 septembre 2008, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d'Iran auprès de l'Organisation des Nations Unies », distribuées le 12/09/2008 sous la cote S/2008/599, p. 2 : où de telles menaces sont qualifiées de violation flagrante des « principes les plus fondamentaux de la Charte des Nations Unies ».

¹¹⁸² Intervention de la Suède lors de la 1940^{ème} séance du CSNU, le 12/07/1976, S/PV.1940, p. 15, §120. La délégation réitère d'ailleurs l'idée selon laquelle « [l]a défense de ce droit est d'une importance toute particulière pour les États petits et faibles ».

¹¹⁸³ V. la section précédente du présent Chapitre.

¹¹⁸⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 100, §190.

importance pour les États. Le principe bénéficie d'une attention particulière justement parce qu'il assure aux États la possibilité de maintenir leur existence sans craindre de voir leur intégrité territoriale et leur indépendance politique mises en péril.

434. Relevons enfin que les principes de la Charte dépassent le cadre strictement onusien afin de « guider » la conduite des États en dehors de l'enceinte des Nations Unies¹¹⁸⁵, ce qui démontre leur nature structurante. Par là même, cela confirme à quel point le droit international est organisé autour de cette obligation négative de respecter l'existence des autres États, ce qui se concrétise dans la pratique par le respect des principes fondamentaux du droit international. L'Inde et la République populaire de Chine ont par exemple signé un accord, le 29 avril 1954, établissant les principes de bases à leurs relations¹¹⁸⁶ : respect de l'intégrité territoriale, non-agression, non-ingérence dans les affaires intérieures, égalité et coexistence pacifique, autant de principes que l'on a qualifiés de « cinq principes de la coexistence »¹¹⁸⁷ et qui présentent de nombreuses similitudes avec le *quintuor* des droits fondamentaux étatiques¹¹⁸⁸. Ceci n'est pas une particularité régionale ni celle du groupe des États non-alignés¹¹⁸⁹, ainsi qu'en témoigne la généralisation de la pratique depuis plusieurs décennies¹¹⁹⁰. Le 14 décembre 1957, l'Assemblée

¹¹⁸⁵ Traité d'amitié et de coopération entre la République de Hongrie et la Mongolie, conclu à Budapest le 28/01/1998 et entré en vigueur le 10/11/1999, in *RTNU*, vol. 2141, 2003, n°37349, art. 11, p. 17 : « [e]n cas de divergence d'opinion quant à l'interprétation et à l'application du présent traité, les Parties contractantes régleront tout différend par voie de négociation, en s'inspirant des normes et des principes fondamentaux généralement reconnus du droit international, et en particulier de la Charte des Nations Unies » (italiques ajoutés).

¹¹⁸⁶ Accord sur le commerce et les relations entre le Tibet chinois et l'Inde, reproduit in M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1965, vol. V, p. 32.

¹¹⁸⁷ L. Foscaneanu, « Les 'cinq principes' de coexistence et le droit international », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 150-180.

¹¹⁸⁸ V. dans l'introduction de la thèse, p. 4.

¹¹⁸⁹ L'origine du concept de la coexistence pacifique est en effet marquée idéologiquement, puisqu'on trace habituellement son origine à l'URSS ou à l'Asie (en particulier l'Inde et la République populaire de Chine), v. C. Panara et P. French, « Peaceful Coexistence », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, §§1-32. Il ne faudrait pour autant pas adopter une approche aussi réductrice, notamment après avoir remarqué que les principes de coexistence identifiés par le groupe des États non-alignés reprennent pour l'essentiel ceux de la Charte des Nations Unies.

¹¹⁹⁰ Aux conventions rapportées plus haut, on peut ajouter : Traité d'amitié et de coopération dans l'Asie du Sud-Est, conclu à Bali le 24/02/1976 et entré en vigueur le 15/07/1976, in *RTNU*, vol. 1025, n°15063, article 2, pp. 323-324 ; accord-cadre sur le règlement pacifique du différend territorial, signé à Alger le 31/08/1989, in *RTNU*, vol. 1545, n°26801, préambule, p. 108 ; Traité d'amitié et de coopération entre la République de Hongrie et la Mongolie, signé à Budapest le 28/01/1998 et entré en vigueur le 10/11/1999, in *RTNU*, vol. 2141, n°37349, p. 17, article 11 (le règlement des différends relatifs à l'application ou l'interprétation de la Convention doit s'inspirer « des normes et des principes généralement reconnus du droit international, et en particulier de la Charte des Nations Unies ») ; ce dernier article puise certainement son origine dans le §I(4) de la résolution 37/10, « Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux », adoptée par l'Assemblée le 15/11/1982, : « [I]es États parties à un différend doivent continuer de respecter dans leurs relations mutuelles les obligations qui leur incombent en vertu des principes fondamentaux du droit international concernant la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité territoriale des États (...) ». V. ég. le communiqué commun du Président Marcos (Philippines) et du Président Ford (États-Unis d'Amérique), le 07/12/1975, in *RTNU*, vol. 1168, n° 673, p. 361 : « [i]ls ont affirmé que l'égalité souveraine, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de tous les États sont des principes fondamentaux auxquels les deux pays sont profondément attachés ». En dehors du cadre conventionnel, v. le lexique employé par l'Italie pour condamner, en 1980, l'invasion de l'Afghanistan par l'URSS,

générale des Nations Unies adoptait la résolution 1236 (XII) énonçant que les « relations d'amitié et de tolérance » entre les États étaient « fondées sur le respect et le profit mutuels, la non-agression, le respect réciproque de la souveraineté, l'égalité, l'intégrité territoriale et la non-intervention dans les affaires intérieures des États (...) »¹¹⁹¹.

435. La Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), signée en 1963, énonçait également une série de principes qui devaient servir à « atteindre les objectifs énoncés à l'Article II »¹¹⁹². Celui-ci stipule un certain nombre de principes nouveaux – comme la « [c]ondamnation sans réserve de l'assassinat politique »¹¹⁹³ – mêlés avec d'autres principes plus classiques – comme l'« [é]galité souveraine »¹¹⁹⁴. L'ensemble intéresse néanmoins la préservation de l'existence des États, comme en témoigne le troisième alinéa stipulant l'obligation de respecter le « droit inaliénable à une existence indépendante »¹¹⁹⁵. Bien que le P^r Kohen relève à juste titre que cet alinéa ne concerne pas l'existence de l'État mais son existence *indépendante*¹¹⁹⁶, il ne faut pas ignorer le contexte particulier dans lequel cette stipulation a été rédigée – *i.e.* la décolonisation. Surtout, on a déjà relevé que l'indépendance d'un État intéresse la préservation de son existence, puisqu'elle concerne l'exercice effectif de sa souveraineté¹¹⁹⁷.

436. Cela est également manifeste dans la pratique des États africains qui ont récemment accédé à l'indépendance grâce au processus de décolonisation initié à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, la réalité de cette indépendance représentait un enjeu crucial à leur survie¹¹⁹⁸. De nombreux chefs d'État faisaient explicitement le lien entre l'indépendance et la

in Italian Yearbook of International Law, vol. 5, 1980-1981, p. 303 : « (...) how much more our countries can do to contribute to the reestablishment of the sovereignty of Afghanistan and, at a more general level, to the respect of the essential rules which are vital for international coexistence [?] ».

¹¹⁹¹ Résolution 1236 (XII), « Relations pacifiques et de bon voisinage entre États », adoptée le 14/12/1957, troisième alinéa.

¹¹⁹² Signée à Addis-Abeba le 25/05/1963 et entrée en vigueur le 13/09/1963, *RTNU*, vol. 479, 1963, n°6947, pp. 71-89, spéc. art. III, chapeau introductif, p. 75.

¹¹⁹³ *Id.*, art. III(5).

¹¹⁹⁴ *Id.*, art. III(1).

¹¹⁹⁵ *Id.*, art. III(2).

¹¹⁹⁶ M. Kohen, « The notion of 'State survival' in international law », *op. cit.*, p. 296.

¹¹⁹⁷ V. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 80-85. On peut déjà relever ce point dans l'argumentaire déployé par la Tanzanie, accusée d'avoir violé l'article III(1)-(3) de la Charte de l'OUA, dans une affaire intéressant le Burundi et tranchée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi v. Tanzania, Kenya, Uganda, Rwanda, Zaire and Zambia*, communication n°157/96 du 29/05/2003, §27 : la Tanzanie « states that 'despite its [small] size, Burundi remains a sovereign State like any other African State. The sanctions imposed on it by its neighbouring countries do not undermine its sovereignty or its territorial integrity, not much less its inalienable right to its own existence ». Aucune autre jurisprudence ou aucun autre État ne semble s'être intéressé à l'interprétation du droit à une existence indépendante.

¹¹⁹⁸ M. Bedjaoui, « Bref survol historique des accomplissements vers l'Unité Africaine », in A. A. Yusuf et F. Ouguergouz (dir.), *L'Union Africaine. Cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l'Organisation Panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, p. 27. V. ég. A. A. Yusuf, « The Fragility of State Institutions », *Annuaire Africain de droit*

préservation de leur existence lors de la conclusion de la Charte de l’OUA. Le Président de la République fédérale du Cameroun remarquait que la conclusion d’un accord de cette nature imposait aux États de se « mettre d’accord sur certains principes fondamentaux », parmi lesquels devait figurer le « droit absolu d’exister comme État souverain »¹¹⁹⁹. L’« intégrité de chaque État » était également associée au « droit inaliénable à une existence indépendante » par le Président de la République Malgache¹²⁰⁰. L’adoption de tels principes a donc contribué à renforcer le processus de décolonisation en obligeant les États à respecter l’existence de leurs voisins et à s’abstenir « d’intervenir dans [les] affaires internes »¹²⁰¹. Enfin, la doctrine interprète l’Acte constitutif de l’Union africaine comme une *mutation* du droit à une existence indépendante : quoique ledit droit est absent du texte, l’esprit de cette stipulation aurait été repris à l’article 4 (b) relatif au « respect des frontières existant au moment de l’accession à l’indépendance »¹²⁰². Un commentateur a ainsi relevé que l’Acte souhaitait assurer « le respect de l’intégrité territoriale des États dans le cadre des frontières héritées de la colonisation » et qu’il constituait une simple « variante du principe affirmé par les Nations Unies de l’interdiction de ‘recourir à la menace ou à l’emploi de la force’ (...) »¹²⁰³.

437. Au regard de l’accent mis sur les principes ayant vocation à protéger l’existence des États dans une multitude de traités, il était logique qu’une convention internationale finisse par mentionner le droit à l’existence dans les mêmes termes. Le Traité d’amitié et de coopération roumano-portugais de 1975 énonce à l’article premier les principes sur lesquels les parties « s’engagent à développer leurs relations mutuelles et leurs relations avec d’autres États »¹²⁰⁴ : est énoncé en tout premier lieu « [l]e droit inaliénable de tous les États à l’existence, à la liberté, à l’indépendance, à la souveraineté nationale, politique et économique, à l’égalité, au respect mutuel, à la paix et à la justice sociale et internationale »¹²⁰⁵. Fort de cette consécration positive

international, vol. 2, 1994, p. 5 : « [j]ealous of their newly won independence, and determined to preserve their territorial integrity (...), the new African States resorted to international law, especially as enshrined in the UN Charter, as a guarantee for their identity and security. One of the basic concepts to which they showed a profound attachment was that of sovereignty and its corollary principle of ‘sovereign equality of states’ ».

¹¹⁹⁹ Intervention du Président A. Ahidjo, rapportée dans Secrétariat Général de L’Union Africaine et Malgache, *La conférence africaine au sommet d’Addis-Abéba : Juillet 1963. Discours des Chefs d’Etats. Charte de l’Organisation de l’Unité africaine. Résolutions*, Diloutremer, Paris, 1963, p. 33.

¹²⁰⁰ Intervention du Président P. Tsiranana, rapportée *in id.*, p. 82.

¹²⁰¹ Intervention du Président A. Ahidjo, *id.*, p. 33.

¹²⁰² Acte constitutif de l’Union africaine, conclu à Lomé le 11/07/2000 et entré en vigueur le 26/05/2001, *RTNU*, vol. 2158, n°37733, pp. 45-58, spéc., art. 4(b), p. 50.

¹²⁰³ S. Doumbe-Billé, « L’Union Africaine : objectifs et principes », *in* A. A. Yusuf et F. Ougergouz (dir.), *L’Union Africaine. Cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l’Organisation Panafricaine*, *op. cit.*, p. 68.

¹²⁰⁴ Traité d’amitié et de coopération conclu le 14/06/1975 à Bucarest entre la Roumanie et le Portugal, entré en vigueur le 31/10/1975, *in RTNU*, vol. 1002, n°14715, article 1, p. 313.

¹²⁰⁵ *Ibid* (italiques ajoutés).

sans équivoque, on serait porté à croire que d'autres traités mentionnent le droit à l'existence dans des termes similaires, ne serait-ce au sein des traités signés par la Roumanie et/ou le Portugal. Il n'est toutefois pas possible, à notre connaissance, d'identifier davantage de manifestations du droit à l'existence : il s'agit probablement là de l'*unique* consécration conventionnelle européenne¹²⁰⁶.

438. Malgré la disparition – textuelle – du droit à l'existence, la notion semble persister grâce à la reconnaissance des principes de la Charte, qui jouent un rôle essentiel dans la préservation de l'existence des États qui en bénéficient. La question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure la conservation de l'État peut influencer l'application des règles et des principes de la Charte des Nations Unies. C'est à cette question que le prochain chapitre s'efforcera de répondre.

Conclusion du chapitre 3

439. Étant donné la volonté exprimée par la doctrine et les États américains de garantir la coexistence pacifique des États, la notion de « conservation de soi » a fait l'objet d'une instrumentalisation à cette fin. Elle s'est inscrite dans une entreprise plus large témoignant d'un glissement des *droits* fondamentaux vers une série de *principes* fondamentaux. Cette évolution découle d'une redéfinition des droits fondamentaux intervenue pendant la première moitié du XX^e siècle, où ces droits étaient mobilisés pour démontrer l'existence d'une obligation négative de respecter l'existence des États, ni plus ni moins. Les États ne devaient plus être autorisés à adopter *toutes* les mesures qu'ils jugeaient nécessaires à leur survie, en particulier si cela devait porter atteinte aux droits des autres États. Une autre approche aurait conduit à admettre la licéité de comportements que la doctrine et les États d'Amérique latine cherchaient à endiguer, en particulier ceux survenus pendant les deux guerres mondiales ou perpétrés par les puissances coloniales.

¹²⁰⁶ On en trouve une trace dans la « Déclaration solennelle commune du Royaume de Belgique et de la République socialiste de Roumanie » du 26/10/1972, qui n'est pas un traité mais qui exprime en préambule la conviction des parties « que la paix et la sécurité internationales doivent s'étayer sur le *respect du droit de chaque État à l'existence*, à la liberté, à la souveraineté et à l'indépendance, à la paix et à la sécurité [*etc.*] (...) » (RBDI 1974/1, p. 333, italiques ajoutés). Si ce n'est pas un traité, la déclaration n'est pas pour autant dénuée d'effets juridiques puisqu'elle établit, *a minima*, les principes à la base des relations des États que ces derniers se sont engagés à respecter. La Roumanie, pendant les années 70, insistait ainsi largement sur le respect de droits fondamentaux des États puisqu'elle considérait qu'il s'agissait de la « condition *sine qua non* du développement des rapports de coopération entre nations ainsi que du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (intervention de la Roumanie à la Sixième Commission de l'AGNU, le 05/10/1972, A/C.6/SR.1323, p. 73, §25). Elle semblait d'ailleurs assimiler le droit à l'existence consacré dans les conventions au « droit à une existence libre et indépendante » (*id.*, p. 72, §24), ce qui renvoie à notre analyse de l'article III de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, *supra*, p. 224 de la thèse (c'est-à-dire qu'il est davantage question des conditions d'existence de l'État, à savoir son indépendance, que les moyens dont il dispose pour préserver son existence).

440. Cette redéfinition, dans les diverses déclarations et conventions sur les droits et devoirs des États, a conduit à ériger ces droits en tant que principes structurels et fondamentaux du droit international. Ainsi, une fois ces principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, le projet soumis à la CDI a semblé superflu, au point d'être abandonné définitivement. Toutefois, la notion de « conservation de soi » n'a pas été totalement exclue du « nouveau droit international », c'est-à-dire celui de la Charte. Au contraire, elle était présumée figurer à la *base* des principes, ceux-ci traduisant le cadre structurel des relations interétatiques.

441. Par conséquent, ce sont ces principes qui continuent d'être invoqués par les États pour rappeler à d'autres États l'obligation de respecter leur existence. Cela suppose de se concentrer sur la façon dont la Charte des Nations Unies garantit la conservation des États.

Chapitre 4. La conservation des États et les règles et principes de la Charte des Nations

Unies

442. La conservation de l'État étant inhérente aux règles et principes de la Charte des Nations Unies, elle est mobilisée pour susciter deux effets. Le premier concerne la situation où les principes de la Charte sont violés, tels que l'interdiction du recours à la force. De nombreux États cherchent ainsi à obtenir la reconnaissance par les autres membres des Nations Unies qu'ils ont le devoir, c'est-à-dire l'obligation positive, de protéger l'existence d'un État qui subit les effets de cette violation (**Section 1**). D'autres États, en revanche, concluent de l'absence d'une telle obligation qu'ils ont le droit d'agir librement en légitime défense chaque fois que les considérations liées à leur survie l'exigent (**Section 2**).

Section 1. Violation des principes de la Charte des Nations Unies et conservation de l'État

443. Afin d'obtenir davantage que le simple respect de l'obligation négative de respecter l'existence des États, certains suggèrent parfois que les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies ont un caractère impératif. En raison de leur objet, qui est la préservation de l'existence des États, on pourrait théoriquement constater la valeur *jus cogens* de ces principes (**Paragraphe 1**) et faire valoir leurs effets au-delà de ce que prévoit le texte de la Charte (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Impérativité des principes garantissant l'existence des États

444. Afin de comprendre pourquoi les principes de la Charte des Nations Unies sont généralement qualifiés de « normes impératives » de droit international, il faut se demander si cette qualification découle de leur objet, à savoir la préservation de l'existence des États (**1.1**). Même si l'on parvenait à démontrer le caractère impératif de ces principes, il est important de noter que le principal effet des règles impératives, qui consiste à invalider toute règle contraire, présente des limites significatives remettant en question sa pertinence (**1.2**). C'est pourquoi on s'attachera à étudier d'autres effets, dans le second paragraphe, qui intéressent plus immédiatement la conservation des États.

1.1. La conservation des États en tant qu'indice du caractère impératif des principes de la Charte

445. M^{me} Motsch observe que la théorie des droits fondamentaux esquisse l'une des premières ébauches de « fondamentalité formelle » des droits inhérents à l'existence des

États¹²⁰⁷. Ceux-là présenteraient donc une « conséquence juridique extraordinaire », celle de frapper de nullité toutes les conventions contraires aux droits fondamentaux. Emer de Vattel, dans un chapitre dédié à la « nullité des traités susceptibles de détruire l'État », distinguait déjà deux hypothèses : « [s]i la simple lésion, ou quelque désavantage dans un traité ne suffit pas pour le rendre invalide, il n'en est pas de même des inconvénients qui iraient à la ruine de la nation »¹²⁰⁸. Si le dernier cas de figure venait à se matérialiser, il faudrait considérer le traité comme étant « nul et point du tout obligatoire ; aucun conducteur de nation n'ayant le pouvoir de s'engager à des choses capables de détruire l'État, pour le salut duquel l'empire lui est confié »¹²⁰⁹. L'observation, partagée par l'ensemble des auteurs à l'origine des droits fondamentaux étatiques¹²¹⁰, souligne à nouveau le lien avec la finalité de l'institution étatique. En effet, il devrait être impossible de considérer un traité comme valide lorsqu'il menace l'existence de l'État, car ce dernier ne pourrait raisonnablement pas avoir eu l'intention d'outrepasser la fonction qui lui a été confiée, à savoir le « salut de l'empire ».

446. Lorsqu'on examine de près la théorie des règles impératives de droit international, on constate qu'elle trouve une partie de ses fondements dans la préservation de l'existence des États. L'un des auteurs les plus influents sur la question, Verdross¹²¹¹, soutenait que tout traité « *contra bonos mores* » devait être frappé de nullité¹²¹². L'auteur entendait ainsi désigner les traités « *which restrict the liberty of one contracting party in an excessive or unworthy manner or which endangers its most important rights* »¹²¹³. L'effet juridique était considéré comme implicitement présupposé par le droit positif, celui-ci ayant pour objet de garantir la *coexistence* des États¹²¹⁴. À titre d'illustration, l'auteur soulignait qu'un traité qui empêcherait un État de se protéger contre les étrangers résidant sur son territoire ou d'agir en légitime défense serait considéré comme invalide¹²¹⁵. Sur ce dernier aspect, Verdross précisait qu'« *[a]n international treaty binding a state to reduce its army in such a way as to render it defenseless against external attacks* » devrait être qualifié d'immoral – et donc d'invalide – puisqu'un État doit pouvoir « *defend its existence* »¹²¹⁶.

¹²⁰⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 192-194.

¹²⁰⁸ E. de Vattel, *Le droit des gens*, op. cit., Tome I, Livre II, Chapitre XII, p. 334, §160.

¹²⁰⁹ *Ibid*

¹²¹⁰ V. la recension réalisée par P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., pp. 192-194.

¹²¹¹ CDI, *Premier rapport sur le jus cogens présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial*, A/CN.4/693, p. 9, §18.

¹²¹² A. von Verdross, « Forbidden Treaties in International Law : Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties' », *AJIL*, vol. 31(4), 1937, p. 574.

¹²¹³ *Ib.* (italiques dans l'original)

¹²¹⁴ *Ib.*

¹²¹⁵ *Id.*, pp. 574-575.

¹²¹⁶ *Id.*, p. 575 (souligné ajouté).

447. Chez Verdross, ce sont les *valeurs* – « éthiques » – qui expliquent la nullité des traités contraires. La question de savoir si ces valeurs constituent un critère permettant d'identifier une règle impérative ne figure nullement dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est simplement précisé qu'une règle impérative correspond à « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »¹²¹⁷. Le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2001 sur proposition de la CDI, ne fournit pas de définition précise du contenu des règles impératives, bien qu'il fasse référence à ces règles à trois reprises, aux articles 26¹²¹⁸, 40¹²¹⁹ et 50¹²²⁰. L'interprétation prédominante dans la doctrine tend néanmoins à considérer que ces règles impératives ont pour objectif de protéger certaines « valeurs » chères à la communauté internationale, ou à garantir une forme d'« ordre public » similaire au droit interne¹²²¹. Le commentaire de l'article 40 précité semble abonder en ce sens :

« Les obligations visées à l'article 40 découlant des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour *la survie des États et de leurs peuples*, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales »¹²²².

¹²¹⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *RTNU*, vol. 1155, 1980, n°18232, art. 53.

¹²¹⁸ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adopté par la résolution 56/83 de l'AGNU, le 12 décembre 2001, art. 26 : « [a]ucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ».

¹²¹⁹ *Id.*, art. 40 : « 1. [l]e présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. 2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ».

¹²²⁰ *Id.*, art. 50(1)(d) : « [l]es contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte : (...) d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général ».

¹²²¹ R. Kolb, *Peremptory International Law : Jus Cogens*, Oxford, Hart publishing, 2015, p. 32.

¹²²² « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril – 1^{er} juin et 2 juillet – 10 août 2001) », document A/56/10, *Annuaire de la commission du droit international*, 2001, vol. II(2), commentaire de l'article 40, §3, p. 120. Ce passage ne semble pas avoir fait l'objet de débats approfondis à la CDI, mais on pourrait en attribuer la paternité à la Roumanie si l'on se réfère à son intervention au de la 18^{ème} séance de la Sixième commission de l'AGNU, le 15/10/1976, A/C.6/31/SR.18, p. 5, §19 : « [t]he Commission should also have included among its examples of violations of international obligations other serious breaches of the sovereignty and independence of States, aimed at destroying these States as subjects of international law or to deny them the right to exist » (cette déclaration intervient à une période où la Roumanie concluait quelques accords bilatéraux qui faisaient mention du droit à l'existence, *supra*, pp. 227-228).

448. Ainsi, il n'est pas impossible de considérer que les règles *jus cogens* protègent certaines « valeurs fondamentales de la communauté juridique internationale »¹²²³ – selon les termes du projet de la CDI – et que la conservation de l'État figure parmi ces valeurs. Il est néanmoins plus difficile de déterminer si ces dernières constituent un critère d'identification des règles impératives de droit international. Le Rapporteur de la CDI a préféré opérer une lecture positiviste de l'article 53 et dégager les deux critères suivants : la règle en question est une « norme de droit international général ; et [e]lle est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international ayant le même caractère »¹²²⁴. La solution retenue consiste à rejeter l'idée selon laquelle la valeur protégée par une règle impérative puisse constituer sa source matérielle. Ainsi, même dans l'hypothèse où certaines règles impératives protègent l'existence d'un État, toutes les règles poursuivant cette finalité – cette valeur – ne sont pour autant pas impératives.

449. Le commentaire du Projet de conclusion laisse néanmoins subsister une ambiguïté, étant pris entre deux extrêmes *a priori* irréconciliables : reconnaître un rôle juridique à la « valeur » tout en refusant de surestimer son importance dans l'identification du *jus cogens*. La conclusion 2, rappelons-le, prévoit que ces règles impératives « reflètent et protègent certaines valeurs fondamentales de la communauté internationale (...) »¹²²⁵. Le Rapporteur précise que l'expression « reflètent » vise à indiquer que « la ou les valeurs fondamentales dont il est question justifient en partie le statut de normes impératives accordé aux dispositions du droit international général en question »¹²²⁶. En outre, il ajoute « que les normes dont il s'agit donnent effet à une ou des valeurs données »¹²²⁷. Enfin, énoncer que les règles impératives « protègent » ces valeurs « vise à exprimer » qu'une norme de cette nature « sert à protéger telle ou telle valeur »¹²²⁸. Pour autant, rien ne permet d'accorder un quelconque effet normatif autonome à la « valeur fondamentale », même celle relative à la survie des États. Elle ne justifierait « qu'en partie » le caractère impératif de la règle, et cette dernière constituerait le moyen de protéger cette valeur. Toutefois, cela signifie que la valeur ne peut pas imposer en elle-même l'application du régime exorbitant de l'impérativité, même si elle est sous-jacente à une règle.

¹²²³ « Projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », in Nations Unies, *Rapport de la CDI. Soixante-treizième session (18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022)*, A/77/10, conclusion 2, p. 12, §43.

¹²²⁴ *Id.*, conclusion 4, p. 12, §43.

¹²²⁵ *Ib.* (italiques ajoutés)

¹²²⁶ *Id.*, commentaire du projet de conclusion 2, p. 19, §2.

¹²²⁷ *Ib.*

¹²²⁸ *Ib.* (italiques ajoutés)

450. Le Rapporteur en conclut logiquement que ces caractéristiques « ne constituent pas en elles-mêmes des critères de détermination du caractère impératif des normes du droit international général »¹²²⁹. Plus clairement encore, l'identification d'une règle impérative ne nécessite pas « de rapporter la preuve de l'existence des caractéristiques » susmentionnées¹²³⁰. Dans le même temps cependant, il est indiqué que l'identification d'une « valeur fondamentale » est susceptible de « fournir un *contexte* pour l'évaluation des éléments visant à établir la détermination des normes impératives »¹²³¹. La « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'État serait en cause » pourrait ainsi représenter le « contexte » du droit de légitime défense, susceptible d'expliquer son impérativité. Il ne s'agirait-là, cependant, que d'une « preuve supplémentaire » de l'existence de la règle impérative, cette circonstance ne pouvant pas « en elle-même constituer le fondement de la détermination des normes impératives »¹²³². En tant que « contexte », la « circonstance extrême » susmentionnée semble confirmer qu'elle pourrait intervenir uniquement en tant qu'élément factuel intéressant l'interprétation – plutôt que la détermination – du droit applicable¹²³³.

451. Il convient de relever que le droit de légitime défense présente la particularité de n'être que très rarement qualifié de règle impérative. L'unique exemple rapporté par le commentaire du Projet d'articles de 2001 correspond à « l'interdiction de l'agression »¹²³⁴. La conclusion 23 du projet de la CDI range également ce principe dans sa « liste non exhaustive de normes que la Commission (...) a précédemment désignées comme ayant ce statut [impératif] »¹²³⁵. La formulation évoque incidemment le droit de légitime défense puisqu'il est question de l'interdiction de l'*agression* et non pas du *recours à la force*. La distinction est au cœur des articles 2(4) et 51 de la Charte des Nations Unies : la légitime défense impose de réagir à une « agression armée » tandis que l'interdiction concerne le simple « recours à la force ». La formulation retenue suggère ainsi la possibilité de considérer que le droit de légitime défense

¹²²⁹ *Id.*, p. 27, §18.

¹²³⁰ *Ib.*

¹²³¹ *Id.*, p. 28, §19.

¹²³² *Ib.*

¹²³³ En vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « [u]n 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 ».

¹²³⁴ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril – 1^{er} juin et 2 juillet – 10 août 2001) », *op. cit.*, §4.

¹²³⁵ « Projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », *op. cit.*, conclusion 23, pp. 16-17, a).

jouit du caractère impératif, ce qui signifie qu'il ne peut pas faire l'objet d'une renonciation ou d'une aliénation sous peine de frapper de nullité les règles qui lui sont contraires.

452. En réalité, la doctrine préfère se concentrer sur le caractère impératif de l'article 2(4) de la Charte¹²³⁶, n'établissant l'impérativité du droit de légitime défense qu'indirectement, en qualité d'exception à l'interdiction de principe¹²³⁷. L'impérativité du droit de légitime défense ne fait cependant pas l'unanimité¹²³⁸, même si quelques États insistent parfois sur son caractère inaliénable¹²³⁹. Quelle que soit la solution à laquelle on aboutit, le principal effet reconnu aux règles impératives depuis l'adoption de l'article 53 précité présente peu de virtualités. La nullité des règles juridiques semble en effet incompatible avec la structure même du droit international.

1.2. Faible portée pratique du mécanisme de nullité des règles contraires

453. La question des effets d'une règle impérative a suscité suffisamment d'attention de la part de la doctrine pour qu'elle ne requière rien de plus que quelques rappels. La thèse de M^{me} Motsch énonce ainsi que si ces effets « esquissent une fondamentalité formelle des droits étatiques », ils doivent être relativisés « en raison de l'absence d'institution centralisée chargée de déterminer le contenu de telles normes et de garantir leurs effets »¹²⁴⁰. L'auteur cite l'article du P^r Combacau qui met en évidence que « [l]a logique de l'ordre public impose non seulement la nullité de l'acte qui y contrevient mais une nullité absolue qu'aucun acquiescement des assujettis ne doit couvrir »¹²⁴¹. Dans un autre article, le P^r Combacau précise que le droit international est davantage structuré autour d'une logique d'*opposabilité* que de *validité*¹²⁴². La principale raison à cela réside dans le caractère profondément horizontal d'un ordre juridique

¹²³⁶ O. Corten et V. Koutroulis, « The *Jus Cogens* Status of the Prohibition on the Use of Force : What Is Its Scope and Why Does It Matter », D. Tladi (éd.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, *op. cit.*, pp. 634-653.

¹²³⁷ R. van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, *op. cit.*, p. 140 : « [l]'ensemble des considérations qui précèdent au sujet de la nature impérative du droit de légitime défense conduisent donc à conclure que, si ce droit n'a pas lui-même un caractère d'ordre public, sa relation d'exception et, plus précisément, de limitation à la règle prohibant l'emploi de la force lui confère 'indirectement' ce caractère au sens où tout accord qui dérogerait à ses conditions impliquerait en principe, à défaut d'être général, une atteinte à cette règle et devrait, par conséquent, être considéré comme nul ». V. ég., L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 304-305, mais aussi p. 304 où il déduit l'inaliénabilité du droit de légitime de son caractère « *inherent* » ou « naturel ».

¹²³⁸ M. Payandeh, « Modification of Peremptory Norms of General International Law », in D. Tladi (éd.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹²³⁹ P. ex., intervention du Népal à la 31^{ème} séance de la Sixième commission de l'AGNU, le 10/11/1994, A/C.6/49/SR.31, p. 6, §28.

¹²⁴⁰ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, p. 366.

¹²⁴¹ J. Combacau, « Le droit international, bric-à-brac de normes ou système ? », *APD*, vol. 31, 1986, p. 103.

¹²⁴² J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, p. 200.

organisé autour d'États souverains et égaux¹²⁴³. En d'autres termes, il n'est pas possible, en principe, d'établir si une règle est valide ou si elle ne l'est pas : il n'existe pas de règle « supérieure » puisqu'il n'existe pas d'entité supérieure aux États. Il faudrait ainsi parler, plutôt que de validité, d'opposabilité, celle-ci traduisant l'intersubjectivité qui règne en droit international en raison de son horizontalité intrinsèque.

454. Reprenant la distinction entre opposabilité et validité, la première touche aux *effets* de la règle dite « impérative » tandis que la nullité concerne la « validité », on l'a dit. En réalité, lorsqu'un État prétend qu'un traité est invalide en raison de sa contradiction avec une règle impérative, il émet une *prétention* qui ne peut pas être vérifiée en l'absence d'une autorité centrale chargée de cette fonction. C'est pour cette raison que certains auteurs ont considéré que les règles *jus cogens*, en plus de représenter une notion incertaine, étaient inutiles¹²⁴⁴. Pourtant, pour la simple raison que ces règles peuvent fonder certaines prétentions étatiques, elles permettraient parfois de *contester* le droit en vigueur, comme on le verra¹²⁴⁵.

455. Surtout, il serait possible de nuancer ce constat d'inutilité des règles impératives en insistant sur un de leurs effets consacrés par la pratique, telle que reflétée dans le Projet de conclusions de la CDI : « [l]orsqu'il apparaît qu'un conflit peut exister entre une norme impérative (...) et une autre règle de droit international, cette dernière doit, autant que possible, être interprétée et appliquée de manière à être compatible avec la première »¹²⁴⁶. En outre, cette stipulation pourrait correspondre à la redéfinition opérée par le P^f Kolb de ces règles impératives : au lieu de les considérer comme des règles hiérarchiquement supérieures, il faudrait les concevoir comme une technique juridique ayant pour principale fonction d'empêcher le jeu du principe *lex specialis*, dans l'hypothèse où la règle particulière serait contraire à une règle générale impérative¹²⁴⁷. La pratique jurisprudentielle relative à l'interprétation du droit de légitime défense démontre l'intention de refuser de considérer qu'une règle particulière ait pu porter atteinte audit droit. Cela suppose, bien entendu, d'interpréter cette règle de façon conforme au droit de légitime défense¹²⁴⁸.

456. En dehors de cette hypothèse spécifique visant à contourner les limites du mécanisme de nullité, la pratique a évolué pour accorder aux règles impératives certains effets en termes

¹²⁴³ *Id.*, pp. 201-203.

¹²⁴⁴ S. Sur, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2013, pp. 198-202.

¹²⁴⁵ V. le Chapitre 6 de la thèse.

¹²⁴⁶ « Projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », *op. cit.*, conclusion, p. 15.

¹²⁴⁷ R. Kolb, « Preemptory Norms as a Legal Technique Rather than Substantive Super-Norms », *op. cit.* p. 35.

¹²⁴⁸ *Infra*.

d'*opposabilité*. C'est dans ce cadre que certains États ont parfois déduit du non-respect d'un des principes de la Charte, notamment l'interdiction du recours à la force, le droit d'être assistés par d'autres États qui seraient tenus de mettre fin à la « violation grave d'une règle impérative ».

Paragraphe 2. Effet du caractère impératif des principes garantissant l'existence des États

457. Dès lors que les principes de la Charte des Nations Unies sont liés à la préservation de l'existence des États, on pourrait effectivement déduire deux conséquences de leur caractère potentiellement impératif. Premièrement, il existerait une obligation *positive* pour les membres des Nations Unies de garantir l'existence d'un autre État membre qui subit les effets de la violation de ces principes. Deuxièmement, il y aurait une obligation de ne pas reconnaître la disparition d'un État résultant de la violation de ces principes. Ces deux hypothèses sont envisagées à l'article 40 du *Projet d'articles* de 2001, qui précise la portée des obligations découlant du non-respect d'une règle impérative : les États seraient tenus de « *coopérer* pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40 »¹²⁴⁹ (**2.1.**), mais ils seraient également obligés de ne pas « reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave »¹²⁵⁰ (**2.2.**).

2.1. Portée limitée de l'obligation de coopérer pour mettre fin aux violations graves

458. La question du statut de l'obligation de coopérer constitue une première difficulté à résoudre, d'autant plus que la CDI a prudemment suggéré que l'article 41(1) relevait « *peut-être* du développement progressif du droit international »¹²⁵¹. L'actuel Rapporteur spécial sur le *jus cogens*, le P^r Tladi, entend lever le voile sur cette incertitude puisque son projet arrive à la conclusion que le devoir de coopération « exist[e] en droit international général »¹²⁵². Cette assertion, étayée par la jurisprudence de la CIJ, figure dans le commentaire du projet de conclusion finalement adopté¹²⁵³. Toutefois, elle ne souligne pas les hésitations et la méfiance

¹²⁴⁹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.*, art. 41(1).

¹²⁵⁰ *Id.*, art. 41(2).

¹²⁵¹ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, commentaire de l'article 41, p. 308, §3.

¹²⁵² D. Tladi, « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », distribué le 12/02/2018, A/CN.4/714, p. 34, §90.

¹²⁵³ Commentaire du projet de conclusion 19, in *Rapport de la CDI, Soixante-treizième session, op. cit.*, A/77/10, p. 74, §2 : « (...) l'obligation de coopérer (...) est aujourd'hui consacrée en droit international ».

qu'elle a suscitée parmi les membres de la Commission¹²⁵⁴. La doctrine aura tôt fait de relever que les affaires citées par le Rapporteur n'attestent pas l'existence de cette obligation *lex lata*¹²⁵⁵.

459. Ensuite, il est difficile de démontrer l'existence d'une *opinio juris* manifestant le sentiment que les États seraient liés par une *obligation* de coopérer¹²⁵⁶. Si les États coopèrent effectivement pour mettre fin à certaines violations du droit international, rares sont ceux qui indiquent clairement que leur conduite résulte de l'application d'une règle de droit. Au contraire, le P^r Aust observe à raison qu'il n'est pas dans l'intérêt des États de s'engager à respecter « *stricter rules, especially if such rules might demand proactive action from their part* »¹²⁵⁷. Ainsi, c'est véritablement parce que le projet d'article 41 stipule une obligation *positive* que son identification dans la *lex lata* est difficile à démontrer. C'est probablement pourquoi le libellé de l'article 41 fait preuve de prudence lorsqu'il évoque simplement une obligation de « coopérer ».

460. La notion de « coopération » met en lumière une seconde difficulté, cette fois relative aux modalités d'application de l'obligation. Comme le relevait déjà le commentaire adjoint par la Commission au projet d'articles de 2001, l'article 41 « ne spécifie pas la forme que cette coopération devrait prendre », cette incertitude devant permettre de tenir compte de « la diversité des circonstances qui pourraient éventuellement intervenir »¹²⁵⁸. Adhérant à une

¹²⁵⁴ S. D. Murphy, « Current Developments. Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*) (Revisited) and Other Topics : The Seventy-Third Session of the International Law Commission », *AJIL*, vol. 117(1), 2023, pp. 96-97.

¹²⁵⁵ H. P. Aust, « Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission », in D. Tladi (dir.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, *op. cit.*, pp. 243-244 ; R. J. Barber, « Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms », *ICLQ*, vol. 71(1), 2022, pp. 15-16. Le Pr Tladi cite par exemple l'avis relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, où la Cour a simplement affirmé qu'il appartenait « à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur », et résultant donc de la violation de principes de la Charte, v. D. Tladi, « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », *op. cit.*, p. 34, note 214. Pour autant, la CIJ n'a jamais pris soin d'identifier le caractère impératif de la règle violée par Israël. M^{me} Barber considère ainsi qu'il est possible de déduire de la jurisprudence que les « *third States have a positive duty to cooperate to bring an end to breaches of at least some obligations erga omnes* », v. R. J. Barber, « Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms », *op. cit.*, p. 16 (souligné par l'auteur).

¹²⁵⁶ En 2021, plusieurs délégués se sont opposés à la proposition du Rapporteur spécial à la sixième commission de l'AGNU. V. la synthèse réalisée par R. J. Barber, « Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁵⁷ H. P. Aust, « Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission », *op. cit.*, p. 246.

¹²⁵⁸ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, commentaire de l'article 41, p. 308, §2.

approche casuistique, la Commission ajoutait néanmoins que cette coopération pouvait « être organisée dans le cadre d'une organisation internationale compétente, notamment l'ONU », tout comme elle pouvait intervenir « hors institution »¹²⁵⁹. Le P^r Tladi, dans son troisième rapport sur le sujet, a repris l'essentiel des observations formulées en 2001 en précisant que l'obligation de coopération « peut donc renvoyer aux mesures prises dans le cadre du système international de sécurité collective »¹²⁶⁰.

461. La pratique récente confirme la tendance à agir dans le cadre des Nations Unies pour inciter un État à cesser la violation d'un des principes de la Charte. Cependant, selon la formulation de l'article 41 du *Projet*, les États ne sont tenus à rien de plus que de faire tout ce qui est en leur pouvoir. Autrement dit, l'État victime ne peut pas exiger une assistance – économique ou militaire – des autres États. L'annexion récente de l'Ukraine par la Russie permet de le démontrer. Désireuse d'obtenir formellement la condamnation de l'agression par le Conseil de sécurité, l'Ukraine a soumis un projet de résolution établissant « que la Fédération de Russie doit retirer immédiatement, complètement et sans condition toutes ses forces militaires du territoire ukrainien à l'intérieur des frontières internationalement reconnues du pays »¹²⁶¹. La Russie ayant mis son veto au projet, il n'a pas pu être adopté en vertu de l'article 27(3) de la Charte des Nations Unies. En réaction, un nouveau projet de résolution a été soumis le 27 février 2022, dans lequel il était demandé au Conseil de considérer « que l'absence d'unanimité parmi ses Membres permanents lors de sa 8979^e séance l'a empêché d'exercer sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹²⁶². Le Conseil devait également, en conséquence, « convoquer une session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale pour examiner » la situation en Ukraine. Une nouvelle fois, la Fédération de Russie s'est opposée à l'adoption du texte¹²⁶³, sans que cela empêche toutefois l'Assemblée générale de se réunir en urgence. Elle était saisie d'un projet de résolution similaire à celui soumis au Conseil de sécurité¹²⁶⁴, et qu'elle a adoptée « par 141 voix pour et l'opposition du Bélarus, de l'Érythrée, de la Fédération de Russie, de la République arabe syrienne et de la République populaire démocratique de Corée. Trente-cinq États se sont abstenus »¹²⁶⁵.

¹²⁵⁹ *Ib.*

¹²⁶⁰ D. Tladi, « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », *op. cit.*, pp. 34-35, §90.

¹²⁶¹ Projet de résolution du 25/02/2022, S/2022/155, §4.

¹²⁶² Albanie et États-Unis d'Amérique : projet de résolution, S/2022/160.

¹²⁶³ S/PV.8980, p. 2.

¹²⁶⁴ Projet de résolution, « Aggression contre l'Ukraine », du 01/03/2022, A/ES-11/L.1.

¹²⁶⁵ Nations Unies, « À une large majorité, l'Assemblée 'déploie dans les termes les plus énergiques' l'agression contre l'Ukraine et exige le retrait immédiat des forces russes », onzième session extraordinaire d'urgence, 5^e et 6^e séances du 02/03/2022, AG/12407, disponible en ligne :

462. Le simple fait d'avoir adopté cette résolution pourrait suffire à considérer que les États ayant voté en faveur de celle-ci ont respecté l'obligation de coopération de l'article 41 précité¹²⁶⁶. Ledit article stipulant une simple obligation de moyen, indéterminée et insusceptible de détermination, l'Ukraine ne pouvait pas espérer ni exiger davantage des autres États. Lorsque les États-Unis d'Amérique ou l'Union européenne fournissent des armes à l'Ukraine, ce n'est jamais en vertu d'une obligation d'agir en ce sens. Au contraire, le Président étatsunien Joe Biden ne mentionne pas un quelconque droit de l'Ukraine d'être assisté par les États-Unis¹²⁶⁷. Ce sont plutôt des considérations politiques et morales qui expliquent pourquoi l'Ukraine bénéficie d'un tel soutien¹²⁶⁸.

463. Les Membres des Nations Unies espèrent néanmoins qu'en cas de non-respect des principes fondamentaux du droit international, mettant en péril leur existence, le Conseil de sécurité devrait qualifier cette situation de menace pour la paix et la sécurité internationales, ce que l'obligation de « coopérer » pourrait suggérer, voire exiger. En ce sens, le jour de l'invasion du Koweït par l'Irak, le 2 août 1990, le Conseil de sécurité adoptait la résolution 660 (1990) afin de constater l'existence d'une « rupture de la paix et de la sécurité internationales »¹²⁶⁹. Sans aller jusqu'à condamner explicitement la violation de l'article 2(4) de la Charte, le Conseil exigeait toutefois le retrait immédiat et inconditionnel des troupes irakiennes¹²⁷⁰. Au moment où la guerre froide « s'évanouissait »¹²⁷¹ peu à peu, il n'a fallu que quatre jours pour que l'organe politique des Nations Unies adopte les mesures collectives « les plus étendues et les plus longues » jamais adoptées¹²⁷². La résolution 661 (1990), adoptée le 6 août 1990, imposait un embargo économique global empêchant les États d'importer une variété de biens en

[<https://www.un.org/press/fr/2022/ag12407.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

¹²⁶⁶ R. J. Barber, « Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms », *op. cit.*, pp. 24-25 : « (...) while a member State could not be held responsible for a failure on the part of either the Security Council or the General Assembly to take action aimed at ending a serious breach of a peremptory norm, a State could feasibly be held responsible for failing to vote in favour of a resolution aimed at putting an end to the breach – on the basis that such a resolution is one of the means available to States that might have a deterrent effect on the perpetrator(s) ».

¹²⁶⁷ En retour, l'Ukraine n'a jamais considéré qu'elle avait le droit d'obtenir cette assistance.

¹²⁶⁸ « Remarks by President Biden on the Security Assistance to Ukraine », le 03/05/2022, disponible en ligne : [<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/05/03/remarks-by-president-biden-on-the-security-assistance-to-ukraine/>] (consulté le 14/06/2023).

V. aussi, « Statement by president Joe Biden on Additional Security Assistance to Ukraine », le 01/06/2022, ég. disponible en ligne :

[<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/06/01/statement-by-president-joe-biden-on-additional-security-assistance-to-ukraine-2/>] (consulté le 14/06/2023).

¹²⁶⁹ Résolution 660 (1990) adoptée par le CSNU, le 02/08/1990 lors de sa 2932^{ème} séance, préambule.

¹²⁷⁰ *Id.*, §§1-2.

¹²⁷¹ R.-J. Dupuy, « L'ingérence internationale, jusqu'où ? Le droit d'assistance humanitaire », *Études*, tome 376, 1992/1, p. 16.

¹²⁷² C. Joyner, « United Nations Sanctions after Iraq : Looking back to See Ahead », *Chicago Journal of International Law*, vol. 4(2), p. 330 (notre traduction).

provenance d'Irak ni d'en exporter vers son territoire¹²⁷³. Dans l'espoir de renforcer la pression exercée sur l'Irak, la résolution 678 (1990) a été adoptée le 29 novembre 1990 pour poser l'ultimatum suivant : dans l'hypothèse où l'État n'aurait pas exécuté les résolutions précitées avant le 15 janvier 1991, les États membres étaient autorisés « à user de tous les moyens nécessaires » à cette fin¹²⁷⁴. C'est sur ce fondement que la coalition, dirigée par les États-Unis et le Royaume-Uni, est intervenue au Koweït afin de le libérer définitivement du joug irakien, le 28 février 1991.

464. La gradation des mesures adoptées – initialement économiques pour devenir coercitives – a été qualifiée par le P^r Sur de « logique de garrot qu'il était loisible à l'Irak de desserrer à tout moment »¹²⁷⁵. La résolution 665 (1990) adoptée par le Conseil de sécurité, établissant que l'occupation du Koweït « met[tait] en danger l'existence d'un État membre »¹²⁷⁶, démontre que le Conseil avait pleinement utilisé ses pouvoirs dans le but de mettre fin à cette occupation. Cette observation conduit M^{me} Motsch à conclure que la Charte consacre une « garantie *positive* du droit fondamental de tout État à la survie »¹²⁷⁷. Qu'une telle garantie existe ne fait aucun doute, mais il faut admettre avec cette auteure que la protection de l'existence d'un État membre, menacée par la violation d'un des principes fondamentaux de la Charte, n'est pas un dû. Comme l'observait le représentant du Koweït lors du vote de la résolution 661 (1990), « le Conseil n'a[vait] jamais été saisi d'une question qui suscit[ait] une unanimité aussi complète »¹²⁷⁸.

465. Or, lorsqu'une telle unanimité n'existe pas, l'action du Conseil est nettement limitée. En vertu de l'article 27, alinéa 3, de la Charte, « [l]es décisions (...) sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents ». Ainsi, l'accord doit être à la fois majoritaire – du point de vue de l'ensemble des membres du Conseil – et unanime – du point de ses membres permanents¹²⁷⁹. Il suffit donc qu'une menace existentielle soit le fait d'un des membres permanents ou de l'un de ses alliés

¹²⁷³ Résolution 661 (1990) adoptée par le CSNU, le 06/08/1990 lors de sa 2933^{ème} séance, §3.

¹²⁷⁴ Résolution 678 (1990) adoptée par le CSNU, le 29/11/1990 lors de sa 2963^{ème} séance, §2.

¹²⁷⁵ S. Sur, « La résolution 687 (3 avril 1991) du Conseil de sécurité dans l'affaire du Golfe : Problèmes de rétablissement et de garantie de la paix », *AFDI*, vol. 37, 1991 p. 35.

¹²⁷⁶ Résolution 665 (1990) du 25 août 1990, préambule, §3.

¹²⁷⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 360-362.

¹²⁷⁸ S/PV. 2933, p. 6.

¹²⁷⁹ Contrairement à la lettre de l'article 27(3) de la Charte, l'abstention d'un des membres permanents n'équivaut pas à mettre son veto. CIJ, 21/06/1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis, *CIJ Rec. 1971*, p. 22, §22.

pour que cela provoque la paralysie du système de sécurité collective¹²⁸⁰. C'était par exemple le cas pour la Bosnie-Herzégovine qui appelait le Conseil, à la fin des années quatre-vingt-dix, à adopter de nouvelles mesures coercitives aptes à prévenir « une destruction totale » de l'État¹²⁸¹. Lors de l'agression armée initiée par la Serbie, les alliés de la Bosnie estimaient que l'« existence même » de ce pays était menacée¹²⁸². Malgré les efforts déployés par certains membres pour obtenir une réaction plus forte du Conseil de sécurité, celui-ci n'a pas été en mesure de contraindre les membres des Nations Unies à protéger l'État bosniaque.

466. Le scénario s'est récemment répété pour l'Ukraine, on l'a vu. L'invasion dont elle fait actuellement l'objet est imputable à un membre permanent du Conseil de sécurité, la Russie, qui a mis son veto à l'ensemble des projets de résolution destinés à assister un État qui invoque pourtant, avec ses alliés, son « droit d'exister ». En février 2022, le Président Joe Biden a par exemple qualifié l'agression russe d'attaque directe au droit à l'existence de l'Ukraine¹²⁸³. D'autres membres des Nations Unies ont opéré le même constat lors des 58 et 59^{èmes} séances de l'Assemblée générale, le 23 février 2022¹²⁸⁴. Le ministre des Affaires étrangères de l'Ukraine, tout d'abord, a considéré que le Président Vladimir Poutine avait « *outright denied Ukraine's right to exist* »¹²⁸⁵. Le ministère des Affaires étrangères et fédérales allemand a ajouté que le « *President of a United Nations Member State has called into question the statehood of a fellow Member State, asking what that action means for a State's right to exist (...)* »¹²⁸⁶. Le

¹²⁸⁰ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 366. S. Sur, « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », op. cit., pp. 891-892.

¹²⁸¹ CSNU, séance du 24/04/1994, S/PV.3370, p. 12.

¹²⁸² CSNU, séance du 21/04/1994, S/PV.3367, intervention de la Turquie à la p. 8.

¹²⁸³ « Remarks by President Biden Announcing Response to Russian Actions in Ukraine », 22/02/2022, disponible en ligne :

[<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/02/22/remarks-by-president-biden-announcing-response-to-russian-actions-in-ukraine/>] (consulté le 14/06/2023).

¹²⁸⁴ United Nations, « Minsk Accords Have Been in 'Intensive Care', Secretary-General Notes, as General Assembly Discusses Eastern Ukraine Developments », 23/02/2022, disponible en ligne :

[<https://www.un.org/press/en/2022/ga12403.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

Il faut expliquer notre choix de se tourner vers le compte-rendu rédigé en anglais et non pas en français. En anglais, le rapport cite directement les déclarations des États membres, alors qu'en français il s'agit principalement de reformulations. Surtout, la version française ne mentionne aucunement la mobilisation du « droit à l'existence » de l'Ukraine.

¹²⁸⁵ *Ibid.* V. ég. la « [d]éclaration de la Verkhovna Rada d'Ukraine (Parlement ukrainien) sur le génocide commis par la Fédération de Russie en Ukraine », annexe à la lettre datée du 20 avril 2022, A/76/812 ou S/2022/337, p. 2 : « politique officielle de l'État russe de négation du droit de la nation ukrainienne à décider elle-même de sa propre identité, de son droit à l'autodétermination et, par conséquent, de son droit à l'existence (...) ».

¹²⁸⁶ United Nations, « Minsk Accords Have Been in 'Intensive Care', Secretary-General Notes, as General Assembly Discusses Eastern Ukraine Developments », op. cit. V. aussi la déclaration de la déléguée étatsunienne : « [*Just this week, leaders in Moscow claimed that Ukraine is not a real country and questioned its right to exist* ». Le recours au droit à l'existence est fréquent depuis le lancement de l'opération militaire. P. ex., lors de la 58^{ème} séance plénière de la 76^{ème} Assemblée générale, le 23/02/2022, A/76/PV.58 : Ukraine (p. 3) ; Allemagne (p. 7) ; États-Unis d'Amérique (p. 16) ; France (p. 21) ; Albanie (p. 21) ; Canada (p. 25). Le secrétaire d'État britannique

délégué canadien refusait de considérer que le différend opposant l'Ukraine à la Russie « *[was] not about the North Atlantic Treaty Organization (NATO) or the European Union, but the existence, and the right to existence, of a Member State of the United Nations* »¹²⁸⁷.

467. En d'autres termes, même lorsque la violation de l'article 2(4) par la Russie est qualifiée de négation du droit à l'existence de l'Ukraine, cette considération ne permet pas de dépasser la simple obligation de « coopération ». L'Ukraine a seulement pu obtenir une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies qui présente le désavantage de ne pas être obligatoire pour les membres de l'Organisation¹²⁸⁸. Elle ne peut pas non plus, *a fortiori*, contraindre les États d'entreprendre les mesures que seul le Conseil de sécurité est autorisé à adopter¹²⁸⁹.

468. La résolution votée par l'Assemblée générale le 3 novembre 1950, à la suite du veto russe qui empêchait d'assister militairement la Corée du Sud, agressée par son voisin du Nord, n'altère pas cette conclusion. En effet, en vertu de cette résolution, l'Assemblée est certes habilitée à examiner la question où le Conseil « manque à s'acquitter de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales », mais elle ne peut en conséquence que formuler « les *recommandations* appropriées sur les mesures collectives à prendre »¹²⁹⁰. Partant, le simple fait que l'existence d'un État soit menacée, même en cas de violation des principes de la Charte, ne garantit pas la mise en œuvre automatique du système de sécurité collective. Par exemple, la Corée du Sud a exprimé à plusieurs reprises devant le Conseil de sécurité¹²⁹¹ qu'elle *devait* son « existence aux Nations Unies » et qu'elle était convaincue que le Conseil ne *pouvait* pas faillir « à ses devoirs impérieux »¹²⁹². La délégation était également soutenue par d'autres États membres, y compris permanents. La France déclarait ainsi que la République de Corée voyait « son existence menacée, en même temps que l'autorité du Conseil et celle de l'ONU [étaient] ouvertement défiées », en raison de son

aux Échanges commerciaux internationaux y a même fait référence lors de la Conférence ministérielle de l'Organisation Mondiale du Commerce, le 12/06/2022, WT/MIN(22)/ST/24, disponible en ligne : [\[https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/statements/ST24.pdf\]](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/statements/ST24.pdf) (consulté le 14/06/2023).

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ Charte des Nations Unies, art. 10.

¹²⁸⁹ Charte des Nations Unies, art. 11(2) : autorisée à « discuter toutes questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales », l'Assemblée doit néanmoins « renvoyée au Conseil de sécurité » « [t]oute question de ce genre qui appelle une action ».

¹²⁹⁰ AGNU, résolution 377 (V) « L'union pour le maintien de la paix », adoptée à la 302^{ème} séance plénière du 03/11/1950, §1 (italiques ajoutés).

¹²⁹¹ CSNU, intervention de la délégation de la République de Corée lors de la 479^{ème} séance du 31/07/1950, S/PV.479, p. 2 : « (...) nous consacrons tout notre effort national à la tâche immédiate que constitue la sauvegarde de l'existence même de notre pays (...) ».

¹²⁹² CSNU, intervention de la délégation de la République de Corée lors de la 473^{ème} séance du 25/06/1950, S/PV.473, p. 8. Dans le même sens, v. l'Équateur, *id.*, p. 12 : « [s]'il existe un rouage international pour veiller à la paix et à la sécurité, c'est dans les cas d'agression que le Conseil doit tenter ce qui est en son pouvoir pour l'utiliser au maximum ».

inaction¹²⁹³. Toutefois, à la suite des recommandations adoptées par l'AGNU en réponse à la guerre de Corée, les États-Unis d'Amérique sont intervenus militairement en vertu du droit de légitime défense collective de la Corée du Sud, plutôt qu'en application des résolutions de l'Assemblée. En d'autres termes, l'assistance apportée à un membre de l'ONU n'était pas fondée sur l'exercice de la « responsabilité subsidiaire » de maintien de la paix par l'Assemblée générale.

469. Les travaux préparatoires de la Charte des Nations Unies suggéraient néanmoins que la menace pesant sur l'existence d'un État membre pouvait influencer l'interprétation et l'application de la Charte. Paul Boncour rapportait qu'à l'occasion de la rédaction des actuels articles 39 à 42, les membres du Comité III/3 considéraient que le Conseil de sécurité devait, en situation ordinaire, d'abord recourir aux mesures non coercitives avant d'autoriser le recours à la force¹²⁹⁴. En bref, la « logique du garrot » qui a été adoptée à la suite de l'invasion du Koweït était pressentie comme devant guider la conduite du Conseil de sécurité. Cependant, ce même Comité refusait d'adopter la même logique graduelle dans une situation – extraordinaire – où l'existence d'un État serait menacée : « *[t]he Committee is unanimous in the belief that, on the contrary, in the case of flagrant aggression imperiling the existence of a member of the Organization, enforcement measures should be taken without delay* »¹²⁹⁵. Force est de constater, encore une fois, que cette procédure n'a pas été retenue alors que l'existence du Koweït était menacée : tout au contraire, c'est la logique *inverse* qui avait été adoptée par le Conseil.

470. La pratique que l'on vient de mentionner démontre que la circonstance dans laquelle la survie d'un État est en cause n'a pas eu vocation à renforcer le système de sécurité collective. Celui-ci n'est mis en œuvre que lorsque certaines conditions relevant davantage de la géopolitique que du droit sont réunies¹²⁹⁶. Il est également important de noter, comme l'a souligné la P^{re} Lagrange, que bien que le Conseil de sécurité préfère généralement que la qualification de menace à la paix « soit précédée du constat d'un fait ou d'une situation internationalement illicites », la Charte l'autorise néanmoins à « statuer *indépendamment* des

¹²⁹³ CSNU, intervention de la délégation de la France lors de la 474^{ème} séance du 27/06/1950, p. 9.

¹²⁹⁴ Rapport de P. Boncour cité dans M. M. Whiteman, *Digest of International Law, op. cit.*, vol. XIII, pp. 409-410. Pour une étude approfondie de la « gradation des moyens » adoptés par le CSNU, v. P. Daillier, « L'action de l'O.N.U. : élargissement et diversification de l'intervention des Nations Unies », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1994, pp. 129-137.

¹²⁹⁵ *Id.*, p. 410 (souligné ajouté).

¹²⁹⁶ À propos de ce qu'un auteur appelle « [l']impossible typologie du 'label' menace contre la paix », v. J.-M. Sorel, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1994, pp. 34-44

règles du droit international général »¹²⁹⁷, en toute discrétion¹²⁹⁸. Cela représente à la fois un avantage et un désavantage pour les États membres. D'un côté, ils peuvent certes requérir l'assistance du Conseil de sécurité même lorsque la menace existentielle ne puise pas son origine dans une violation des principes de la Charte ou de toute autre règle intéressant leur préservation. Ce potentiel et cet avantage ont récemment été relevés par la Rapporteuse spéciale « sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme », dans un rapport communiqué au mois d'août 2022. Elle a indiqué que « [l]es activités des personnes physiques et morales dans le cyberspace peuvent mettre en danger l'existence des États *et* constituer une menace contre la paix et à la sécurité internationales »¹²⁹⁹. Ainsi, sans relier ces activités à une quelconque violation des principes de la Charte¹³⁰⁰, la Rapporteuse rappelle que rien « *n'empêche* (...) le Conseil de sécurité de décider de prendre des mesures coercitives dans de telles conditions »¹³⁰¹.

471. Le revers de cette liberté, on l'a vu, est que les États membres ne peuvent pas contraindre le Conseil à réagir, même lorsque la violation intéresse leur existence. Les obstacles qui n'ont pas permis de consacrer l'obligation positive de protection de l'existence des États, pendant la première moitié du XXème siècle, n'ont finalement pas été surmontés malgré l'adoption de la Charte des Nations Unies. L'intérêt du projet d'article 41 n'est pour autant pas entièrement épuisé, puisque l'alinéa deux pose une obligation de non-reconnaissance collective des effets d'une violation grave des règles impératives.

2.2. Portée limitée de l'obligation de ne pas « reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave »

472. Historiquement, la pratique concernant l'obligation de non-reconnaissance collective des conséquences d'une violation grave d'une règle impérative a davantage intéressé la

¹²⁹⁷ E. Lagrange, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies peut-il violer le droit international ? », *RBDI*, 2004/2, p. 579.

¹²⁹⁸ J. Combacau, « Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité », in *70 ans des Nations Unies : Quel rôle dans le monde actuel ? Journée d'études en l'honneur du Professeur Yves Daudet*, Paris, Pedone 2014, pp. 26-27 : « (...) deux facteurs concourent pour donner à son pouvoir d'appréciation un caractère totalement discrétionnaire tenant l'un à l'indétermination des formules qui devraient constituer la 'base légale' du constat, l'autre à l'absence de contrôle extérieur sur le bien-fondé des constats ainsi opérés ».

¹²⁹⁹ SGNU, « Sanctions unilatérales dans le cyberspace : tendances et problèmes », distribué le 17/08/2022, A/77/296, p. 21, §78 (italiques ajoutés).

¹³⁰⁰ *Id.*, p. 4, §7, l'approche retenue déborde effectivement les principes de la Charte : « [e]lle reconnaît également que les cyberactivités des acteurs privés peuvent constituer une menace pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales par des crimes transfrontaliers, y compris le terrorisme international ; les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou les crimes de génocide ; la propagande hostile ; la diffamation ; ou l'hostilité contre les gouvernements, les sociétés ou les individus ».

¹³⁰¹ *Id.*, p. 21, §78 (italiques ajoutés).

préservation de l'existence de l'État que l'obligation de coopération susmentionnée¹³⁰². Au début du XX^{ème} siècle, le devoir de non-reconnaissance est apparu nécessaire pour contester l'annexion de territoires obtenus à la suite d'un recours à la force perpétré par un autre État¹³⁰³. Les exemples cités à cet égard prennent comme point de départ la « doctrine Stimson », élaborée par le secrétaire d'État des États-Unis lors de l'invasion de la Mandchourie par le Japon en 1932. Cette doctrine a été appliquée par la Société des Nations dans diverses résolutions de l'Assemblée¹³⁰⁴ et du Conseil – notamment dans l'affaire *Létitia*¹³⁰⁵. Elle a pu trouver un écho dans un certain nombre de résolutions du Conseil de sécurité, notamment lorsque ce dernier obligeait les membres des Nations Unies à « ne reconnaître aucun régime mis en place [au Koweït] par la puissance occupante (*i.e.* l'Irak) »¹³⁰⁶. Le lien avec la préservation de l'existence du Koweït, malgré son annexion par l'Irak, était évident dès lors que la disparition du premier avait été déclarée par le second¹³⁰⁷.

473. Cette pratique est généralement mobilisée pour soutenir que le droit international établit une « présomption favorable à la continuité de l'existence des États »¹³⁰⁸. La question est ancienne et la réponse apportée l'est tout autant : il est traditionnellement proposé de mobiliser le concept de continuité de l'État afin de présumer la persistance de l'institution étatique malgré

¹³⁰² H. P. Aust, « Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission », *op. cit.*, pp. 247-248.

¹³⁰³ D. Costelloe, *Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, CUP, 2017, pp. 193-197.

¹³⁰⁴ Pour l'obligation de non-reconnaissance énoncée en des termes généraux, v. *JO de la SdN*, supp. spé. N°151, p. 65 ; *JO de la SdN*, supp. spé. N°101, p. 87.

¹³⁰⁵ Ch. Rousseau, « Le conflit italo-éthiopien », *RGDIP*, 1936, pp. 99 et suivantes. Eg., Q. Wright, « The Stimson note of January 7th 1932 » *AJIL*, 1932, p. 343 ; J. L. Mc. Mahon, *Recent changes in the recognition policy of the US*, Wahington, 1933 ; A. D. McNair, « The legal aspects of the Stimson doctrine of non-recognition », *BYIL*, vol. 14, 1933, pp. 68-71 (pour les différents cas d'application de la doctrine) ; J. F. Williams, « La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents », *RCADI*, vol. 2, 1933, spéc. pp. 265-309 ; J. W. Garner, « Non recognition of illegal territorial annexations and claims to sovereignty », *AJIL*, 1936, pp. 687-688 (à propos de la thèse italienne de l'extinction de l'Éthiopie).

¹³⁰⁶ Résolution 661 (1990) du 6 août 1990, S/RES/661(1990), §9 (b).

¹³⁰⁷ Résolution 662 (1990) du 9 août 1990, S/RES/662(1990), §§1 et 2 : « [d]éclare que l'annexion du Koweït par l'Iraq, quels qu'en soient la forme et le prétexte, n'a aucun fondement juridique et est nulle et non avenue ; Demande à tous les États, organisations internationales et institutions spécialisées de ne pas reconnaître cette annexion et de s'abstenir de toute mesure et de tout contact qui pourraient être interprétés comme une reconnaissance implicite de l'annexion ».

¹³⁰⁸ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 673 et 715. Repris, *inter alia*, par : M. A. Burkett, « The Nation Ex-Situ », in M. B. Gerrard et G. E. Wannier (éd.), *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, CUP, 2013, p. 94 ; D. Wong, « Sovereignty Sunk ? The Position of 'Sinking States' at International Law », *op. cit.*, p. 362 ; C. Blanchard, « Evolution or Revolution ? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise », *op. cit.*, p. 78 ; V. Baiamonte et C. Redaelli, « Small Islands Developing States and Climate Change : An Overview of Legal and Diplomatic Strategies », *Journal of Public and International Affairs* (2017), p. 8 ; S. Lavorel, « Les enjeux juridiques de la disparition du territoire de petits États insulaires », in P. Bacot et A. Geslin (dir.), *Insularité et sécurité : l'île entre sécurité et conflictualité*, Bruylant, Bruxelles (2014), p. 44 ; A. Costi, « Urgence climatique : l'obligation de prévenir la disparition de l'État », *RQDI*, hors-série de janvier 2022, p. 235.

l'occurrence d'une menace existentielle. Loin d'une réaction à une telle menace, antérieure à sa réalisation, on se situe ici chronologiquement après sa matérialisation : l'État A continue-t-il d'exister malgré la matérialisation d'une menace à sa survie qu'il n'est pas parvenu à empêcher ? L'occupation de l'État éthiopien par l'Italie dans les années trente, par exemple, a-t-elle entraîné sa disparition ? La submersion complète d'un petit État insulaire entraîne-t-elle également sa disparition ou est-il possible de recourir à la fiction afin d'agir *contre* les faits et constater la préservation de l'État ?

474. Quelle que soit la réponse apportée, il faut bien comprendre que cette « présomption » ne se traduit par une obligation de non-reconnaissance que lorsque les principes fondamentaux du droit international sont violés, et non pas simplement en vertu du principe de continuité de l'État. Certes, « *[t]he affirmation, as well as the denial, of the identity and continuity of a State in face of a radical and violent change in [the State's] structure will be of an essentially defensive character* »¹³⁰⁹. Pour autant, ce n'est pas la continuité de l'État qui offre un quelconque moyen de défense : cette continuité est le résultat de la mise en œuvre de certaines règles de droit international qui ont pour objectif de préserver l'existence de l'État et qui présentent un caractère impératif. Énoncé plus simplement, un État insulaire entièrement submergé en raison de l'élévation du niveau de la mer ne pourrait pas voir son existence préservée, malgré la perte de son territoire, en invoquant le principe de continuité. Il lui serait plus avantageux de démontrer la « violation grave d'une règle impérative » intéressant la préservation de son existence.

475. C'est pourquoi la doctrine a récemment cherché à établir un lien entre le principe de continuité et un autre principe de la Charte des Nations Unies, à savoir le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La CDI considère que ce droit énoncé à l'article 1 de la Charte est à la fois un « but » et une « règle impérative » de droit international¹³¹⁰. Certains auteurs soutiennent alors que le droit d'autodétermination ne se limite pas à permettre une population de devenir un État¹³¹¹ : il obligerait également les États tiers à reconnaître, en toute circonstance, la continuité de l'existence de cet État nouvellement constitué¹³¹². Selon cette perspective, la reconnaissance de la continuité de l'État serait une conséquence directe et inévitable du respect

¹³⁰⁹ K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, *op. cit.*, p. 4 (souligné ajouté).

¹³¹⁰ *Projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (jus cogens)*, *op. cit.*, annexe, h).

¹³¹¹ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, p. 107 : « (...) *self-determination is, at the most basic level, a principle concerned with the right to be a State* ».

¹³¹² N. J. Ross, *Low-Lying States, Climate Change-Induced Relocation, and the Collective Right to Self-Determination*, Thèse, Victoria University of Wellington, 2019, p. 70 : « *[a]s important as it is, external self-determination is not only a right for gaining statehood, but also for its continuity* ».

du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Quoique contestée¹³¹³, cette possibilité a été soutenue par le Liechtenstein dans une communication adressée à la Commission du droit international en 2021, à propos de la disparition annoncée des petits États insulaires¹³¹⁴. L'hypothèse évoquée est complexe, car elle soulève la question de savoir si la reconnaissance de la disparition des États insulaires constitue une violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle implique également un renversement du raisonnement, où ce n'est plus la violation d'un principe de la Charte qui justifie le refus de reconnaître ses effets. À l'inverse, l'obligation de non-reconnaissance serait une conséquence de l'application du principe. Il est probable que la difficulté de démontrer une violation grave d'une règle impérative, en ce qui concerne l'élévation du niveau de la mer¹³¹⁵, explique pourquoi la doctrine et certains États émettent de telles prétentions qui élargissent finalement la portée du droit à l'autodétermination¹³¹⁶.

476. Dans d'autres situations plus classiques, la violation d'un principe fondamental peut aisément être qualifiée de « violation grave » au sens de l'article 41, ce qui oblige les États tiers à refuser de reconnaître la disparition de l'État qui en subit les conséquences. Malgré une pratique abondante concernant le recours illicite à la force, il convient toutefois de nuancer la portée de cette obligation, notamment parce qu'elle fait l'objet d'une pratique contradictoire. Le P^r Aust rapporte ainsi deux exemples à cet égard. S'agissant de l'annexion de la Crimée par la Russie, l'auteur observe que l'Assemblée générale n'a pas condamné explicitement la violation de l'article 2(4) de la Charte, mais qu'elle a simplement réaffirmé l'intégrité territoriale de l'Ukraine et appelée à la non-reconnaissance de l'annexion¹³¹⁷. Pendant le vote, peu d'États déclaraient être *obligés* de ne pas reconnaître les effets de la violation de l'article 2(4), remettant finalement en cause l'existence de l'obligation stipulée à l'article 41(2) du projet d'articles. Le P^r Aust mentionne également l'exemple des territoires palestiniens occupés par Israël, à propos desquels la résolution 478 (1980) du Conseil de sécurité exige la non-

¹³¹³ A. Soete, *The international legal personality of island States permanently submerged due to climate change effects*, Antwerpen, Maklu, 2021, p. 142.

¹³¹⁴ *Submission by the Principality of Liechtenstein to the International Law Commission on the topic 'Sea-Level Rise in relation to international law'*, communiqué le 12/10/2021 et disponible en ligne : [https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/slr_liechtenstein.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹³¹⁵ J. G. Stoutenburg, « When Do States Disappear ? : Thresholds of Effective Statehood and the Continued Recognition of 'Deterritorialized' Island States », in M. B. Gerrard et G. E. Wannier (ed.), *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 80-82.

¹³¹⁶ C. Blanchard, « Evolution or Revolution ? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise », *op. cit.*, pp. 85-86 et pp. 114-115.

¹³¹⁷ H. P. Aust, « Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission », *op. cit.*, p. 249.

reconnaissance¹³¹⁸ : l'auteur remarque que malgré cela, certains États ont reconnu Jérusalem comme la capitale d'Israël.

477. Enfin, un autre exemple qui illustre le non-respect de cette obligation concerne l'occupation italienne de l'Éthiopie dans les années trente, malgré sa condamnation dans une résolution de l'Assemblée de la SdN¹³¹⁹. Dans une lettre datée de novembre 1936, l'Éthiopie reprochait à l'Autriche et à la Hongrie de ne pas avoir respecté la résolution de l'Assemblée après avoir reconnu l'acquisition italienne de l'Éthiopie¹³²⁰. Cette dernière protestait en invoquant son « droit imprescriptible » de continuer d'exister, auquel les membres de la Société portaient atteinte lorsqu'ils acceptaient de reconnaître la souveraineté italienne en Éthiopie¹³²¹.

478. Les faiblesses de cette obligation de non-reconnaissance trouvent certainement leur origine dans son objet, qui vise à exclure « le critère de l'effectivité », comme le souligne M. Couveinhes Matsumoto¹³²². Plus particulièrement, cette obligation exige des États de nier tout effet juridique à la réalité effective. En l'espèce, la réalité observable est l'occupation et la disparition d'un État, tandis que l'effet juridique désigne la non-reconnaissance de la disparition de l'État occupé. Le principal argument mobilisé pour contester l'efficacité des règles de cette nature – celles excluant l'effectivité – est le suivant : le droit international n'a pas la capacité de contester indéfiniment l'effectivité qui résulte de l'occupation illicite d'un territoire¹³²³. Dit autrement, ainsi que le P^r Verhoeven le synthétise, le droit international est structurellement impuissant à empêcher les conséquences juridiques d'une situation de fait qui perdure¹³²⁴. En l'absence d'un organe central préservant l'État occupé, celui-ci ne disposerait d'aucun moyen *effectif* pour protéger son existence¹³²⁵, laissant ainsi cette existence à l'appréciation des États tiers¹³²⁶. La situation de fait perdurant, l'écoulement du temps risquerait d'entériner la

¹³¹⁸ *Id.*, p. 250.

¹³¹⁹ Assemblée générale de la SdN, résolution adoptée le 11/03/1932, reprod. in *JO de la SdN*, supplément spécial n°101, p. 106 : « [l]'Assemblée (...) déclare qu'il incombe aux Membres de la Société des Nations de ne reconnaître aucune situation, traité ou accord qui pourrait survenir par des moyens contraires au Pacte de la Société des Nations, ou au Pacte de Paris ». V. ég. la résolution adoptée le 04/07/1936, in *JO de la SdN*, supplément spécial n°151, p. 65.

¹³²⁰ *JO de la SdN* de décembre 1936, pp. 1408-1410.

¹³²¹ *JO de la SDN* de mars-avril 1937, p. 266 ; août-septembre 1937, p. 658 ; surtout, mai-juin 1938, pp. 333-346 et les annexes reproduites aux pp. 535-543. Le droit à l'existence n'est pas explicitement mentionné, mais au regard du contexte l'emploi de « droit imprescriptible » semblait désigner implicitement cette notion.

¹³²² F. Couveinhes Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 133-164.

¹³²³ *Id.*, pp. 164-191.

¹³²⁴ Cité in *id.*, p. 170.

¹³²⁵ Th. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in Ch. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 129-131, spéc. p. 130.

¹³²⁶ J. Motte-Baumvol, « Disparition de l'État », in P. Mbongo, F. Hervouët et C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, op. cit., p. 248 : « [e]n l'absence de principe juridique permettant de distinguer

disparition de l'État. Autrement dit, s'il existe une « présomption » favorable à la survie – à la continuité – des États, des auteurs comme la P^{re} Ruiz-Fabri considèrent que « l'effectivité est le seul moyen de surmonter les principes protecteurs de l'État existant »¹³²⁷ – *i.e.* les principes de la Charte.

479. À cette objection, M. Couveinhes Matsumoto oppose que si « la non-reconnaissance ne constitue pas une mesure d'exécution forcée ou d'office, (...) nul n'a jamais prétendu qu'elle en constituait une »¹³²⁸. L'auteur qualifie cette mesure de sanction, même si elle n'est pas toujours efficace pour obtenir la fin désirée, c'est-à-dire la cessation du fait illicite. Car « (...) ce qui caractérise la sanction n'est pas qu'elle met *effectivement* fin à une violation du droit (ce qui est le propre de certains actes d'exécution), mais qu'elle y répond sur un plan *juridique* »¹³²⁹. En outre, l'efficacité à long terme de cette obligation s'est parfois manifestée au moment de la cessation de la « violation grave »¹³³⁰. L'exemple éthiopien est particulièrement frappant : malgré la reconnaissance de sa disparition par de nombreux membres de la Société, cela n'a pas empêché l'État de continuer d'exister à l'issue de la Seconde Guerre mondiale¹³³¹. De nombreux autres exemples peuvent être rapportés¹³³² : la récupération de la Mandchourie par la Chine en 1945 ou la libération du Timor oriental malgré son annexion¹³³³. Ces quelques précédents pourraient suffire à confirmer la thèse défendue par le P^r Kohen, selon lequel le concept de « prescription acquisitive » n'est plus toléré en droit international : « cent ans d'usurpation ne valent pas une seule minute de légitimité »¹³³⁴.

480. Pour autant, il faut bien admettre que l'obligation de non-reconnaissance ne permet pas de garantir la préservation *matérielle* de l'État occupé. Celui-ci a disparu et sa survie relève d'une pure fiction – elle est *formelle*. C'est uniquement dans l'hypothèse où la violation grave de la règle impérative pertinente vient à cesser que la question de la survie de l'État quitte le monde de la fiction pour rejoindre celui de la réalité. S'il ne faut pas sous-estimer l'importance

clairement les deux situations de disparition et de continuation de l'État, dans le cas concret, c'est l'effectivité de la disparition qui est prise en compte par les États tiers ».

¹³²⁷ H. Ruiz Fabri, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 162. Dans le même sens, P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 370-371.

¹³²⁸ F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 170.

¹³²⁹ *Id.*, p. 171 (italiques dans l'original).

¹³³⁰ *Id.*, pp. 176-183.

¹³³¹ V. l'article 33 du Traité de paix conclu avec l'Italie, le 10 février 1947 : « [l']Italie reconnaît et s'engage à respecter la souveraineté et l'indépendance de l'État éthiopien », in *RTNU*, vol. 49, 1950, n°747, p. 20.

¹³³² J. Motte-Baumvol, « Disparition de l'État », *op. cit.*, p. 248 : la CDI « a avancé qu'un État ne perd pas son identité en cas de disparition illicite de sa souveraineté ».

¹³³³ F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, pp. 177-178.

¹³³⁴ Cité par Th. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », *op. cit.*, p. 165.

de l'obligation de non-reconnaissance, ainsi que le relève M. Couveinhes Matsumoto, il ne faut pas non plus la surestimer. Elle présente certaines limites intrinsèques à sa nature : l'obligation demeure une obligation *négative*. Si l'État souhaite *effectivement* exister, l'obligation de non-reconnaissance représente certes un premier pas dans cette direction, néanmoins insuffisant. C'est pour cette raison que la non-reconnaissance n'est rigoureusement appliquée que dans deux hypothèses. Soit parce que l'État est susceptible de recouvrer, dans un avenir plus ou moins proche, l'exercice effectif de sa souveraineté – comme c'était le cas de la Somalie dans les années quatre-vingt-dix¹³³⁵. Soit parce que l'État occupé parvient à démontrer sa capacité à exercer effectivement sa souveraineté malgré la matérialisation de l'événement menaçant son existence – comme c'était le cas des gouvernements exilés sur le territoire d'autres États pendant la Première et la Seconde Guerre mondiale¹³³⁶.

481. Mme Soete remarque à juste titre que la présomption de continuité présente peu d'intérêts pour protéger efficacement l'existence des États insulaires, qui risquent de perdre définitivement leurs territoires : « (...) *the presumption of continuity of States and State identity was not born simply out of adoration for the sacred institute of statehood or considerations of morality or equity, but out of the practical repercussions State succession brings about* »¹³³⁷. C'est probablement pour cette raison qu'aucun des États insulaires menacés par l'élévation du niveau de la mer n'invoque le principe de continuité, lui préférant le « droit à la survie »¹³³⁸. Cette dernière notion est toutefois attribuée, dans la pratique, au droit de légitime défense. Il convient ainsi de déterminer la portée d'une circonstance menaçant la survie d'un État, notamment sur l'interprétation et l'application du droit de légitime défense.

Section 2. Caractère inhérent du droit de légitime défense et conservation de l'État

482. Une question relative à la portée du droit de légitime défense peut sembler inutile au premier abord, étant donné que l'article 51 de la Charte des Nations Unies semble avoir définitivement réglé tous ses aspects :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures

¹³³⁵ V. le Chapitre 1 de la thèse, p. 77.

¹³³⁶ M. Flory, *Le statut international des gouvernements réfugiés et le cas de la France libre (1939-1945)*, Paris, Pedone, 1952, p. 17 : « le but même de l'exil », selon l'auteur, « est justement la sauvegarde de l'État ».

¹³³⁷ A. Soete, *The International Legal Personality of Island States Permanently Submerged Due to Climate Change Effects*, *op. cit.*, p. 142, §151.

¹³³⁸ *Infra*, Chapitre 5, pp. 333-334.

nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

483. Plusieurs interrogations restent cependant en suspens malgré un libellé aussi précis. Si un État membre ne peut recourir à la force que pour repousser une agression armée, il reste à déterminer ce que recouvre précisément la notion. Inclut-elle, par exemple, des mesures économiques d'une telle intensité qu'elles pourraient être qualifiées d'agressions par l'État qui les subit ? De telles sanctions peuvent-elles être qualifiées d'« armes » au sens de la Charte ? En outre, faut-il attendre que l'État essuie les effets de l'agression armée avant de réagir ou peut-il prévenir une menace d'agression ? Les réponses apportées par les États reposent généralement sur le fait que la Charte qualifie le droit de légitime défense de droit « naturel » – ou « *inherent* » dans sa version anglaise. Cette qualification leur permet de considérer qu'il renvoie implicitement à un droit coutumier qui jouit d'une portée plus étendue, à savoir un « droit à la survie » ou d'autoconservation.

484. L'ensemble de ces questions revêt un aspect crucial pour notre sujet : le droit de légitime défense ayant pour objet de préserver l'existence de l'État, il faut déterminer à quel point ces considérations relatives à l'autoconservation influencent les modalités d'exercice dudit droit. Selon le P^r Sur, le droit de légitime défense « n'est pas, comme on le présente parfois, provisoire et résiduel, mais au contraire central et supérieur. La Charte est construite à partir de lui, et quoiqu'elle cherche à le supplanter, elle doit lui rendre les armes »¹³³⁹. Face à un tel constat, de nombreux États n'hésitent pas à étendre la portée du droit de légitime défense au-delà des limites établies par la Charte des Nations Unies (**Paragraphe 1**), invoquant parfois un « droit à la survie » dans des termes similaires à ceux employés par la CIJ en 1996 (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Étirement de la portée du droit de légitime défense en faveur de la préservation de l'État

485. Jusqu'à l'adoption de la Charte, le droit de légitime défense n'était que très rarement mentionné dans les traités conclus par les États. Son énonciation explicite n'a été possible qu'à mesure que l'interdiction du recours à la force était formellement établie à partir de la fin du XIX^{ème} siècle. Bien que cela constituait l'occasion rêvée de définir davantage le droit de

¹³³⁹ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 792.

légitime défense, notamment ses conditions d'application et sa portée, de nombreuses questions étaient laissées en suspens (1.1.). Partant, divers moyens sont employés par la doctrine et les États pour influencer l'interprétation et l'application du droit de légitime défense (1.2.). L'objectif de ces prétentions consiste à définir le droit de légitime de défense à *partir* du droit d'autoconservation, en recherchant délibérément à confondre ces deux notions.

1.1. L'incertitude terminologique entourant le droit de légitime défense

486. L'article 51 de la Charte présente la particularité d'énoncer, pour la première fois, les conditions permettant d'exercer le droit de légitime défense. Il faut d'abord qu'un État soit l'objet d'une agression armée à laquelle il réagit lorsque c'est nécessaire et de façon proportionnée¹³⁴⁰. Il doit ensuite notifier le Conseil de sécurité de son action en légitime défense afin de lui laisser l'opportunité de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Une fois de telles mesures adoptées, l'État est en principe empêché de poursuivre l'acte de légitime défense, à la condition qu'elles aient effectivement rétabli la paix et la sécurité internationales – ce qui n'est pas sans poser des difficultés¹³⁴¹.

487. Toutefois, que recouvre précisément l'agression armée ? Certes, elle se distingue du recours à la force qui présente un degré de gravité moindre¹³⁴² et qui permet d'affirmer que toute violation de l'article 2(4) ne donne pas automatiquement le droit d'agir en légitime défense. Cependant, il n'est pas possible de définir davantage la notion d'agression. Cette imprécision, il faut l'avouer, était un choix délibéré des rédacteurs de la Charte. Ils ont préféré laisser au Conseil de sécurité une certaine liberté d'appréciation¹³⁴³ pour constater un acte d'agression en vertu de l'article 39 de la Charte¹³⁴⁴. L'Assemblée générale a donc entrepris d'en donner une définition dans les années soixante-dix avec une résolution¹³⁴⁵ qui, bien que n'ayant

¹³⁴⁰ Deux critères absents de l'article 51 de la Charte que la CIJ considère néanmoins indispensable à sa mise en œuvre, en qualité de règle du droit international coutumier. V., CIJ, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis, *CIJ Rec. 1996*, p. 245, §41.

¹³⁴¹ Kelsen a justement relevé qu'il est difficile de connaître l'autorité compétente pour évaluer si le Conseil de sécurité a adopté les mesures « nécessaires » au maintien de la paix, v. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, *op. cit.*, p. 802.

¹³⁴² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p. 91, §191 : la Cour distingue « entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée), et d'autres modalités moins brutales ». V. l'application du principe in Commission des réclamations Éthiopie-Erythrée, 19/12/2005, sentence partielle, *jus ad bellum* – réclamations de l'Éthiopie n°1-8, *RSA*, vol. XXVI, p. 465, §11.

¹³⁴³ L. M. Goodrich et E. Hambro, *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁴⁴ Art. 39 de la Charte des Nations Unies : « Le Conseil de sécurité constate l'existence (...) d'un acte d'agression (...) ».

¹³⁴⁵ Résolution 3314 (XXIX) de l'AGNU, « Définition de l'agression », adoptée le 14/12/1974, A/RES/29/3314, v. l'article 3 de l'annexe.

par principe aucune valeur obligatoire¹³⁴⁶, a été mobilisée par la Cour internationale de Justice afin de faire application de l'article 51 de la Charte ou du droit coutumier de légitime défense¹³⁴⁷. Pour autant, la question de la définition de l'agression n'est pas résolue, puisque l'article 4 de la résolution précise que l'énumération des actes d'agression « n'est pas limitative »¹³⁴⁸.

488. Les difficultés rencontrées lors de la rédaction d'une définition de l'agression semblent découler de la volonté de préserver ce que les États estiment indispensable à la conservation de leur existence. En témoigne une intervention de la délégation syrienne qui s'opposait à une conception extensive de l'agression, suggérée par le Pérou¹³⁴⁹. Celui-ci estimait en effet que « la légitime défense se justifiait non seulement contre une agression armée, mais encore contre tous actes d'agression »¹³⁵⁰. En guise de réponse, la Syrie indiquait admettre l'existence d'autres formes d'agressions dites « secondaires », mais elle rappelait que « seule l'agression armée autoriserait les États à exercer leur droit naturel de légitime défense armée en vertu de l'article 51 »¹³⁵¹. Insistant à raison sur le qualificatif accompagnant la notion « d'agression » – « armée » –, la Syrie poursuivait en rappelant que la définition proposée par l'Assemblée générale ne devait pas prétendre à l'exhaustivité. Cela aurait pour effet de « vider le droit de légitime défense de son contenu », ce qu'il conviendrait d'éviter « car il s'agit d'un droit naturel de conservation fondé sur le devoir de chaque État d'assurer sa propre protection »¹³⁵². En établissant le caractère indicatif des actes d'agression mentionnés à l'article 4 susmentionné, celui-ci pourrait être interprété comme manifestant la volonté de ne pas « vider » l'article 51 de son contenu.

489. On sait justement que la qualité d'« arme » est incertaine et que la résolution de l'Assemblée n'altère pas cette conclusion. Les dispositions de la Charte, ainsi que la CIJ a pu

¹³⁴⁶ *Contra*, qualifiant la résolution d'interprétation authentique de l'article 51 par un organe de l'ONU, J. Zourek, « Enfin une définition de l'agression », *AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 28-29.

¹³⁴⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (fond), CIJ, *Recueil 1986*, p. 103, §195.

¹³⁴⁸ *Idem*.

¹³⁴⁹ Rapport du Comité spécial de 1956 pour la question de la définition de l'agression (8 octobre – 9 novembre 1956), 12^{ème} session, supplément n°16, A/3574, p. 16, §121.

¹³⁵⁰ *Ib.*

¹³⁵¹ *Ib.*

¹³⁵² *Ibid.* Dans le même sens, v. l'intervention de l'Inde à la Sixième commission de l'AGNU qui faisait référence à « the 'unique type of bloodless aggression from a vast and incessant flow of millions of human beings forced to flee into another State' impairing thereby the economic and political well-being of the receiving victim State and threatening its very existence », citée par la Cour suprême de l'Inde, *Sarbananda Sonowal v. Union of India and Another*, jugement du 12/07/2005, reprod. in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 12, 2005-2006, p. 161 (une telle affaire confirme le lien qui existe entre le pouvoir souverain d'expulsion/d'admission des étrangers et la conservation de l'État, v. le Chapitre 2 de la thèse, pp. 106 et s.).

le relever, « ne mentionnent pas d'armes particulières » et « s'appliquent à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées »¹³⁵³. Serait-il possible de conférer la qualité d'« arme » – et donc d'« agression armée » – à tout moyen coercitif susceptible de provoquer la disparition de l'État ? C'est du moins ce que suggère une note de la Rapporteuse spéciale sur « les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales », dans laquelle elle soutient que « le recours aux cybertechnologies, pour être qualifié d'agression armée, *doit mettre en danger l'existence même d'un État* »¹³⁵⁴. Rien, dans le droit positif, ne semble pourtant restreindre la définition de l'agression armée à ces hypothèses de menace existentielle. Celle-ci est néanmoins mobilisée pour *définir* le droit de légitime défense.

490. Outre la nature même de l'agression armée¹³⁵⁵, « [c]ertaines délégations ont refusé d'exclure entièrement du champ de la définition la *menace* de recours à la force »¹³⁵⁶. La position, une fois encore profondément ambiguë, sollicitait des considérations relatives à la survie de l'État : « [t]out en reconnaissant que la menace de la force ne constitue pas forcément un acte d'agression, elles (*i.e.* les délégations) ont souligné que la menace équivaut à une agression lorsque l'existence même de l'État menacé est en péril »¹³⁵⁷. En d'autres termes, dans l'hypothèse où la menace présenterait une certaine gravité, l'État serait autorisé à agir en légitime défense, celle-ci revêtant finalement un caractère préventif. Cependant, le silence de la résolution et de l'article 51 sur ce point ne permet pas de confirmer ou d'infirmer la licéité d'un tel acte. Le texte ne délimite effectivement pas le cadre temporel de l'agression armée : doit-elle avoir été déclenchée ? Si oui, à partir de quand l'État peut-il réagir en légitime défense ? Devrait-il attendre que la menace d'une agression se concrétise avant de pouvoir réagir, alors même que l'acte dont on attend la matérialisation risque de provoquer la disparition de l'État victime ?

¹³⁵³ CII, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 244, §39.

¹³⁵⁴ SGNU, « Sanctions unilatérales dans le cyberspace : tendance et problèmes », distribuée le 17/08/2022, A/77/296, pp. 13-14, §43. Davantage sur le sujet, v. M. Forteau, « Les seuils de gravité d'une cyberattaque », in M. Grange et A.-T. Norodom (dir.), *Cyberattaques et droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 41-44 ; O. Corten, « Cyber-attaques et *jus contra bellum* », in *id.*, pp. 202-205 et 210-212. Les deux auteurs démontrent que si le critère de gravité est indispensable pour réagir en légitime défense contre une cyber-attaque, celle-ci ne suppose pas nécessairement d'être définie à partir de considérations relatives à la survie de l'État. Relevons néanmoins l'article L2321-2 du Code de la défense français, dont le premier alinéa se lit ainsi : « [p]our répondre à une attaque informatique qui vise les systèmes d'information affectant le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la *capacité de survie de la Nation*, les services de l'État peuvent, dans les conditions fixées par le Premier ministre, procéder aux opérations techniques nécessaires à la caractérisation de l'attaque et à la neutralisation de ses effets en accédant aux systèmes d'information qui sont à l'origine de l'attaque » (italiques ajoutés).

¹³⁵⁵ T. Ruys, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter*, Cambridge, CUP, 2010, pp. 53-67.

¹³⁵⁶ Rapport du Comité spécial de 1956 pour la question de la définition de l'agression (8 octobre – 9 novembre 1956), 12^{ème} session, supplément n°16, A/3574, p. 8, §54 (italiques ajoutés).

¹³⁵⁷ *Ibid.*

491. Autant de questions qui ont trait à l'interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et au rôle que devrait jouer la survie de l'État dans ce cadre. Dans le même temps, cette considération *a priori* factuelle – la menace existentielle – est également mobilisée pour rechercher l'application d'un droit *coutumier* de légitime défense présentant, en théorie, une portée plus large que son versant conventionnel¹³⁵⁸.

1.2. L'interprétation et la coutume comme moyen de préciser et d'étendre la portée du droit de légitime défense

492. Une interprétation du droit de légitime défense à la lumière de son objet et de son but, à savoir la préservation de l'existence des États, suffirait à influencer la lecture de l'article 51 de la Charte **(a)**. Enfin, la recherche d'un droit coutumier de légitime défense de portée plus étendue, préexistant et survivant le droit conventionnel, poursuit la même finalité **(b)**.

a. Interprétation de l'article 51 de la Charte à la lumière de son objet et de son but : la préservation de l'existence de l'État

493. Aucun État, ou presque, ne recourt à la force en admettant l'illicéité de son action. Bien souvent au contraire, leur comportement est justifié à partir d'une certaine interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Le meilleur exemple à cet égard concerne la question de la légitime défense préventive, qui fait référence à la réaction contre une *menace imminente* d'agression armée. Afin d'asseoir la licéité d'une telle conduite, une partie de la doctrine et des États mobilisent fréquemment les affaires du *Caroline* et du *Virginus* afin de démontrer que cela a toujours été admis par le droit international et que la Charte n'y a pas porté atteinte¹³⁵⁹. Julien Détais observe à raison que ces efforts s'accompagnent généralement d'une « étude sémantique de l'article 51 et plus particulièrement du segment de phrase 'dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée' »¹³⁶⁰.

494. Nul besoin, pour notre thèse, de revenir dans le détail des arguments qui servent à interpréter l'article 51 de telle manière à admettre la légitime défense préventive. Ce qui doit appeler notre attention, c'est le point de départ traditionnellement retenu pour interpréter l'article 51, à savoir l'objet et but de la légitime défense – conformément à la méthode prescrite par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹³⁶¹. Le P^r Corten constate ainsi que les partisans de la légitime défense préventive soulignent que l'empêchement d'une

¹³⁵⁸ T. Ruys, '*Armed Attack*' and Article 51 of the UN Charter, *op. cit.*, pp. 7-28.

¹³⁵⁹ J. Détais, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Thèse, Université d'Angers, 2007, pp. 165-170.

¹³⁶⁰ *Idem*, p. 174.

¹³⁶¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*, p. 362.

telle action, par exemple en cas de menace d'une attaque nucléaire, « s'avérerait incompatible avec l'objet même de la légitime défense qui, comme la Cour internationale de Justice l'a rappelé, est de garantir la survie même de l'État »¹³⁶².

495. Un courant de la doctrine entend ainsi défendre que la Charte ne saurait être qualifiée de « *suicide pact* » en vertu duquel les États auraient consenti à leur propre disparition¹³⁶³. Cette considération conduirait logiquement à interpréter l'article 51 de manière à ne pas empêcher un État de repousser une menace existentielle, même lorsque l'État adverse n'a pas encore accompagné le geste à la parole¹³⁶⁴. Afin de surmonter cette difficulté, le P^r Corten rappelle qu'il n'existe aucun précédent « dans lequel le respect de l'article 51 de la Charte aurait réduit un État à l'impuissance et *a fortiori* à l'anéantissement »¹³⁶⁵. En réalité, le droit international permet déjà de garantir la survie d'un État, et l'idée selon laquelle la rigueur de l'article 51 conduirait à l'anéantissement est purement théorique. Afin de trouver un équilibre entre les deux, le P^r Corten propose « de privilégier la solution qui soit le plus en accord avec le caractère par principe prohibitif de l'interdiction du recours à la force »¹³⁶⁶. Il ne faudrait cependant pas en déduire que l'État aurait consenti à sa propre disparition : le P^r Corten défend en effet qu'à défaut d'un droit de légitime défense *préventif*, l'article 51 permet d'*intercepter* l'agression armée¹³⁶⁷. Cette approche permet de concilier le respect du principe d'interdiction du recours à la force, qui vise à protéger la souveraineté des États¹³⁶⁸, avec la possibilité de réagir sans avoir à attendre de subir les effets d'une agression armée. En bref, cette solution garantit la *coexistence* des États. En effet, il suffit que l'acte d'agression ait été initié – le lancement d'un

¹³⁶² O. Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 3^{ème} éd., 2020, p. 655. V. ainsi l'analyse qu'en fait D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, pp. 191-192, poursuivie par Th. M. Franck, *Recourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 97-98.

¹³⁶³ O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 655.

¹³⁶⁴ *Contra*, v. la position retenue par le Japon et rapportée dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 17, 1973, pp. 116-117, spéc. p. 117 : tout en admettant que « *the aim of the exercise of the right of self-defense for Japan is to preserve the security and the existence of the nation (...)* », l'État refuse la licéité d'un recours en légitime défense en l'absence d'agression armée lancée par un autre État. Une position inverse est soutenue à la fin des années quatre-vingt-dix en raison des essais militaires initiés par la Corée du Nord, v. *in Asian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1998-1999, pp. 305-306 (le Premier ministre japonais, répondant à une question posée par un parlementaire, fait néanmoins preuve de prudence puisqu'il indique : « *I think it was already clarified many years ago in Parliament that, theoretically, self-defence could include pre-emptive attacks on the territory of a country which is contemplating a military attack on Japan* » (nous soulignons).

¹³⁶⁵ O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 656.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ *Idem*, p. 657. V. ég., L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, *op. cit.*, pp. 403-405, spéc. p. 403.

¹³⁶⁸ O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, pp. 278-279.

missile par exemple – pour permettre à un État d’empêcher qu’il ne l’atteigne¹³⁶⁹. Dans le même temps, cela préserve un autre État de subir les effets d’une action en légitime défense préventive.

496. En outre, le Conseil de sécurité a justement été confronté à un État qui motivait la violation de l’article 2(4) à partir d’une interprétation extensive de l’article 51. Le 7 juin 1981, Israël a déployé des aéronefs militaires avec pour objectif de détruire les installations du réacteur nucléaire irakien *Osirak*¹³⁷⁰. L’Irak, qualifiant l’acte d’agression, a invité le Conseil de sécurité « à se réunir sans délai pour examiner la situation et prendre des mesures efficaces pour y faire face »¹³⁷¹. La question, longuement discutée, a abouti à l’adoption de la résolution 487 (1981) condamnant « *énergiquement* l’attaque militaire menée par Israël en violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des normes de conduite internationale »¹³⁷². Israël justifiait pourtant en ces termes la destruction du réacteur nucléaire :

« *In destroying Osirak, Israel performed an elementary act of self-preservation, both morally and legally. In so doing, Israel was exercising its inherent right of self-defence as understood in general international law and as preserved in Article 51 of the Charter of the United Nations* »¹³⁷³.

497. L’État, qui craignait que l’Irak ne détourne son réacteur pour élaborer des armes nucléaires susceptibles d’être employées contre lui¹³⁷⁴, ne mobilisait pas le *droit* d’autoconservation mais bien celui de légitime défense. En qualifiant son comportement d’*acte* d’autoconservation, Israël invitait néanmoins à interpréter l’article 51 à l’aune de cette considération relative à sa survie. L’ouvrage de Bowett – partisan d’une conception élargie de la légitime défense – était d’ailleurs cité à l’appui de son argumentation : « [d]ans l’état actuel des armements on ne peut espérer d’aucun État qu’il attende une première attaque qui risquerait de détruire la capacité de résistance future de l’État et mettrait ainsi en danger son existence même »¹³⁷⁵. La grande majorité des États a refusé de considérer qu’Israël avait agi en légitime défense, notamment parce qu’elle n’avait subi *aucune* agression armée de la part de l’Irak¹³⁷⁶. Le Niger est d’ailleurs allé jusqu’à reprocher à l’État d’avoir succombé à « son instinct de

¹³⁶⁹ V. p. ex., Chronique des faits internationaux, « ÉTATS-UNIS : La nouvelle stratégie étasunienne antimissile au regard du droit international de l’espace », *RGDIP* n°2019/2.33, pp. 430-434.

¹³⁷⁰ Lettre datée du 8 juin 1981, adressée au président du Conseil de sécurité par le chargé d’affaires de la mission permanente de l’Irak auprès de l’Organisation des Nations Unies, S/14509, p. 2.

¹³⁷¹ *Ibid.*

¹³⁷² Résolution 487 (1981), adoptée à l’unanimité, le 19/06/1981, §1 (italiques dans l’original).

¹³⁷³ Débats de la 2280^{ème} séance, le 12/06/1981, S/PV.2280, p. 8, §58 (souligné ajouté).

¹³⁷⁴ *Idem*, p. 8, §59.

¹³⁷⁵ *Idem*, p. 12, §100.

¹³⁷⁶ P. ex., lors des débats du 15/06/1981, 2282^{ème} séance, S/PV.2282 : Ouganda (p. 2, §§8-17) ; Espagne (p. 8, §78) et Royaume-Uni (p. 11, §106).

conservation », déniait ainsi toute valeur juridique à la notion¹³⁷⁷. Malgré le désaccord exprimé par Israël, le Conseil de sécurité a condamné la destruction du réacteur comme un recours illicite à la force et a demandé à cet État « de s'abstenir à l'avenir de perpétrer des actes de ce genre ou de menacer de le faire »¹³⁷⁸.

498. L'interprétation de l'article 51 de la Charte ne se limite pas à justifier uniquement un recours préventif en légitime défense, mais permet également de motiver d'autres formes de recours à la force, notamment pour lutter contre des terroristes résidant à l'étranger. Par exemple, le Liban a qualifié le détournement israélien d'un aéronef libanais en 1973 d'acte d'agression, et a invité le Conseil à examiner la question entre le 13 et le 15 août 1973¹³⁷⁹. Lors d'une séance, le délégué israélien a indiqué que son pays « lutt[ait] (...) pour affirmer son droit à la vie »¹³⁸⁰. Israël justifiait la licéité de son comportement en mettant l'accent sur le risque que la présence de terroristes sur des territoires étrangers représentait pour sa survie en tant qu'État¹³⁸¹. Il était finalement reproché au Liban, ainsi qu'à l'Irak et à l'Égypte, de refuser de lutter contre les terroristes lançant des attaques contre Israël depuis leur territoire¹³⁸². En réponse, Israël a déclaré qu'il refusait de rester passif « pendant que des terroristes (...) faisa[ie]nt couler du sang innocent »¹³⁸³. L'État considérait ainsi que son « droit suprême de légitime défense consacré par la Charte » lui permettait d'adopter les mesures condamnées par le Liban et ses alliés¹³⁸⁴. Afin d'asseoir son interprétation de l'article 51, la conservation de l'État était invoquée en ces termes :

¹³⁷⁷ Débats du 16/06/1981, 2284^{ème} séance, S/PV.2284, p. 2, §13.

¹³⁷⁸ Résolution 487 (1981), *op. cit.*, §2.

¹³⁷⁹ Lettre datée du 11 août 1973, S/10983, p. 1.

¹³⁸⁰ Débats au sein de la 1736^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 13/08/1973, S/PV.1736, p. 10, §86.

¹³⁸¹ *Idem*, p. 10, §91 : « (...) l'objectif des Habash (...) [est] bien d'éliminer Israël en tant qu'État souverain et d'annihiler son peuple ».

¹³⁸² Il s'agit bien d'une invocation de la doctrine *unwilling/unable*, *idem*, p. 10, §90 : « [n]ous savons tous que, si le Gouvernement égyptien le voulait, les organisations terroristes cesseraient d'exister ». V. ég. la Turquie, dans les années 90, qui considérait qu'une intervention en Iraq – pour lutter contre les groupes terroristes que le second ne parvient pas à réprimer – ne constituait pas une violation de sa souveraineté, v. « Lettres identiques datées du 27 juin 1996, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la mission permanente de la Turquie auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/1996/479, p. 2 : « (...) *Turkey's resort to measures imperative to its own security originating from the principle of self-preservation and necessities, cannot be regarded as a violation of Iraq's sovereignty* » (nous citons la version originale, à savoir en anglais, puisque la traduction française préfère parler d'un « souci justifié de légitime défense »). Le passage cité évoque ainsi le rôle que la nécessité est susceptible de jouer dans l'établissement d'une règle qu'un État estime indispensable à la préservation de son existence, v. le Chapitre 5 de la thèse, pp. 317 et s.

¹³⁸³ *Idem*, p. 12, §101.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

« [L]a conservation du pays, la légitime défense et la protection de sa population sont des obligations qu'un gouvernement doit être prêt à assumer même s'il doit agir seul, et le Gouvernement israélien les assumera »¹³⁸⁵.

499. Le recours à ces notions n'a pas permis à Israël d'échapper aux critiques émises par les autres membres du Conseil de sécurité. L'URSS a condamné la violation, par Israël, du droit international¹³⁸⁶. Le Liban, quant à lui, a pris soin de contredire l'argument tiré de la légitime défense : la conception que défendait Israël a été considérée comme se situant « en dehors de l'Organisation des Nations Unies et au-dessus du droit de l'Organisation (...) »¹³⁸⁷. Les autres membres ont également insisté sur le fait que les conditions fixées par la Charte n'étaient pas réunies en l'espèce¹³⁸⁸. La résolution finalement adoptée par le Conseil de sécurité a justement condamné « le Gouvernement [israélien] pour avoir violé la souveraineté et l'intégrité territoriale du Liban ainsi que pour le détournement et la capture par la force par les forces israéliennes d'un avion libanais se trouvant dans l'espace aérien libanais »¹³⁸⁹.

500. Au-delà d'un moyen permettant d'identifier l'objet et but du droit de légitime défense, la conservation de l'État intervient d'une autre façon dans le cadre de l'interprétation du caractère « naturel » ou « *inherent* » dudit droit. Le qualificatif retenu par la Charte ne permet-il pas d'y lire un renvoi vers le droit coutumier qui préexisterait à l'article 51 ? C'est à partir de telles considérations que certains défendent l'existence d'un droit de légitime défense élargi, qui permettrait à un État de préserver son existence sans qu'une agression armée ne soit nécessairement requise.

b. Application de l'article 51 et de son versant coutumier : conservation de l'État et légitime défense élargie

501. Il a déjà été observé que les modalités d'exercice du droit de légitime défense ont été précisées par la Charte des Nations Unies au point d'en restreindre sa portée. Lorsque l'État est confronté à une agression qui ne serait pas armée mais qui menacerait malgré tout son existence, devrait-il être empêché d'agir en légitime défense ? Certains États n'hésitent pas à répondre négativement à la question posée après avoir invoqué un droit coutumier de légitime défense,

¹³⁸⁵ *Idem*, p. 12, §103.

¹³⁸⁶ *Idem*, p. 14, §119.

¹³⁸⁷ *Idem*, p. 15, §126. Une telle rhétorique évoque celle esquissée en introduction, où l'agression russe a été qualifiée d'attaque contre le « système international ».

¹³⁸⁸ Au sein de la 1737^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 14/08/1973, S/PV.1737 : Yougoslavie (p. 4, §28) et Inde (p. 9, §83). V. ég. les débats de la 1739^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 15/08/1973, S/PV.1739, l'intervention du Pérou, p. 2, §8.

¹³⁸⁹ Résolution 337 (1973), adoptée à l'unanimité lors de la 1740^{ème} séance, §1.

dont la portée serait nettement plus élargie que le droit conventionnel¹³⁹⁰. L'argumentaire, que l'on doit essentiellement à Bowett, est connu et se résume en ces termes : l'article 51 de la Charte ne porte aucunement atteinte au droit coutumier de défense légitime¹³⁹¹. L'auteur interprète d'ailleurs la référence à un droit « naturel » comme un renvoi à un droit indépendant à la Charte, nécessairement de nature coutumière¹³⁹².

502. L'interprétation suggérée par Bowett, au moins son point de départ, semble avoir été reprise par certains États¹³⁹³ et par la CIJ en 1986 dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. La juridiction a effectivement considéré « que l'article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense 'naturel' ou 'inhérent', dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière (...) »¹³⁹⁴. Empêchée d'appliquer la Charte pour résoudre le différend en raison d'une réserve étatsunienne, la Cour était contrainte de rechercher l'application du droit coutumier¹³⁹⁵. L'opportunité s'était donc présentée, plusieurs décennies après que les termes du débat aient été posés par Bowett et Brownlie, de préciser la relation qu'entretient le droit conventionnel de légitime défense avec son versant coutumier : s'ils sont formellement distincts – puisqu'issus de sources différentes –, ne sont-ils pas pour autant matériellement identiques ?

503. Toujours selon la Cour, « [l]es domaines réglementés par l'une et par l'autre source de droit ne se recouvrent (...) pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu »¹³⁹⁶. L'un des éléments permettant de distinguer le droit coutumier du droit conventionnel serait l'obligation procédurale exigée par l'article 51, à savoir celle imposant aux États membres de

¹³⁹⁰ S. Sur, « La créativité du droit international », *op. cit.*, p. 264.

¹³⁹¹ D. W. Bowett, *Self-defence in international law*, *op. cit.*, pp. 182-199.

¹³⁹² *Idem*, p. 187. L'argumentaire figure dans un rapport de la Commission des Affaires étrangères, en France, lors du vote du projet de loi autorisant le Président de la République à ratifier le pacte de l'Atlantique de 1949, *reprod. in* A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, tome VI, Paris, éditions du CNRS, 1969, p. 72, n°101 : « [l]a légitime défense est qualifiée de droit naturel : elle est donc préexistante à la Charte, qui ne crée pas un tel droit pour les membres des Nations Unies, mais le reconnaît expressément » (cette position ne sert cependant pas à défendre une interprétation extensive de l'article 51 de la Charte, mais à indiquer que ledit article n'empêche pas la France de conclure des traités d'alliance qui « aurait pour objet de préparer cette légitime défense »).

¹³⁹³ V. la position du Japon, rapportée dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 13, 1969, p. 108 : « [t]he right of self-defence is an inherent right of all States under general international law and not a right created by the Charter of the United Nations ».

¹³⁹⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 94, §176.

¹³⁹⁵ *Idem*, la réserve se lit ainsi, p. 31, §42 : elle exclut les « différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que 1) toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que 2) les États-Unis d'Amérique acceptent expressément la compétence de la Cour ». En l'absence d'une telle acceptation, la réserve exigeait finalement que l'intégralité des États parties à la Charte soit partie au différend dont la Cour était saisie.

¹³⁹⁶ *Idem*, §176, p. 92.

notifier le recours en légitime défense au Conseil de sécurité¹³⁹⁷. En dehors de cette différence, le droit coutumier de légitime défense serait également conditionné par l'occurrence d'une agression armée¹³⁹⁸ ainsi que par le respect des principes de nécessité et de proportionnalité¹³⁹⁹. L'approche de la Cour s'avère finalement prudente, puisqu'elle ne diffère fondamentalement pas de l'article 51. Cette stipulation ne semble pas permettre d'aller chercher un droit d'autoconservation de nature coutumière antérieur à la Charte.

504. On serait tenté d'expliquer cela par le fait que la Cour refuse d'envisager le droit coutumier comme une obligation entièrement indépendante du droit conventionnel. Tout au contraire, l'article 51 renvoi vers un droit coutumier de légitime défense dont le « contenu est désormais confirmé par la Charte *et influencé par elle* »¹⁴⁰⁰. On pourrait y voir un lien avec la propre analyse de Brownlie, selon lequel l'article 51 codifie le droit coutumier de légitime défense *tel qu'il existait en 1945*, résultant de l'interdiction du recours à la force¹⁴⁰¹. Partant, il est difficile d'envisager que l'on puisse étendre la notion coutumière de légitime défense au-delà de ce que prévoit sa consécration conventionnelle. Autrement dit, il semble impossible de justifier un quelconque recours en légitime défense sans la réalisation préalable d'une agression armée, même dans le cadre du droit international coutumier.

505. Des États ont cependant tenté d'élargir la portée du droit de légitime défense en faisant référence à un droit fondamental d'autoconservation, insusceptible de restriction par le texte de la Charte. Un exemple énoncé plus tôt permet de le démontrer, à condition de l'étudier sous une autre perspective¹⁴⁰². On a déjà vu qu'à la suite de l'entrée en guerre contre Israël en mai 1948, l'Égypte a proclamé l'état de siège et ordonné l'inspection des navires dans les ports d'Alexandrie, Port-Saïd et Suez afin de saisir les contrebandes de guerre destinées à assister l'État ennemi. Israël ayant considéré que de telles mesures étaient contraires au droit international, il avait appelé l'attention du Conseil de sécurité sur la question, provoquant de longues discussions entre le 26 juillet et le 1^{er} septembre 1951¹⁴⁰³.

506. Contrainte de justifier les restrictions imposées dans le Canal de Suez, l'Égypte invoquait à cette fin son droit d'autoconservation. Interprétant les règles juridiques pertinentes,

¹³⁹⁷ *Idem*, §200, p. 95.

¹³⁹⁸ *Idem*, §195, p. 103.

¹³⁹⁹ *Idem*, §194, p. 103.

¹⁴⁰⁰ *Idem*, §176, p. 94 (nous soulignons).

¹⁴⁰¹ I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 273.

¹⁴⁰² Cet exemple figure effectivement dans le Chapitre 2, mais il avait été étudié sous l'angle de l'inaliénabilité des droits inhérents.

¹⁴⁰³ Nous faisons référence aux discussions intervenues lors des 549-558^{ème} séances, (S/PV.549 ; S/PV.550 ; S/PV.551 ; S/PV.552 ; S/PV.553 ; S/PV.554 ; S/PV.555 ; S/PV.556 ; S/PV.557 ; S/PV.558).

le délégué égyptien posait aux membres du Conseil de sécurité la question suivante : « [l]’Égypte pouvait-elle renoncer à l’exercice de ses droits, parmi lesquels figure le droit de préserver son existence ? »¹⁴⁰⁴. La formulation de la question avait vocation à démontrer l’évidence de ce droit ainsi que la nécessité d’y recourir. La délégation ajoutait en effet être « convaincu qu’aucun de ceux qui se trouvent autour de cette table ne prendrait sur sa propre conscience de renoncer à ce droit au nom de son pays ou d’admettre que celui-ci devrait y renoncer en tout ou en partie »¹⁴⁰⁵. Ces quelques déclarations ne laissaient place à aucun doute : l’Égypte devait posséder « le droit, le devoir, et même l’obligation inéluctable de sauvegarder son existence et d’exercer son droit de légitime défense, qui (...) prime tous les autres droits »¹⁴⁰⁶.

507. Alors que la traduction française laissait percevoir une disparition de la référence au droit de conservation au profit du droit de légitime défense, la version originale – en anglais – mentionnait conjointement ces deux notions – « *right of self-preservation and self-defence* ». L’Égypte semblait ainsi les assimiler : elle parlait effectivement d’un droit d’autopréservation et de légitime défense plutôt que de droits *distincts*. La référence à l’autoconservation lui permettait de placer ce droit « *at the root of all existence, of all survival, individual or national, that it is part and parcel of the Charter and the very concept of the United Nations, and that it is the main patrimony and the highest privilege of every individual, every community, every nation and every group of nations, except the damned and the fools* »¹⁴⁰⁷. Remarquable à bien des égards, cette intervention suscitait de vives oppositions par les délégations des autres États membres, en particulier celle du Royaume-Uni.

508. La Grande-Bretagne refusait l’application du « *so-called right of self-preservation* », ce dernier étant qualifié de « *very vague conception* »¹⁴⁰⁸. La délégation britannique préférait une conception restrictive du droit d’autoconservation, correspondant à l’actuel droit de légitime défense consacré à l’article 51 de la Charte des Nations Unies : « *[o]bviously States have a right to preserve themselves, if by that is meant to defend themselves in the face of unprovoked aggression. This right is clearly acknowledged in Article 51 of the Charter* »¹⁴⁰⁹. Rejoint par Israël, le Royaume-Uni se contentait d’observer que l’Égypte n’était pas parvenue à démontrer

¹⁴⁰⁴ Il est intéressant de relever qu’il s’agit là d’une traduction, l’intervention originale, en langue anglaise, parlant simplement du « *right of self-preservation* ». V. la 549^{ème} séance (S/PV.549), p. 21, §78.

¹⁴⁰⁵ 549^{ème} séance, *ibid.*

¹⁴⁰⁶ 550^{ème} séance, *op. cit.*, p. 6, §33.

¹⁴⁰⁷ 550^{ème} séance, *op. cit.*, p. 8, §41. Le passage que l’on a mis en italiques représente à nouveau cette rhétorique de l’évidence : toute personne douée de raison ne peut logiquement penser contre sa propre existence.

¹⁴⁰⁸ 550^{ème} séance, *op. cit.*, p. 18, §93.

¹⁴⁰⁹ 550^{ème} séance, *ibid.*

que les conditions d'exercice du droit de légitime défense étaient réunies en l'espèce¹⁴¹⁰. Ce raisonnement, repris par de nombreuses délégations, semblait suggérer que l'article 51 de la Charte avait *influencé* le champ d'application du droit d'autoconservation en le restreignant largement. Les Pays-Bas, par exemple, relevaient qu'« un changement [était] intervenu depuis les dernières années du XIX^{ème} siècle en ce qui concerne la légitime défense. Maintenant, l'attitude de nos pays, États membres de l'Organisation est, ou tout au moins devrait être guidée, par la Charte des Nations Unies. L'article 51 de la Charte (...) est très explicite en la matière »¹⁴¹¹.

509. Qu'il soit difficile d'étirer le sens du droit de légitime défense au regard de ce qu'un État considère indispensable à la préservation de son existence ne semble pas faire taire les revendications de cette nature. Elles ont toutes pour objet de nier la restriction du droit de légitime défense intervenue avec l'adoption de la Charte, afin de le confondre une nouvelle fois avec le droit d'autoconservation. Avant l'interdiction du recours à la force en 1945, de nombreux États invoquaient leur droit d'autoconservation comme une exception à certaines règles de droit international¹⁴¹². Ce droit était mobilisé pour protéger les nationaux à l'étranger, pour intervenir sur le territoire d'un autre État, pour exercer des pouvoirs de police en dehors du territoire, ou encore pour violer les immunités reconnues aux agents diplomatiques. Lorsque le droit de légitime défense est aujourd'hui invoqué pour justifier les conduites que l'on vient de mentionner, c'est également pour légitimer certaines mesures exceptionnelles que la pratique contemporaine admet difficilement, notamment à cause de la rupture initiée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies¹⁴¹³.

510. Prenons simplement un exemple, celui relatif à la doctrine Monroe. Le lien qu'entreprendrait le droit de légitime défense avec l'intervention en territoire étranger, depuis l'adoption de la Charte, est manifeste dans la rhétorique étatsunienne. Proclamée le 2 décembre 1823 par le Président James Monroe, la doctrine éponyme correspond à la volonté des États-

¹⁴¹⁰ 551^{ème} séance du 1^{er} août 1951 (S/PV.551), p. 10, §§35-36.

¹⁴¹¹ 553^{ème} séance du 16 août 1951 (S/PV.553), pp. 4-5, §15. Dans le même sens, intervention de l'Équateur lors de cette même séance, p. 27, §122 ; France, lors de la 552^{ème} séance du 16 août 1951, S/PV.552, p. 5, §19, rejoint par les États-Unis (p. 9, §42) et le Brésil (p. 13, §58). *Contra*, Irak, lors de la 553^{ème} séance du 16 août 1951 (S/PV.553), p. 10, §37 ; ainsi que la Chine, pour des motifs différents, p. 11, §40. Cette confusion, ou plutôt assimilation des deux notions sera d'ailleurs reprise en doctrine, v. L. Gross, « Passage Through the Suez Canal of Israel-Bound Cargo and Israel Ships », *AJIL*, vol. 51(3), pp. 552-554.

¹⁴¹² V. dans le Titre 2 de la seconde partie de la thèse.

¹⁴¹³ La violation de la souveraineté aérienne de la Tunisie, dans les années cinquante, avait par exemple été justifiée par la France à partir de son droit de légitime défense. Un commentateur observe que la France opposait une « conception '*lato sensu*' [de la légitime défense] qui n'est pas admise par tous les auteurs », v. K.-G. Park, *La protection de la souveraineté aérienne*, Paris, Pedone, 1991, p. 281.

Unis de s'opposer, « *in self-defence, to (...) all attempts to subject such of these governments as had obtained or were struggling for independence, to the dominant influence and supremacy of European powers* »¹⁴¹⁴. Une fois encore, la référence à l'autodéfense est aussitôt enrichie d'une référence à l'autoconservation, puisqu'il est affirmé que la doctrine correspondrait aux « *precepts of self preservation* »¹⁴¹⁵. Dans un *memorandum* du sous-secrétaire d'État Reuben Clark, de 1928, il est clairement affirmé que la doctrine Monroe « *originates in the necessities of security or self-preservation* »¹⁴¹⁶.

511. Logiquement, les États-Unis n'ont eu de cesse d'insister sur le fait que l'interdiction du recours à la guerre avec le pacte Briand-Kellogg en 1928, puis à la force avec la Charte des Nations Unies en 1945, n'affectait pas leur droit de légitime défense ni, *a fortiori*, leur doctrine Monroe. Celle-ci était considérée comme une manifestation du droit de légitime défense, puisqu'elle faisait « partie de [leur] système de défense nationale »¹⁴¹⁷. Une réserve analogue avait été émise par Sir Austen Chamberlain, au nom du Royaume-Uni, lors de la conclusion du pacte de 1928¹⁴¹⁸. Alors que l'article 2(4) de la Charte interdit de recourir à la force tout en préservant le droit de légitime défense à l'article 51, John Foster Dulles, en qualité de conseiller des États-Unis lors de la rédaction du texte, a tenu la position suivante devant le Comité des affaires étrangères du Sénat, en juillet 1945 :

¹⁴¹⁴ « Henry A. Wise, United States Minister to Brazil, to Ernesto F. França, Minister of Foreign Affairs of Brazil », le 24/09/1844, in W. R. Manning (éd.), *Diplomatic Correspondence of the United States*, vol. II, *op. cit.*, p. 256. V. ég. la triple distinction de Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome IV, Paris, Sirey, 1980, pp. 53 et s. : la doctrine pose les principes de non-colonisation, de non-intervention et d'isolement.

¹⁴¹⁵ « Henry A. Wise, United States Minister to Brazil, to Ernesto F. França, Minister of Foreign Affairs of Brazil », *ibid.*

¹⁴¹⁶ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1942, p. 453. Dans le même sens, v. T. S. Woolsey, « Monroe Doctrine Fundamentals », rapporté dans E. M. Phelps (éd.), *Selected Articles on the Monroe Doctrine*, New York City, The H. W. Wilson Company, 1915, p. 68 ; C. N. Chester, « Present Status of the Monroe Doctrine », in *idem*, pp. 160 et 165. V. ég. une note du secrétaire d'État Cordell Hull, du 05/07/1940 et adressée à l'Allemagne nazie après que la France ait demandé l'armistice et que les États-Unis s'opposaient à la reconnaissance de tout transfert d'une « région géographique quelconque de l'hémisphère occidental d'une Puissance non américaine à une autre Puissance non américaine » : « [l]a doctrine de Monroe est exclusivement une politique de self défense, destinée à préserver l'indépendance et l'intégrité des Amériques », cité in Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome IV, *op. cit.*, p. 74. V., enfin, une note rédigée par R. E. Webster le 12/10/1895, reproduite in A. McNair, « Aspects of State Sovereignty », in *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 47 : « [i]nternational law recognises the right of one State to interfere in the concerns of its neighbours, if such intervention is necessary for the purpose of self-preservation (...) ».

¹⁴¹⁷ Ch. Rousseau, *Droit international public, op. cit.*, Tome IV, cité p. 105.

¹⁴¹⁸ Cité par E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », *RCADI*, vol. 49, 1934, p. 740 : « [i] existe certaines régions du monde dont le bien-être et l'intégrité présentent un intérêt spécial et vital pour notre paix et notre sécurité. Le gouvernement de Sa Majesté s'est toujours efforcé, dans le passé, de marquer clairement qu'aucune intervention en ce qui concerne ces régions ne saurait être tolérée de sa part ; leur protection contre toute attaque constitue pour l'Empire britannique une mesure de légitime défense ».

« *So it is my view – and I so expressed it to the United States Delegation – that there is nothing whatsoever in this Charter that impairs de Monroe Doctrine as a doctrine of self-defense* »¹⁴¹⁹.

512. L'interprétation ainsi proposée a suscité l'opposition de Kelsen, ce dernier considérant qu'au contraire les articles 2(4) et 51 ont remis en cause la validité de la doctrine Monroe¹⁴²⁰. D'une part, le concept d'agression armée consacré à l'article 51 est beaucoup plus étroit que ce que recouvre la doctrine¹⁴²¹. D'autre part, de nombreux commentateurs ont justement observé que l'intervention a progressivement été prohibée¹⁴²² en parallèle du recours à la guerre puis à la force. Que ce soit à l'article 8 de la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États¹⁴²³ ou à l'article 2(b) de la Charte de l'Organisation des États Américains¹⁴²⁴, le principe de non-intervention a été une revendication importante de l'Amérique latine auprès des États-Unis pendant la première moitié du XX^{ème} siècle¹⁴²⁵.

513. Il est remarquable qu'une interrogation *a priori* étrangère au droit d'autoconservation – au moins immédiatement – réintroduise la notion lorsqu'il est question d'interpréter la portée de l'actuel droit de légitime défense. Ainsi qu'il convient maintenant de le démontrer, le droit d'autoconservation est généralement mobilisé pour étendre la portée du droit de légitime défense, permettant d'identifier un « droit de tout État à la survie ».

¹⁴¹⁹ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. V, *op. cit.*, p. 977.

¹⁴²⁰ H. Kelsen, *The law of the United Nations*, *op. cit.*, p. 798, note 9.

¹⁴²¹ *Ib.* Dans le même sens, mais avec des arguments différents, Brownlie refuse de considérer que la légitime défense puisse servir à maintenir la doctrine Monroe, dont il dénie tout caractère juridique, *in International Law and the Use of Force by States*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁴²² O. Corten et F. Dubuisson, « Histoire et actualité de l'ingérence : droit ou politique ? », *in* A. Peeters et D. Stokking, *Mondialisation – comprendre pour agir*, GRIP, 2002, pp. 142-147.

Contra, Ch. G. Fenwick, « Intervention : Individual and Collective », *AJIL*, vol. 39(4), 1945, pp. 654-655.

¹⁴²³ *RTSDN*, vol. 165, 1936, n°3802, article 8, p. 36 : « [a]ucun État n'a le droit d'intervenir dans les affaires internes ou externes d'un autre ». La délégation étatsunienne, quoiqu'ayant signé la Convention, a émis une longue réserve à l'encontre de l'article 8 afin de tenter de rassurer les États d'Amérique latine que la doctrine Monroe n'implique pas une remise en cause du principe de non-intervention, *idem*, p. 40. Pour obtenir le contexte de l'émission de cette réserve, v. le rapport transmis par le chef de la délégation étatsunienne à son secrétaire d'État, *in Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics*, vol. IV, pp. 201-203.

¹⁴²⁴ Article 2 : « [e]n vue d'appliquer les principes sur lesquels elle est fondée et de remplir, conformément à la Charte des Nations Unies, ses obligations régionales, l'Organisation des États Américains fixe les objectifs essentiels suivants : (...) b. Encourager et consolider la démocratie représentative dans le respect du principe de non-intervention ».

¹⁴²⁵ V. le chapitre 3 de la thèse, spéc. pp. 178-180.

Paragraphe 2. La survie de l'État dans l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* : élément de confusion ou d'harmonisation du droit positif ?

514. Lorsqu'on tente d'élucider les mystères de l'avis de 1996¹⁴²⁶, il est difficile de ne pas ressentir un certain malaise. Aucune lecture ou relecture de la décision ne permet de sortir de l'impasse dans laquelle la Cour semble placer le lecteur. La particularité de la solution rendue réside dans le fait qu'elle a réservé les positions des partisans de la licéité de l'emploi des armes nucléaires *et* celles des partisans de son illicéité. La doctrine aura tôt fait de considérer, comme le suggère le P^f Garraway, que l'avis consultatif ne tranche aucunement la question qui lui était posée¹⁴²⁷ et qu'il constitue en réalité un *non liquet*¹⁴²⁸. En prenant en compte les sensibilités des partisans et des opposants des armes nucléaires, ces deux positions extrêmes pouvaient interpréter l'avis « *as evidence that they were right* »¹⁴²⁹. Pour le comprendre, rappelons le dispositif adopté par la Cour grâce à la voix prépondérante du Président Bedjaoui :

« Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes du droit humanitaire ;

Au vu de l'état actuel du droit international, (...) la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »¹⁴³⁰.

¹⁴²⁶ Relevons que le choix a été fait de ne pas traiter « l'autre » avis de la Cour, celui rendu le même jour à l'encontre d'une requête formulée par l'Organisation mondiale de la Santé. La juridiction ayant refusé de répondre à la question posée par l'Organisation, il ne lui a pas été possible de se prononcer sur le fond ni d'envisager, dans ce cadre, un quelconque droit à la survie. Partant, nous désignerons dans la suite de nos développements l'avis de 1996 comme celui correspondant à l'affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. V., CIJ, 08/07/1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis, *CIJ Rec. 1996*, pp. 66-85, spéc., p. 84, §31.

¹⁴²⁷ C. Garraway, « Foreword », in G. Nystuen et al., *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, CUP, 2014, p. xv.

¹⁴²⁸ *Ib.* V. ég., K. Kulovesi, « Legality or Otherwise – Nuclear Weapons and the Strategy of *Non Liquet* », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 60-61.

¹⁴²⁹ C. Garraway, « Foreword », *op. cit.*, p. xv. Dans le même sens, J. Moussa, « Nuclear weapons and the separation of *jus ad bellum* and *jus in bello* », in G. Nystuen et al., *Nuclear Weapons Under International Law*, *idem*, p. 69 : « [t]ogether, these two paragraphs could lead to the conclusion that in 'extreme circumstances of self-defence', the use of nuclear weapons may be justified even if such use violates *jus in bello*. Dispositif 2E could equally imply that recourse to nuclear weapons in compliance with *jus ad bellum* 'might of itself exceptionally make such a use compatible with humanitarian law' ».

¹⁴³⁰ CIJ, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 266, §105(2)(E).

515. Qualifié tour à tour d'elliptique¹⁴³¹ et de paradoxal¹⁴³², l'avis pourrait effectivement être mobilisé à l'appui des prétentions du Royaume-Uni, une puissance nucléaire. En insistant sur le second alinéa du paragraphe 105(2)(E), l'État pourrait arriver à la conclusion qu'en situation de « circonstance extrême » où sa survie serait menacée, il pourrait violer les règles de droit international humanitaire. Le Royaume-Uni pourrait également faire observer que la Cour a refusé de « conclure définitivement » à la question posée, aboutissant à « reconnaître les limites du droit (...) face au primat du politique, ce qui peut mener à la consécration des thèses réalistes des relations internationales »¹⁴³³. Accompagnant le Royaume-Uni¹⁴³⁴ dans cette démarche, la France¹⁴³⁵ et la Russie¹⁴³⁶ n'hésitent pas à tenir la première position.

516. À l'inverse, les États opposés à l'existence même de l'arme nucléaire remarquent que le premier alinéa du paragraphe 105(2)(E) pose l'illicéité de principe de leur emploi avec les « règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes

¹⁴³¹ M. Perrin de Brichambaut, « Les avis consultatifs rendus par la CIJ le juillet 1996 sur la *licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (O.M.S.) et sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires (A.G.N.U.)* », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 333.

¹⁴³² P.-M. Dupuy, intervention à la table ronde tenue à l'occasion d'une discussion portant sur la « situation des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les fondements du droit international contemporain », in *SFDI, La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 302.

¹⁴³³ O. Corten et al., *Une introduction critique au droit international*, op. cit., pp. 46-47, spéc. p. 47.

¹⁴³⁴ J. Moussa, « Nuclear weapons and the separation of *jus ad bellum* and *jus in bello* », op. cit., p. 71 : « in April 2002 British Defence Secretary Geoff Hoon defended the use of nuclear weapons in the following terms: 'the use of nuclear weapons is still a deterrent of last resort. However, for that to be a deterrent, a British Government must be able to express their view that, ultimately and in conditions of extreme self-defence, nuclear weapons would have to be used.' Three years later, he used a similar argument to justify the Trident nuclear missile system, stating that: 'The justification of Trident is as an instrument of deterrence with the possibility of its use only in the "extreme circumstances of self-defence" ». V. ég. la jurisprudence britannique, *R (Marchiori) v. Environment Agency*, Cour d'appel britannique, 25/01/2002, *ILR*, vol. 127, 2005, pp. 620-651, spéc. p. 645, §46 (insistant sur l'absence de conclusion définitive de la Cour) ; *Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2000)*, *High Court of Justiciary* (Écosse), 30/03/2001, *ILR*, vol. 122, 2002, p. 650, §86 (s'appuyant cette fois sur la « circonstance extrême »).

¹⁴³⁵ Intervention en séance plénière de J.-H. Simon-Michel, représentant permanent de la France auprès de la Conférence du Désarmement (Désarmement nucléaire), le 05/03/2013 : « [l]a dissuasion française, qui ne vise que des circonstances extrêmes de légitime défense, droit reconnu par la Charte des Nations Unies, n'est pas contraire au droit international, ainsi que l'a rappelé l'avis consultatif de la CIJ de 1996 ». Disponible en ligne : [<https://www.ungeneva.org/fr/news-media/press/taxonomy/term/175/45679/conference-disarmement-discusses-nuclear-disarmament>] (consulté le 14/06/2023).

Déclaration réitérée le 17/10/2019 au sein de la Première Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, par Y. Hwang, chef de la délégation française, p. 2 : « [l]a France ne conçoit la dissuasion nucléaire que comme *strictement défensive*, pour protéger ses *intérêts vitaux dans des circonstances extrêmes de légitime défense, conformément à la Charte des Nations Unies* » (italiques dans l'original). Disponible en ligne : [<https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/10/statement-by-france-nw-oct-22-19.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁴³⁶ *Executive Order On Basic Principle of State Policy of the Russian Federation on Nuclear Deterrence*, adoptée par le Président de la Fédération de Russie le 02/06/2020, §17 : « [t]he Russian Federation reserves the right to use nuclear weapons in response to the use of nuclear and other types of mass destruction against it and/or its allies, as well as in the event of aggression against the Russian Federation with the use of conventional weapons when the very existence of the state is in jeopardy ». Disponible en ligne : [https://france.mid.ru/fr/presse/bases_de_la_politique_d_tat_de_russie_dans_le_domaine_de_la_dissuasion_nucl_aire/] (consulté le 14/06/2023).

et règles du droit humanitaire ». En ce qui concerne le second alinéa où la Cour refuse de tirer une conclusion définitive, ces mêmes États peuvent en déduire que l’avis ne reconnaît pas pour autant la licéité de l’emploi des armes nucléaires. Les deux positions brièvement exposées permettent de comprendre que la référence au « droit fondamental à la survie » ou à la « circonstance extrême de légitime défense » mettant en cause la survie de l’État constitue le point nodal de l’avis de 1996 : les interprétations divergentes ont pour point de départ l’ambiguïté du paragraphe 105(2)(E).

517. Plutôt que de déplorer ce résultat, il faut adhérer au constat formulé par le P^f Dupuy selon lequel « [c]et avis est riche par sa teneur *autant que par ses paradoxes* »¹⁴³⁷. Ceux-ci semblaient inévitables au regard de la portée inédite de la question posée par l’Assemblée générale : « [e]st-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l’emploi d’armes nucléaires en toute circonstance ? »¹⁴³⁸. Formulée en ces termes, la question dont était saisie la CIJ lui imposait de raisonner dans l’abstrait et la généralité, avec *a priori* comme unique alternative de répondre par l’affirmative – consacrant ainsi la licéité du « *massive killing of the innocent* »¹⁴³⁹ – ou par la négative – risquant de mettre à mal un moyen indispensable à la survie des États, l’arme nucléaire. Aucune approche purement rationnelle ou juridique ne permettait de résoudre efficacement cette contradiction¹⁴⁴⁰.

518. La réponse délivrée par la Cour invite à se demander, non seulement si elle lit Shakespeare¹⁴⁴¹, mais si elle n’a pas non plus rendu son avis après avoir visionné le film de Stanley Kubrick, sorti en 1964, *Docteur Folamour ou : comment j’ai appris à ne plus m’en faire et à aimer la bombe*. Le film semble offrir au juriste l’opportunité de ne plus s’inquiéter des « paradoxes » de l’Avis et à ne plus craindre l’arme nucléaire, voire à l’aimer. La question mérite d’être posée, surtout lorsqu’on sait que le projet initial de Stanley Kubrick n’était pas de

¹⁴³⁷ P.-M. Dupuy, « Situation des droits de l’homme et du droit humanitaire dans les fondements du droit international contemporain », *op. cit.*, p. 302.

¹⁴³⁸ Résolution 49/75K de l’AGNU, adoptée le 15/12/1994. Pour obtenir des éléments concernant les modalités de rédaction de la résolution, v. M. Perrin de Brichambaut, « Les avis consultatifs rendus par la CIJ le juillet 1996 sur la licéité de l’utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (O.M.S.) et sur la licéité de la menace et de l’emploi d’armes nucléaires (A.G.N.U.) », *op. cit.*, pp. 316-317.

¹⁴³⁹ M. Koskenniemi, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent : International Lawyers and Nuclear Weapons », *Leiden Journal of International Law*, vol. 10(1), 1997, pp. 140-141.

¹⁴⁴⁰ *Idem*, p. 137. V. ég., R. Falk, « Nuclear Weapons, International Law and the World Court : A Historic Encounter », *AJIL*, vol. 91(1), 1997, p. 70 : la question et la conclusion adoptées « *most accurately reflects the complex and contradictory mixture of normative elements, including the tension between the logic of prohibiting all weaponry of mass destruction and the logic of self-defense* (...) ».

¹⁴⁴¹ E. Wyler, « La CIJ lit-elle Shakespeare ? (...) », *JDI*, année 138, 2011/1, pp. 67-89, spéc. le §4 : « en dépit des apparences créées par la conclusion citée plus haut, loin d’avoir déclaré ne pas pouvoir se prononcer, la CIJ s’est en réalité bel et bien prononcée sur le problème de la licéité de l’arme nucléaire, et ce dans le sens de l’illicéité inconditionnelle..., en usant d’un artifice rhétorique » – cet artifice étant emprunté à la pièce *Jules César* de Shakespeare (italiques dans l’original).

réaliser une satire, mais bien de traiter sérieusement et rationnellement la menace nucléaire pendant la guerre froide. Le glissement de la raison vers la folie s'est effectué lentement, à mesure que le cinéaste se rendait compte de l'impossibilité de neutraliser les contradictions révélées par l'éventuel emploi de l'arme nucléaire. Il appert qu'il en est allé de même lorsque la Cour s'est trouvée saisie de la question posée par l'Assemblée générale des Nations Unies.

519. Dans l'avis de la Cour, le droit fondamental à la survie est juxtaposé au droit de légitime défense, mais il est à la fois distingué et assimilé au second. Il convient ainsi de déterminer si ce droit fondamental constitue une notion juridique autonome distincte du droit de légitime défense, ou s'il influence simplement les modalités d'exercice de ce droit (1.1.). Ensuite, il faut également se demander si ce « droit à la survie » exerce également une influence en dehors de l'application de l'article 51 de la Charte, notamment sur d'autres obligations, telles que le droit international humanitaire (1.2.). En d'autres termes, cette sous-partie est l'occasion d'interroger la portée d'une des fonctions généralement attribuées aux principes généraux du droit international, celle de « concourir à donner plus de cohérence à l'ordre juridique international »¹⁴⁴². En vertu du projet de conclusion récemment adopté par la CDI, cette fonction est susceptible d'être accomplie par la voie interprétative¹⁴⁴³. Ainsi qu'on aura à cœur de le démontrer, la « circonstance extrême » identifiée par la Cour semble avoir été mobilisée à cette fin, même si elle pose davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses.

1.1. Le droit à la survie, notion juridique autonome ou reflet du droit de légitime défense ?

520. Une première approche consiste à interpréter l'avis comme témoignant de l'existence d'un « droit fondamental à la survie » indépendant du droit de légitime défense¹⁴⁴⁴. Le principal argument en faveur de cette hypothèse réside justement dans la volonté initiale de la Cour de distinguer les droits de légitime défense et de survie. En effet, l'un des paragraphes de l'avis indique que la Cour « ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout État à la survie »¹⁴⁴⁵, avant d'en déduire « le droit qu'il a de recourir à la légitime défense,

¹⁴⁴² M. Vázquez-Bermúdez, *Troisième rapport sur les principes généraux du droit*, CDI, distribué le 18 avril 2022, A/CN.4/753, pp. 54-55, §139.

¹⁴⁴³ *Texte du projet de conclusions provisoirement adopté par le Comité de rédaction en première lecture*, CDI, le 12/05/2023, A/CN.4/L.982, projet de conclusion 10(2) : « [I]es principes généraux du droit international contribuent à la cohérence du système juridique international. Ils peuvent servir, *inter alia* : a) À interpréter et à compléter d'autres règles de droit international (...) ».

¹⁴⁴⁴ V. l'op. diss. Koroma, *op. cit.*, p. 560 : la Cour aurait créé « une catégorie nouvelle de circonstance dénommée la 'survie de l'État', qui constituerait une exception à l'article 2, paragraphe 4, et à l'article 51 de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux principes et aux règles du droit humanitaire ».

¹⁴⁴⁵ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 263, §96.

conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause »¹⁴⁴⁶. La distinction n'est cependant pas très nette. Lorsque la Cour mobilise le droit à la survie, elle identifie dans le même temps le droit de légitime défense au moyen de la conjonction de coordination « *et donc (...)* »¹⁴⁴⁷. Cela pourrait signifier deux choses : soit il existe une confusion entre les deux notions, où le droit à la survie serait simplement un synonyme du droit de légitime défense, soit il existe un rapport de déduction entre les deux, où le droit de légitime défense serait une conséquence d'un droit plus large à la survie.

521. Une lecture de l'ensemble de l'avis est susceptible d'éclairer le positionnement de la Cour¹⁴⁴⁸ : à l'inverse du dispositif, le paragraphe 96 ne mentionne aucunement le droit à la survie, mais simplement la « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'État serait en cause »¹⁴⁴⁹. Si l'on en croit néanmoins la Cour, il ne faudrait pas se formaliser de l'absence dudit « droit fondamental » dans le dispositif de l'avis, puisque les motifs qui n'y figurent pas « n'en gardent pas moins, aux yeux de la Cour, toute leur importance »¹⁴⁵⁰. Il demeure que la nature juridique de la « survie de l'État » est complètement différente selon l'expression employée : entre un « droit fondamental » et une « circonstance extrême »¹⁴⁵¹, les conséquences que l'on peut attribuer à chacune de ces notions sont très différentes. L'une pourrait correspondre à un concept ancré dans le droit positif, alors que l'autre ne serait rien d'autre qu'une *circonstance factuelle* susceptible d'intervenir dans l'interprétation du droit applicable – en l'occurrence de la légitime défense. Une autre voie consiste ainsi à nier un statut juridique à la « survie de l'État », en se concentrant uniquement sur le droit de légitime défense et sur le rôle de cette « circonstance extrême » dans son application. Le Juge Ranjeva refuse par exemple de considérer que cette circonstance soit « suffisante pour servir à la qualification juridique »¹⁴⁵², tandis que le Juge Koroma considère qu'il s'agit tout simplement « d'un concept inventé par la Cour »¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁶ *Ib.*

¹⁴⁴⁷ *Ib.* (italiques ajoutés)

¹⁴⁴⁸ La CIJ invite d'ailleurs le lecteur à opérer une telle lecture conjointe, *id.*, p. 265, §104 : « (...) la Cour tient à souligner que sa réponse à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale repose sur l'ensemble des motifs qu'elle a exposés ci-dessus (paragraphe 20 à 103), lesquels doivent être lus à la lumière les uns des autres ».

¹⁴⁴⁹ *Id.*, p. 266, §105(2)(E). Eg. mentionné p. 263, §97.

¹⁴⁵⁰ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 265, §104.

¹⁴⁵¹ L'ambiguïté a été relevée en doctrine, v. F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, p. 266.

¹⁴⁵² Opinion individuelle du Juge Ranjeva, *op. cit.*, p. 301.

¹⁴⁵³ Sur ce point, v. l'opinion dissidente du Juge Koroma, *op. cit.*, p. 571 : la « circonstance extrême » serait un « concept inventé par la Cour ». V. ég., intervention de L. Boisson de Chazourne in J. Rhinlander et al., « Testing the Effectiveness of the International Court of Justice : The Nuclear Weapons Case », *Proceedings of the Annual Meeting (ASIL)*, vol. 91, 1997, p. 5.

522. Une troisième approche consisterait à dire que la Cour identifie deux droits de légitime défense : l'un ordinaire – l'actuel article 51 de la Charte – et l'autre extraordinaire – faisant intervenir la « circonstance extrême »¹⁴⁵⁴. Il conviendrait toutefois de rejeter cette solution car ladite « circonstance », en l'espèce, n'influence pas l'application du droit de légitime défense. Autrement dit, la Cour en fait une application tout à fait ordinaire. La juridiction prend d'abord le soin de démontrer que les articles 2(4) et 51 de la Charte « s'appliquent à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées »¹⁴⁵⁵. Cela implique logiquement que le recours aux armes nucléaires doit respecter les conditions généralement applicables à tout recours à la force, y compris celles dont l'article 51 est assorti, c'est-à-dire la nécessité, la proportionnalité¹⁴⁵⁶ ou encore l'obligation de notifier le Conseil de sécurité¹⁴⁵⁷. Assez simplement, la Cour arrive à la conclusion qu'« [e]st illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51 »¹⁴⁵⁸. L'avis rendu par la Cour ne fait jamais mention du « droit à la survie » ou de la « circonstance extrême » dans l'analyse du *jus ad bellum*. Ces deux notions n'interviennent que pour évaluer la licéité de l'emploi d'armes nucléaires par rapport au droit international humanitaire. Or, si l'on doit considérer que l'emploi d'armes nucléaires doit respecter les conditions posées par l'article 51 de la Charte, alors la référence à la survie de l'État devient superflue. Le standard de l'obligation demeure finalement le même qu'en situation « normale » d'exercice du droit de légitime défense¹⁴⁵⁹.

523. Devrait-on néanmoins en conclure que la Cour considère qu'un État respecte « les prescriptions » de l'article 51 chaque fois que « sa survie même serait en cause » ? Cette hypothèse est réfutée par le P^r Kohen, ce dernier considérant qu'elle reviendrait à reconnaître aux États un pouvoir de réaction illimité et, surtout, discrétionnaire. On ne pourrait vérifier le bien-fondé de l'action entreprise par l'État dont la survie était en danger qu'*ex post facto*, ce qui supposerait de reconnaître l'existence d'une présomption de licéité que le P^r Kohen considère absente du droit international¹⁴⁶⁰. L'unique effet qui résulterait de cette « circonstance

¹⁴⁵⁴ Cela serait tout à fait possible dès lors qu'un recours en légitime défense permet à la fois de repousser une agression armée menaçant l'existence d'un État comme une agression armée moins grave, v. M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 295.

¹⁴⁵⁵ CII, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 244, §39.

¹⁴⁵⁶ Conditions que la Cour qualifie d'« inhérentes à la notion même de légitime défense », et qu'elle considère comme faisant partie du « droit international coutumier », *idem*, pp. 244-245, §§40-41.

¹⁴⁵⁷ *Idem*, p. 245, §44.

¹⁴⁵⁸ *Idem*, p. 266, §105(2)(C).

¹⁴⁵⁹ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 304.

¹⁴⁶⁰ *Idem*, p. 305.

extrême » serait celui d’excuser ou de justifier une violation du droit international – en l’occurrence du droit international humanitaire.

524. L’incertitude manifestée par la Cour semble découler de la nature cruciale de la question existentielle soulevée par l’Assemblée générale. Pour reprendre les termes de l’opinion individuelle du Juge Fleischhauer, la Cour était confrontée à un « terrible dilemme »¹⁴⁶¹ constitué par l’incompatibilité manifeste des armes nucléaires avec le droit international humanitaire d’un côté, et, de l’autre, le fait qu’un État risquerait de disparaître s’il ne recourait pas à ces armes dans certaines hypothèses. Obligée de déterminer la licéité en « toutes circonstances » de l’emploi d’armes nucléaires, la Cour était contrainte à choisir entre la protection de l’humanité et celle des États. Selon le Juge Fleischhauer, « [p]erdre de vue » le « droit fondamental de tout État à la survie » reviendrait à admettre qu’un système juridique puisse exiger « de l’un de ses sujets qu’il accepte de succomber ou qu’il se suicide », chose qualifiée d’ontologiquement impossible¹⁴⁶². « Tout système de droit, ajoute le Juge Guillaume, quel qu’il soit, ne saurait priver l’un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux »¹⁴⁶³.

525. On pourrait aisément qualifier l’affaire que la Cour avait à trancher d’« *hard case* », au sens que lui conférerait Ronald Dworkin : c’est-à-dire une affaire où « *a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance* »¹⁴⁶⁴. Une telle hypothèse exige du juge qu’il se soumette « à un arrière-plan de ‘principes’ qui forment, rendent explicite, les ‘standards moraux d’une société’ »¹⁴⁶⁵. La Cour raisonne en effet du point de vue des principes qui sous-tendent les règles applicables. Autrement dit, c’est en interprétant ces règles à l’aune des principes qui les irriguent que la juridiction est parvenue à cette indécision. Le Juge Ranjeva considérerait ainsi que l’Assemblée générale invitait « la Cour à

¹⁴⁶¹ Opinion individuelle de Fleischhauer, *Recueil 1996*, p. 305. V. ég., R. Falk, « Nuclear Weapons, International Law and the World Court : A Historic Encounter », *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶² Opinion individuelle de Fleischhauer, *idem*, p. 309.

¹⁴⁶³ Déclaration du Juge Guillaume, *op. cit.*, p. 290, §8. Dans le même sens, V. Jeutner, « Both the Rule and the Exception : The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State », *op. cit.*, p. 245 : « [i]f one accepts that a legal order derives its legitimacy vis-à-vis a given subject of that legal order from the fact that the legal order (domestic or international) confers a benefit upon that given subject, then a legal order loses its legitimacy the moment it expects the subject to sacrifice its legal personality – an act which represents the complete loss of the entirety of the subject’s entitlements and, thus, an act which entails no benefit at all to the subject in question ».

¹⁴⁶⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 81. Pour une étude de ce concept en droit international, S. Cassella, *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, pp. 138-143.

¹⁴⁶⁵ D. Baranger, « L’interprète est toujours en mauvaise posture – Propositions exploratoires pour une délimitation et une modélisation de l’interprétation juridique », à paraître aux *Mélanges en hommage au Pr Étienne Picard*, p. 2 (à paraître).

Dans le même sens, constatant que la Cour était confrontée à une question d’ordre moral, v. A. F. Perez, « The Passive Virtues and the World Court : Pro-Dialogic Abstention by the International Court of Justice », *Michigan Journal of International Law*, vol. 18(3), 1997, p. 440.

remonter jusqu'aux principes premiers et aux propositions les plus générales (...) »¹⁴⁶⁶, ce qui s'apparente largement à l'identification des principes généraux et/ou fondamentaux du droit international. Le Juge Fleischhauer y recourait également dans son opinion¹⁴⁶⁷.

526. La « circonstance extrême de légitime défense » qui imposait à la Cour de ne pas se prononcer « définitivement » trouverait ainsi son origine dans l'impossibilité structurelle à envisager le droit international sans son sujet originaire, l'État. Cette circonstance aurait donc justifié une certaine interprétation du droit applicable à l'affaire, en l'occurrence une interprétation compatible avec le droit de légitime défense.

1.2. Le droit à la survie et l'interprétation du droit applicable

527. Afin de répondre à la question posée par l'Assemblée générale, le droit de légitime défense n'est pas uniquement intervenu lorsque la Cour interprétait le « droit relatif à l'emploi de la force » – chose logique – mais également à propos du droit international de l'environnement et humanitaire – ce qui étonne davantage. Une fois les principales règles applicables en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement identifiées¹⁴⁶⁸, la Cour « n'estim[ait] pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement »¹⁴⁶⁹. Alors même qu'aucune des règles propres à ce *corpus* juridique ne faisait mention du droit de légitime défense, la Cour le mobilisait dans le cadre de leur interprétation. Silencieuses sur le fait de savoir si l'obligation de protéger l'environnement empêchait un État d'agir en légitime défense, ces règles devaient être lues comme ayant nécessairement sauvegardé ce droit. À dire vrai, précisait la Cour, les droits et devoirs des États en matière environnementale devaient être pris en compte dans l'exercice du droit de légitime défense, notamment pour « juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité » qui encadrent cet exercice¹⁴⁷⁰. Cela démontre une nouvelle fois le double mouvement d'une emprise de la conservation de l'État sur le droit international – en l'espèce du droit de légitime défense sur le droit international de l'environnement – et inversement.

¹⁴⁶⁶ Déclaration du Juge Ranjeva, *op. cit.*, p. 298.

¹⁴⁶⁷ Déclaration du Juge Fleischhauer, *op. cit.*, pp. 308-309 : « [o]n aboutit à la même conclusion si (...) on admet que la troisième catégorie de dispositions juridiques que la Cour doit appliquer en vertu de l'article 38 de son Statut, à savoir les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, *contient un principe selon lequel aucun système juridique ne peut exiger de l'un de ses sujets qu'il accepte de succomber ou qu'il se suicide* » (italiques ajoutées).

¹⁴⁶⁸ CIJ, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, pp. 241-242, §§ 27-29.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, p. 242, §30.

¹⁴⁷⁰ *Ib.*

528. De la même manière à propos du droit international humanitaire – et c’est là ce qui a retenu l’attention de la doctrine –, la Cour opérerait une confusion importante entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*, seule cette dernière branche intéressant normalement le droit de légitime défense. Cette confusion n’est pas immédiatement identifiable dans l’avis de la Cour. Après avoir identifié les « principes cardinaux » du droit international humanitaire¹⁴⁷¹, ses « principes intransgressibles »¹⁴⁷², elle observait qu’« [e]u égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires (...) », leur utilisation « n’apparaît effectivement guère conciliable avec le respect » des exigences posées par le droit international humanitaire¹⁴⁷³. Malgré tout, la CIJ déclarait que dans certaines circonstances, le recours aux armes nucléaires pourrait être compatible avec les principes du droit international des conflits armés, sans fournir de précisions supplémentaires quant à la nature de ces circonstances¹⁴⁷⁴. Concrètement, la Cour affirmait que le recours à l’arme nucléaire n’empêchait pas un État de respecter le principe de distinction entre les cibles civiles et militaires, ainsi que le principe interdisant les souffrances inutiles infligées aux combattants.

529. Si la Cour s’était arrêtée là, elle aurait alors préservé la distinction entre le droit du recours à la force et le droit international humanitaire. Nulle mention, pour l’heure, du droit de légitime défense – qui relève du *jus ad bellum* on l’a dit – pour interpréter le *jus in bello*. Plus précisément, la solution rendue jusqu’ici confirmait bel et bien que la conduite adoptée par un État en vertu du droit des conflits armés n’informerait aucunement la licéité de cette conduite en droit international humanitaire. Ces deux branches étant autonomes, le droit du recours à la force armée ne pouvait qu’informer la licéité du choix de recourir à la force. La Cour est cependant allée plus loin, puisqu’elle a rédigé deux paragraphes particulièrement controversés qui manifestent une confusion entre les deux régimes susmentionnés¹⁴⁷⁵. En suggérant que la violation du droit international humanitaire pourrait être justifiée dans cette « circonstance extrême de légitime défense », il est possible d’arriver à la conclusion que la Cour confond le *jus ad bellum* et le *jus in bello*.

¹⁴⁷¹ *Id.*, p. 257, §78.

¹⁴⁷² *Id.*, p. 257, §79. L’emploi d’« intransgressible » ne préjugerait en rien une quelconque valeur impérative de ces principes, v. p. 257, §83.

¹⁴⁷³ *Id.*, p. 262, §95.

¹⁴⁷⁴ *Id.*, pp. 262-263, §95.

¹⁴⁷⁵ *Idem*, p. 263, §§96 et 97. Le dernier paragraphe a été intégralement repris dans la seconde phrase du paragraphe 2(E) du dispositif de l’avis.

530. Cela a logiquement suscité de vives critiques en doctrine¹⁴⁷⁶. Il a justement été relevé qu'en principe le respect du droit de la Charte des Nations Unies ne préjuge en rien la conformité du recours à la force aux règles du droit international humanitaire. Un État belligérant pourrait en effet avoir recouru à la force en application de l'article 51 de la Charte sans que cela l'autorise pour autant à violer les principes du droit international humanitaire. À l'inverse, la violation de ces principes ne devrait pas empêcher l'État de recourir à la force. Lorsque la Cour affirmait ne pas pouvoir conclure définitivement à la question posée, après avoir constaté l'incompatibilité en « général » de ces armes avec le droit international humanitaire en raison d'une « circonstance extrême de *légitime défense* », elle semblait pourtant suggérer que le *jus ad bellum* pouvait justifier la violation des règles du *jus in bello*.

531. C'est tout du moins l'interprétation faite par le Juge Guillaume, selon lequel les règles relatives à l'emploi de la force armée permettent « d'éclairer celles du *jus in bello* »¹⁴⁷⁷. Cet éclairage conduit à faire intervenir le droit de légitime défense dans l'interprétation du droit international humanitaire. Malgré les critiques que l'on est susceptible d'opposer au raisonnement de la Cour, le fait demeure qu'elle suggère que la légitime défense est susceptible de justifier la violation du droit international humanitaire.

532. L'infiltration dudit droit dans le droit international général était également manifeste dans certaines jurisprudences internes qui ont parfois repris l'argumentaire de la CIJ. Ainsi, dans un jugement du 10 juin 2008, le Tribunal d'asile et d'immigration britannique interprète le droit international humanitaire de manière à rendre sa solution compatible avec le droit de légitime défense d'un État – un droit que la juridiction qualifie d'ailleurs de *responsabilité*¹⁴⁷⁸. La question, en l'espèce, concernait la demande de protection internationale d'un soldat irakien alléguant l'incapacité de son gouvernement à le protéger de potentiels crimes de guerre réalisés par les forces armées adverses. La question est cruciale et son enjeu est identifié avec acuité par la juridiction : « [a] *state's maintenance of its sovereignty and territorial integrity may depend upon its soldiers facing a heightened risk to their life and limb* »¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁶ *Inter alia* : T. Gill, « The Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court of Justice and the Fundamental Distinction Between the *Jus ad Bellum* and the *Jus in Bello* », *Leiden Journal of International Law*, vol. 12(3), 1999, pp. 616-618 ; J. Moussa, « Nuclear weapons and the separation of *jus ad bellum* and *jus in bello* », *op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁴⁷⁷ Déclaration du Juge Guillaume, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁷⁸ « Zq (Serving Soldier) Iraq v. Secretary of State for the Home Department », Asylum and Immigration Tribunal, 10/06/2008, *UKAIT* (2009), pp. 48 et suivantes, §155 *iii*).

¹⁴⁷⁹ *Id.*, §85.

533. Autrement dit, il n'est pas possible d'interpréter les règles intéressant la protection internationale trop largement : cela présenterait le risque d'engendrer une contradiction directe avec le droit de légitime défense. L'exercice dudit droit emporte la nécessité de mobiliser des soldats qui sont par définition menacés de mort par la situation de guerre. Octroyer la protection internationale à tout soldat inquiet pour sa vie présenterait comme conséquence inévitable d'attribuer cette protection à *tous* les soldats, ces derniers étant nécessairement menacés dans leur existence par leur condition de soldat et leur déploiement dans des conflits armés. La juridiction insiste alors sur la nécessité d'interpréter le droit applicable de façon à éviter cette conséquence trop étendue qui aurait pour effet, théorique certes, d'empêcher un État d'exercer son droit de légitime défense¹⁴⁸⁰. En cas d'application systématique d'une telle solution, les soldats d'un État exerçant son droit de légitime défense pourraient en effet aisément quitter l'armée en obtenant l'asile sur le territoire d'un autre État¹⁴⁸¹.

534. Le tribunal en déduit alors que c'est uniquement en situation exceptionnelle qu'un soldat peut se voir octroyer cette protection internationale¹⁴⁸². Un standard élevé est établi à cet effet : le soldat souhaitant bénéficier de l'asile doit être confronté à un risque généralisé et/ou systémique d'être une victime de crimes de guerre¹⁴⁸³. À cette exception s'en ajoute une autre : lorsque la survie de l'État est menacée, celui-ci ne pourra pas suffisamment protéger ses soldats de potentiels crimes de guerre – tels que l'emploi d'armes chimiques ou biologiques aujourd'hui prohibé. En effet, la juridiction relève que ce même État ne pourra pas, dans cette hypothèse, manquer de déployer ses soldats malgré les risques mentionnés. En effet : « *[i]f a state were to fail to put its soldiers in harm's way, that might well, depending on the circumstances, amount to an abandonment of the duty to defend the civilian population* »¹⁴⁸⁴. Sans entrer dans les détails du contrôle réalisé par le juge, celui-ci décrit un encadrement assez strict de l'exception susmentionnée, favorable aux soldats demandant l'asile¹⁴⁸⁵. Cet

¹⁴⁸⁰ Ce point est mentionné expressément au §85, *id.* : « *[t]he broader framework of international law within which both the European Court of Human Rights and international humanitarian law operate includes the United Nations Charter, which enshrines the sovereignty of the state and its right not to be attacked and to defend itself as a fundamental principle: see Article 51* ».

¹⁴⁸¹ Il s'agissait d'un argument de la partie adverse qui s'oppose à la demande de protection internationale du soldat irakien : « *[h]e invoked the spectre of soldiers fleeing their armies in order to seek international protection, thereby weakening their own state's ability to protect its own citizens* », *id.*, §88. La juridiction admet la force de l'argument au §89. On retrouve d'ailleurs dans le passage cité le lien qui existe entre un droit fondamental de l'État – de légitime défense – et la finalité de cette institution – la protection des populations civiles.

¹⁴⁸² *Id.*, §90.

¹⁴⁸³ Il est entendu que ce standard concerne uniquement un requérant ne justifiant pas une menace personnelle à sa vie dans son pays d'origine. Dans un tel cas, il suffira au soldat de démontrer la menace particulière qui pèse sur sa vie afin d'obtenir la protection internationale, *id.*, §106.

¹⁴⁸⁴ *Id.*, §95 (italiques ajoutés).

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, v. §§101-105.

encadrement résulte, ainsi que l'illustre l'extrait précité, du devoir de protéger la population civile dont le droit de légitime défense en serait la manifestation. La finalité de l'État à l'origine d'un droit fondamental, celui de légitime défense, réapparaît alors.

535. Cet exemple, couplé à notre analyse de l'avis de 1996, semble confirmer l'un des effets souvent attribués au caractère « naturel » ou « inhérent » du droit de légitime défense, à savoir que rien ne peut priver un État de ce droit¹⁴⁸⁶. Le P^r Sur insiste également sur cet aspect en rappelant que « tout cède à la légitime défense »¹⁴⁸⁷, y compris la Charte puisque l'article 51 commence par affirmer qu'« [a]ucune disposition » n'y porte atteinte. Logiquement, de nombreux États ont suggéré que le Chapitre VII de la Charte devait être interprété de manière à empêcher le Conseil de sécurité d'adopter certaines mesures affectant le droit de légitime défense des États membres des Nations Unies. C'était par exemple le cas de la Bosnie-Herzégovine, lorsque celle-ci faisait l'objet d'une agression armée dirigée par la Serbie. Préoccupé « par les combats en Yougoslavie » et inquiet « que la poursuite de cette situation crée une menace contre la paix et la sécurité internationales », le Conseil de sécurité avait décidé, en 1991, d'adopter « un embargo *général et complet* sur toutes les livraisons d'armements et d'équipements militaires à la Yougoslavie »¹⁴⁸⁸. Le Conseil avait agi en vertu du Chapitre VII de la Charte dont l'article 41 lui permettait d'adopter, pour le maintien ou le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, toutes « mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée ». Interdisant absolument et sans exception l'exportation d'armes vers la Yougoslavie, cette résolution a été maintenue à l'encontre de la Bosnie-Herzégovine après la déclaration de son indépendance, le 1^{er} mars 1992¹⁴⁸⁹.

536. Estimant que cet embargo l'empêchait d'exercer son droit de légitime défense, la Bosnie a demandé à la CIJ d'affirmer que la résolution susmentionnée devait être « *interprétée* d'une manière telle qu'elle ne porte pas atteinte au droit naturel de légitime défense »¹⁴⁹⁰. L'interprétation ainsi formulée avait vocation à réaffirmer que la Bosnie « *ha[d] and still ha[d] the inherent right of individual and collective self-defense, including the right immediately to*

¹⁴⁸⁶ M. Roscini, « On the 'Inherent' Character of the Right of States to Self-defence », *op. cit.*, p. 645.

¹⁴⁸⁷ S. Sur, « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, p. 792.

¹⁴⁸⁸ CSNU, résolution 713 (1991) adoptée le 25/09/1991, §6 (italiques ajoutés).

¹⁴⁸⁹ CSNU, résolution 727 (1992) adoptée le 08/01/1992, §6 : le Conseil « décide que cet embargo s'applique comme il est dit au paragraphe 33 du rapport du Secrétaire général », ledit rapport affirmant que « l'embargo sur les armes continuerait de s'appliquer à toutes les régions qui ont fait partie de la Yougoslavie, quelles que soient les décisions que l'on pourrait prendre sur la question de la reconnaissance de l'indépendance de certaines républiques » (S/23363, §33).

¹⁴⁹⁰ CIJ, 08/04/1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance en mesures conservatoires, *CIJ Recueil 1993*, p. 6, §2(m) et (n). En ce sens, v. D. Costelloe, *Consequences of Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, pp. 150-151.

seek and receive from other States military weapons (...)»¹⁴⁹¹. L'État soutenait que toute solution contraire équivalait à lui retirer l'un de ses droits inhérents protégés par l'article 51 de la Charte¹⁴⁹². L'ordonnance finalement rendue par la CIJ a refusé d'examiner les demandes en mesures conservatoires, estimant qu'elles dépassaient le « champ d'application de la convention sur le génocide (...)»¹⁴⁹³ et excluant ainsi les revendications relatives à l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité. Quoique décevante, la solution tirait là une juste conséquence du champ de compétence dévolue à la CIJ par l'article IX de la convention sur le génocide : seuls les différends « relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention » relevaient de ce que la Cour était susceptible d'adjudger¹⁴⁹⁴.

537. Dans d'autres affaires où l'engagement juridictionnel à l'origine de la saisine le permettait, la Cour n'a pas hésité à interpréter certaines obligations conventionnelles à l'aune du droit de légitime défense. À l'occasion de l'affaire des *Plates-formes pétrolières* en 2003, l'Iran a invoqué le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu avec les États-Unis pour engager leur responsabilité internationale en raison de la destruction des plates-formes iraniennes¹⁴⁹⁵. L'Iran a déploré la violation de diverses stipulations de la convention, tandis que les États-Unis justifiaient la licéité de leurs mesures coercitives à l'aune de l'article XX(1)(d) du traité. Celui-ci autorisait l'adoption des mesures « nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relative (...) à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie Contractante sur le plan de la sécurité »¹⁴⁹⁶. À première vue, rien ne permettait à la CIJ de résoudre le différend par application du droit de légitime défense, dès lors qu'il ne figurait pas dans le traité dont elle devait faire application pour résoudre le différend. Il était toutefois difficile d'imaginer que la Cour puisse résoudre un différend portant sur le recours illicite de la force sans faire référence au droit de légitime défense.

¹⁴⁹¹ Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, *Demande en indication de mesures conservatoires*, 20/03/1993, p. 41, §122. V. ég., p. 20, §36 a) et g) : « a) le droit pour les citoyens de Bosnie-Herzégovine de survivre physiquement en tant que peuple et qu'État ; (...) g) le droit fondamental du peuple et de l'État de Bosnie-Herzégovine d'exister en exerçant la souveraineté ».

¹⁴⁹² *Id.*, p. 42, §123.

¹⁴⁹³ CIJ, 08/04/1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance en mesures conservatoires, *op. cit.*, p. 19, §33.

¹⁴⁹⁴ *Id.*, p. 14, §20.

¹⁴⁹⁵ CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (fond), *CIJ Recueil 2003*, p. 166, §1.

¹⁴⁹⁶ *Id.*, p. 179, §32.

538. À cette fin, il convient de relever que la Cour ne s'est jamais éloignée du droit applicable en l'espèce : elle admettait en effet qu'il convenait de vérifier si les actions alléguées « n'étaient pas justifiées par la nécessité d'assurer la protection des intérêts vitaux des États-Unis sur le plan de la sécurité »¹⁴⁹⁷. Elle interrogeait néanmoins la relation qu'entretenait l'exception relative aux intérêts vitaux avec le droit de légitime défense. La réponse constituait selon elle « une *question d'interprétation du traité (...)* »¹⁴⁹⁸. Plus précisément, en rédigeant la clause d'exception susmentionnée, les parties au traité avaient-elles « l'intention de lui donner un tel effet [absolutoire], même lorsque ces mesures impliquaient un recours à la force armée ; et, dans l'affirmative, si les parties envisageaient ou admettaient une limitation selon laquelle un tel recours devrait être compatible avec les conditions énoncées par le droit international »¹⁴⁹⁹ ? Dans l'affaire qui opposait le Nicaragua aux États-Unis, en 1986, la CIJ était déjà arrivée à la conclusion que « des mesures de légitime défense, individuelle ou collective, peuvent être considérées comme entrant dans la catégorie plus vaste des mesures qualifiées à l'article XXI »¹⁵⁰⁰, celui-ci étant rédigé en des termes similaires que l'article XX du traité conclu avec l'Iran. Autrement dit, elle considérait que les mesures de légitime défense pouvaient très bien figurer parmi les mesures « 'nécessaires à la protection des intérêts vitaux' d'une partie »¹⁵⁰¹.

539. En l'espèce, la Cour a réitéré cette position après avoir mobilisé l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, établissant que le contexte – dont il est tenu compte dans l'interprétation – inclut également « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Ainsi, elle « ne saurait admettre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d'une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d'emploi illicite de la force »¹⁵⁰². La légitime défense étant qualifiée de « règle pertinente » au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne précitée, elle interprète le traité d'amitié à la lumière dudit droit pour finalement l'appliquer, purement et simplement¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁷ *Id.*, p. 180, §35.

¹⁴⁹⁸ *Id.*, p. 181, §40 (italiques ajoutés).

¹⁴⁹⁹ *Ib.*

¹⁵⁰⁰ Cité *in id.*, p. 182, §40.

¹⁵⁰¹ *Ib.*

¹⁵⁰² *Id.*, p. 182, §41.

¹⁵⁰³ *Id.*, pp. 182-199, §§42-78.

540. Que ce soit sous la forme d'un principe général ou d'une règle pertinente à la résolution du différend, la conservation de l'État opère « dans les interstices des autres règles du droit international pour en assurer la cohérence et la cohésion »¹⁵⁰⁴. Toutefois, cela ne semble possible qu'à la condition que la règle interprétée n'exclue pas explicitement le droit de légitime défense de son champ d'application. Si les affaires susmentionnées ont pu ménager une place au droit de légitime défense alors qu'il ne relevait pas du droit applicable, c'est simplement parce qu'il n'était pas affecté par les règles appliquées dans ces cas précis. Cela démontre toutefois une nouvelle manifestation de l'inhérence du droit de légitime défense en droit international : chaque fois qu'une obligation internationale peut être interprétée de manière compatible avec ce droit, en particulier lorsque la survie de l'État est en jeu, les juridictions veillent à le faire.

541. Lorsque la contradiction est néanmoins manifeste, comme cela pouvait être le cas dans l'avis de 1996 entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, il n'est pas certain que la survie de l'État devrait toujours prévaloir sur toute autre considération. La Cour suggère en effet que la conservation de l'État est susceptible d'exercer une emprise sur le droit international, au point que ce dernier devrait céder chaque fois que l'existence d'un État est menacée. Cependant, dans le même temps, la Cour refuse de conclure définitivement sur la question posée, laissant présager une éventuelle emprise du droit international sur la conservation de l'État.

542. En pénétrant le droit positif à la manière d'une prémisse qui sous-tend les principales règles de droit international, la notion de conservation de l'État est susceptible d'être mobilisée dans les mêmes termes qu'un principe général du droit international (*i.e.* dans la création, la mise en œuvre et la contestation des règles). Le dernier paragraphe dédié au « droit à la survie » identifié par la CIJ l'illustre à propos du droit de légitime défense, mais est-il possible d'étendre ce constat et de s'interroger sur un potentiel déploiement de la conservation de l'État en droit international général ? C'est l'objet de la seconde partie.

Conclusion du Chapitre 4

543. En examinant la manière dont les règles et principes de la Charte des Nations Unies garantissent l'existence des États, on peut mieux comprendre comment la « conservation de soi » est devenue un élément structurel du droit international contemporain. En effet, la Charte est devenue l'instrument de référence pour les États qui cherchent à préserver leur existence. Ainsi, ces États n'hésitent pas à étendre la portée des principes énoncés aux articles 2 et 51 de

¹⁵⁰⁴ M. Vázquez-Bermúdez, *Troisième rapport sur les principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 55, §139.

la Charte lorsque cela est perçu comme servant cet objectif. Deux arguments sont mobilisés à cette fin. Le premier concerne les effets des règles impératives en droit international, celles-ci étant parfois identifiées à partir de ce qui est nécessaire à la survie des États. Dans ce cadre, les considérations relatives à l'autoconservation sont mobilisées pour obtenir davantage que le respect de l'existence d'un État par un autre État. Ce dernier serait ainsi contraint de se préoccuper de la survie de son voisin, sous la forme d'une obligation : que ce soit en l'assistant ou en refusant de reconnaître sa disparition lorsqu'elle trouve son origine dans la violation de la Charte.

544. Face aux difficultés rencontrées par les États pour consacrer une obligation *positive* de préserver leur existence, ils recourent à l'article 51 de la Charte pour étendre la portée du droit de légitime défense. En tant que « droit naturel » ou d'« *inherent right* », ce dernier devrait autoriser les États à prendre toutes les mesures indispensables à la préservation de leur existence. C'est pourtant nier la restriction intervenue depuis la Charte des Nations Unies, qui n'autorise le recours à la force en légitime défense que dans une hypothèse bien précise : en cas d'« agression armée », dont les imprécisions définitionnelles ne permettent pas d'étendre la portée du droit de légitime défense au-delà d'une certaine limite.

545. L'emprise de la conservation de l'État sur le droit international se manifeste ainsi par une influence considérable sur l'un des textes qui structure les relations interétatiques, la Charte. Que ce soit du point de vue des principes fondamentaux ou celui du droit de légitime défense auquel « [a]ucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte », l'autoconservation irrigue cet instrument et, par extension, tout le droit international. Cependant, bien que la conservation de l'État soit inhérente au droit international, cela ne signifie pas qu'aucune emprise juridique n'existe sur ce phénomène. L'autoconservation se manifeste dans un contexte spécifique, celui de la Charte des Nations Unies et de ses dispositions qui, tout en garantissant l'existence libre et indépendante des États, limite considérablement ce qu'un État peut obtenir du droit international pour préserver son existence.

Conclusion du Titre 2

546. Initialement considérée comme un droit inhérent à la souveraineté des États, la « conservation de soi » a évolué pour devenir une considération garantie dans un ensemble de principes structurels et fondamentaux du droit international, tels qu'exprimés dans la Charte des Nations Unies. Face aux fléaux perpétrés pendant les deux Guerres mondiales, la doctrine et les États ont cherché à redéfinir les droits et devoirs étatiques. Plutôt que d'abolir le concept

de « droit de conservation de soi », cette entreprise a conduit à sa mutation : d'inhérent à l'État, il est devenu inhérent au droit international. Si le mot a disparu, son esprit a été préservé, comme en témoignent les diverses prétentions formulées par les États.

547. En effet, ces derniers soutiennent fréquemment que la Charte des Nations Unies et l'ensemble du droit international sont ordonnés autour de la préservation de leur existence. Ils attribuent donc à cette considération des effets qui dépassent largement le « sens ordinaire » des obligations contractées. L'ONU, notamment son Assemblée générale et son Conseil de sécurité, devient alors l'instance où s'opposent les prétentions fondées sur l'autoconservation. Ainsi, comme il a été mentionné dans l'introduction, l'autoconservation représente non seulement l'histoire d'une lutte entre le droit et l'arbitraire, mais également une lutte inextricablement liée au droit international public lui-même. La conservation des États est coextensive et inhérente à cette discipline juridique, et la question de la préservation de leur existence reste un enjeu majeur dans les débats juridiques contemporains.

Conclusion de la première partie

548. Les chapitres précédents ont été l'occasion de revenir sur ce que l'on *dit* de la « conservation de soi de l'État ». Initialement théorisée et invoquée comme un *droit souverain*, elle est également apparue sous la forme d'un *principe structurel et fondamental* des relations interétatiques. Il est important de souligner que ces deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre, c'est-à-dire qu'il n'y a pas eu un passage définitif d'un *droit* vers un *principe*.

549. Lorsque les États cherchent à justifier l'exercice de leur souveraineté sur leur territoire, ils continuent de faire référence à un *droit* inhérent à leur existence et à leur souveraineté. Cependant, lorsque leur objectif est d'obtenir d'autres États qu'ils ne menacent pas leur survie, voire qu'ils garantissent cette survie, la « conservation de soi » se présente alors sous la forme d'un principe garanti et protégé par d'autres règles de droit international, notamment celles de la Charte. Parfois, ces deux perspectives sont mêlées, comme c'est le cas avec le droit de légitime défense. Celui-ci est à la fois un *droit* de l'État et un *principe* de la Charte, invoqué pour justifier certains comportements qui relèvent, selon l'État concerné, de sa souveraineté. Ainsi, nous nous trouvons dans une situation où un État invoque une règle à la fois en tant que principe préservé et garanti par le droit international, et en tant que droit souverain, afin de justifier l'exercice de la souveraineté.

550. Cette double perspective soulève des questions essentielles quant à la manière dont l'argument de la conservation de soi *opère* en droit international. Dans la seconde partie de la

thèse, il convient d'examiner comment cet argument est utilisé en droit international, comment il façonne les obligations des États et les relations entre eux, ainsi que les prétentions qui en découlent. Après avoir démontré de quelle manière la conservation de l'État structure le droit international, il nous revient d'interroger comment ses effets juridiques se *déploient*.

Seconde partie. Le déploiement de la conservation de l'État en droit international

551. Les considérations relatives à la conservation de l'État jouent un rôle crucial dans la formulation de nombreuses prétentions. L'objet de cette seconde partie consiste ainsi à examiner comment le droit international réceptionne les prétentions fondées sur la conservation de l'État, si elles sont admises ou non, et dans quelles conditions. Pour ce faire, il convient de distinguer deux types de revendications. Les premières concernent l'effet de l'autoconservation sur les règles juridiques, comment elle influence leur création, leur interprétation et leur extinction (**Titre 1**). Les secondes touchent cette fois aux conditions dans lesquelles un État entend démontrer la licéité de son comportement en invoquant une exception ou une dérogation fondée sur la conservation de son existence (**Titre 2**).

552. La pratique révèle qu'un État peut formuler l'une ou l'autre de ces prétentions en fonction du degré d'urgence associé à la menace existentielle identifiée. Face à une menace imminente telle qu'une attaque terroriste, l'État souhaite réagir immédiatement et invoque une exception ou une dérogation pour justifier les mesures prises afin de la surmonter. En revanche, lorsqu'un État est confronté à une menace qui ne présente pas ce caractère d'urgence, c'est-à-dire que l'échéance ne se situe plus à court terme mais à moyen ou long terme, il n'éprouve pas le besoin d'adopter une conduite potentiellement illicite qu'il devrait justifier. Dans ce dernier cas, l'État peut anticiper les conséquences potentielles de la menace existentielle en cherchant à adapter le cadre juridique dans lequel il évolue, afin de prévenir l'apparition de ce danger. C'est pourquoi les prétentions normatives fondées sur l'autoconservation peuvent s'étendre sur une période plus ou moins longue, car l'État n'est pas confronté à une menace imminente, tandis que les prétentions dérogoires et exceptionnelles ne sont formulées que pour surmonter un danger imminent.

Titre 1. Les prétentions normatives fondées sur la conservation de l'État

« (...) [I]n each case the facts mentioned afford a reason why, given survival as an aim, law and morals should include a specific content. The general form of the arguments is simply that without such a content law and morals could not forward the minimum purpose of survival which men have in associating with each other. In the absence of this content men, as they are, would have no reason for obeying voluntarily any rules »¹⁵⁰⁵.

553. Souhaitant répondre à la thèse des positivistes qui voudrait que « law may have any content »¹⁵⁰⁶, Hart soutient l'idée que le droit mérite d'être analysée à travers l'objectif fondamental poursuivi par tout ordre juridique, à savoir la survie individuelle. Partant, il estime que le droit positif repose sur certains truismes qui influencent son contenu¹⁵⁰⁷. Il considère ainsi qu'il est « important to stress the distinctively rational connexion between natural facts and the content of legal and moral rules in this approach (...) »¹⁵⁰⁸. En d'autres termes, certains phénomènes naturels, comme le désir de préserver son existence, trouveraient nécessairement une traduction juridique. Bien que l'auteur ne parle pas du droit international en particulier, mais bien du droit en général, ses propos demeurent pertinents. La pratique confirme que les États mobilisent les considérations relatives à leur survie – un phénomène « naturel » au sens que l'on a exposé dans la première partie¹⁵⁰⁹ – pour influencer le contenu du droit international.

554. À la différence des règles inhérentes au droit international, car inhérentes à la souveraineté, il existe d'autres règles juridiques qui ont été formellement créées et qui ne sont opposables aux États que parce qu'ils y ont consenti. Ces dernières font ainsi l'objet d'une éventuelle lutte pour obtenir leur consécration dans le droit international conventionnel (conventionnalisation) ou coutumier (coutumiérisation)¹⁵¹⁰, et la conservation de l'État est souvent invoquée pour favoriser une prétention de cette nature (**Chapitre 5**). Étant donné que

¹⁵⁰⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 189.

¹⁵⁰⁶ *Id.*, p. 195.

¹⁵⁰⁷ Ces truismes sont développés aux pp. 190-193, *id.*

¹⁵⁰⁸ *Id.*, p. 189.

¹⁵⁰⁹ L'inhérence révèle une caractéristique *naturelle* à tout État, du point de vue de la logique, v. le Chapitre 1.

¹⁵¹⁰ La distinction apparaît implicitement chez L. Henkin, « International Law : Politics, Values and Functions », *op. cit.*, pp. 52 et 53: « [t]he constitutional law of the system was there simultaneously with, if not before, any practice (...) » (p. 52) ; « [s]uch principles [established by customary law] were not axiomatic in a State system (...) » (p. 53).

certaines de ces droits ont été formellement créés pour mieux garantir l'existence des États, ils peuvent également être remis en cause à partir de ce même fondement, où il est finalement question de *contester* les règles de droit international incompatibles avec l'autoconservation (**Chapitre 6**). Il ne s'agit plus cette fois d'obtenir l'opposabilité d'une règle qu'un ou plusieurs États estiment indispensable à la préservation de leur existence, mais plutôt de rendre inopposable une règle dont le respect ne permettrait plus d'atteindre cet objectif d'autoconservation.

555. Les prétentions normatives fondées sur la conservation de l'État ont vocation à rappeler que le droit international *doit* nécessairement garantir la survie de ses sujets originaires, et que cette considération suffirait à admettre ces prétentions. Ainsi, l'objet des deux prochains chapitres consiste à déterminer la portée de telles revendications.

Chapitre 5. Conservation de l'État et création du droit international

556. La formation du droit international est traditionnellement étudiée sous le prisme des sources formelles, celles-ci étant habituellement définies à partir de l'article 38 du Statut de la CIJ. Le premier alinéa stipule en effet que la Cour résout les différends qui lui sont soumis en appliquant les traités, la coutume, les principes généraux de droit et, « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations »¹⁵¹¹. Dès lors, toute proposition qui aurait tendance à étudier la pratique internationale uniquement à l'aune de ces sources formelles ne saurait s'intéresser à la raison d'être des règles juridiques – *i.e.* à leur source matérielle.

557. Néanmoins, l'opposition entre ces deux catégories de source – matérielle et formelle – mérite d'être nuancée. Le P^f Pellet remarque que la doctrine opère généralement un choix en faveur de l'une ou l'autre de ces sources, dont l'alternative se traduit en ces termes : « la règle de droit doit correspondre à un besoin social (et ce sont les sources matérielles qui importent) mais elle se manifeste par une forme ou un processus (d'où l'importance des sources formelles) »¹⁵¹². Suggérer que la conservation de l'État puisse être considérée comme une source matérielle du droit international, par exemple en tant que principe général *du* droit, devrait certainement susciter les mêmes critiques que celles adressées aux travaux du

¹⁵¹¹ Statut de la CIJ, art. 38(1).

¹⁵¹² A. Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité », *op. cit.*, p. 163. Ou, selon une autre formulation de S. Sur, « Sources du droit international : faisons un rêve », *RBDI* 2015/1-2, p. 589 : on distingue « les procédés techniques par lesquels les règles prennent corps », suivant la formule de Paul Reuter, et l'ensemble des motifs, forces, idéologies, objectifs qui informent le contenu desdites règles ». L'auteur insiste ainsi sur les limites que présente cette distinction, *v. id.*, pp. 589-590.

Rapporteur spécial de la CDI sur les PGD¹⁵¹³. En outre, étant donné le succès de l'école positiviste et le déclin simultané du concept de source matérielle, cela conduirait le lecteur à parvenir à la même conclusion formulée précédemment concernant le critère de la valeur dans la détermination du *jus cogens* : cette seule considération ne suffirait pas à fonder une règle juridique.

558. Toutefois, les critiques émises à l'encontre des « sources matérielles » ne sont pertinentes qu'à une seule condition : il faudrait que le concept même de « source » soit adéquat pour expliquer l'origine des règles juridiques internationales. À cet égard, les P^r Sur et Combacau condamnent sans équivoque cette expression puisqu'elle ne suffit justement pas à expliquer ni même à décrire « une origine ou un processus de formation des règles »¹⁵¹⁴. La distinction entre source matérielle et formelle ne permet pas de différencier « la méthode et le résultat, les processus et les produits »¹⁵¹⁵. En d'autres termes, la notion de « source » invite à confondre le processus de formation de la règle, l'acte juridique et la règle qui en résulte¹⁵¹⁶. Refuser d'interroger le rôle de la conservation de l'État dans la création des règles juridiques reviendrait, en réalité, à ignorer sa place dans le processus de formation de ces règles. C'est pourtant précisément dans ce cadre que les invocations et les manifestations de la conservation de l'État sont les plus importantes, on le verra. S'empêcher d'y consacrer un chapitre, en raison d'une hostilité envers les « sources matérielles » du droit international, aurait pour effet de manquer de traiter un aspect important du sujet. Surtout, adopter une telle approche conduirait à une conclusion que l'on a pourtant rejetée dans l'introduction, celle qui voudrait nier toute portée normative à la conservation de l'État à partir du moment où elle ne figurerait dans aucun *acte juridique* ou *règle*.

559. En analysant le rôle de notre sujet dans le processus de formation du droit, il est possible de dépasser ce constat. Pour autant, on ne prétend pas que la conservation de l'État jouirait d'un statut juridique simplement parce qu'elle aurait motivé l'adoption de certaines règles. Une telle approche conduirait à la confusion mentionnée à l'instant, entre la règle juridique et le processus qui a précédé son établissement. La position retenue dans ce chapitre est similaire à celle suggérée, une nouvelle fois, par le P^r Pellet : « la connaissance des conditions de la naissance

¹⁵¹³ Le Rapporteur est « conscient que la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international restait controversée », v. le *Rapport de la CDI*, 2021, A/76/10, p. 170, §235.

¹⁵¹⁴ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ *Idem*, pp. 74-75.

des normes juridiques est un élément indispensable » à la compréhension du droit¹⁵¹⁷. L'auteur précise en effet que « si les sources formelles sont les seules par lesquelles des normes accèdent au droit positif, les sources matérielles intéressent directement le droit, en ce sens qu'elles participent au processus d'émergence du droit positif »¹⁵¹⁸. En d'autres termes, afin de mieux comprendre certaines règles du droit international, il est essentiel de souligner qu'elles peuvent avoir émergé en réponse à la reconnaissance par un ou plusieurs États de la nécessité d'une règle spécifique pour préserver leur existence.

560. Cette approche permet ainsi d'expliquer pourquoi la conservation de l'État n'est pas explicitement mentionnée dans de nombreuses règles juridiques qui visent pourtant à atteindre cet objectif. Partant, il ne convient pas d'étudier uniquement le libellé des règles conventionnelles ou coutumières. Il faut également adopter une approche historique, celle-ci permettant de comprendre les conditions d'élaboration de ces règles et les motifs qui ont incité à leur adoption.

561. C'est précisément l'objet du présent chapitre, qui vise à répondre aux questions suivantes : en pratique, comment se manifeste cette lutte visant à obtenir la création d'une règle jugée essentielle à l'existence d'un État ou d'un groupe d'États ? Plus généralement, lors de l'élaboration des obligations internationales, comment la conservation de l'État est-elle prise en compte pour être conciliée avec les intérêts et les droits des autres États ? Les réponses à ces questions varient en fonction du type de prétentions formulées par les États, qui peuvent être distinguées en deux catégories. Historiquement, l'autoconservation était invoquée pour justifier l'exercice libre d'une souveraineté territoriale au-delà du territoire terrestre de l'État (**Section 1**). Plus récemment, depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies et de l'émergence du « droit de coopération » cher à Friedmann¹⁵¹⁹, de nombreuses revendications visent à obtenir de la part des États tiers qu'ils s'engagent à adopter un comportement favorable à la préservation de l'existence d'autres États (**Section 2**).

Section 1. Prétentions relatives à l'exercice de la souveraineté territoriale

562. Il ne fait aucun doute qu'un État est libre d'exercer sa souveraineté sur son propre territoire, comme cela a été relevé dans la première partie¹⁵²⁰. Toutefois, la question abordée ici

¹⁵¹⁷ A. Pellet, « Cours général : le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, p. 131, §68.

¹⁵¹⁸ *Idem*, p. 131, §69.

¹⁵¹⁹ V. dans le Chapitre 3 de la thèse, pp. 222 et s.

¹⁵²⁰ V. le Chapitre 1 de la thèse.

concerne la manière dont les États sont parvenus à étendre l'exercice de leur souveraineté au-delà de leur territoire terrestre, en particulier dans les espaces maritimes et aériens, grâce à des arguments liés à la conservation de leur existence. Dans ce cadre, les États ont effectivement justifié leur emprise sur ces espaces en affirmant que cela était essentiel à la protection de leur territoire terrestre (**Paragraphe 1**). Cependant, il est également arrivé que les États aient revendiqué le droit d'exercer leur souveraineté sur le territoire d'un autre État, en soutenant que cela était nécessaire pour préserver leur existence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une prétention liée au territoire de l'État qui émet la prétention

563. Une nouvelle distinction s'impose ici, cette fois entre l'exercice de la souveraineté en tant que tel (**1.1.**) et l'exercice de certains droits souverains spécifiques (**1.2.**). Le critère distinctif réside dans les qualificatifs qui suivent généralement la souveraineté : celle-ci est *pleine et entière*. Ainsi, dans la première hypothèse, il s'agit de reconnaître à l'État la même liberté que celle identifiée dans l'affaire du *Lotus* : sauf règle prohibitive contraire, on présume que son comportement est licite et que l'État a le *droit* d'agir comme il l'entend¹⁵²¹. En ce qui concerne la seconde hypothèse, celle des droits souverains, bien qu'ils découlent indéniablement de cette « souveraineté pleine et entière », le droit de la mer établit une distinction entre les deux. Celle-ci peut s'expliquer par le fait que l'utilisation de la notion de « droits souverains » est généralement employée pour désigner quelques-uns des droits dont les États devraient normalement jouir en vertu de leur souveraineté pleine et entière, au lieu de l'ensemble de ces droits¹⁵²². Dans cette hypothèse, l'État ne devait *a priori* pas jouir d'une liberté similaire à celle reconnue dans l'affaire du *Lotus*. Cependant, les droits souverains qui lui sont attribués lui permettent de jouir d'une liberté réduite, relative.

1.1. Conservation de soi et exercice de la souveraineté pleine et entière

564. Lorsqu'on s'intéresse à la liberté dont disposent les États dans la mer territoriale et l'espace aérien surjacent à leur territoire, on constate que ces deux espaces sont définis en fonction d'un élément naturel commun : le territoire. Celui-ci a justement été mobilisé par les États afin de justifier l'exercice de leur souveraineté pleine et entière sur des espaces *a priori* situés hors de leur territoire, aux fins de mieux le protéger. Partant d'un tel postulat, les

¹⁵²¹ V. ainsi la déclaration du ministre des Affaires étrangères du 30/01/1889, reprod. in A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Tome IV, Paris, éditions du CNRS, 1962, p. 118, n°189 : « [c]haque nation est maîtresse dans sa mer territoriale, et, à moins de convention contraire, elle a, dans ce domaine, un droit d'exploitation exclusif ».

¹⁵²² J.-P. Pancraccio, *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, p. 15, n°19 : « [s]ur les espaces maritimes considérés qui, pour être plus éloignés du territoire, s'y rapportent néanmoins et en conservent la référence, l'État disposera d'un *droit général d'exclusivité de compétences, mais sans s'y voir attribuer la souveraineté* ».

revendications des États devaient immanquablement mobiliser des considérations relatives à la préservation de leur existence : le territoire, en tant qu'élément constitutif de l'État¹⁵²³, devait permettre de justifier l'exercice d'une puissance souveraine d'autoconservation.

565. Si la nécessité de justifier l'exercice de la souveraineté sur ces espaces s'est fait jour, c'est parce que le droit international n'admet traditionnellement que l'exclusivité de l'exercice de la souveraineté *territoriale*. La CPIJ a rapidement énoncé ce principe, notamment dans l'affaire du *Lotus* le 7 septembre 1927 : « (...) la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention »¹⁵²⁴. Toute volonté d'exercer la souveraineté au-delà du territoire étatique nécessite ainsi d'apporter la preuve qu'une règle juridique le permet. À cette fin, les États ont entrepris d'assimiler les eaux proches de leur territoire à celui-ci, au moyen de considérations défensives (**a**). Alors que les États ont évolué pendant des millénaires dans la plus grande indifférence à l'égard de l'espace aérien surjacent à leurs territoires, les progrès technologiques et militaires intervenus au XX^{ème} siècle les ont incités à y revendiquer l'exercice de leur souveraineté, également en vertu de considérations défensives (**b**).

a. La mer territoriale et la nécessité de protéger les côtes

566. La méthodologie adoptée par les internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques pour définir la mer territoriale s'inscrit dans la continuité de leur approche théorique. Selon eux, l'État doit pouvoir exercer sa souveraineté sur les zones proches de son territoire afin de protéger son existence. Paul Fauchille, en tant que principal promoteur de cette approche, accorde une attention particulière à la question de la mer territoriale. Il identifie les droits que les États peuvent exercer sur cet espace et propose ainsi une méthodologie pour le délimiter¹⁵²⁵. Les droits qu'un État devrait pouvoir exercer sont établis à partir de l'idée suivante : « [i]l est *nécessaire* que l'État possède certains droits sur les eaux qui l'avoisinent » puisque « son existence et les intérêts de sa navigation et de son commerce l'*exigent* »¹⁵²⁶. Les mots en italiques expriment la conviction selon laquelle la nécessité de préserver l'État correspond à une réalité dont il *faut* tenir compte lors de l'élaboration du régime des « eaux qui avoisinent » l'État.

¹⁵²³ V. dans le Chapitre 1 de la thèse, section 2.

¹⁵²⁴ CPIJ, *Affaire du « Lotus »*, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁵²⁵ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, Tome I, Deuxième partie, pp. 128-191.

¹⁵²⁶ *Id.*, p. 131, §491 (italiques ajoutés).

567. Fauchille préfère en effet parler, au détriment de la mer territoriale, « d'eaux proches d'un État [qui] doivent être traitées comme des eaux lointaines »¹⁵²⁷. L'auteur refuse ainsi de concevoir la mer territoriale autrement que comme « une partie de l'océan ayant le même caractère que lui », alors que « les systèmes de la propriété et de la souveraineté » auraient tendance à l'ériger en « mer distincte »¹⁵²⁸. Au-delà d'une distinction *a priori* triviale, elle permet à l'auteur de rappeler qu'il refuse d'identifier les droits susceptibles d'être exercés par un État sur la mer territoriale en vertu des deux systèmes précités – de souveraineté et de propriété. Fauchille fait délibérément le choix d'étendre aux eaux proches le principe de la liberté reconnue à la haute mer, en aménageant le principe autour de ce qu'il appelle le « système du droit de conservation »¹⁵²⁹. La définition classique du droit d'autoconservation sert de point de départ pour préciser les contours du « système ». Il s'agit pour l'auteur de rappeler que « [l]a conservation de soi-même constitue un droit fondamental des États », un « devoir » qui l'autorise « à prendre toutes les mesures destinées à assurer son existence », même « en dehors de ses frontières et aussi sur des choses qui, comme la mer, n'appartiennent à personne »¹⁵³⁰.

568. Une dizaine de droits sont finalement déduits de ces exigences d'autoconservation, les principaux étant les pouvoirs de « faire naître à la charge des autres États une obligation de non approche en ce qui concerne l'usage des armes à feu », d'assurer la douane dès lors que « les intérêts fiscaux d'un État sont un des éléments de son existence », d'empêcher la venue d'un navire pour des raisons sanitaires, *etc.*¹⁵³¹. Autant d'aspects consacrés par le droit positif sous le concept de mer territoriale mais également celui de zone contiguë¹⁵³². Quoi qu'il en soit, la proposition de Fauchille est partagée par quelques auteurs, tels qu'Imbart-Latour¹⁵³³ ou le baron de Cussy, tout comme elle trouve un écho dans les travaux de l'Institut de droit international¹⁵³⁴.

¹⁵²⁷ *Id.*, p. 142, §492⁶.

¹⁵²⁸ *Ib.*

¹⁵²⁹ *Id.*, p. 147, §492⁹.

¹⁵³⁰ *Id.*, pp. 147-148.

¹⁵³¹ *Id.*, pp. 149-156.

¹⁵³² Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 septembre 1964, in *RTNU*, vol. 516, 1964, n°7477, art. 24(1), p. 221. Le régime est repris à l'identique dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *RTNU*, vol. 1834A, n°31363, p. 16.

¹⁵³³ J. Imbart-Latour, *La mer territoriale au point de vue théorique et pratique*, Paris, 1889, pp. 14 et 306 : « la mer territoriale ne peut être assimilée au territoire, et l'État ne peut exercer sur elle que les droits relatifs à la défense et à la sécurité de ses côtes, à la garantie de ses intérêts commerciaux et fiscaux, à la protection des intérêts des habitants du littoral ».

¹⁵³⁴ *AIDI*, Tome 21, 1906, p. 98. Le rapporteur Kebedgy, lorsqu'il présente le régime des mines sous-marines et des torpilles, suggère que « [t]outes les considérations que l'on pourrait invoquer en faveur de la liberté de la navigation doivent passer au second plan, en présence du droit primordial de conservation qui doit être reconnu à tout État souverain chez lui ».

Le baron de Cussy considérait que certains détroits appartenaient à la mer territoriale d'un État en vertu de son droit d'autoconservation. Il rapportait ainsi l'exemple de la mer d'Azov et de son détroit de Kertch, ce qui n'a pas manqué d'être repris par la Russie dans le cadre d'un différend qui l'oppose à l'Ukraine devant la Cour permanente d'arbitrage¹⁵³⁵.

569. Adoptant une approche similaire lors de la conférence sur la codification du droit international organisée par la SdN en 1929, le Portugal a exprimé son désir de conserver une souveraineté pleine et entière sur certaines baies, à l'instar de la mer territoriale, en soulignant l'importance de préserver les baies historiques. Le fondement avancé pour justifier l'exercice de la pleine souveraineté sur ces eaux est d'un grand intérêt : en effet, « *[t]he considerations which justify their claim are the security and defence of the land territory and ports, and the well-being and even the existence of the State* »¹⁵³⁶.

570. Il convient de remarquer que cette démarche ne doit pas être généralisée au point de la présenter comme la solution de principe à la question traitée¹⁵³⁷. Fauchille admettait lui-même que le « système de souveraineté » était le plus répandu en pratique, au détriment de celui fondé sur le droit de conservation¹⁵³⁸. Néanmoins, il apparaît que même dans ce système, qu'il s'agisse de celui de souveraineté ou de propriété, les préoccupations de sécurité demeurent la principale source du pouvoir dont jouit l'État côtier sur les zones maritimes proches de son territoire¹⁵³⁹. Bynkershoek, à la suite de Grotius, établit la portée d'un tir de canon comme limite à l'exercice de la souveraineté territoriale en mer¹⁵⁴⁰. Quoi de plus logique, dès lors, d'en déduire que la

¹⁵³⁵ B. F. de Cussy, *Phases et causes célèbres du droit maritime des Nations*, vol. I, F.A. Brockhaus, 1856, pp. 97-98, cité dans les exceptions préliminaires de la Fédération de Russie dans l'affaire du *Différend concernant les droits de l'État côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le Détroit de Kertch (Ukraine c. la Fédération de Russie)*, 19/05/2018, §72, p. 26. Disponible en ligne :

[<https://pcacases.com/web/sendAttach/2617>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁵³⁶ Portugal, « Letter of January 1929 », in S. Rosenne (ed.), *League of Nations, Conference for the Codification of International Law*, vol. 2, Oceana Publications, New York, 1975, p. 402. La Convention de Montego Bay précitée réserve justement un régime spécial aux baies historiques dans de nombreuses stipulations, sans toutefois mentionner qu'elles auraient pour objet de préserver l'existence de l'État. P. ex., l'article 15 de la Convention exclut la méthode normale de délimitation de la mer territoriale « en raison de l'existence de titres historiques (...) », CNUDM, *op. cit.*, p. 10. Le régime est le même que celui adopté en 1958 par la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, v. l'art. 12(1).

¹⁵³⁷ Pour une critique du système proposé par Fauchille, voyez G. Gidel, « La mer territoriale et la zone contiguë », *RCADI*, vol. 48, 1934, pp. 199-200.

¹⁵³⁸ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, Tome I, Deuxième partie, p. 157, §492.

¹⁵³⁹ Ce qui n'est pas surprenant, puisqu'en réalité l'exercice de la souveraineté intéresse la préservation de l'existence de l'État, comme on l'a vu plus tôt dans le premier Chapitre de la thèse.

¹⁵⁴⁰ C. van Bynkershoek, *De Dominio Maris Dissertatio*, trad. R. van Deman Magoffin, New York, OUP, pp. 42-44. L'influence de la pensée de l'auteur sur la pratique des États a été démontrée depuis, notamment par K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek : his role in the history of international law*, Leiden, Brill, 1998, pp. 165-170. Pour la relation entre la pensée de Grotius et celle de Bynkershoek, *id.*, pp. 134-145.

notion même de mer territoriale répond « avant tout à un souci de défense »¹⁵⁴¹. Toutefois, si l'auteur se résout en réalité à adopter le critère de la portée du canon pour délimiter la mer territoriale, c'est parce qu'il considère qu'un État ne peut posséder un titre de propriété sur la mer que s'il contrôle ou occupe effectivement la portion sur laquelle il souhaite exercer sa souveraineté. Face à l'impossibilité, pour les États, de naviguer perpétuellement en mer, c'est-à-dire de l'occuper *effectivement*, la propriété ne peut avoir qu'une seule source : « (...) *the possession of a maritime belt ought to be regarded as extending just as far as it can be held in subjection to the mainland* »¹⁵⁴². Or, la domination de cette ceinture maritime ne peut se faire que dans les limites conférées par la portée des canons placés sur les côtes¹⁵⁴³. Si ces canons servent alors à délimiter la mer territoriale, ce n'est initialement pas en vertu d'un quelconque droit d'autoconservation, mais plutôt pour justifier l'occupation effective d'une portion de la mer et octroyer à l'État un titre de propriété sur cet espace.

571. La pratique fourmille néanmoins de références à la préservation de l'État dans le cadre de la détermination des pouvoirs accordés à l'État côtier sur les espaces maritimes adjacents, ainsi que dans leur délimitation. Encore une fois, il n'est pas question de revenir sur le processus de formation de ces règles en tant que telles ni sur une description exhaustive des régimes consacrés par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM)¹⁵⁴⁴. Prenant acte que ces règles ne se sont pas formées spontanément ni unilatéralement, il est davantage pertinent de souligner que les considérations relatives à la survie de l'État ont irrigué les négociations et les revendications des États depuis le XVIII^{ème} siècle. Le Royaume-Uni justifiait par exemple l'étendue de sa mer territoriale, en 1878, en soulignant que la compétence de Sa Majesté devait s'exercer « *to such a distance as is necessary for the defence and security of such dominions* »¹⁵⁴⁵ – sans que cette distance soit précisée cependant¹⁵⁴⁶. Dans son opinion dissidente sous l'affaire du *Lotus*, le juge Moore rapportait que lorsque la loi a été présentée à la Chambre des Lords, le lord-chancelier avait affirmé qu'elle relevait de « ce que l'on avait

¹⁵⁴¹ D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, Paris, Sirey, 1987, p. 166. V. ég., M. Beulay, « La mer territoriale », in M. Forteau et J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, p. 356 : « (...) la notion même n'a jamais été contestée en raison de son rôle prégnant en matière de sécurité du territoire terrestre (...).

¹⁵⁴² C. van Bynkershoek, *De Dominio Maris Dissertatio*, op. cit., pp. 42-43.

¹⁵⁴³ *Id.*, pp. 44-45.

¹⁵⁴⁴ Il suffirait, pour cela, de consulter le monumental ouvrage de M. Forteau et J.-M. Thouvenin, *Traité de droit international de la mer*, op. cit., spéc. pp. 35-106.

¹⁵⁴⁵ « Territorial Waters Jurisdiction Act 1878 », préambule. Disponible en ligne :

[<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/41-42/73?view=plain>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁵⁴⁶ De même, à propos du *Sea Fisheries Regulation Act* de 1895, v., P. M. Brown, « Protective Jurisdiction over Marginal Waters », *Proceedings of the ASIL at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 17, 1923, p. 23 : « [i]n that Act they took care specially to avoid any measurements. The distance was left at such limit as was necessary for the defence of the Realm ; then the exact limit was given for the particular purpose in view ».

appelé la première loi de la nature – la loi de conservation »¹⁵⁴⁷. Cette dernière figure ainsi non pas dans le libellé de la règle finalement adoptée mais bien dans sa raison d’être. Lorsque d’autres États ont proclamé leur mer territoriale à partir du critère du tir de canon, il est également apparu dans l’exposé des motifs que ce critère avait parfois été adopté pour des raisons de sécurité¹⁵⁴⁸. Encore aujourd’hui, les États insistent fréquemment sur l’importance cruciale que revêt cet espace maritime et le régime de souveraineté exclusive y afférant. Ainsi, le secrétaire d’État Dulles, dans une lettre écrite le 15 juin 1956, observait que le maintien de la délimitation de la mer territoriale à au moins trois milles marins « *[was] more than ever a matter of vital interest to the United States* »¹⁵⁴⁹.

572. Il est possible de multiplier les exemples, notamment à partir de l’ouvrage publié par Jessup en 1927, où la légitime défense – encore largement assimilée à l’autoconservation¹⁵⁵⁰ – était présentée comme le fondement de la mer territoriale. L’auteur s’appuyait sur diverses déclarations de l’ancien secrétaire d’État des États-Unis, Elihu Root. Ce dernier observait qu’à partir du XIX^{ème} siècle, le principe de liberté régnait certes en mer, mais que lorsqu’on se rapprochait des côtes il se trouvait modifié par un autre principe, celui de protection : « *[t]he sovereign of the land washed by sea asserted a new right to protect his subject and citizens against attack, against invasion, against interference and injury, to protect them against attack threatening their peace* »¹⁵⁵¹. L’auteur citait également une législation russe qui interdisait aux navires étrangers, en 1821, d’approcher « *within 100 Italian miles of the czar’s possession in Asia and America* » en vertu de considérations défensives¹⁵⁵². Pour les mêmes raisons, la Russie a adopté en 1893 une autre législation interdisant de chasser des phoques « *within 10 miles of certain coasts and 30 miles of others* »¹⁵⁵³. Ce qui doit toutefois attirer notre attention n’est pas la possibilité d’agir en légitime défense au-delà du territoire¹⁵⁵⁴, mais bien le rôle joué par ces considérations défensives dans la création d’espaces maritimes actuellement en vigueur.

¹⁵⁴⁷ « Affaire du Lotus », arrêt, CPJI, *Série A*, n°10, pp. 73 et 75.

¹⁵⁴⁸ H. G. Crocker, *The Extent of the Marginal Sea, A collection of official documents and views of representative publicists*, Washington, Government printing office, 1919, pp. 49-51.

¹⁵⁴⁹ « Secretary of State Dulles to Attorney General Brownell, letter dated June 15, 1956 » in Whiteman, *Digest of International Law, op. cit.*, vol. IV, p. 62 : « *[i]t is no exaggeration to say that, in view of the serious attacks which are now being made on the freedom of the seas in various parts of the world, the maintenance of the traditional three-mile policy is more than ever a matter of vital interest to the United States* ».

¹⁵⁵⁰ Une assimilation sur laquelle on reviendra dans le cadre du Chapitre 7 de la thèse, pp. 442 et s.

¹⁵⁵¹ Plaidoirie d’E. Root, dans le cadre de la *North Atlantic Fisheries Arbitration*, cité par Ph. Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, New York, G.A. Jennings Co., 1927, p. 5. La proposition est finalement proche de celle de Fauchille, *supra*.

¹⁵⁵² *Id.*, pp. 26-27.

¹⁵⁵³ *Ib.*

¹⁵⁵⁴ Pour cela, Chapitre 7 de la thèse, pp. 442 et s.

573. La Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 consacre effectivement, en son article premier, les revendications susmentionnées : « [l]a souveraineté de l'État s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures, à une zone de mer adjacente à ses côtes, désignée sous le nom de mer territoriale »¹⁵⁵⁵. En adoptant finalement ce que Fauchille qualifiait de « système de souveraineté », la Convention n'ignore pourtant pas les exigences sécuritaires de l'État côtier. Si tous les États jouissent d'un droit de passage dans la mer territoriale, ce passage doit être inoffensif, c'est-à-dire « qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État riverain »¹⁵⁵⁶. Celui-ci est également habilité à suspendre ce droit de passage inoffensif si cela « est indispensable pour la protection de sa sécurité »¹⁵⁵⁷. Aucune définition précise n'ayant été donnée de la notion de « sécurité », y compris à l'occasion de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, il a été remarqué que l'État côtier jouissait d'un important pouvoir discrétionnaire de qualification¹⁵⁵⁸. Enfin, l'État côtier est autorisé à adopter des mesures en matière de police, de fiscalité ou de santé publique dans la zone contiguë à sa mer territoriale, initialement limitée à 12 milles marins maximum en 1958¹⁵⁵⁹ pour finalement atteindre jusqu'à 24 milles en 1982¹⁵⁶⁰. Il n'est cependant jamais précisé quels droits un État est susceptible d'exercer sur la mer territoriale en tant que telle. Si l'on en croit pourtant une proposition de l'Équateur, il faudrait lui permettre de jouir de tous les « droits inhérents à la souveraineté de l'État côtier » susceptibles de l'autoriser à adopter toutes les « mesures nécessaires pour garantir sa sécurité »¹⁵⁶¹. La Convention de 1982 confirme implicitement cette proposition en consacrant l'exercice plein et entier de la souveraineté de l'État côtier sur la mer territoriale.

574. Le lecteur averti remarquera ensuite que le régime de la mer territoriale tel qu'énoncé en 1958, repris et précisé par la CNUDM en 1982¹⁵⁶², ne précise pas quelle est son *étendue* maximale. En effet, nulle mention d'une distance maximale à partir de laquelle l'État exerce sa souveraineté au-delà du territoire. Si les considérations sécuritaires ont permis aux États de se

¹⁵⁵⁵ Convention signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 septembre 1964, *in RTNU*, vol. 516, 1966, art. 1(1), p. 207.

¹⁵⁵⁶ *Id.*, art. 14(4), p. 215.

¹⁵⁵⁷ *Id.*, art. 16(3), p. 217.

¹⁵⁵⁸ M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. 2, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p. 167. L'auteur rapporte pourtant des propositions qui ont tenté de dégager un « test objectif » censé servir à déterminer la réalité de la menace à laquelle l'État côtier réagit, sans succès, pp. 167-169.

¹⁵⁵⁹ *Id.*, art. 24(2), p. 221.

¹⁵⁶⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, *op. cit.*, art. 33(2), p. 16.

¹⁵⁶¹ Rapporté *in* M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, *op. cit.*, p. 70 (notre traduction).

¹⁵⁶² CNUDM, *op. cit.*, art. 25(3), p. 13 et art. 52(2), p. 23.

voir reconnaître des droits spécifiques sur la mer territoriale, ces mêmes considérations semblent être à l'origine de l'imprécision entourant son étendue maximale. Faute de *consensus* entre les États participants à la première conférence, les propositions destinées à établir définitivement l'étendue de la mer territoriale n'ont pas abouties. Quelques années précédant la Convention de 1958, la CIJ avait d'ailleurs rendu un arrêt reconnaissant l'existence de la mer territoriale tout en établissant que son étendue maximale n'était définie par aucune règle générale¹⁵⁶³.

575. L'imprécision quant à la largeur maximale de la mer territoriale, il faut le relever, n'est pas une particularité de la seconde moitié du XXI^{ème} siècle. M^{me} Beulay a par exemple remarqué que si la délimitation fondée sur la portée d'un boulet de canon – trois milles – était populaire, elle n'a « pas emporté l'unanimité »¹⁵⁶⁴. L'auteur rapporte ainsi l'exemple de la Norvège, rejoint par d'autres États d'Amérique latine, qui avaient revendiqué « dès le XVIII^{ème} siècle des mers territoriales plus larges allant de 4 à 6 milles marins »¹⁵⁶⁵. À partir des années cinquante, quelques États prétendent exercer leur souveraineté sur une distance de douze milles marins¹⁵⁶⁶. Il est possible d'expliquer ces divergences d'approches à la lumière du fondement généralement identifié par les États pour formuler ces prétentions : leurs intérêts économiques et sécuritaires.

576. L'idée sous-jacente que l'on vient d'énoncer avait justement été mobilisée par les Philippines à l'occasion de la deuxième conférence sur le droit de la mer de 1960, qui n'avait pas réussi non plus à fixer une étendue maximale universelle de la mer territoriale¹⁵⁶⁷. L'intervention de la délégation des Philippines constitue un élément d'explication de cet échec et mérite, à ce titre, d'être citée :

¹⁵⁶³ CIJ, 18/12/1951, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1951*, p. 118. La Cour était saisie d'un décret royal norvégien proclamant une mer territoriale d'une largeur de dix milles marins et, sans remettre en cause l'existence d'un régime relatif à la mer territoriale, la Cour formulait l'observation suivante : « [s]i la règle des dix milles a été adoptée par certains États, aussi bien dans leurs lois nationales que dans leurs traités et conventions, et si quelques décisions arbitrales en ont fait application entre ces États, d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international » (*id.*, p. 129).

¹⁵⁶⁴ M. Beulay, « La mer territoriale », *op. cit.*, p. 357. V. ég., K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek : his role in the history of international law, op. cit.*, pp. 125-127, où l'auteur suggère que la règle proposée par Bynkershoek du tir de canon relevait certainement de la *lege ferenda*.

¹⁵⁶⁵ M. Beulay, « La mer territoriale », *ib.*

¹⁵⁶⁶ *Idem*, p. 358.

¹⁵⁶⁷ R. Charlier, « Résultats et enseignements des Conférences du droit de la mer (Genève 1958 et 1960) », *AFDI*, vol. 6, 1960, note 4, p. 64 : « [i]l s'en est fallu d'une voix pour que soit adopté par [la Convention] de 1960 un compromis préparé par le Canada et les États-Unis qui réglait les problèmes de largeur en portant la mer territoriale à 6 milles en y ajoutant une zone exclusive de pêche de 6 milles (...) ». V. ég., N. Quôc Dinh, « La revendication des droits préférentiels de pêche en haute mer devant les Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958 et 1960 », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 100 et 109.

« *The territorial sea is not a mere juristic concept : it is vitally linked with the political and economic security of the coastal state. The question of the breadth of the territorial sea is, therefore, as to each coastal state, inseparably connected with the question of self-preservation or survival. In the light of this basic proposition, different states have claimed varying extents of territorial sea ; some have claimed four miles, others six miles (...). Because the circumstances and conditions of states vary, there can be no absolute uniformity in their respective claims of the breadth of the sea adjoining their coasts* »¹⁵⁶⁸.

577. Partant, l'État refusait de conclure une convention multilatérale imposant à l'ensemble des États parties une largeur unique de la mer territoriale. Le raisonnement proposé par les Philippines est simple : dès lors qu'il existe une diversité d'États qui évoluent dans un environnement géographique et économique qui leur est propre, les délimitations maritimes en résultant ne sauraient être exactement les mêmes. Toute proposition tenant à réduire ou limiter la délimitation proclamée par un État aboutirait, toujours selon la délégation, à porter atteinte à son intégrité territoriale ainsi qu'aux moyens qu'il estime essentiels « *to self-preservation or survival* »¹⁵⁶⁹. Il faudra finalement attendre la Convention de Montego Bay, en 1982, pour fixer l'étendue de la mer territoriale à 12 milles marins¹⁵⁷⁰.

578. Avant que cette « avancée majeure »¹⁵⁷¹ n'ait été consacrée dans le droit positif, les États ont logiquement exploité l'incertitude qui régnait jusqu'en 1982 afin de délimiter librement leur mer territoriale. Les motifs avancés avaient généralement trait aux nécessités vitales mentionnées par la délégation des Philippines¹⁵⁷². Au premier chef des inquiétudes des États figuraient les développements technologiques et, *a fortiori*, militaires¹⁵⁷³ : les armes n'avaient en effet plus une portée limitée à trois milles marins, justifiant de remettre en cause la règle du

¹⁵⁶⁸ Philippine, le 25/03/1960 lors de la Seconde Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, reproduit dans *Philippine International Law Journal*, 1962, p. 146 (nous soulignons).

¹⁵⁶⁹ *Ib.*

¹⁵⁷⁰ Article 3 de la CNUDM, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁷¹ M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁷² B. G. Heinzen, « The Three-Mile Limit : Preserving the Freedom of the Seas », *Stanford Law Review*, vol. 11(4), 1959, p. 663. V. ég. l'exposé des motifs de la législation néo-zélandaise qui délimite, en 1981, la mer territoriale à douze milles marins, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, p. 335 : « [t]he Government of the Kingdom considers that extension of the territorial sea to twelve nautical miles is desirable, particularly with a view to the safety of coastal navigation and the protection of the marine environment » (cette délimitation était néanmoins justifiée au motif qu'elle permettait d'anticiper les résultats de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, *id.*, p. 336).

¹⁵⁷³ M. Beulay, « La mer territoriale », *op. cit.* p. 356.

tir de canon, devenue désuète¹⁵⁷⁴. S'il fallait adapter le critère de la portée d'un tir de canon aux avancées technologiques et militaires, cela aurait nécessairement pour conséquence d'accroître indéfiniment la portée de la mer territoriale. En effet, à l'heure où les États sont capables de frapper n'importe quelle zone géographique depuis leurs territoires, on pourrait arguer que la portée de leurs canons dépasse largement les trois milles marins. De toute évidence, une telle solution ne serait pas viable car elle entraînerait des revendications souveraines concurrentes et, par conséquent, la création d'espaces contestés. Enfin et surtout, cela aurait pour effet de remettre en cause le concept pourtant fondamental de la liberté en haute mer.

579. Ces divergences ont néanmoins été résolues, on l'a vu, grâce à la conclusion de la Convention de Montego Bay de 1982. Les États sont parvenus à un compromis préservant leurs intérêts sécuritaires et économiques¹⁵⁷⁵ permettant d'établir définitivement la portée maximale de la mer territoriale¹⁵⁷⁶. Relevons enfin que cette même Convention stipule que la souveraineté de l'État côtier « (...) s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale (...) »¹⁵⁷⁷. Il ne s'agit là que du prolongement de la règle en vertu de laquelle la souveraineté d'un État s'étend également à l'espace aérien surjacent à l'ensemble de son territoire.

b. L'espace aérien surjacent au territoire et la nécessité d'en garantir l'intégrité

580. Le réflexe consistant à mobiliser le droit d'autoconservation afin de déterminer les pouvoirs dont dispose l'État sur l'espace aérien qui surplombe son territoire apparaissait déjà dans une résolution adoptée en 1906 par l'Institut de droit international, relative au régime de

¹⁵⁷⁴ *Ib.* Voir également, Institut de droit international, « Règles sur la définition et le régime de la mer territoriale », résolution adoptée à la session de Paris de 1894, troisième alinéa du préambule : « [que la distance la plus ordinairement adoptée de trois milles] ne correspond pas non plus à la portée réelle des canons placés sur la côte ». Propose, en conséquence, que l'étendue de la mer territoriale soit fixée à six milles marins. Disponible en ligne : [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1894_paris_02_fr.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁵⁷⁵ G. Cottreau, « Vivre et penser le droit des relations internationales », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, p. 99. V. ég., une proposition brésilienne rapportée par M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, *op. cit.*, p. 81 : « *the territorial sea should be established 'within reasonable limits, taking into account geographical, social, economic, ecological and national security factors'* ». V. ég. la déclaration du secrétaire d'État français chargé des TOM-DOM, à l'Assemblée nationale le 07/09/1974, in *AFDI*, vol. 20, 1974, p. 1056 : « (...) la France s'est prononcée en faveur d'une mer territoriale limitée à 12 milles marins, ce qui concilie convenablement la nécessité de préserver la sécurité des États côtiers et l'exigence du maintien de la liberté des communications internationales ».

¹⁵⁷⁶ À la suite de la conclusion de la CNUDM, la République populaire de Chine fixait l'étendue de sa mer territoriale en insistant sur la protection de sa sécurité nationale, v. « Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone of 25 February 1992 », in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 2, 1992, p. 165 : « [*t]his law is enacted for the People's Republic of China to exercise its sovereignty over its territorial sea and the control over its contiguous zone, and to safeguard its national security and its maritime rights and interests* ».

¹⁵⁷⁷ CNUDM, *op. cit.*, art. 2(2), p. 7.

la télégraphie sans fil¹⁵⁷⁸. L'article premier établit la liberté de l'air tout en précisant que « [I]es États n'ont sur lui en temps de paix et en temps de guerre, *que les droits nécessaires à leur conservation* »¹⁵⁷⁹. Le rapporteur, Paul Fauchille, considérait en effet que les « États ne sauraient avoir sur l'air que les droits nécessaires pour garantir les éléments essentiels à leur existence tant physique que morale »¹⁵⁸⁰. L'auteur se contentait finalement de transposer ici la méthodologie qu'il appliquait déjà aux espaces maritimes¹⁵⁸¹.

581. Malgré ce point de départ *a priori* fixe et constant, le régime juridique proposé n'était pas insusceptible d'évolution aux yeux de l'Institut. Celui-ci adopte, en 1927, une résolution relative aux communications radiotélégraphiques établissant que la liberté de « l'air » n'est plus restreinte par le droit d'autoconservation¹⁵⁸². Le rapporteur, Cavaglieri, justifie cette nouvelle position en affirmant que le seul danger justifiant cette précision, en 1906, avait été écarté par « les progrès de la science »¹⁵⁸³. Ce sont pourtant ces mêmes progrès qui vont ramener le droit de conservation des États sur la scène internationale, après le développement de l'aviation et son utilisation à des fins militaires pendant la Première Guerre mondiale. Il convient ainsi d'approfondir ces considérations théoriques à l'aune de la pratique, afin de démontrer la place accordée par les États à leur conservation lors de l'établissement des régimes relatifs aux espaces aériens.

582. Le premier exemple qu'il convient de mentionner s'inscrit dans la continuité de ce qui vient d'être énoncé relativement au développement de nouvelles technologies aériennes. Avec l'avènement de l'aviation, les États craignaient de perdre le contrôle de l'espace aérien surjacent à leurs territoires. C'est pourquoi ils ont organisé la Conférence internationale de navigation aérienne en 1910¹⁵⁸⁴. La Première commission, chargée d'étudier les aspects de droit

¹⁵⁷⁸ *AIDI*, Tome 21, 1906, pp. 327-329.

¹⁵⁷⁹ *Id.*, p. 78. Selon une formulation similaire, on peut citer le Décret suprême péruvien du 15 novembre 1921, préambule : « [t]he State has, theoretically, absolute right of ownership on the air space over its territory, and that, in practice, it is essential for the State to exert sovereignty over its use, at least, up to where its right of self-preservation and security demand », reproduit dans le mémoire du Pérou, vol. I, dans l'affaire « Différend maritime » (Pérou c. Chili), en annexe 4.17, p. 89. Disponible en ligne :

[<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/137/17186.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁵⁸⁰ *AIDI*, Tome 21, 1906, p. 79. V. ég. son article, « Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats », *RGDIP*, 1901, pp. 414-485, spéc. pp. 427-434. Fait particulièrement étonnant, cet article a été recensé dans la rubrique sportive du *Petit bleu de Paris* du 9 décembre 1902, p. 9.

¹⁵⁸¹ *Supra*.

¹⁵⁸² *AIDI*, Tome 33, 1927, pp. 342-343.

¹⁵⁸³ *AIDI*, Tome 33, 1927, p. 288. *Contra*, v. l'opposition infructueuse de Neumeyer et Higgins, p. 291. Paul Fauchille précise ce danger dans son article « Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats », *op. cit.*, p. 436 : « [a]ctuellement, la photographie aérostatique est dangereuse pour la conservation des États en deçà de 1.500 mètres ». Il s'inquiète, en somme, de l'utilisation par un État de l'espace aérien d'un autre État de façon à espionner ce dernier.

¹⁵⁸⁴ Conférence internationale de navigation aérienne, *Procès-verbaux des séances et annexes. Paris (18 mai-29 juin 1910)*, Paris, Imprimerie nationale, 1910, 454 p.

international de la navigation aérienne, posait en ces termes l'alternative offerte aux États : « (...) ont-ils sur l'atmosphère au-dessus de leur territoire un droit de souveraineté, limité seulement par un droit de passage innocent au profit des aéronefs ? L'espace aérien ne doit-il pas, au contraire, être déclaré libre, sous réserve des droits nécessaires à la conservation des États sous-jacents ? »¹⁵⁸⁵. Les Puissances réunies à la Conférence ont refusé de traiter directement la question, préférant se préoccuper « de l'*usage* de l'espace, et non pas de sa *nature* juridique »¹⁵⁸⁶. La Conférence était néanmoins saisie de trois projets, respectivement rédigés par la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni qui s'inspiraient des deux idées suivantes : « accorder des facilités à la navigation aérienne » d'un côté, « sauvegarder les intérêts légitimes des États » de l'autre¹⁵⁸⁷. Ces propositions, soutenues par la majorité des États, visaient finalement à accorder aux États le pouvoir de restreindre la liberté aérienne lorsque la sécurité nationale et la protection de la population l'exigeaient¹⁵⁸⁸.

583. Le projet français entreprenait d'ailleurs de définir les situations dans lesquelles ces menaces devaient se matérialiser. Par exemple, la France insistait sur la nécessité de préserver le « [d]roit pour l'État sous-jacent de soumettre à sa juridiction et à ses lois les actes passés à bord des aéronefs, lorsque ces actes touchent de quelque manière à son droit de conservation »¹⁵⁸⁹. La Commission a accepté que la navigation aérienne soit soumise à la condition de ne pas menacer la sécurité de l'État dont on survole le territoire, mais elle a refusé d'adopter la définition proposée par la France. Ce refus n'était pas dû à un rejet de la référence au droit de conservation, mais plutôt à la difficulté pratique d'en fournir une définition précise et au risque que « par sa précision, [elle puisse] gêner les États »¹⁵⁹⁰. Le silence du projet de convention concernant l'exception de sécurité témoigne ainsi une volonté de laisser aux États une marge d'appréciation considérable sur la question.

584. La Conférence n'ayant pas abouti à la conclusion d'une convention spécifique concernant l'espace aérien, il a fallu attendre l'entre-deux-guerres pour que le régime revendiqué par la France et ses alliés soit finalement inscrit dans un traité¹⁵⁹¹. Malgré la

¹⁵⁸⁵ *Idem*, p. 97.

¹⁵⁸⁶ *Idem*, p. 98, italiques dans l'original.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ *Idem*, p. 102.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ J. C. Cooper, « Backgrounds of International Public Air Law », *Yearbook of Air and Space Law*, vol. 1(3), 1965, pp. 21-22 : les conventions adoptées témoignent l'acceptation d'une règle universelle, en droit international, selon laquelle « *the airspace above national lands, waters, and territorial waters is part of the territory of the subjacent State, and that each sovereign State has the same right to control all movement in its national airspace*

consécration de ce régime, les négociations ne témoignent d'aucune référence explicite au droit d'autoconservation¹⁵⁹². Le droit international actuellement applicable a été établi par la Conférence de Chicago, en 1944¹⁵⁹³. La Convention relative à l'aviation civile internationale, entrée en vigueur le 4 avril 1947, reprend ce qui était considéré plus tôt comme indispensable à la préservation de l'État sans, encore une fois, y faire explicitement référence. L'article premier stipule en effet que « [l]es États contractants reconnaissent que chaque État à la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire »¹⁵⁹⁴. La Convention reconnaît effectivement plusieurs libertés pour les aéronefs civils des autres États, mais elle inclut également des mesures de protection des États contre un usage abusif de l'aviation civile¹⁵⁹⁵. En outre, l'article 9 permet aux Parties, « pour des raisons de nécessité militaire ou dans l'intérêt de la sécurité publique, [de] restreindre ou [d']interdire d'une manière uniforme pour tous aéronefs d'autres États le survol de certaines de zones de son territoire (...) »¹⁵⁹⁶. L'alinéa suivant « réserve également le droit, dans des circonstances exceptionnelles ou pendant une période de crise ou encore dans l'intérêt de la sécurité publique, de restreindre ou d'interdire provisoirement, et avec effet immédiat, le survol de son territoire »¹⁵⁹⁷. Il est dès lors logique que l'article 89 refuse de considérer que la Convention puisse porter atteinte « à la liberté d'action des États contractants » en cas de guerre¹⁵⁹⁸.

585. Il faut enfin relever que si la Convention exclut expressément de son champ d'application les aéronefs qui sont davantage susceptibles de menacer la sécurité d'un État, à savoir les aéronefs militaires qualifiés d'aéronefs d'État¹⁵⁹⁹, elle pose toutefois l'interdiction de

as it had on national lands and waters, and that the traditional rights of innocent passage enjoyed by surface vessels through territorial waters did not exist for the benefit of foreign aircraft above such territorial waters ».

¹⁵⁹² C'est par exemple le cas de la Conférence qui s'est tenue à Paris à la suite de la Première Guerre mondiale, voyez E. Mandell House et Ch. Seymour, *What Really Happened at Paris. The Story of the Peace Conference, 1918-1919 by American Delegates*, New York, Charles Scribner's Sons, 1921, 528 p.

¹⁵⁹³ Trois conventions ont été adoptées à l'issue de la conférence : Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07/12/1944 et entrée en vigueur le 04/04/1947, in *RTNU*, vol. 15, 1948, n°102, pp. 297-361 ; Accord relatif au transit des services aériens internationaux, signé dans les mêmes conditions et entré en vigueur le 30/01/1945, in *RTNU*, vol. 84, 1951, n°252, pp. 391-409 ; Accord relatif au transport aérien international, signé dans les mêmes conditions et entré en vigueur le 08/02/1945, in *RTNU*, vol. 171, 1953, pp. 387-406.

¹⁵⁹⁴ Convention relative à l'aviation civile internationale, *idem*, p. 298.

¹⁵⁹⁵ *Idem*, p. 299, art. 4 : « [c]haque État contractant s'engage à ne pas employer l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention ».

¹⁵⁹⁶ *Idem*, p. 303, art. 9(a). Ainsi la proximité avec l'autoconservation ressurgit dans l'analyse que fait parfois la doctrine de cette exception, M. Chinkin, « Crisis and the Performance of International Agreements : The Outbreak of War in Perspective », *Yale Journal of World Public-Order*, vol. 7, 1980-1981, p. 201 : « [i]t would be disruptive and possibly even destructive to a State to insist that it must allow the enemy [during a war] to fly over and land in its territory ».

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, art. 9(b).

¹⁵⁹⁸ *Idem*, p. 357, art. 89.

¹⁵⁹⁹ *Idem*, p. 299n art. 3(a) et (b).

principe que de tels aéronefs puissent « survoler le territoire d'un autre État ou y atterrir sans avoir obtenu l'autorisation par voie d'accord spécial ou de toute autre manière »¹⁶⁰⁰. Les moyens qu'un État pourrait estimer nécessaires à la préservation de son existence ou de sa sécurité se trouvent ainsi sauvegardés par la Convention. Les discussions qui ont eu lieu lors de la négociation de la Convention de Chicago ne témoignent cependant d'aucune référence au droit de conservation des États parties¹⁶⁰¹. Par exemple, lorsque la Chine formulait ses revendications relativement à la protection de sa sécurité nationale, elle ne le faisait pas au nom d'un tel droit d'autoconservation¹⁶⁰².

586. Quoi qu'il en soit, il convient de remarquer que l'assimilation proposée entre la souveraineté territoriale et l'espace aérien surjacent au territoire de l'État, loin d'être évidente il y a plusieurs siècles, est aujourd'hui admise sans difficulté. En 1986, la CIJ a eu l'occasion d'affirmer que l'interdiction des survols non autorisés du territoire d'un État découlait justement du « principe de respect de la souveraineté territoriale »¹⁶⁰³. Cette assimilation – que l'on a pu retrouver à propos de la mer territoriale – a donc justifié l'exercice plein et entier de la souveraineté d'un État sur cet espace.

587. Une telle assimilation n'équivaut cependant pas nécessairement à reconnaître *ipso facto* cette liberté souveraine, comme en témoigne le régime du plateau continental. Celui-ci est soumis à un encadrement plus strict alors même que le plateau continental correspond scientifiquement au prolongement du territoire de l'État côtier.

1.2. Conservation de soi et exercice de droits souverains

588. Les droits souverains accordés aux États dans leur plateau continental et leur zone économique exclusive (ZEE) ont une raison commune : répondre au besoin exprimé par les États de protéger certaines ressources naturelles dont l'exploitation serait indispensable à leur survie. Contrairement à la mer territoriale, les exemples examinés ci-dessous concernent l'exercice de la souveraineté non seulement pour protéger le territoire, mais également pour garantir l'accès à certaines ressources naturelles vitales pour la population. Ainsi, la volonté de

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, art. 3(d). On passera outre l'apparente contradiction entre les al. a) et d) de l'article 3 : si la Convention « ne s'applique qu'aux aéronefs civils et ne s'applique pas aux aéronefs d'État » (al. a)), comment l'interdiction posée à l'al. d) peut espérer jouir d'une effectivité quelconque sans que cela revienne à admettre son applicabilité aux aéronefs d'État ?

¹⁶⁰¹ *Proceedings of the international civil aviation conference*, vol. 1, Washington, United States Government Printing Office, 1949, 774 p.

¹⁶⁰² « Chinese Views on the Right of Transit, Technical Stop and Commercial Entry », *in idem*, doc. 141, pp. 591-592.

¹⁶⁰³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 128, §251 et p. 147, §292(5).

protéger un autre élément constitutif de l'État, à savoir la population, justifie les revendications relatives au plateau continental et à la ZEE.

589. Une différence réside néanmoins dans la portée des droits souverains ainsi reconnus. Dans un premier temps, ces droits permettent de préserver et d'exploiter uniquement les ressources du sous-sol des fonds marins situées sur le plateau continental **(a)**. Dans un second temps, ces droits permettent à l'État côtier de protéger et d'exploiter toutes les ressources naturelles situées dans la zone économique exclusive, et plus largement d'y produire de l'énergie **(b)**.

a. Le plateau continental et la nécessité de préserver les ressources du sous-sol des fonds marins

590. Contrairement à la mer territoriale, il n'a jamais été nécessaire pour les États de délimiter l'étendue maximale du plateau continental. Cela s'explique par la nature spécifique de cette zone maritime qui est le prolongement sous-marin du territoire, c'est-à-dire une *réalité* géographique indéniable. En d'autres termes, la surface du plateau continental est objectivement observable grâce aux avancées scientifiques et technologiques qui ont accompagné la fin de la Seconde Guerre mondiale – à l'inverse de la mer territoriale qui est une *fiction*. L'existence du plateau continental n'ayant jamais prêté à discussion, l'unique enjeu résidait alors dans les droits susceptibles d'y être exercés par l'État côtier. Les États-Unis d'Amérique entendaient justement fonder l'exercice de leur juridiction sur le plateau continental, en 1945, à partir de cet argument qui figurait dans la seconde proclamation du Président Truman¹⁶⁰⁴ : « (...) self-protection *compels the coastal nation to keep close watch over activities off its shores which are of the nature necessary for utilization of these [natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf]* »¹⁶⁰⁵. Depuis lors, il a déjà été relevé que l'invocation de l'autoprotection n'a pas suffi à octroyer une compétence extraterritoriale aux États-Unis d'Amérique sur cet espace¹⁶⁰⁶. Cette règle a néanmoins eu pour

¹⁶⁰⁴ Selon la CIJ, il faut reconnaître à cette proclamation une « importance particulière » : elle correspond au « point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine (...) » et elle doit logiquement « être considérée comme ayant posé les règles de droit en la matière (...) ». V. CIJ, 20/02/1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, pp. 32-33, §47 et p. 47, §86.

¹⁶⁰⁵ « Proclamation 2667 of September 28, 1945. Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf », 10 *Fed. Reg.* 12.305 (1945), Executive Order 9633 (souligné ajouté).

¹⁶⁰⁶ H. Waldock, « The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf », *The Grotius Society Transactions for the year 1950, 1951*, p. 36 : « [a]s for self-protection, it is certainly invoked sometimes today in order to justify a special exercise of jurisdiction outside a State's territorial limits, as in a claim to a contiguous zone. But it has no place in the law as a title to territory. Accordingly, while self-protection would be relevant to the US claim to exercise a regulatory jurisdiction over operations on the sea-bed off the coasts of the US, it scarcely suffices in law to give an exclusive title to all the resources of the continental shelf ».

effet de donner suite à une prétention normative fondée sur ce que les États-Unis, soutenus par d'autres États, estimaient nécessaire à la préservation de leur existence.

591. Le régime y relatif a été consacré rapidement, dès la première conférence des Nations Unies de 1958, avec la Convention sur le plateau continental¹⁶⁰⁷. Son article deux stipule que « [l]'État riverain exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de l'exploration de celui-ci et de l'exploitation de ses ressources naturelles »¹⁶⁰⁸. L'alinéa suivant exclut la possibilité que d'autres États puissent réaliser les activités d'exploration et d'exploitation susmentionnées lorsque l'État riverain est dans l'incapacité de les entreprendre lui-même¹⁶⁰⁹. S'il n'a fallu que douze ans pour donner suite à la prétention formulée par les États-Unis, c'est certainement parce que cette revendication était raisonnable « *since the continental shelf may be regarded as an extension of the land-mass of the coastal nation and thus naturally appurtenant to it* »¹⁶¹⁰. Si la Convention de 1958 ne reprend pas cette affirmation¹⁶¹¹, celle de 1982 stipule clairement que le plateau continental constitue le « prolongement naturel du territoire terrestre » de l'État riverain¹⁶¹². La CIJ déduisait déjà de cette réalité géographique le « titre que le droit international attribue *ipso jure* à l'État riverain sur son plateau continental »¹⁶¹³.

592. Ainsi, la protection du plateau continental répondait aux mêmes exigences que celles du territoire, car l'intégrité de ces deux espaces était considérée comme indispensable à la conservation de l'État. La doctrine a justement remarqué que c'était « [l]'urgence de protéger son territoire et ses ressources à l'encontre de tout pillage [qui] fut au cœur des raisons justifiant cette revendication unilatérale »¹⁶¹⁴. C'est pourquoi de nombreux États ont fondé leurs proclamations relatives au plateau continental sur le droit d'autoconservation. Pendant la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, la délégation colombienne approuvait l'idée selon laquelle les États côtiers « *would enjoy equal rights in the submarine areas, since they would stem from the basic right of self-preservation and defence of*

¹⁶⁰⁷ Convention signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 juin 1964, in *RTNU*, vol. 499, 1964, n°7302, pp. 313-321.

¹⁶⁰⁸ *Id.*, art. 2(1), p. 313.

¹⁶⁰⁹ *Ib.*, art. 2(2).

¹⁶¹⁰ « Proclamation 2667 of September 28, 1945. Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf », *op. cit.*

¹⁶¹¹ Convention sur le plateau continental, *op. cit.*, art. 1, p. 313.

¹⁶¹² CNUDM, *op. cit.*, art. 76(1), p. 34.

¹⁶¹³ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p. 31 : ce titre « procède de ce que les zones sous-marines en cause peuvent être considérées comme faisant véritablement partie du territoire sur lequel l'État riverain exerce déjà son autorité ».

¹⁶¹⁴ V. Tassin, « Le plateau continental », in M. Forteau et J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, p. 401 (italiques ajoutés).

States »¹⁶¹⁵. Dans le même sens, lorsque le Chili commentait le projet d'articles de la CDI sur le plateau continental, il insistait en premier lieu sur le fait que cet espace constituait une partie intégrante du territoire national. Partant, il était défendu que « *the security and the right of self-preservation of the coastal State have some importance* » : en effet, « *[t]hese fundamental rights include the right of a State to dispose of and use its national territory in all possible ways* »¹⁶¹⁶.

593. En fin de compte, c'est en raison de cette considération géographique que le plateau continental méritait la même protection que celle accordée au territoire¹⁶¹⁷. Toutefois, en plus de ces considérations liées au régime du plateau continental s'en ajoutait une autre, davantage pragmatique, une nouvelle fois révélée par la proclamation Truman : la protection des ressources naturelles abondantes dans le plateau continental. Toujours en réponse au projet d'articles de la CDI précité, l'Islande estimait jouir de droits souverains sur cet espace maritime au motif suivant : « *[o]n this platform invaluable fishing banks and spawning grounds are found upon whose preservation the survival of the Icelandic people depends* »¹⁶¹⁸. Le plateau continental intéresse ainsi deux des trois éléments constitutifs de l'État : le territoire et la population. Il n'est donc pas surprenant que la CIJ en soit arrivée à la conclusion, en 1969, que « les droits de l'État riverain concernant la zone de plateau continental (...) existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'État sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté (...) »¹⁶¹⁹. Il s'agirait là, ajoute la Cour, d'un « droit inhérent » qui ne nécessite pas « pour l'exercer de suivre un processus juridique particulier ni d'accomplir des actes spéciaux »¹⁶²⁰ : « [s]on existence peut être constatée (...) mais elle ne suppose aucun acte constitutif »¹⁶²¹. Quoiqu'implicitement consacré à l'article 77, alinéa 3, de la CNUDM¹⁶²², ce droit inhérent demeure néanmoins le produit d'un processus coutumier largement étudié par la

¹⁶¹⁵ Colombie, 17^{ème} séance du quatrième Comité, in *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VI (Fourth Committee (Continental Shelf))*, A/Conf.13/C.4/SR.16-20, p. 41, §7.

¹⁶¹⁶ « Comments by Governments on the draft articles of the continental shelf and related subjects prepared by the ILC at its third session in 1951 », A/2456, in *Report of the ILC*, 1953, vol. II, p. 243.

¹⁶¹⁷ Aucun doute ne subsiste après avoir lu l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies : « [I]es Membres de l'Organisation s'abstiennent (...) de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'*intégrité territoriale* (...) de tout État (...) » (italiques ajoutés).

¹⁶¹⁸ « Comments by Governments on the draft articles of the continental shelf and related subjects prepared by the ILC at its third session in 1951 », *op. cit.*, p. 251.

¹⁶¹⁹ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, p. 22, §19.

¹⁶²⁰ *Ib.*

¹⁶²¹ *Ib.*

¹⁶²² CNUDM, *op. cit.*, art. 77(3), p. 36 : « Les droits de l'État côtier sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive, aussi bien que de toute proclamation expresse ».

doctrine¹⁶²³. Cela invite à interroger le rôle des revendications fondées sur des circonstances relatives à la survie de l'État dans le cadre de la formation de la règle coutumière, on le verra¹⁶²⁴.

594. Alors que la CIJ mentionne une extension de la souveraineté, les conventions pertinentes préfèrent parler de droits souverains. La différence réside très certainement dans les droits dont jouissent les États côtiers et les États tiers sur le plateau continental. Contrairement à la mer territoriale où l'on postule simplement la compétence souveraine de l'État côtier sans en préciser le contenu, la Convention de 1982 restreint l'exercice des droits souverains aux seules fins de l'exploration et de l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental¹⁶²⁵. Dit autrement, l'État côtier ne jouit, en tant que souverain, de la compétence de la compétence que pour ce qui touche à l'exploration et l'exploitation de ces ressources. En retour, les autres États ont le droit de poser des câbles et pipelines sous-marins sur un plateau continental qui ne leur appartient pas¹⁶²⁶. Le régime juridique des eaux surjacentes au plateau continental, tel que la haute mer, n'est pas non plus affecté par l'existence de ce plateau¹⁶²⁷. En bref, l'assimilation du plateau continental au territoire n'a pas suffi à reconnaître à l'État côtier une liberté semblable à celle qu'on lui reconnaît dans sa mer territoriale. L'étendue de ces compétences ne porte que sur ce qui intéresse le plus directement la préservation de son existence – l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles.

595. En dehors de la question des droits qu'un État est susceptible d'exercer, il faut mentionner le régime particulier de la délimitation qui est reconnu au plateau continental. On a remarqué, plus tôt, que l'étendue maximale du plateau continental ne posait aucune difficulté au regard de ses particularités géographiques. Ces difficultés ressurgissent cependant dans l'hypothèse où les côtes d'un État sont adjacentes ou se font face. L'article 83 de la CNUDM stipule ainsi que dans cette situation, la délimitation du plateau continental « est effectuée par

¹⁶²³ J. Crawford et T. Viles, « International Law on a Given Day », in K. Ginther et al. (éd.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 62-67. Voir ég. V. Tassin, « Le plateau continental », *op. cit.*, p. 401. Surtout, K. Marek, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *RBDI*, 1970/1, p. 49 : le recours à l'inhérence détonne quelque peu avec l'affirmation prononcée plus tôt dans l'arrêt, selon laquelle « les compétences de l'État riverain sur son plateau continental lui sont attribuées par une règle de droit international, d'abord coutumière, ensuite conventionnelle ». Si le droit était véritablement inhérent à l'État, celui-ci ne devrait pas pouvoir se le voir attribuer par le droit international. *Contra* néanmoins, la déclaration chinoise formulée en juin 2007 à l'occasion de la 17^{ème} séance de la réunion des États parties à la CNUDM, in *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, 2008, p. 501 : « [f]or those States with outer continental shelf, it is an inherent right under international law [to define the outer limits of continental shelf]. [...] Such a fundamental right of State shall not be subject to the man-made application period » (nous soulignons).

¹⁶²⁴ *Infra*, dans le paragraphe suivant, v. les développements relatifs à l'*opinio necessitatis*.

¹⁶²⁵ CNUDM, *op. cit.*, Art. 77(1), p. 36.

¹⁶²⁶ *Id.*, Art. 79(1), p. 36.

¹⁶²⁷ *Id.*, Art. 78(1), p. 36.

voie d'accord (...) afin d'aboutir à une solution équitable »¹⁶²⁸. Les seules affaires dont la CIJ a été saisie relativement à cet espace maritime intéressaient exclusivement la question de la délimitation équitable. Afin d'asseoir certaines de leurs revendications, les États ont fréquemment avancé tenir compte de leurs intérêts vitaux dans le cadre de la délimitation du plateau continental, comme cela avait déjà pu être le cas pour la mer territoriale¹⁶²⁹. La CIJ a par exemple remarqué que certains « droits traditionnels réservés aux habitants du Royaume [de Norvège] sur des lieux de pêche » étaient « fondés sur les besoins vitaux de la population et attestés par un usage fort ancien et paisible »¹⁶³⁰. Ces droits, ajoutait la juridiction, pouvaient « être pris en considération dans un tracé qui (...) apparaît à la Cour comme étant resté modéré et raisonnable »¹⁶³¹.

596. Pour autant, dans une autre affaire de 1982, la CIJ a nettement relativisé la portée de telles considérations apparemment extrajuridiques. La Tunisie avait invoqué certains facteurs économiques dans le processus de délimitation du plateau continental, à savoir « que les ressources ichthyologiques provenant des zones de 'droits historiques' et d' 'eaux historiques' (...) [devaient] nécessairement être considérées comme un complément de son économie nationale lui permettant de survivre en tant que nation »¹⁶³². Observant que de tels facteurs étaient sujets à des évolutions imprévisibles, la Cour refusait d'en tenir compte dans la délimitation du plateau continental, par souci de sécurité juridique¹⁶³³.

597. Les considérations défensives et, plus largement, vitales ont donc joué un rôle considérable dans la reconnaissance aux États côtiers de droits souverains sur leurs plateaux continentaux, mais pas nécessairement dans la délimitation de cet espace. Au cours des années soixante et soixante-dix, de nombreux États ont cherché à étendre leur souveraineté sur des zones relevant pourtant de la haute mer en reprenant le discours sécuritaire qui avait été employé avec succès pour revendiquer des droits sur plateau continental.

¹⁶²⁸ *Id.*, Art. 83(1), p. 37. Le caractère équitable de la délimitation ainsi effectuée figure également à propos de la délimitation de la ZEE, v. *id.*, l'art. 74(1), p. 34.

¹⁶²⁹ Tribunal arbitral, *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain v. United States)*, in *RSA*, vol. XI, pp. 167-226. Le Royaume-Uni alléguait qu'un article du traité conclu avec les États-Unis comportait une renonciation excluant, dans le cadre de la délimitation, toutes les baies proches du territoire du second (p. 195). Celui-ci arguait à l'inverse que cette renonciation s'appliquait uniquement aux « baies territoriales », c'est-à-dire à celles qui se situaient à six milles marins ou moins du territoire (p. 196). Quoiqu'admettant le caractère stratégique et défensif de certaines baies, le Tribunal a considéré qu'aucun principe de droit international ne reliait la souveraineté territoriale à ces baies.

¹⁶³⁰ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁶³¹ *Ib.*

¹⁶³² CIJ, 24/02/1982, *Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *CIJ Recueil 1982*, p. 77, §106.

¹⁶³³ *Id.*, p. 77, §107.

b. La zone économique exclusive et la nécessité de préserver l'ensemble des ressources naturelles

598. Deux facteurs seraient à l'origine des menaces qualifiées d'existentielles par certains États riverains, justifiant ainsi l'exercice de droits souverains sur les zones économiques exclusives (ZEE). Le premier relève du régime juridique en vigueur jusqu'en 1982 : la Convention de 1958 rappelle en effet que les États jouissent, en haute mer, de diverses libertés, y compris « [l]a liberté de la pêche »¹⁶³⁴. Si la Convention précisait certes que les États devaient exercer ces libertés « en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres États », il n'existait aucun quota en matière de pêche permettant de raffermir juridiquement cette contrainte¹⁶³⁵. Le second facteur, ensuite, correspond au développement des technologies et au perfectionnement des moyens employés pour pêcher en plus grande quantité. La liberté de la haute mer, autrement dit, signifiait la possibilité d'exploiter les ressources naturelles proches du territoire d'un État côtier – hors de sa mer territoriale et de sa zone contiguë, il va sans dire. Le régime favorisait ainsi les « grandes puissances maritimes » qui disposaient « des meilleures capacités d'exploitation »¹⁶³⁶. Contestant les dérives du régime en vigueur¹⁶³⁷, les États d'Amérique latine ont initié une pratique destinée à étendre leur mer territoriale afin de protéger leurs ressources halieutiques¹⁶³⁸.

599. L'une des premières déclarations multilatérales sur le sujet, celle signée à Santiago en 1952 entre la Chine, l'Équateur et le Pérou, s'ouvre en des termes familiers du droit d'autoconservation : « [c]haque Gouvernement à l'obligation d'assurer à son peuple les conditions de *subsistances* qui lui sont nécessaires et de lui donner les moyens de se *développer*

¹⁶³⁴ Convention sur la haute mer, faite à Genève, le 29/04/1958 et entrée en vigueur le 03/01/1962, in *RTNU*, vol. 450, 1963, n°6465, art. 2(2), p. 85.

¹⁶³⁵ *Ib.*

¹⁶³⁶ J. Bouloy, « L'exploitation des ressources halieutiques (la pêche) », in M. Forteau et J.-M. Thouvenin, *Traité de droit international de la mer*, op. cit., p. 705.

¹⁶³⁷ Voilà qui illustre la fragilité à distinguer la création du droit international et sa contestation, cette dernière étant susceptible de provoquer la création de nouvelles règles de droit international. R.-J. Dupuy utilisait le terme de « coutume révolutionnaire » pour décrire la remise en question de l'« ordre établi » par certains États, en prenant comme exemple la pratique concernant les droits exclusifs de pêche. V., R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 83. Cela explique pourquoi l'exemple de la création des zones économiques exclusives sera également mobilisé dans le chapitre suivant, afin toutefois de se concentrer sur leur aspect « contestataire » du droit international en vigueur. En ce sens, v. L. Caflisch, « La révision du droit international de la mer », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, 1973, p. 80, où la « révision » du droit positif signifie que « [d]e nouvelles règles doivent donc être formulées (...) », conférant à la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer « une tâche avant tout législative ».

¹⁶³⁸ Les principales caractéristiques de cette pratique sont identifiées dans la thèse, mais pour une étude exhaustive, v. M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, op. cit., pp. 491-510.

économiquement »¹⁶³⁹. Chacun des mots en italique évoque les piliers de la théorie des droits fondamentaux étatiques : le *devoir de protéger* un des éléments constitutifs de l'État – la population – et d'assurer le *développement* dudit État. Partant, les États d'Amérique latine considèrent que l'obligation qui leur incombe ne saurait être remplie sans « veiller à la conservation et à la protection de [leurs] ressources naturelles et d'en réglementer l'utilisation »¹⁶⁴⁰. Ces États entendent accomplir cette finalité en déclarant exercer leur « souveraineté » et « juridiction exclusive (...) jusqu'à 200 milles marins au moins à partir desdites côtes »¹⁶⁴¹.

600. Formulée en ces termes, la prétention est ambitieuse : « au moins » suggérant que la portée de la mer territoriale est susceptible de dépasser le minimum énoncé dans la déclaration. Loin de représenter une pratique minoritaire, elle a bénéficié de l'appui d'un nombre croissant d'États côtiers, notamment d'Amérique latine. Un auteur relève ainsi qu'en 1970, l'Uruguay, l'Argentine et le Brésil « ont adopté chacun pour son compte le critère des 200 milles comme limite des eaux territoriales »¹⁶⁴². Ils ouvriront la voie à la création d'« un système unique pour toute la côte occidentale de l'Atlantique », puisque le Chili, le Pérou, le Salvador, l'Équateur, le Costa Rica, le Nicaragua et le Panama adopteront leurs propres déclarations communes – celles de Montevideo et de Lima – afin de proclamer une mer territoriale de 200 milles¹⁶⁴³. Le principal motif avancé pour justifier ces proclamations a trait à la protection des ressources naturelles, dont la conservation serait menacée par le phénomène de surpêche. Une fois encore en droit des espaces maritimes, la pratique représente donc une réaction défensive de la part des États côtiers. La déclaration de Santiago précise en effet que les États souhaitent « empêcher qu'une exploitation desdits biens en dehors de [leurs] juridiction ne mette en péril l'existence, l'intégrité et la conservation de ces ressources », celles-ci étant nécessaires à la subsistance et au développement économique des populations¹⁶⁴⁴. La déclaration de Lima de 1970 souligne, en son préambule, la nécessité de réagir aux « *dangers and damage resulting from indiscriminate and abusive practices in the extraction of marine resources* »¹⁶⁴⁵.

¹⁶³⁹ Déclaration sur la zone maritime, signée à Santiago le 18 août 1952 et entrée en vigueur le même jour, *in RTNU*, vol. 1006, 1976, n°14758, §1, p. 328 (italiques ajoutés).

¹⁶⁴⁰ *Id.*, §2.

¹⁶⁴¹ *Id.*, §II.

¹⁶⁴² H. Gros Espiell, « La mer territoriale dans l'atlantique sud-américain », *AFDI*, vol. 16, 1970, p. 743.

¹⁶⁴³ *Ib.* Ces deux déclarations sont partiellement reproduites aux pp. 758-759.

¹⁶⁴⁴ Déclaration sur la zone maritime, signée à Santiago le 18 août 1952, *op. cit.*, §3.

¹⁶⁴⁵ Déclaration de Lima sur le droit de la mer, 1970, *in ILM*, vol. 10(1), 1971, p. 207.

601. Ces prétentions n'étaient pas uniquement propres aux États en développement, puisque des États européens ont également adopté des conventions destinées à encadrer la pêche¹⁶⁴⁶. L'arrangement relatif à l'exercice de la pêche dans les eaux des îles Féroé, par exemple, établit en 1973 que les parties sont « [c]onscientes que les données scientifiques disponibles prouvent qu'il faut prendre des mesures immédiates en vue de la conservation des stocks de poissons dans la région des îles Féroé »¹⁶⁴⁷. En conséquence, les États s'engagent à respecter un quota lorsqu'ils pêchent dans cette zone géographique¹⁶⁴⁸, notamment pour ne pas porter atteinte aux intérêts économiques des îles Féroé¹⁶⁴⁹. De la même manière, le Royaume-Uni, la Norvège et l'URSS ont adopté un quota en matière de pêche à la morue dans le nord-est de l'Arctique « afin d'en préserver les stocks »¹⁶⁵⁰. La volonté d'encadrer strictement les pêcheries au large des côtes est ancienne. L'essentiel du différend qui a opposé le Royaume-Uni et aux États-Unis en 1910, rappelons-le, provenait du fait que le premier considérait que la liberté de pêche consacrée dans un traité conclu en 1818 était « *subject, without the consent of the United States, to reasonable regulation by Great Britain (...)* »¹⁶⁵¹. Dans une autre affaire, le différend portait sur le décret royal norvégien de 1935 délimitant la zone de pêche de l'État¹⁶⁵².

602. La conservation de l'État est souvent apparue comme l'un des arguments mobilisés par les États afin d'asseoir l'existence de ce pouvoir de réglementation. Lors de la première conférence sur le droit de la mer, l'Islande arguait qu'il serait « *perfectly legal and a matter of self-preservation to extend the present four-mile limits considerably* »¹⁶⁵³. Similairement,

¹⁶⁴⁶ B. Kwiatkowska, *The 200 mile exclusive economic zone in the new law of the sea*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1989, p. 2.

¹⁶⁴⁷ Arrangement conclu à Copenhague le 18/12/1973 et entré en vigueur le 01/01/1974, in *RTNU*, vol. 925, 1974, n°13185, p. 18, préambule.

¹⁶⁴⁸ *Id.*, art. 2.

¹⁶⁴⁹ *Id.*, préambule.

¹⁶⁵⁰ Accord sur la réglementation de la pêche à la morue du nord-est de l'Arctique (Arcto-norvégienne), signé à Londres le 15/03/1974 et entré en vigueur le même jour, in *RTNU*, vol. 925, 1974, n°13184, préambule et art. II, p. 10.

¹⁶⁵¹ Tribunal arbitral, *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain v. United States)*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁶⁵² Voir le décret royal norvégien à l'origine de l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *CII*, *op. cit.*, pp. 118 et 125.

¹⁶⁵³ « Note verbale from the Ministry for Foreign Affairs of Iceland, dated 7 August 1957 », in United Nations Conference on the Law of the Sea, *Official Records. Volume I: Preparatory Documents*, Genève, 1958, A/CONF.13/37, p. 88 (souligné ajouté). *Contra*, v. un État comme le Japon qui admet que la survie de la population dépend de l'exploitation des ressources halieutiques sans pour autant accepter, en 1958, la possibilité d'étendre unilatéralement l'étendue de la mer territoriale au-delà de trois milles marins – rejetant ainsi la zone économique exclusive (v. les déclarations rapportées par Sh. Oda, « Japan and the United Nations Conference on the Law of the Sea », *Japanese Annual of International Law*, vol. 3, 1959, pp. 66-67). La délimitation unilatérale islandaise a également été contestée par les Pays-Bas, en 1972, v. in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. V, 1974, p. 227 : acceptant la nécessité de tenir compte des intérêts de l'Islande, il est néanmoins indiqué que « *the problems relating to the protection of the fish-stocks can only be solved within a multinational framework* ». Plus largement, v. les protestations émises par la Belgique, en 1974, relativement à l'extension unilatérale de la largeur de la mer territoriale par la Libye, la Somalie et Madagascar, in *RBDI* 1976/1, pp. 292-293.

certain États défendaient, lors de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, l'extension de la mer territoriale à 200 milles marins en invoquant également des considérations de sécurité nationale. Alors que les délimitations unilatérales des États n'étaient pas encore consacrées par le droit positif, l'Albanie disait comprendre « *the fully justifiable motives and the circumstances which had obliged some coastal States to extend their territorial waters up to a 200-mile limit* »¹⁶⁵⁴. Reprenant finalement le champ lexical adopté par Fauchille – celui de la nécessité –, l'Albanie ajoutait que ces délimitations étaient destinées à assurer la survie des populations : « *[a]s was well known, fishing was the principal means of livelihood for the peoples of Peru and Ecuador, for example* »¹⁶⁵⁵. Le Pérou avait effectivement étendu sa souveraineté maritime jusqu'à 200 milles marins, dans les années soixante-dix, aux fins d'exploiter les ressources nécessaires à la subsistance de sa population et au développement de son économie. La doctrine américaine a parfois analysé cette prétention sur le fondement du droit d'autoconservation¹⁶⁵⁶, réitérant finalement l'argumentaire de Fauchille susmentionné. La délégation péruvienne elle-même, lors de la Troisième Conférence sur le droit de la mer, expliquait que « *[s]overeignty over that zone was a necessary corollary of the State's duty to provide for its survival and development by using its natural resources (...)* »¹⁶⁵⁷.

603. Loin cependant de confirmer l'existence d'un droit d'autoconservation de l'État, nos développements attestent seulement l'importance de la préservation de l'État dans certaines revendications¹⁶⁵⁸. Un auteur rapporte ainsi que dès la Première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, en 1958, l'Islande « avait présenté un texte selon lequel les États particulièrement dépendants de la pêche pourraient bénéficier d'une compétence exclusive

¹⁶⁵⁴ Albanie, 5^{ème} séance du second Comité, le 16 juillet 1974, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Summary Records of Meetings of the First, Second and Third Committees, Second Session)*, p. 113, §46 (souligné ajouté).

¹⁶⁵⁵ *Ib.*

¹⁶⁵⁶ E. Ferrero Costa, « Fundamento de la soberania maritima tel Peru hasta las 200 millas », *Derecho*, n°32, Pontificia Universidad Catolica del Peru, 1974, pp. 48-49.

¹⁶⁵⁷ Pérou, 37^{ème} séance plénière du 11 juillet 1974, in Nations Unies, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session)*, A/CONF.62/SR.37, p. 157, §43 (souligné ajouté). V. ég., l'Algérie, 39^{ème} séance plénière, in *id.*, A/CONF.62/SR.39, p. 167, §13 ; le Canada, 29^{ème} séance du second Comité, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Summary Records of Meetings of the First, Second and Third Committees, Second Session)*, A/CONF.62/C.2/SR.29, p. 225, §11 ; Japon, 28^{ème} séance du second Comité, in *id.*, A/CONF.62/C.2/SR.28, p. 217, §10.

¹⁶⁵⁸ Lorsque l'Indonésie a proclamé sa zone économique exclusive de 200 milles marins, en 1983, la législation contenait une annexe motivant ainsi cette décision : « *in order to safeguard the national interests, particularly in the matter of satisfying the need of the Indonesian people for animal protein and in regard to the utilization of non-living resources, protection and conservation of the marine environment and marine scientific research* ». Cité in B. Kwiatkowska, *The 200 mile exclusive economic zone in the new law of the sea*, op. cit., p. 3.

étendue à une distance jugée nécessaire en fonction des considérations locales »¹⁶⁵⁹. Le projet n'ayant pas été adopté dans les conventions résultant de la conférence, la revendication islandaise était formulée à chaque nouvelle itération des conférences des Nations Unies sur le droit de la mer, jusqu'à la consécration du concept de zone économique exclusive en 1982.

604. Le succès de cette revendication a néanmoins imposé de réaliser des compromis, notamment en reconnaissant aux États privés de littoral et ceux qui sont géographiquement désavantagés le « droit de participer, selon une formule équitable, à l'exploitation d'une part appropriée du reliquat des ressources biologiques des zones économiques exclusives des États côtiers de la même sous-région ou région (...) »¹⁶⁶⁰. Les droits préférentiels accordés à cette catégorie d'États seront étudiés plus en détail dans la suite de la thèse, mais il est important de noter que la nécessité de parvenir à un compromis a empêché la reconnaissance d'une souveraineté pleine et entière des États côtiers sur des espaces aussi vastes. De la même manière que dans le cadre du plateau continental, l'État côtier exerce seulement « des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques »¹⁶⁶¹. Comme l'adjectif qualificatif l'indique, seul l'aspect *économique* de la zone est sous l'emprise *exclusive* de la souveraineté de l'État côtier¹⁶⁶². Cette exclusivité est néanmoins relativisée, on l'a dit, par la reconnaissance de droits préférentiels aux États géographiquement désavantagés et privés de littoral.

605. Il ne semble pas possible de remettre en cause le compromis réalisé par la CNUDM aux fins d'étendre le pouvoir de réglementation de l'État riverain sur sa ZEE, même en invoquant certaines considérations relatives à la conservation de l'État¹⁶⁶³. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *Saïga*, la Guinée avait intercepté un navire battant pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines en dehors de sa ZEE, en invoquant une prétendue violation de sa législation fiscale

¹⁶⁵⁹ B. Kunoy, « La zone économique exclusive », in J.-M. Thouvenin et M. Forteau, *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, p. 386.

¹⁶⁶⁰ CNUDM, *op. cit.*, art. 69(1) et 70(1), pp. 31-32.

¹⁶⁶¹ *Id.*, art. 56(1)(a), p. 25.

¹⁶⁶² Les autres États jouissent de droits similaires à ceux qu'ils exercent dans le plateau continental, tels que la pose de câbles ou de pipelines sous-marins. *Id.*, art. 58(1), p. 25.

¹⁶⁶³ T. Treves, « La nécessité en droit de la mer », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 245-246, spéc. p. 245 : cette affaire serait « un exemple d'invocation du concept de nécessité dans les deux acceptions mentionnées plus haut : l'ancienne, liée à l'idée du droit d'autoconservation des États, et la plus récente, d'état de nécessité ».

nationale¹⁶⁶⁴. La Guinée défendait la licéité de son comportement à partir de l'« *inherent right to protect itself against unwarranted economic activities in its EEZ that considerably affects its public interests* »¹⁶⁶⁵. L'intérêt en cause, en l'occurrence, correspondait à la nécessité d'empêcher « *considerable fiscal losses a developing country like Guinea is suffering from illegal off-shore bunkering in its exclusive economic zone* »¹⁶⁶⁶. L'enjeu de l'affaire consistait ainsi, selon les termes du Tribunal, à déterminer si le principe « d'autoprotection » invoqué par la Guinée était susceptible de justifier l'extension de la portée de sa compétence juridictionnelle dans la ZEE¹⁶⁶⁷. Après avoir interprété la CNUDM, le Tribunal a refusé de permettre à un État d'invoquer utilement ses « intérêts publics », car cela aurait eu pour effet d'octroyer à une partie le pouvoir d'interdire toutes les activités « *which it decides to characterize as activities which affect its economic 'public interest' or entail 'fiscal losses' for it* »¹⁶⁶⁸. Une telle solution, contraire aux intérêts des autres États parties et garantis aux articles 56 et 58 de la Convention¹⁶⁶⁹, n'était pas envisageable.

606. Confinée à la *création* davantage qu'à l'application et, surtout, l'interprétation de la CNUDM, la conservation de l'État transpire le droit positif tout comme elle est encadrée par ce dernier. Elle a certes permis aux États d'étendre leur puissance souveraine à certains espaces éloignés de leur territoire, mais elle n'autorise pour autant pas ces mêmes États à entreprendre tout ce qu'ils estiment nécessaire à la préservation de leur existence.

607. Enfin, il convient d'étudier le cas où certains États cherchent exercer leur souveraineté sur le territoire d'un autre État, au détriment de sa propre souveraineté, en prétendant que cela est nécessaire à la préservation de leur existence. Il va de soi qu'une telle violation de la souveraineté de l'État destinataire de ces prétentions rend leur succès bien plus exceptionnel.

Paragraphe 2. Une prétention liée au territoire de l'État auquel on oppose la prétention

608. Dans l'affaire du *Droit de passage* mentionnée dans l'introduction, la CIJ a été saisie d'un recours introduit par le Portugal en 1955. À l'époque, le Portugal possédait des territoires enclavés au sein de l'Inde, à savoir Dadra et Nagar-Aveli, et revendiquait le droit de passage à

¹⁶⁶⁴ TIDM, *The M/V « SAIGA » (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, arrêt du 01/07/1999, *TIDM Rec.* 1999, p. 22.

¹⁶⁶⁵ *Id.*, p. 55, §128.

¹⁶⁶⁶ *Id.*, p. 55, §130.

¹⁶⁶⁷ *Id.*, p. 55, §129.

¹⁶⁶⁸ *Id.*, p. 55, §131.

¹⁶⁶⁹ *Ib.* : « *[t]his would curtail the rights of other States in the exclusive economic zone, The Tribunal is satisfied that this would be incompatible with the provisions of articles 56 and 58 of the Convention regarding the rights of the coastal State in the exclusive economic zone* ».

travers le territoire indien pour accéder à ces régions. Étant donné que cette prétention portait atteinte à la souveraineté territoriale de l'Inde, il incombait à ce dernier d'y consentir. Ainsi, le Portugal a tenté de démontrer que l'Inde était tenue d'accorder ce droit de passage en vertu d'obligations conventionnelles, coutumières et de certains principes généraux du droit international. Le Portugal affirmait que ce droit de passage était indispensable à la préservation de son existence – à l'exercice effectif de sa souveraineté¹⁶⁷⁰ – et que cette considération suffisait à établir l'existence d'une règle coutumière opposable à l'Inde. Cependant, cette argumentation négligeait les difficultés liées à la déduction d'une règle coutumière uniquement à partir de l'*opinio necessitatis*, en l'absence d'*opinio juris* (2.1.). De plus, le Portugal postulait également que les principes généraux du droit international pouvaient constituer une source matérielle des règles coutumières, ce qui n'a pas été confirmé par la pratique (2.2.). Les arguments développés par le demandeur sont l'occasion de s'interroger plus largement sur le rôle de la conservation de l'État dans la création de règles qui affectent la souveraineté d'autres États.

2.1. La difficulté de déduire une règle coutumière de l'*opinio necessitatis*

609. Dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, la réplique du Portugal proposait de répondre à l'objection formulée par l'Inde, selon laquelle « un élément [qui est] indispensable à la formation d'une telle règle [coutumière], à savoir : l'*opinio juris sive necessitatis*, ferait défaut en l'espèce »¹⁶⁷¹. En guise de réponse, le Portugal soulignait « que l'élément psychologique requis pour que l'on se trouve en présence d'une pratique coutumière et non d'un simple usage n'est pas nécessairement la conviction de la préexistence d'une règle de droit au sens strict du mot »¹⁶⁷² – entendez l'*opinio juris*. Tout au contraire, toujours selon le demandeur, l'élément psychologique correspondrait à « la conviction d'une *nécessité intersociale ou internationale* » – soit l'*opinio necessitatis*¹⁶⁷³.

610. En l'espèce, le Portugal fondait justement l'existence d'un droit de passage sur une « nécessité logique, impliquée dans la notion même du droit de souveraineté »¹⁶⁷⁴. Formulé

¹⁶⁷⁰ Réplique du gouvernement de la République portugaise, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, op. cit., p. 552, §343 (italiques ajoutés) : « [e]mpêcher un État d'avoir avec les enclaves qui relèvent de sa souveraineté les communications indispensables à l'exercice de cette souveraineté, c'est (...) incontestablement l'atteindre dans un de ses droits fondamentaux, c'est l'atteinte dans son existence même, car l'exercice effectif de la souveraineté est inséparable de l'existence de l'État ». Sur le lien qu'entretient l'exercice effectif de la souveraineté avec la préservation de l'existence, v. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 80-85.

¹⁶⁷¹ *Id.*, p. 540, §320.

¹⁶⁷² *Id.*, p. 540, §321.

¹⁶⁷³ *Ib.* (italiques dans l'original).

¹⁶⁷⁴ Mémoire du gouvernement de la République portugaise, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, op. cit. p. 26, §41.

différemment, l'argument consistait à tirer du principe de souveraineté territoriale – ici qualifié de « droit » – le droit d'exercer, sur un territoire enclavé, toutes les prérogatives souveraines qu'un État est susceptible d'exercer. Cela devait impliquer – logiquement donc – un autre droit, celui de pouvoir accéder à ce territoire enclavé : autrement dit, un droit de passage en territoire indien. L'arrêt finalement délivré par la CIJ le 12 avril 1960 ignore purement et simplement l'argumentaire du Portugal. Ainsi, après avoir constaté l'inexistence de traités conférant au Portugal le droit de passage revendiqué¹⁶⁷⁵, la juridiction démontre avec soin l'existence d'une coutume bilatérale entre les États sur la question. Elle établit l'existence d'un droit de passage pour des « personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général »¹⁶⁷⁶, mais pas pour les forces armées ou la police¹⁶⁷⁷ ni pour les armes et munitions¹⁶⁷⁸ ; le passage de ces deux catégories particulières – *i.e.* intéressant la conservation de l'Inde – étant soumis à l'approbation préalable de l'État de transit.

611. Cette affaire illustre une pratique minoritaire qui tend parfois à démontrer l'existence d'une règle coutumière à partir d'une « nécessité ». Cette notion semble invoquée chaque fois qu'un État souhaite opposer à un autre État une règle qui va à l'encontre de sa souveraineté. Autrement dit, face aux réserves exprimées par les États destinataires des prétentions fondées sur l'autoconservation, ceux qui les formulent cherchent à contourner le consentement pourtant essentiel des premiers. Bien entendu, rien dans l'article 38(1) du Statut de la CIJ ne permet d'envisager cette possibilité, puisque la coutume y est définie comme la « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Ainsi, la règle coutumière existe dès lors que l'on rapporte la preuve que les États ont adopté un certain comportement de manière répétée (élément matériel), démontrant la croyance de se conformer à une règle de droit (élément psychologique).

612. Toutefois, ce dernier élément est généralement décrit à partir de son libellé latin : l'*opinio juris sive necessitatis*. Il convient de remarquer que la formule employée invite à opérer un choix, « *sive* » signifiant « ou » : faut-il ainsi adhérer à l'aspect davantage juridique de l'opinion – l'*opinio juris* – ou faut-il au contraire privilégier l'idée de nécessité – l'*opinio necessitatis* ? Si l'on devait considérer la seconde option, il serait plus facile d'établir l'existence d'une règle coutumière fondée sur la conservation de l'État, car cette dernière révèle une *nécessité*. En réalité, la réponse concernant le rôle attribué à la nécessité dans la formation

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, pp. 37-39.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 43.

de la coutume dépend du fondement attribué au droit par les auteurs : soit dans la volonté des États (volontarisme), soit en dehors de celle-ci (objectivisme).

613. Les premiers considèrent que le droit international découle de la volonté des États et que ces derniers ne sauraient se voir imposer des règles auxquels ils n'ont pas consenti. Inutile, dès lors, de mobiliser les fondements que les États sont susceptibles d'avancer lorsqu'ils consentent à être liés par une règle de droit international. Logiquement, les auteurs qui s'inscrivent dans ce courant doctrinal qualifient l'élément psychologique de la coutume en faisant référence à la seule *opinio juris*. À l'inverse, le P^r Sur relève que les doctrines non volontaristes « recherchent dans le droit positif des soubassements plus profonds »¹⁶⁷⁹. Toute règle de droit représenterait, selon cette approche, « l'expression nécessaire d'exigences extérieures et supérieures qu'elle n'a pour justification et pour objet que de transcrire »¹⁶⁸⁰. Ces exigences ont diverses origines, telles que la raison, la religion ou plus simplement les « nécessités sociales » dont George Scelle a été le principal promoteur en droit international. Le fondateur de l'objectivisme sociologique considérerait que « la règle de droit n'est que la *traduction normative* de la *nécessité* sociale immanente ou biologique »¹⁶⁸¹. Toujours selon l'auteur, ces nécessités servent à identifier le « droit objectif », celui à partir duquel le droit positif tire sa validité¹⁶⁸². Adhérant finalement à une vision déterministe du droit¹⁶⁸³, Scelle suggérerait que les règles de droit international s'imposent aux États et qu'elles ne découlent pas de leur volonté¹⁶⁸⁴.

614. La principale question dont le juriste est immédiatement saisi porte sur la teneur de ces nécessités, leur nature. La réponse apportée par la doctrine non volontariste est à cet égard elliptique et découle justement du postulat adopté par les auteurs. Il est effectivement impossible de prédire la nécessité à l'origine d'une règle coutumière lorsqu'on part du principe que cette règle apparaît spontanément¹⁶⁸⁵ dans le cadre des relations interétatiques – il s'agit de l'aspect « social » des « nécessités ». Les P^r Dupuy et Kerbrat observent ainsi que le critère de la nécessité impose de caractériser le « processus social (...) » à la fois par sa *spontanéité* et par un certain *primitivisme*, dû notamment à l'imprécision de son contenu, elle-même liée à son

¹⁶⁷⁹ S. Sur, « La créativité du droit international », *op. cit.*, p. 144.

¹⁶⁸⁰ *Id.*, pp. 143-144.

¹⁶⁸¹ G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, p. 348 (italiques dans l'original).

¹⁶⁸² *Id.*, p. 350.

¹⁶⁸³ *Id.*, p. 335.

¹⁶⁸⁴ *Id.*, p. 350.

¹⁶⁸⁵ J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, p. 516. V. ég., R. Ago, « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, p. 871 : « (...) car le droit est un produit spontané des consciences individuelles, s'inspirant à la fois du sentiment de la nécessité sociale et du sentiment de justice ».

côté presque volatile, parce que non écrit »¹⁶⁸⁶. Dans ces conditions, la conservation de l'État pourrait très bien figurer au rang de ces nécessités sociales.

615. En soulignant qu'une règle est nécessaire à la survie des États, comme on l'a fait tout au long de la thèse, il serait possible de penser que l'autoconservation a pour fonction d'accélérer la consécration – inévitable – d'une règle coutumière. En réalité, répondre à la question de savoir si la règle en question existe dès qu'une pratique constante révèle une nécessité sociale suppose de trancher une querelle doctrinale qui n'est toujours pas résolue à l'heure actuelle. Il ne faudrait pour autant pas déplorer cette incertitude, puisque le P^r Sur relève à raison que la pratique jurisprudentielle prend justement le soin d'éviter de résoudre définitivement cette querelle en privilégiant une « méthode d'identification » de la coutume au lieu d'affirmer « un fondement particulier »¹⁶⁸⁷. Saisis d'un différend susceptible d'être résolu par application d'une règle coutumière, les tiers impartiaux se contentent généralement de vérifier si la règle alléguée existe et si elle est applicable en l'espèce¹⁶⁸⁸. La jurisprudence de la CIJ relative à la coutume internationale, telle qu'initiée dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*, ne laisse aucune place à l'*opinio necessitatis* en tant que tel. La doctrine a raison de remarquer que la Cour se contente de rechercher une pratique constante manifestant la conviction d'obéir à une règle de droit. Dans la première affaire citée, par exemple, le critère de la nécessité apparaît au soutien de l'*opinio juris*. La CIJ relève en effet l'importance de « la nécessité de pareille conviction », en vertu de laquelle « cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »¹⁶⁸⁹. Il importe donc peu que la règle de droit soit qualifiée de nécessaire par les États, puisque ce qui importe est que la pratique adoptée reflète la conviction d'obéir à une règle de droit – *i.e.* l'*opinio juris*.

616. Le Tribunal spécial pour le Liban confirme cette approche lorsqu'il analyse une pratique qui certes « fourni[e] la preuve que les États ont la conviction que la répression du terrorisme répond à une nécessité sociale (*opinio necessitatis*) », mais qui relève que cette conviction est « rendue obligatoire par l'existence d'une règle qui l'exige (*opinio juris*) »¹⁶⁹⁰. Le premier élément ne suffit pas à rendre obligatoire juridiquement la conviction qu'il permet pourtant de

¹⁶⁸⁶ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 375.

¹⁶⁸⁷ S. Sur, « La créativité du droit international », *op. cit.*, p. 146.

¹⁶⁸⁸ L'article 38(1) du Statut de la CIJ désigne ainsi uniquement les règles que la Cour « applique » (italiques ajoutés).

¹⁶⁸⁹ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, *op. cit.*, p. 44, §77.

¹⁶⁹⁰ Tribunal spécial pour le Liban, *Affaire n° STL-11-01/1*, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16/02/2011, §102, cité in M. Wood, *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, CDI, A/CN.4/663, distribué le 17/05/2013, p. 39, §76.

révéler. Ainsi, le rapporteur spécial de la CDI sur la détermination du droit international coutumier distinguait « l'acceptation d'une pratique générale 'comme étant le droit' d'autres éléments, de nature extrajuridique, que l'État peut prendre en considération en ce qui concerne la pratique en question »¹⁶⁹¹. Le rapporteur poursuivait en insistant sur le fait qu'il ne faut pas confondre cette « acceptation » avec les « considérations d'ordre social ou économique », quand bien même ces dernières ont pu jouer un rôle important, « en particulier lors de la mise en place de la pratique en question »¹⁶⁹².

617. Ces observations permettent ainsi de mieux comprendre la réticence de la Cour à parler simplement d'*opinio necessitatis*, en faveur de la seule *opinio juris*¹⁶⁹³. Sir Michael Wood le remarquait déjà lorsqu'il répondait à une observation formulée par l'Autriche à propos des travaux initiés par la CDI. L'État demandait que le projet de conclusion de la Commission rende compte de « l'importance du deuxième aspect de l'élément constitutif subjectif du droit international coutumier, à savoir l'*opinio necessitatis* »¹⁶⁹⁴. La réponse du rapporteur est, à cet égard, sans appel : « (...) il est largement accepté que l'expression latine *opinio juris sive necessitatis* énonce un critère unique, comme en témoigne le fait qu'elle est habituellement raccourcie en *opinio juris* (notamment dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice »¹⁶⁹⁵. En effet, une « pratique motivée uniquement par des considérations de nécessité politique, économique ou morale ne peut guère contribuer au droit international coutumier, *du moins s'agissant de sa détermination (par opposition, peut-être, à son développement initial* »¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹¹ M. Wood, *Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, CDI, A/CN.4/672, distribué le 22/05/2014, p. 47, §61.

¹⁶⁹² *Id.*, p. 48, §61. La traduction française ayant oublié certains mots, il est préférable de lire cette phrase conjointement à la version originale, en anglais, pour en comprendre le sens : « '[a]cceptance as law' is not to be confused with considerations of a social or economic either, although these may very well be present, especially at the outset of the development of a practice ». À l'appui de sa démonstration, le Rapporteur cite, CIJ, 18/07/1966, *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Recueil 1966*, p. 34, §50 : « [d]es considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit (...). De telles considérations ne sont cependant pas en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions ; ils y ont un intérêt, mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique ». *Contra*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre de première instance, *Affaire n° IT-95-16-T*, 14/01/2000, §527 : « les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire ».

¹⁶⁹³ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, *op. cit.*, p. 44, §77.

¹⁶⁹⁴ Cité dans M. Wood, *Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, CDI, distribué le 14/03/2018, A/CN.4/717, p. 33, §72.

¹⁶⁹⁵ *Id.*, p. 34, §75.

¹⁶⁹⁶ *Id.*, p. 35, §75 (italiques ajoutés).

618. Autrement dit, si la nécessité peut inciter le développement d'une nouvelle pratique, celle-ci deviendrait une règle coutumière uniquement en vertu d'une *opinio juris*. Cette opinion pourrait certes être motivée par des considérations relatives à la nécessité, mais peu importe finalement : en droit, il faut que la règle soit acceptée comme telle, qu'importe les raisons de cette acceptation. Il faudrait donc en conclure que les considérations relatives à la survie de l'État sont susceptibles de participer au *développement* de certaines règles coutumières, mais qu'elles ne suffisent pas à *déterminer* leur existence. Il est vrai que la CIJ prend soin d'éviter toute analyse destinée à élucider les raisons pour lesquelles les États auraient adopté tel ou tel comportement. Plutôt que de se demander *pourquoi* une règle existe, la Cour préfère identifier *comment* cette règle a pu venir à exister. Cela est manifeste dans l'affaire du *Droit de passage*, puisque le P^r Caflisch a eu raison de relever que la Cour était invitée par l'une des parties à fonder l'existence d'une règle coutumière à partir du critère de l'*opinio necessitatis*¹⁶⁹⁷ – en vain.

619. Par conséquent, le critère de la nécessité n'est pas un argument qui mériterait une attention particulière au sein des instances de règlement des différends. Il conviendrait cependant de distinguer la portée que cet argument est susceptible de revêtir dans le discours juridique *in abstracto* et dans la rhétorique des États *in casu*. Si les considérations relatives à la préservation de l'État ne suffisent pas à obtenir la création d'une règle coutumière, elles semblent néanmoins constituer un argument persuasif important. La consécration des régimes à propos desquels les États ont mobilisé leurs intérêts vitaux ou leur droit d'autoconservation en témoigne. Ces prétentions ont permis d'identifier une règle qu'un État ou une catégorie plus ou moins importante d'États estimaient indispensable à la préservation de leur existence. L'État constituant un élément de stabilité des relations internationales, ses pairs sont susceptibles de considérer qu'il est opportun de donner suite à ces prétentions tout en les conciliant avec leurs propres intérêts, ces derniers étant susceptibles d'être affectés par les implications de ces nouvelles règles juridiques.

620. Une analogie fondée sur la notion de nécessité militaire permet de mieux illustrer notre propos. Constantin Eustathiades observait que si le droit de la guerre n'était « pas soumis à la clause générale de nécessité », le *jus in bello* tenait « compte des nécessités militaires (...) soit 1° lors de la rédaction des textes, soit 2° par leur mention *expressis verbis* »¹⁶⁹⁸. Poursuivant

¹⁶⁹⁷ L. Caflisch, « Land-locked States and their Access to and from the Sea », in *BYBIL*, vol. 49(1), 1978, p. 79.

¹⁶⁹⁸ C. Eustathiades, « La réserve des nécessités militaires et la convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 186-187.

dans cette voie, une thèse a récemment soutenu que « [l]e principe de nécessité militaire a une importance en tant que source matérielle du droit international humanitaire parce qu'il s'identifie au moins partiellement à certains principes éthiques qui ont une influence sur la formation des règles (...) »¹⁶⁹⁹. Davantage qu'une source matérielle permettant de déterminer la validité du droit qui en découle, l'auteur observe que « [d]ans le contexte de la création des normes, la référence à la nécessité militaire prend ainsi la forme d'un argument de nature législative (...), visant à la réalisation d'une conception souhaitée par celui qui l'exprime (*lex feranda*) »¹⁷⁰⁰. Cette observation révèle le caractère politique de l'élaboration du droit, qui se traduit par un compromis entre la nécessité militaire et les principes d'humanité¹⁷⁰¹.

621. La logique ainsi décrite est susceptible d'être généralisée à la relation qu'entretiennent la nécessité *in abstracto* et la formation des règles coutumières. Si le processus normatif permet certes d'aboutir à la consécration de certaines prétentions que des États considèrent comme vitales, ce ne sont pas ces intérêts vitaux qui ont été déterminants dans la cristallisation des règles coutumières. Bien au contraire, c'est le consentement des « États particulièrement intéressés » par cette règle qui constitue l'élément fondamental, comme la Cour l'a énoncé en 1969¹⁷⁰². La traduction anglaise permet de mieux comprendre la portée de ce critère qui désigne finalement les États « *whose interests were specially affected* »¹⁷⁰³. Comme on l'a déjà relevé, les prétentions sur les espaces maritimes ont constamment été ajustées, sous la forme d'un compromis, pour tenir compte des intérêts des autres États.

622. Il ne faut cependant pas surestimer la portée d'une telle conclusion, car il arrive parfois que de telles prétentions n'aboutissent jamais. Quelques États ont par exemple proclamé unilatéralement une zone aérienne contiguë de défense, celle-ci étant définie comme un espace « *of varying dimensions in the air space or flight space over the high seas contiguous to the*

¹⁶⁹⁹ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire. Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, préface de G. Distefano et R. Kolb, Paris, Pedone, 2016, p. 98. La proposition de l'auteur se situe dans la continuité de celle proposée par le directeur de la thèse, R. Kolb, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés. Essai de clarification conceptuelle », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 153 : juridiquement, la nécessité militaire « peut désigner un principe premier, une sorte de source matérielle, se bornant à contribuer à la formation du droit des conflits armés ». V. ég., *id.*, p. 157 : la notion est « un principe prépositif, qui préside à l'élaboration du droit et qui permet d'opérer les ajustements ressentis comme nécessaires à une époque donnée entre les rationalités de la guerre et les idéaux humanitaires ». Eg., S. Cassella, « Nécessité militaire (en droit de la guerre) », in B. Durieux, J.-B. Jeangène Vilmer et F. Ramel (dir.), *Dictionnaire de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2017, p. 906.

¹⁷⁰⁰ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *id.*, p. 101.

¹⁷⁰¹ *Id.*, p. 102.

¹⁷⁰² CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, pp. 42-43, §§73-74.

¹⁷⁰³ *Ib.*

territory of a State and extending outwards over the high seas »¹⁷⁰⁴. L'auteur à l'origine de cette définition entendait démontrer le bien-fondé de ces prétentions à partir des droits d'autoconservation et de nécessité, considérant que la légitime défense n'était adaptée que pour décrire « *some positive effort on the part of the State to repel an attack (...), whereas necessity and self-preservation (...) is that theory that permits a State on those grounds to build up a set of circumstances that would make such an attack impossible and consequently discourage any ambitions of a potential enemy* »¹⁷⁰⁵. Quand bien même la pratique de certains États témoigne d'une volonté d'exercer leur compétence sur l'espace aérien contiguë afin de préserver leurs intérêts vitaux, cette considération ne suffit pas à consacrer cette prétention sous la forme d'une règle coutumière. C'est pour cette raison qu'un auteur préfère démontrer la licéité des zones *temporaires* de défense aérienne, notamment à partir de la défense de nécessité reconnue comme circonstance excluant l'illicéité¹⁷⁰⁶.

623. Si la conservation de l'État contribue à la formation des règles coutumières sans jouer un rôle déterminant ou décisif, elle pourrait néanmoins refléter un principe général du droit international. Rappelons en effet que selon la CDI, ces principes « peuvent servir (...) [d]e fondements à des droits et des obligations primaires », y compris coutumiers¹⁷⁰⁷. Pour autant, est-il aisé d'établir une telle règle coutumière uniquement après avoir relevé qu'elle permettrait de garantir l'existence d'un État ?

2.2. La difficulté de déduire une règle coutumière d'un principe général du droit international

624. Dans l'affaire du *Droit de passage* précitée, le Portugal ne mobilisait pas seulement le droit conventionnel et coutumier à l'appui de sa prétention. Au contraire, de longs développements portaient précisément sur les principes généraux du droit. À rebours de l'idée généralement admise selon laquelle ces principes ont une valeur supplétive aux règles conventionnelles et coutumières, le Portugal érigeait les principes au premier rang des arguments invoqués dans son mémoire¹⁷⁰⁸. Ensuite, le demandeur faisait abondamment référence à la théorie des droits fondamentaux étatiques – notamment en citant Fauchille¹⁷⁰⁹. Le mémoire

¹⁷⁰⁴ J. T. Murchinson, *The Contiguous Air Space Zone in International Law*, Ottawa, Department of National Defence, 1955, p. 7.

¹⁷⁰⁵ *Idem*, pp. 58-59.

¹⁷⁰⁶ K.-G. Park, *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, pp. 273-274.

¹⁷⁰⁷ Projet de conclusion 10(2)(b), *op. cit.*, A/CN.4/L.982.

¹⁷⁰⁸ Mémoire du gouvernement de la République portugaise, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, *op. cit.*, p. 32, §58.

¹⁷⁰⁹ *Id.*, p. 30, §52.

portugais témoigne effectivement du fait que certains principes généraux du droit étaient assimilés aux droits fondamentaux des États, lesquels étaient présentés comme étant « étroitement liés à la nature des choses » et d'« un caractère essentiel (...) »¹⁷¹⁰. Mobilisant le droit fondamental à l'existence, le mémoire poursuivait en précisant que ledit droit « n'est ni une création conventionnelle, ni une création coutumière » : « [c]'est un droit qui dépasse la convention et la coutume ; qui trouve en elles des confirmations, des précisions et des développements, mais qui s'enracine dans un principe général, ayant par lui-même force obligatoire »¹⁷¹¹.

625. Théorisant la jouissance d'un droit de passage inhérent à l'État, le Portugal en est venu à définir le droit d'exister comme un droit *englobant* une série de droits particuliers, dans des termes similaires à ceux énoncés en introduction de la thèse. Le « droit à l'existence [étant] assuré par l'exercice de sa souveraineté », l'État défendait la nécessité d'exercer sa souveraineté sur ces enclaves en vertu de ce droit¹⁷¹². Il était ensuite défendu que le droit à l'existence du Portugal impliquait celui au « respect de son intégrité territoriale et de son indépendance »¹⁷¹³, soulignant que lui refuser le passage revenait à détruire son territoire « par étouffement »¹⁷¹⁴. De là, devait découler un droit de passage, puisque nécessairement conforme au principe général auquel correspondait le droit à l'existence.

626. La réplique indienne reposait sur une interprétation restrictive de l'article 38 alinéa 1(c) du Statut de la Cour internationale de Justice. En vertu de celui-ci, la juridiction applique, pour « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », « les principes généraux *de droit reconnus par les nations civilisées* »¹⁷¹⁵. Les éléments en italiques permettent d'identifier les points qui différencient les argumentations des parties au litige : le Portugal mobilisait les « principes généraux *du droit* », tandis que l'Inde reprenait la formulation de l'article 38 en insistant sur le critère de la « reconnaissance par les nations civilisées ». Adhérant à la définition généralement acceptée par la doctrine, l'Inde soutenait que les principes généraux de droit international font référence aux seuls principes empruntés des droits internes des États qui partagent la même culture juridique¹⁷¹⁶. Le défendeur n'entreprenait cependant pas de

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² *Id.*, p. 31, §53.

¹⁷¹³ *Id.*, p. 31, §54.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ Nous soulignons.

¹⁷¹⁶ Exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, *op. cit.*, p. 182, §190. Est cité le manuel de droit international d'Oppenheim et Lauterpacht, vol. I, 8^{ème} édition, 1955, section 29.

démontrer l'inexistence du droit à l'existence dans aucun système juridique national. Il se bornait à constater que la définition donnée par le Portugal aux principes généraux débordait celle de l'article 38 du Statut¹⁷¹⁷.

627. Cependant, loin de considérer que la discussion était close, l'Inde répondait à l'invocation de la théorie des droits fondamentaux étatiques en formulant à son encontre une critique bien connue : étant donné que cette théorie était controversée, elle n'a jamais été consacrée dans le droit international positif¹⁷¹⁸. Le défendeur ajoutait cependant une précision qui correspond à notre propre conception de la théorie : « *[t]he notion of the fundamental rights of States has been used by some writers to provide a philosophical or sociological explanation for international law and especially for the concept of State sovereignty, but even as a philosophical or sociological theory the doctrine (...) is controversial* »¹⁷¹⁹. Ce faisant, l'Inde refusait de considérer le droit de conservation de soi des États comme une source matérielle du droit international¹⁷²⁰.

628. Il a déjà été relevé dans l'introduction que le Portugal opposait à cette interprétation restrictive de l'article 38 du Statut de la Cour, celle de Max Sørensen qui identifiait certains principes « inhérents au système juridique international »¹⁷²¹. « Parmi eux, commentait le Portugal, figurent le principe de l'*indépendance* et celui de l'*égalité* des États, qui font partie de la notion traditionnelle de la *souveraineté* ». La possible parenté avec les droits fondamentaux étatiques des États, remarquée par Sørensen, était évidemment reprise par le Portugal : ce dernier démentait avoir invoqué les droits fondamentaux dont il admettait qu'ils n'ont jamais été consacrés en droit positif, il défendait plutôt avoir mobilisé certains « principes fondamentaux (...) inhérents à la structure du droit international »¹⁷²². De « droits », l'argumentation portugaise passait aux « principes ». Ces derniers désignaient l'ossature du droit international, coordonnant l'ensemble des relations internationales. Inutile, dès lors, de se référer aux droits fondamentaux : ils « se dégag[ai]ent logiquement des principes généraux qui gouvernent la structure du droit international »¹⁷²³.

¹⁷¹⁷ *Id.*, p. 183, §191.

¹⁷¹⁸ *Id.*, p. 183, §192.

¹⁷¹⁹ *Ibid* (souligné ajouté). On retrouve l'idée des droits fondamentaux en tant que « paradigme du droit international », v. l'introduction de la thèse, p. 4.

¹⁷²⁰ *Id.*, p. 183, §193 : « *[m]oreover, the particular principle relied upon by the Portuguese, namely, self-preservation, cannot, in any event, be put forward as a legal basis for the permanent rights of passage between Daman and the enclaves which Portugal now claims* ».

¹⁷²¹ Observations et conclusions du gouvernement de la République portugaise sur les exceptions préliminaires du gouvernement de l'Inde, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, *op. cit.*, cité p. 626, §127.

¹⁷²² *Id.*, p. 626, §128.

¹⁷²³ *Id.*, p. 628, §133.

629. Cette précision apportée, l'Inde ajustait sa position en ces termes :

« *Does that mean that the Government of India disputes the existence of general principles of public international law such as M. Bourquin mentioned in his speech (...) ? By no means. The Government of India does not dream of disputing that these notions play an important part in doctrine and in international life or that they express essential tendencies of the law, fundamental feelings and ideas which determine its growth. But quite obviously, they are only part of positive law to the extent that their application is attested by consultation with one or other of the sources in Article 38. Thus, the principle of State sovereignty mentioned by M. Bourquin is a rule of custom* »¹⁷²⁴.

L'Inde ne niait donc pas l'existence de certains principes traduisant la structure globale du droit international, ses tendances, son orientation, sa finalité et sa dynamique en somme. Cependant, elle maintenait que ces principes devaient avoir été consacrés dans le droit positif pour produire un quelconque effet dans la résolution du différend dont la Cour était saisie. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'en ce qui concerne le droit à l'existence, « *which nobody dreams of denying* »¹⁷²⁵, le gouvernement indien soutenait que la satisfaction des intérêts vitaux d'un autre État ne pouvait résulter que de la conclusion d'accords particuliers entre les parties. L'exemple de l'accès à la mer était d'ailleurs cité, expliquant pourquoi le défendeur reprenait à son compte le régime applicable à cette question¹⁷²⁶.

630. Quand bien même la solution rendue par la Cour ne fait aucune mention des principes généraux du droit, l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* – désigné par le Portugal – Levi Fernandes Carneiro y fait référence¹⁷²⁷. Il reprenait la distinction formulée par le Portugal entre les principes tirés « de la confrontation des législations internes des nations civilisées » et « certains principes fondamentaux inhérents à la structure même du droit international »¹⁷²⁸, puis il identifiait parmi les seconds le « respect réciproque des souverainetés ». Or, reprenant la conception fonctionnelle de la souveraineté, il établissait qu'« une obligation essentielle de la souveraineté est le maintien de l'ordre dans le territoire où elle s'exerce »¹⁷²⁹, ce qui devait

¹⁷²⁴ Contre mémoire du gouvernement de l'Inde, *Affaire du droit de passage en territoire indien*, op. cit., vol. II, p. 131, §297 (souligné ajouté).

¹⁷²⁵ *Id.*, p. 131, §298. Le Portugal n'a pas manqué de relever l'assentiment de l'Inde à la réalité du droit à l'existence, v. Réplique du gouvernement de la République portugaise, p. 549, §336.

¹⁷²⁶ *Id.*, pp. 131-132. Le Portugal a maintenu son argumentaire tout au long de l'instance, v. Réplique du gouvernement de la République portugaise, pp. 548-552. Eg., plaidoiries relatives au fond et aux exceptions préliminaires jointes au fond, audience publique du 30 septembre 1959, pp. 485-490. *Contra*, pp. 659-661.

¹⁷²⁷ « Opinion dissidente de M. Fernandes », *CIJ Recueil 1960*, pp. 123-144.

¹⁷²⁸ *Id.*, §33, p. 136. À propos de cette seconde catégorie, le juge Fernandes estime qu'autant les naturalistes que les positivistes ne peuvent nier l'existence de ces principes fondamentaux, pp. 136-137, §35.

¹⁷²⁹ *Id.*, p. 137, §37.

supposer la reconnaissance d'un droit de passage à cette fin. Cette proposition postulait justement que la « fonction primaire du droit international est de garantir l'indépendance des États, leur intégrité territoriale et le respect mutuel des souverainetés »¹⁷³⁰. Les principes généraux servaient finalement à attribuer une finalité au droit international à partir d'une certaine définition de la souveraineté et de l'État, point que nous avons déjà relevé plus tôt à propos de la théorie des droits fondamentaux étatiques. Pour autant, la solution proposée revenait à considérer le principe général comme une source matérielle du droit international – en l'occurrence de l'obligation « de consentir au transit sur son territoire des sujets d'un autre État »¹⁷³¹. Alors que le Portugal souhaitait initialement démontrer posséder un droit de passage *inhérent*, cet argumentaire ne lui a pas permis d'échapper aux sources traditionnelles du droit international¹⁷³² : la conclusion d'un traité ou l'élaboration d'une coutume demeurait nécessaire, confirmant que ce droit de passage n'était absolument pas inhérent à la souveraineté, sinon il n'aurait nécessité aucune création formelle.

631. Ces conclusions peuvent être généralisées à l'ensemble des prétentions émises par les États qui portent atteinte à la souveraineté des États qui en sont les destinataires. Même lorsque deux États admettent l'importance de l'autoconservation en droit international, comme c'était le cas dans cette affaire, rien n'oblige l'une des parties à s'entendre sur une règle coutumière favorable à l'autre partie. Il en va de même lorsqu'un État entend obliger un autre État à une certaine conduite, alors que ce dernier n'y a pas encore consenti.

Section 2. Prétentions relatives à la création d'obligations à la charge des tiers

632. Plutôt que d'exiger l'exercice d'un *droit*, un État peut affirmer qu'un autre État est *obligé* d'adopter un certain comportement pour préserver l'existence du premier. Bien souvent, lorsque cette revendication aboutit, les considérations relatives à la survie de l'État disparaissent du libellé de la règle ainsi créée, même si elles étaient au cœur des négociations (**Paragraphe 1**). Néanmoins, ces considérations refont surface dans le régime de la règle négociée, qui a été élaboré en tenant compte des intérêts vitaux et essentiels de chacune des parties (**Paragraphe 2**).

¹⁷³⁰ *Id.*, p. 137, §38.

¹⁷³¹ *Id.*, p. 137, §39.

¹⁷³² C'est d'ailleurs à ce résultat que conclut l'un des rares auteurs qui s'est intéressé à cette affaire sous l'angle du droit à l'existence, F. E. Krenz, *International Enclaves and Rights of Passage*, Paris, Librairie Minard, 1961, pp. 149-152, spéc. p. 152, où il fait référence aux droits fondamentaux étatiques : « [t]hese principles are valid only insofar as they are applied effectively by the practices of States ».

Paragraphe 1. La préservation des États dans les négociations internationales

633. Afin de comprendre pourquoi certaines obligations internationales ont vocation à garantir l'existence des États qui en bénéficient (1.2.), il faut revenir sur le contexte dans lequel elles ont été élaborées (1.1.). En d'autres termes, explorer les circonstances spécifiques, les discussions et les motivations qui ont conduit à l'adoption de ces obligations permet de mieux appréhender les objectifs qui ont sous-tendu leur création.

1.1. La conservation de l'État en tant qu'élément contextuel de certaines règles

634. Il est fréquent que les États invoquent les considérations relatives à leur survie pour inciter d'autres États à s'engager internationalement dans certains domaines. Par exemple, depuis la conclusion de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les États géographiquement désavantagés et ceux qui sont privés de littoral se sont vus reconnaître le droit d'exploiter « une part appropriée du reliquat des ressources biologiques des zones économiques exclusives des États côtiers de la même sous-région »¹⁷³³. Bien entendu, inscrire ce droit dans la convention n'aurait pas eu de sens si cette catégorie d'États ne pouvait pas accéder à la mer. Pour cette raison, la Convention de Montego Bay octroie aux États privés de littoral un droit d'accès à la mer et depuis la mer, ainsi qu'une liberté de transit. Contrairement au droit de passage revendiqué par le Portugal dans l'affaire étudiée précédemment, le droit de transit ne consiste pas à reconnaître, au profit de l'État qui en bénéficie, le droit souverain de traverser le territoire de l'État de transit. En d'autres termes, ce dernier demeure souverain et l'État transitaire n'exerce aucune souveraineté sur le territoire de l'État de transit. C'est pourquoi le régime mis en place porte sur l'étendue de l'*obligation* contractée par les États qui consentent à faciliter le transit des États privés de littoral et géographiquement désavantagés.

635. L'État de transit, défini comme un pays « avec ou sans côte maritime, situé entre un État sans littoral et la mer, à travers duquel passe le trafic en transit »¹⁷³⁴, pouvait empêcher l'accès à la mer aux États privés de littoral en vertu du principe d'exclusivité de la souveraineté territoriale. De la même manière, l'État qui exerce ses droits souverains sur la zone économique exclusive pouvait interdire à d'autres États d'exploiter la zone, y compris les États privés de littoral et géographiquement désavantagés. Toutefois, au regard de l'importance que représente l'accès à la mer pour la survie de cette catégorie d'États, de nombreux auteurs ont déduit du

¹⁷³³ CNUDM, *op. cit.*, art. 69(1) et 70(1), pp. 31-32.

¹⁷³⁴ Article 124(1)(b) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *op. cit.*

droit d'autoconservation un « droit de transit ». Heffter qualifiait ainsi d'injustice le fait « de fermer à un État enclavé des débouchés de son commerce ou de l'imposer de droits exorbitants qui équivaldraient à une prohibition, et de l'empêcher par là de se procurer les moyens de subsistance nécessaires et qu'il ne possède pas lui-même »¹⁷³⁵. Cette formule a été reprise à l'identique par Pradier-Fodéré lorsqu'il décrivait les conséquences du devoir « de ne pas entreprendre la destruction physique d'un autre État »¹⁷³⁶.

636. Pour cause, les auteurs ont repris l'expression de Vattel alors même que ce dernier ne restreignait pas son propos aux États enclavés. Le juriste de Neuchâtel admettait plus largement, chaque fois que des « causes légitimes » le justifiaient, que « [l]a propriété n'a pu ôter aux Nations le droit général de parcourir la terre, pour communiquer ensemble, pour commercer entr'elles »¹⁷³⁷. Néanmoins, lorsque le passage présentait un danger pour la sécurité de l'État de transit, il était possible de refuser ce passage à l'autre État. Afin de se protéger contre de telles menaces, Vattel précisait que l'État de transit était « en droit d'exiger des sûretés »¹⁷³⁸, c'est-à-dire des garanties de sécurité permettant d'assurer l'innocence du passage sur son territoire.

637. La doctrine a rapidement relevé l'importance vitale que représentent, pour ces États, un tel accès et l'exploitation des ressources naturelles. Dès 1901, une thèse relative aux servitudes en droit international reprenait à son compte la formulation de Vattel en la liant explicitement à l'obligation de respecter le droit d'exister de l'État sans littoral¹⁷³⁹. Lors d'un cours professé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales dans les années vingt, Charles de Visscher – pourtant fervent adversaire de la théorie des droits fondamentaux des États – érigeait ce droit de passage ou de transit comme un « *droit naturel* qui ne peut être refusé légitimement à un

¹⁷³⁵ A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, op. cit., Livre Premier, Chapitre I, §32, p. 64.

¹⁷³⁶ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, op. cit., Tome I, première partie, chapitre I, point 193, p. 323. V. ég. les auteurs cités par P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., note 291, p. 172.

¹⁷³⁷ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, édition de Washington, 1916, Livre II, §132, p. 351. Il ajoute, ainsi que l'ont relevé les auteurs précités, que l'État ne « peut légitimement attacher des conditions onéreuses à une concession (...) ».

¹⁷³⁸ *Id.*, Livre II, §133, p. 352.

¹⁷³⁹ P.-P. Fabre, *Des servitudes dans le droit international public*, thèse pour le doctorat, Université de Paris, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901, p. 5 : « [m]ais il faut faire une exception [au principe licite d'exclusion des étrangers] pour certains cas où le passage en territoire étranger est un véritable droit. Un État enclavé pour tout ou partie au milieu de territoires appartenant à une même souveraineté ou à des souverainetés différentes, comme la Suisse, la Serbie, a le droit incontestable d'obtenir un passage pour son commerce ; *le lui refuser ou ne le lui accorder qu'à des conditions très onéreuses serait le priver d'un droit primordial, attenter à son existence* » (italiques ajoutées). V. ég. P. Labrousse, *Des servitudes en droit international public*, thèse pour le doctorat, Université de Bordeaux, Bordeaux, Imprimerie commerciale & industrielle, 1911, p. 315 : « [i]l faut qu'à l'instar du particulier, l'État enclavé trouve dans une formule du droit international le droit à l'accès vers la route commune, le droit au développement, le droit à la vie ».

pays enclavé »¹⁷⁴⁰. Bien longtemps après, le P^r Caflisch remarquait que « *[f]rom the economic and strategic point of view, (...) it must be emphasized that the survival and prosperity of the land-locked States, like that of most if not all other countries, depends to a high degree on their freedom to communicate and to trade* »¹⁷⁴¹. L'absence de littoral était en effet perçue comme une « *major contribution to the relatively high incidence of extreme poverty in landlocked developing countries* »¹⁷⁴².

638. Ce point continue d'être relevé par l'ONU depuis le début des années 2000, en particulier par son Assemblée générale qui accompagne la mise en œuvre du Programme d'action de Vienne en faveur des pays en développement sans littoral pour la décennie 2014-2024. Il n'est dès lors pas étonnant que certains auteurs se soient référés au droit d'autoconservation afin de justifier l'existence d'un *droit* de transiter sur le territoire d'un autre État pour accéder à la mer et exploiter les ressources biologiques¹⁷⁴³. Lors de discussions intervenues au sein de la session de Madrid de l'Association de Droit International en 1976, par exemple, on pouvait entendre certains membres de nationalité française invoquer le droit à la vie des États sans littoral afin de leur reconnaître un droit de transit vers la mer¹⁷⁴⁴. Qu'en est-il dans la pratique toutefois ?

639. Disons-le d'emblée, les références explicites à un quelconque droit fondamental à l'autoconservation sont rares, alors même que cette catégorie d'État insiste sur l'intérêt vital que l'accès à la mer représente pour eux. Par exemple, dans un rapport du Secrétariat général

¹⁷⁴⁰ Ch. de Visscher, *Le droit international des communications*, Paris, Libraire-éditeur Arthur Rousseau, 1924, pp. 7-8 (italiques ajoutés). L'auteur cite d'ailleurs un décret du Conseil Exécutif de la Convention qui proclame la liberté de navigation sur l'Escaut et sur la Meuse, du 20/09/1792 : « 1^o que les gênes et les entraves que jusqu'à présent la navigation et le commerce ont souffertes, tant sur l'Escaut que sur la Meuse, sont directement *contraires aux principes fondamentaux du droit naturel* que tous les Français ont juré de maintenir ».

¹⁷⁴¹ L. Caflisch, « Land-locked States and their Access to and from the Sea », *op. cit.*, p. 74 (souligné ajouté). V. ég. Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3^{ème} éd., Cambridge, CUP, 2019, pp. 479-480.

¹⁷⁴² Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 479. Les causes sont multiples, v. F. Mivahabi, « The Rights of the landlocked and geographically Disadvantaged States in Exploitation of Marine Fisheries », *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, p. 131 : « *excessive costs for importation and exportation of goods through the transit state* » ; « *the transit state is a developing country itself and therefore cannot provide adequate transportation means, warehouses or seaport facilities* » ; « *the transit state is producer and exporter of the same raw materials that the landlocked state is trying to export* ».

¹⁷⁴³ F. E. Krenz, *International Enclaves and Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 79. L'auteur rejette toutefois cette conception en raison du jusnaturalisme au cœur de cette revendication.

¹⁷⁴⁴ « Land-Locked States », in *International Law Association Reports, Report of the fifty-seventh conference held at Madrid, August 30th, 1976, to September 4th, 1976*, Cambrian News Ltd., Aberystwyth, 1978, pp. 546 et 549 : « [i]l faut, je le crois, considérer qu'un État a droit, comme un individu, à la vie : et pour vivre un État a besoin de l'accès à la mer, comme un individu a besoin d'air pour respirer et survivre » (intervention de Maître J. Lisbonne) ; il est également encouragé d'élaborer un cadre juridique qui « *draws on such elementary and fundamental principles as the right to life suggested by my French colleague, which at State level means precisely access to the high seas. All obstacles which tend to restrict that right entail denial of the right to existence* » (intervention du Dr K. Holloway).

des Nations Unies publié avant la Première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, on peut lire la position des États favorables au droit de transit sur le territoire d'un autre État¹⁷⁴⁵. Le Paraguay, au sein de la sixième commission, aurait ainsi relevé la liberté de tout État, y compris sans littoral, « *to engage in trade and to have access to the world markets and to the raw materials necessary for their economic prosperity* »¹⁷⁴⁶. Davantage qu'une question de développement économique, la délégation afghane estimait qu'aucun État « *could survive without an outlet to the sea* »¹⁷⁴⁷. Lors des discussions intervenues au sein du cinquième comité de la Conférence, le Népal posait le droit de transit comme étant « *of a vital importance to landlocked countries as a condition of their economic survival* »¹⁷⁴⁸. La délégation, rejoignant la Tchécoslovaquie et d'autres États sur ce point, a qualifié ce droit de fondamental et d'inaliénable¹⁷⁴⁹.

640. On verra que si la Convention sur la haute mer finalement adoptée en 1958 consacre effectivement un droit de transit, elle permet difficilement de constater l'existence d'un droit *inhérent* – avec tout ce que cela implique. Il était donc logique que les revendications des États sans littoral soient réitérées lors de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, espérant obtenir un engagement plus fort de la part des États de transit. La 42^{ème} séance plénière de la Troisième Conférence permet au Lesotho, en 1974, d'exprimer son attachement au droit d'accès à la mer ainsi qu'à son corollaire, le droit de transit : « *[b]oth were basic to the very survival of Lesotho as an independent sovereign State and their exercise should not be subject to the unilateral discretion of a transit State* »¹⁷⁵⁰. Il est suggéré qu'un État ne recherche pas sa survie à n'importe quel coût, c'est-à-dire au prix de son indépendance : au contraire, c'est

¹⁷⁴⁵ Memorandum by the Secretariat of the United Nations, « Question of free access to the sea of landlocked countries », A/CONF.13/29, in *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. I, *op. cit.*, pp. 306-335.

¹⁷⁴⁶ *Id.*, §11 a), p. 307.

¹⁷⁴⁷ *Id.*, §11 c), p. 308.

¹⁷⁴⁸ Quatrième séance du 10/03/1958, United Nations Conference on the Law of the Sea, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VII (Fifth Committee (Question of Free Access to the Sea of Land-locked Countries))*, Genève, Nations Unies, 1958, §21, p. 7 (souligné ajouté).

¹⁷⁴⁹ Pour les déclarations de la Tchécoslovaquie, *id.*, §11, p. 3 ; §27, pp. 7-8 ; §13, p. 24. V. ég. le Paraguay, *id.*, §34, p. 28 ; ainsi que la Pologne, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Second Committee (High Seas : General Régime))*, Genève Nations Unies, 1958, §25, p. 38 ; et le Népal, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Plenary Meetings)*, Genève, Nations Unies, 1958, p. 29, §13. *Contra*, la position de la Thaïlande, *Official records*, vol. VII, *op. cit.*, §8, p. 25 : le délégué « *would merely state that in the opinion of his government a landlocked country possessed no inherent right of transit across a neighbouring country. That right could be granted only under an agreement between the parties* ».

¹⁷⁵⁰ *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol. I, *op. cit.*, §23, p. 185 (souligné ajouté).

la survie en tant qu'État *indépendant* qui importe¹⁷⁵¹. Cette indépendance serait remise en cause en l'espèce par la nécessité d'obtenir l'accord de l'État de transit.

641. Sans revenir encore dans le détail du régime consacré dans le droit positif, remarquons que l'article 125 de la CNUDM consacre sans ambiguïté que les pays sans littoral « *ont* le droit d'accès à la mer » ainsi que son corollaire, « la liberté de transit à travers le territoire des États de transit par tous moyens de transport »¹⁷⁵². Cette victoire s'est accompagnée, on l'a dit, de la consécration d'un droit de participer à l'exploitation des ressources d'une zone économique exclusive d'un autre État. À la lumière des négociations intervenues entre les États à l'origine d'une prétention fondée sur leur conservation et les États qui en étaient les destinataires, on serait amené à penser que les règles ainsi créées ont pour objet et but cette autoconservation.

1.2. La conservation de l'État en tant qu'objet et but de certaines règles

642. Si l'objet et but d'une stipulation est habituellement déterminé à partir du préambule de la convention interprétée, force est de constater que la conservation de l'État ne figure jamais explicitement dans les textes – sauf aux côtés des principes fondamentaux du droit international, comme on l'a relevé dans la première partie¹⁷⁵³. Au regard néanmoins des revendications formulées par certains États, il arrive souvent de lire que les obligations négociées visent justement à préserver leur existence. La chose est particulièrement marquante dans le domaine des changements climatiques. Lors des négociations qui ont eu lieu pendant la Conférence des Nations Unies sur le changement climatique de 2011, à Durban, on pouvait entendre le ministre de l'Environnement du Costa Rica déclarer que son pays « *[was] not ready to sacrifice, on the altar of the standard of living of anyone, the right of a sovereign country to survive as a nation (...)* »¹⁷⁵⁴. Partant, le ministre suggérait que « *the right to survive should be treated differently in this convention : preferentially* »¹⁷⁵⁵. Il n'était pourtant jamais question, dans la convention négociée, de consacrer explicitement un tel droit à la survie. La déclaration du ministre confirmait néanmoins que l'une des stipulations était envisagée comme un moyen de préserver l'existence de son pays, et que les autres États devaient s'engager à la respecter.

643. Cela est davantage manifeste dans les revendications émises par les Petits États Insulaires en Développement (PEID), qui risquent de disparaître à mesure que leurs territoires

¹⁷⁵¹ V. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 78-85.

¹⁷⁵² CNUDM, *op. cit.*, art. 125(1), p. 50.

¹⁷⁵³ V. le Chapitre 3 de la thèse, pp. 229-230.

¹⁷⁵⁴ « Latin American leaders talk energy, climate change », publiée en ligne sur le site d'*Energy and Climate Partnerships of the Americas*, le 08/12/2011 :

[<https://ecpamericas.org/news/latin-american-leaders-talk-energy-climate-change/>] (consulté le 26/05/2023)

¹⁷⁵⁵ *Ib.*

se trouvent submergés en raison de l'élévation du niveau de la mer. La première note thématique du Groupe d'experts de la CDI, chargé d'étudier les effets juridiques de ce phénomène provoqué par les changements climatiques, indique qu'à raison d'un réchauffement climatique compris entre 1,5°C et 2°C, « le niveau moyen de la mer risque d'augmenter, à l'échelle mondiale, de 26 à 98 centimètres »¹⁷⁵⁶. Cela représente un danger particulièrement pressant pour les trente-huit PEID, répartis entre l'Afrique, les Caraïbes et le Pacifique¹⁷⁵⁷, alors que leurs territoires « sont souvent qualifiés de géologiquement dynamiques, de faible altitude et d'une superficie moindre » que la majorité des États¹⁷⁵⁸. La République des Maldives, par exemple, indiquait à la CDI que quatre-vingts pour cent des îles qui composent son territoire sont situés à moins d'un mètre au-dessus du niveau de la mer et risquent ainsi d'être submergés d'ici 2100¹⁷⁵⁹.

644. Partant, de nombreux PEID invoquent régulièrement des considérations relatives à leur survie, que ce soit sous la forme d'un droit à l'existence ou celle d'un droit à la survie. L'un des experts du Groupe d'étude, on l'a vu en introduction, y fait également référence dans sa note thématique¹⁷⁶⁰. Bien avant la publication de cette note, le représentant permanent des Seychelles aux Nations Unies, à l'occasion de la Conférence des États parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 2008, déclarait : « (...) *the Small Island Developing States need to be bailed out because we have an inalienable right to survival and cannot be allowed to fail* »¹⁷⁶¹. L'année suivante, les États de Polynésie ont appelé « *for justice and [their] right of survival* »¹⁷⁶². D'autres fois, les PEID ont invoqué un « droit à

¹⁷⁵⁶ B. Aurescu et N. Oral, « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », A/CN.4/740, p. 16, §29.

¹⁷⁵⁷ « Les petits États insulaires en développement et l'ONU », voir en ligne : [https://www.un.org/fr/events/islands2014/smallislands.shtml] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁵⁸ E. Petit-Prévost-Weygand, « Les îles en voie de submersion : le cas des petits États insulaires en développement », *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁵⁹ République des Maldives, « Information and examples of State practice on 'Sea-level rise in relation to international law'. A Submission by the Republic of Maldives », 31/12/2019, 2019/UN/N/50, p. 2. Disponible en ligne :

[https://legal.un.org/ilc/sessions/72/pdfs/english/slr_maldives.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁶⁰ « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », distribuée le 31 mars 2022, A/CN.4/752, pp. 42-43, §§155-156.

¹⁷⁶¹ Disponible en ligne : [https://www.nation.sc/archive/221751/seychelles-in-call-for-climate-change-action] (consulté le 14/06/2023).

V. é.g., République des Seychelles, « Report on Climate Change and its Possible Security Implications (General Assembly resolution 63(281) », communiqué le 10/08/2009, p. 10 : « [f]or small island states, such as the Seychelles, the security implications of climate change are not an issue of economic or political concern, but rather a matter of the inherent right to survival ». Disponible en ligne :

[https://www.un.org/esa/dsd/resources/res_pdfs/ga-64/cc-inputs/Seychelles_CCIS.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁶² *Polynesia Against Climate Threats - Taputapuātea Declaration on Climate Change*, émise le 16/07/2015, préambule. Disponible en ligne :

[https://www.samoagovt.ws/wp-content/uploads/2015/07/The-Polynesian-P.A.C.T.pdf] (consulté le 14/06/2023).

l'existence » assimilé à un droit individuel. La déclaration de Port Moresby, par exemple, affirmait que l'un des objectifs de l'Accord de Paris était d'assurer « *that human rights to exist as a people are protected* »¹⁷⁶³. Les Tuvalu, en 2014, ont également considéré que le droit à l'existence constituait un « *basic human right* »¹⁷⁶⁴.

645. Ainsi que la déclaration de Port Moresby l'illustre, les revendications susmentionnées s'accompagnent généralement d'une volonté d'affermir le cadre juridique existant et applicable à la situation des PEID. La Convention-cadre adoptée en 1992 est le fruit de longues négociations visant à créer de nouvelles règles de droit international en réponse aux défis environnementaux, y compris les « effets néfastes éventuels d'une hausse du niveau des mers sur les îles et les zones côtières »¹⁷⁶⁵. La convention stipule ainsi une série de principes directeurs dont les PEID pourraient se prévaloir. L'article 3, alinéa 2, en particulier, établit qu'« il convient, de tenir pleinement compte des besoins spécifiques et de la situation spéciale des pays en développement Parties, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques (...) »¹⁷⁶⁶. Le quatrième alinéa ajoute l'obligation d'assister « les pays en développement Parties particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques à faire face au coût de leur adaptation auxdits effets »¹⁷⁶⁷. En vertu du même texte, « les Parties étudient les mesures – concernant notamment le financement, l'assurance et le transfert de technologie – qui doivent être prises dans le cadre de la Convention pour répondre aux besoins et préoccupations spécifiques » des « petits pays

¹⁷⁶³ *Smaller Island States Leaders' Port Moresby Declaration on Climate Change*, le 07/09/2015, disponible en ligne :

[<https://www.forumsec.org/2015/09/07/smaller-island-states-leaders-port-moresby-declaration-on-climate-change/>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁶⁴ « Statement at the high-level segment by Apisai Ielemia, Prime Minister of Tuvalu », lors de la COP14 et la 4^{ème} session de la Conférence des États Parties au Protocole de Kyoto (COP/MOP 4), le 11/11/2008, p. 5. Disponible en ligne :

[https://unfccc.int/files/meetings/cop_14/application/pdf/cop_14_hls_statement_ielemia.pdf] (consulté le 14/06/2023).

En doctrine, v. S. Cassella et L. Delabie, « Les îles face aux risques environnementaux », in J.-L. Iten (dir.), *Illes et droit international*, SFDI, Paris, Pedone, 2020, p. 245 : « [I]a migration liée au changement climatique invite aussi à s'interroger sur l'existence d'un droit à la survie de la population de l'État ».

¹⁷⁶⁵ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, conclue à New York le 09/05/1992 et entrée en vigueur le 21/03/1994, *RTNU*, vol. 1771, p. 193. On sait que depuis la création de l'Organisation des Nations Unies, son Assemblée générale joue un rôle certain quant au développement du droit international. V.-D. Degan, *Sources of International Law, op. cit.*, pp. 110 et s ; M. Virally, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », in M. Virally, *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 198 et 206.

¹⁷⁶⁶ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁶⁷ *Id.*, p. 200.

insulaires »¹⁷⁶⁸. L'article 11 complète cette démarche en établissant la nécessité de créer un mécanisme financier¹⁷⁶⁹.

646. En elle-même, la Convention-cadre n'offre pourtant pas de véritables outils aux États insulaires pour lutter contre les changements climatiques. L'objectif général fixé à l'article 4, alinéa 2, qui consiste à ce que les pays industrialisés ramènent « le niveau de leurs émissions de gaz à effet de serre à celui de 1990 avant la fin de la décennie à quatre-vingt-dix »¹⁷⁷⁰, est modeste. Ainsi que le relève M^{me} Maljean-Dubois, la Convention-cadre visait « avant tout à amorcer un processus de coopération internationale »¹⁷⁷¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que son principal apport, en particulier pour les États insulaires, est la création de la Conférence des Parties (COP)¹⁷⁷². Il s'agit de créer un *forum* de discussion qui « fait régulièrement le point de l'application de la Convention et de tous autres instruments juridiques connexes qu'elle pourrait adopter » et qui doit « mobiliser des ressources financières conformément à l'article 4 (...) »¹⁷⁷³. Tournée vers l'avenir, la Convention-cadre démontre qu'elle ne se suffit pas à elle-même et qu'elle doit faire l'objet d'ajustements progressifs. Le Protocole de Kyoto de 1997¹⁷⁷⁴ ainsi que l'Accord de Paris de 2015¹⁷⁷⁵ constituent justement les ajustements conventionnels conclus sous le parapluie de la Convention-cadre.

647. Dans le cadre des revendications des PEID, il est important de comprendre que certains aspects de l'Accord conclu en 2015 ont largement été impulsés par cette catégorie d'États, après avoir relevé les insuffisances du Protocole de Kyoto¹⁷⁷⁶. L'article 2, alinéa 1(a), de l'Accord de Paris en constitue un exemple¹⁷⁷⁷. Les États s'engagent à maintenir « l'élévation de la température moyenne de la planète (...) en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels » et à poursuivre « l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels ». La République des Îles Marshall observait ainsi

¹⁷⁶⁸ *Id.*, p. 201.

¹⁷⁶⁹ *Id.*, p. 208.

¹⁷⁷⁰ S. Maljean-Dubois, « La mise en route du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 434.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² Article 7 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *op. cit.*, pp. 203-205.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, conclu le 11/12/1997 et entré en vigueur le 16/02/2005, *RTNU*, vol. 2303, n°30822, pp. 234-253.

¹⁷⁷⁵ Accord de Paris, conclu le 12/12/2015, *RTNU*, vol. 3156 (à paraître).

¹⁷⁷⁶ S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, « L'Accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 2016, p. 29.

¹⁷⁷⁷ L'obligation ainsi contractée représenterait un exemple du « moral leadership » des petits États insulaires dans les négociations internationales, cf I. de Águeda Corneloup et A. P. J. Mol, « Small island developing states and international climate change negotiations: the power of moral 'leadership' », *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*, vol. 14 (2014), No. 3, pp. 286-287.

que cet engagement était crucial à sa survie¹⁷⁷⁸. Cela figurait également dans les déclarations de Taputapuātea¹⁷⁷⁹, de Suva¹⁷⁸⁰ ou enfin du Port Moresby¹⁷⁸¹. Sobrement résumées par un slogan – « 1.5°C to stay alive » –, les revendications des PEID ont abouti à la conclusion de l’engagement précité et bien davantage encore.

648. Effectivement, à l’article 8 de l’Accord de Paris, les « Parties reconnaissent la nécessité d’éviter les pertes et préjudices liés aux effets néfastes des changements climatiques, notamment les phénomènes météorologiques extrêmes et les phénomènes qui se manifestent lentement, de les réduire au minimum et d’y remédier, ainsi que le rôle joué par le développement durable dans la réduction du risque de pertes et préjudices ». On peut raisonnablement considérer que l’élévation du niveau de la mer constitue l’un des « phénomènes qui se manifestent lentement »¹⁷⁸², ce qui permettrait aux États insulaires de se prévaloir du Mécanisme international de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques¹⁷⁸³. Ledit Mécanisme devrait *a priori* offrir à cette catégorie d’États les moyens financiers suffisants pour prévenir les effets de l’élévation du niveau de la mer ou pour les surmonter après leur matérialisation. Malheureusement, il a été observé que ce Mécanisme « n’est guère effectif pour l’instant »¹⁷⁸⁴.

649. Sous le parapluie de la Convention-cadre, de nombreux États ont réitéré leurs revendications au sein du « Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des Parties visées à l’Annexe I au titre du Protocole de Kyoto », créé en 2005¹⁷⁸⁵, et du « Groupe de travail spécial sur l’action concertée à long terme au titre de la Convention », établi en décembre 1997 à l’occasion de la Conférence de Bali¹⁷⁸⁶. En 2009, ce dernier Groupe de travail est initialement saisi d’un « texte de négociation établi par son président » qui tient compte des observations

¹⁷⁷⁸ République des Îles Marshall, *Tile Til Eo 2050 Climate Strategy. ‘Lighting the way’*, septembre 2018, p. 68. Disponible en ligne : [\[https://unfccc.int/sites/default/files/resource/180924%20rmi%202050%20climate%20strategy%20final.pdf\]](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/180924%20rmi%202050%20climate%20strategy%20final.pdf) (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁷⁹ *Polynesia Against Climate Threats – Taputapuātea Declaration on Climate Change*, *op. cit.*, §3.

¹⁷⁸⁰ *Suva Declaration on Climate Change*, 02 et 04/09/2015, point 5. Disponible en ligne : [\[http://www.piango.org/wp-content/uploads/2016/06/PACIFIC-ISLAND-DEVELOPMENT-FORUM-SUVA-DECLARATION-ON-CLIMATE-CHANGE.v2.pdf\]](http://www.piango.org/wp-content/uploads/2016/06/PACIFIC-ISLAND-DEVELOPMENT-FORUM-SUVA-DECLARATION-ON-CLIMATE-CHANGE.v2.pdf) (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁸¹ *Smaller Island States Leaders’ Port Moresby Declaration on Climate Change*, *op. cit.*, v. le a).

¹⁷⁸² S. Maljean-Dubois, « Au milieu du gué : le mécanisme de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux changements climatiques », in A.-S. Tabau (dir.), *Quel droit pour l’adaptation des territoires aux changements climatiques ? L’expérience de l’île de la Réunion*, Aix-en-Provence, DICE éditions, 2018, p. 124.

¹⁷⁸³ Ce mécanisme était une revendication formulée en 2013 à Varsovie, notamment par les petits États insulaires, qui a donc été consacrée par l’Accord de Paris en son article 8(2). Voir également, S. Maljean-Dubois, « Au milieu du gué : le mécanisme de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux changements climatiques », *id.*, p. 128.

¹⁷⁸⁴ *Id.*, p. 134.

¹⁷⁸⁵ S. Lavallée et S. Maljean-Dubois, « L’Accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? », *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁸⁶ *Id.*, p. 23.

formulées par les Parties lors de sa sixième session¹⁷⁸⁷. L'annexe I fixe la « [v]ision commune de l'action concertée à long terme » et reproduit une proposition des Tuvalu qui consiste à faire apparaître la formule suivante : après avoir posé l'obligation de « limiter la hausse des températures à moins de 1,5°C au-dessus du niveau préindustriel », le texte prévoit d'affirmer que « [l]e droit de survie de tous les pays est un *objectif primordial* »¹⁷⁸⁸. Le Lesotho et les Seychelles constataient déjà cela en 2010, lors de la 12^e session du Groupe de travail du Protocole de Kyoto. Le premier arguait que les actuelles « *emission reduction pledges by Annex I Parties will not ensure the right to survival of the Least Developed Countries and Small Island Developing States* », tandis que le second abondait en ce sens¹⁷⁸⁹.

650. Ces revendications, répétées à de multiples reprises¹⁷⁹⁰, n'ont jamais été consacrées dans les décisions des Groupes de travail ni dans celles de la COP – qui pourraient pourtant être mobilisées en tant que droit dérivé pour interpréter le droit primaire¹⁷⁹¹. Au regard de ces éléments et de l'importance que représente l'augmentation de la température au-delà d'1,5 °C pour les petits États insulaires, il est permis de se demander si les engagements contractés ne poursuivent pas l'objectif de garantir leur protection contre l'élévation du niveau de la mer¹⁷⁹².

651. Toutefois, est-il possible d'aller plus loin en reconnaissant à cet objectif une portée normative ? En d'autres termes, la question se pose de savoir si la conservation de l'État ne pourrait pas intervenir dans le cadre de l'interprétation des conventions pertinentes. La pratique

¹⁷⁸⁷ Groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la Convention, « Réorganisation et regroupement d'éléments du texte de négociation révisée – Note du secrétariat », 15/09/2009, FCCC/AWGLCA/2009/INF.2, p. 3, §1.

¹⁷⁸⁸ *Id.*, p. 14, texte trois pour les §§1-22 du texte de négociation révisée. La parenté de cette formule avec les Tuvalu est indiquée dans un autre document du Groupe de travail, « Notes on sources for FCCC/AWGLCA/2009/Inf.1 – Part I », distribué le 14/08/2009, p. 14. Disponible en ligne : [https://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/part1rntsources.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁸⁹ Third World Network, « Deep divisions remain over Kyoto Protocol's survival », 02/06/2010, pp. 3-4 : « [a]t present all Annex I countries' pledges amount to 10-16% below 1990 levels by 2020. This is far short of the 25-40% mentioned in the IPCC report, and further from the 45% necessary for the survival of small island states. The pledges are not consistent with a 2 or 1.5 degree Celsius temperature increase, but are more consistent with a 3.5 degrees increase ». Disponible en ligne :

[https://www.twn.my/title2/climate/news/Bonn06/TWN_bonn6.up05.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁷⁹⁰ Voir un projet de Décision COP20 déposé par les *Like-minded Developing Countries*, FCCC/ADP/2014/CRP.3.

¹⁷⁹¹ CIJ, 31/03/2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, arrêt, *Recueil 2014*, p. 248, §46.

¹⁷⁹² C'est en tout cas ce que défend cette catégorie d'États qui a eu l'occasion d'insister sur la nécessité de participer aux négociations visant à renforcer le système conventionnel de l'Accord de Paris. V. l'intervention des Fidji à la 34^{ème} séance du 15/11/1995 de l'AGNU, A/C.2/50/SR.34, pp. 19-20, §102 : craignant que le Groupe spécial créé pour donner suite au Mandat de Berlin n'accueille aucun petit État insulaire, la délégation des Fidji y voit-là une atteinte à leur droit d'autoconservation : « (...) *some of the delegations had tried to undermine the right of self-preservation of such States by working to frustrate closure of the question of the rules of procedure. Fiji would take all necessary steps to preserve that right and hoped that that issue as well as other procedural matters would be resolved once and for all so that the Ad Hoc Group could focus on the drafting of a protocol* » (la participation à la création d'une règle de droit international, en l'occurrence un protocole, est donc perçue comme un moyen de préserver l'existence des PEID).

étudiée jusqu'ici démontre que si les États sont susceptibles de négocier des règles permettant de préserver leur existence, rien ne les oblige à le faire. Surtout, lorsqu'ils le font, c'est au prix d'un compromis que l'interprétation ne semble pas permettre de dépasser.

Paragraphe 2. Des régimes conventionnels traduisant un équilibre entre les intérêts vitaux des États parties

652. La pratique internationale manifeste un équilibre entre deux pôles de conservation : d'une part, la conservation des États qui émettent la prétention, et d'autre part, celle des États qui en sont les destinataires (2.1.). Cet équilibre est reflété dans le régime des droits négociés, et il semble impossible de le dépasser en favorisant, par exemple, une interprétation qui vise à préserver l'existence des États à l'origine de la prétention (2.2.).

2.1. Des règles consacrant un compromis entre l'État à l'origine de la prétention et ceux qui y donnent suite

653. La pratique confirme que le régime des droits adoptés pour préserver l'existence d'un État tient inévitablement compte des intérêts des autres États. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre l'exemple du droit de transit reconnu aux États géographiquement désavantagés et privés de littoral. Le droit positif élaboré tout au long du XX^{ème} siècle confirme que la conciliation opérée entre les intérêts divergents des États permet d'expliquer le régime profondément ambigu qui en résulte.

654. Si le préambule de la Convention de Barcelone de 1921 reconnaît « qu'il importe de proclamer et de régler le droit de libre transit comme un des meilleurs moyens de développer la coopération entre les États », le Statut qui lui est annexé¹⁷⁹³ ne consacre pas explicitement ce droit. Le premier article du Statut se borne à définir les biens qui doivent être « considérés comme en transit » avant de préciser que « les mesures de réglementation et d'exécution prises par les États contractants, en ce qui concerne les transports effectués à travers les territoires placés sous leur souveraineté ou leur autorité, faciliteront le libre transit, par voie ferrée et par voie d'eau (...) »¹⁷⁹⁴. Les États ont alors l'obligation de *faciliter* le transit, ce qui suppose – timidement certes – l'existence d'une liberté de transit en des termes très généraux – le Statut ne s'appliquant pas aux seuls États sans littoral.

¹⁷⁹³ L'article 1^{er} de la Convention stipule que les parties « déclarent accepter le statut ci-annexé relatif à la Liberté du Transit, adopté par la Conférence de Barcelone, le 14 avril 1921 », *RTSDN*, vol. 7, 1921-1922, n°171, p. 18.

¹⁷⁹⁴ Article 2, *ibid.*

655. Il doit être remarqué que le régime consacré est très proche de celui esquissé par Vattel. L'article 3, par exemple, oblige les parties à ne soumettre « [l]es transports en transit (...) à aucun droit ou taxes spéciales à raison de leur transit »¹⁷⁹⁵. Ce point correspond ainsi à l'impossibilité, chère à Vattel, d'« attacher des conditions onéreuses »¹⁷⁹⁶ au transit. Le lien est d'autant plus frappant que cette obligation n'exclut pas le paiement de droits ou taxes « exclusivement affectés à couvrir les dépenses de surveillance et d'administration qu'imposerait ce transit »¹⁷⁹⁷. En effet, Vattel ne défendait pas l'impossibilité d'imposer certains frais à l'État transitaire. Il s'opposait simplement à l'imposition de tarifs onéreux ou exorbitants qui auraient vidé le droit de transit de tout effet utile.

656. Relevons enfin que le régime prend en compte les intérêts sécuritaires de l'État de transit à l'article 7 du Statut de Barcelone, en lui permettant de déroger aux dispositions conventionnelles « en cas d'événements graves intéressant la sûreté de l'État ou les intérêts vitaux du pays »¹⁷⁹⁸. L'article 7 entreprend de limiter le jeu de cette dérogation en précisant « que le principe de la liberté du transit doit être observé dans toute la mesure du possible ». Ne consacrant cependant qu'une obligation de moyen (« dans la mesure du possible ») et non pas de résultat, ledit article conserve la possibilité, pour l'État de transit, d'assurer sa propre sécurité. L'article doit être interprété non pas comme une interdiction absolue de garantir sa sécurité, mais comme une obligation à la charge de l'État de transit d'agir de bonne foi, de façon proportionnée et de façon à ne pas abuser de l'exercice de ce droit exceptionnel. Il semble dès lors que le cadre conventionnel, quoique reconnaissant timidement la liberté de transit, oblige les parties à offrir aux États de transit certaines garanties de sécurité permettant l'exercice effectif de ce droit.

657. Bien qu'historiquement important, le Statut de Barcelone souffre de nombreuses faiblesses. La principale réside dans le fait qu'il n'a pas vocation à établir « un principe universel établi une fois pour toutes »¹⁷⁹⁹. En outre, la mise en œuvre du droit de transit n'est pas automatique : elle est soumise à la conclusion d'arrangements ultérieurs entre les États parties. Le régime n'en ressortira pas davantage renforcé avec la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, dont l'article 3 stipule que « les États dépourvus de littoral *devraient*

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*

¹⁷⁹⁶ On citait ce passage *supra*, en note, p. 327.

¹⁷⁹⁷ Article 2 de la Convention de Barcelone, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁹⁸ Article 7 du Statut de Barcelone, *RTSdN*, vol. 7, 1921-1922, n°171, p. 28.

¹⁷⁹⁹ Nations Unies, *Droit d'accès des États sans littoral et depuis la mer et liberté de transit : historique de la Partie X, articles 124 à 132 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1988, p. 4, §16.

accéder librement à la mer »¹⁸⁰⁰. En choisissant d'employer le conditionnel plutôt que l'impératif, la Convention établit clairement que l'exercice de ce droit au transit est soumis au consentement préalable de l'État de transit¹⁸⁰¹. Il s'agit encore une fois, selon les termes de la résolution de l'Assemblée générale à l'origine de la Convention, de permettre aux pays sans littoral de jouir « de *facilités* de transit adéquates » aux fins de « favoriser le commerce international »¹⁸⁰². Le régime est semblable à celui élaboré en 1921, à la différence toutefois que la Convention sur la haute mer s'adresse directement aux États sans littoral et non plus à tout État, quelle que soit leur situation géographique. Il s'agit là, toujours selon la résolution de l'Assemblée générale précitée, d'une prise en compte des « *besoins* des États membres qui n'ont pas de littoral »¹⁸⁰³. Cela n'empêche pas l'article 3 alinéa 2 de subordonner l'exécution la liberté de transit à un « commun accord » entre les parties.

658. Insatisfaits du régime en vigueur, les États sans littoral ne seront que très peu à ratifier la Convention de 1958¹⁸⁰⁴. Ils font plutôt le choix d'impulser, au sein de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), la conclusion d'un nouveau traité en 1965¹⁸⁰⁵. Afin de préparer la conclusion de ladite Convention, la CNUCED élabore huit principes qui doivent servir de base aux négociations¹⁸⁰⁶. Le premier affirme que la reconnaissance du droit d'accès à la mer « constitue un principe indispensable pour l'expansion du commerce international et le développement »¹⁸⁰⁷, réitérant par-là le lien qu'entretient la situation géographique particulière de ces États avec leur situation économique. Les principes suivants conditionnent cependant cet accès à une « entente commune » (troisième principe) ainsi qu'à la préservation des « intérêts légitimes de l'État de transit » (cinquième principe). La nouveauté réside dans la volonté d'exclure les avantages octroyés à un État sans littoral du jeu de la clause de la nation la plus favorisée (septième principe), afin de préserver l'exclusivité des droits conventionnellement acquis.

¹⁸⁰⁰ Convention de Genève sur la haute mer, *op. cit.*, art. 3(1), *ibid.*, p. 91.

¹⁸⁰¹ Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 482.

¹⁸⁰² Résolution 1028 (XI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20/02/1957, préambule.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ Nations Unies, *Droit d'accès des États sans littoral et depuis la mer et liberté de transit*, *op. cit.*, §§26-27, p. 8.

¹⁸⁰⁵ Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce de transit des pays sans littoral, fait à New York le 08/07/1965 et entrée en vigueur le 09/06/1967, Nations Unies, *RTNU*, vol. 597, 1967, n°8641, pp. 3-9.

¹⁸⁰⁶ Nations Unies, *Droit d'accès des États sans littoral et depuis la mer et liberté de transit*, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁸⁰⁷ *Id.*, p. 9.

659. La plupart des principes, repris intégralement dans le préambule de la Convention finalement adoptée en 1965¹⁸⁰⁸, figurent également dans ses stipulations : l'article 2 *oblige*, davantage qu'il ne recommande, les États à respecter la liberté de transit. Ledit article stipule en effet que « [l]a liberté de transit *sera* assurée conformément aux dispositions de la présente Convention (...) »¹⁸⁰⁹, l'impératif manifestant la consécration d'une obligation de résultat. On remarque également qu'il n'est plus question de « *faciliter* » la liberté de transit, mais bien d'en permettre absolument la jouissance aux États concernés. L'alinéa suivant relativise toutefois la portée de cette obligation, puisqu'elle est conditionnée à un « commun accord entre les États contractants intéressés » permettant de fixer les « règles relatives à l'utilisation des moyens de transport »¹⁸¹⁰. L'article 3 exclut à nouveau le versement, par l'État transitaire sans littoral, de droits de douane et taxes spéciales, à l'exception des « redevances ayant pour seul but de couvrir les dépenses de surveillance et d'administration qu'imposerait ce transit »¹⁸¹¹.

660. On retrouve, enfin, deux stipulations préservant les « intérêts légitimes » de l'État de transit, mentionnés au cinquième principe précité. Cet État peut à la fois prendre « toute mesure nécessaire pour protéger ses intérêts essentiels en matière de sécurité »¹⁸¹² et déroger à la Convention « en cas d'événements graves mettant en danger son existence politique ou sa sûreté, étant entendu que le principe de la liberté du transit doit être observé dans toute la mesure du possible pendant ladite période »¹⁸¹³. Loin d'être une malheureuse redondance, ces deux articles visent deux situations différentes : la première concerne la possibilité d'adopter, *en toute circonstance*, certaines mesures intéressant la sécurité de l'État de transit ; alors que la seconde n'est relative qu'à certaines *circonstances exceptionnelles* imposant de déroger aux stipulations conventionnelles. En reprenant à l'identique la formule du Statut de Barcelone, il

¹⁸⁰⁸ Convention relative au commerce de transit des États sans littoral, faite à New York le 08/07/1965 et entrée en vigueur le 09/06/1967, in *RTNU*, vol. 597, 1967, n°8641, pp. 43 et 45. Mentionnons rapidement qu'une référence est faite à l'article 55 de la Charte des Nations Unies qui, malgré son libellé beaucoup plus étendu que l'article 23(e) du Pacte de la SdN, semble avoir la même fonction (celle d'impulser la conclusion de certaines conventions internationales) : « [*r*]appelant qu'en vertu de l'Article 55 de la Charte, les Nations Unies sont tenues de favoriser les conditions de progrès économique et la solution des problèmes économiques internationaux », *ibid.*, p. 43. L'article 55 se lit comme suit : « [e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social (...) ».

¹⁸⁰⁹ *Id.*, p. 49.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ *Id.*, p. 51.

¹⁸¹² Article 11 alinéa 4, *id.*, p. 57.

¹⁸¹³ Article 12, *ibid.*

est clair que l'État de transit est seulement obligé à ne pas abuser du droit exceptionnel qui lui est offert.

661. Insuffisamment ratifiée par les États de transit¹⁸¹⁴, la Convention ne présentera que peu d'intérêts pour les États sans littoral. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'après l'annonce de l'organisation, en vertu de la résolution 2750 C (XXV)¹⁸¹⁵, d'une Troisième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer, les États sans littoral décident de plaider leur cause afin d'obtenir un régime plus avantageux. À la revendication traditionnelle relative à l'obligation de faciliter le transit des États sans littoral s'en ajoute une autre : celle de pouvoir exploiter les ressources marines sur un pied d'égalité avec les autres États¹⁸¹⁶. Il n'est pas surprenant que l'accès à la mer ne soit pas seulement destiné au commerce avec d'autres États, mais puisse également être utilisé pour le transport des ressources issues de la pêche. Ce sont donc à partir de ces deux considérations – accès à la mer pour favoriser le commerce international et l'exploitation des ressources marines – que la Convention de Montego Bay a été élaborée. L'article 125 que l'on a déjà mentionné représente certes une victoire pour les États privés de littoral, mais elle cache une solution finalement décevante. D'une part, l'État de transit ne peut certes pas déroger à la Convention lorsque sa sécurité nationale se trouve menacée – sauf à invoquer les règles coutumières consacrant les circonstances excluant l'illicéité. La Convention de Montego Bay présente en effet la particularité de n'admettre aucune clause générale relative à la sécurité nationale¹⁸¹⁷. Son régime précise seulement les mesures qu'un État partie peut adopter à cette fin, ponctuellement et dans certaines circonstances particulières bien définies¹⁸¹⁸. Il pourrait être argué que le silence de la Convention témoigne de l'intention de ne pas permettre à un État d'empêcher le transit sur son territoire pour des considérations de sécurité nationale. À cet égard, relevons que l'article 300 du traité oblige les Parties à « remplir de bonne foi les obligations assumées » et à les exercer « d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit »¹⁸¹⁹. La doctrine n'hésite pas à lire conjointement la partie X de la Convention avec l'article précité afin d'en déduire que l'État de transit ne pourrait pas aller jusqu'à interdire

¹⁸¹⁴ Elle compte, au 9 décembre 2021, 43 États parties.

¹⁸¹⁵ V. le §2 : « [d]écide de convoquer, en 1973, (...) une conférence sur le droit de la mer chargée d'étudier l'établissement d'un régime international équitable (...) ».

¹⁸¹⁶ Déclaration de Kampala, A/CONF.62/23, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, Genève, Nations Unies, §4.

¹⁸¹⁷ À l'exception peut-être de l'article 302 de la CNUDM relatif à la divulgation de renseignements, hors de notre sujet, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸¹⁸ On a par exemple cité, plus tôt, l'article 25 de la CNUDM qui autorise l'État côtier à suspendre le droit de passage inoffensif dans sa mer territoriale « si cette mesure est indispensable pour assurer sa sécurité », *idem.*, p. 13.

¹⁸¹⁹ *Id.*, p. 119.

absolument le transit sur son territoire pour des considérations de sécurité nationale¹⁸²⁰. Pour autant, il faut relever que la Convention reconnaît à cet État le pouvoir de prendre « toutes mesures nécessaires » à la préservation de ses intérêts légitimes¹⁸²¹. Or, rien n'empêche que ces intérêts présentent une nature sécuritaire.

662. D'autre part, les modalités de mise en œuvre demeurent convenues entre les États « par voie d'accords bilatéraux, sous régionaux ou régionaux »¹⁸²². Le fait que cette obligation ne présente aucun caractère auto-exécutoire interroge sa nature : l'État sans littoral jouit-il d'un droit de *demandar* la conclusion d'un tel accord encadrant l'exercice de son droit de transit, ou peut-il *obliger* un État de transit à le conclure ? Formulé différemment, le sujet soulève la question de l'existence d'un droit parfait ou imparfait : « *[t]hey are both legal rights, but perfect rights are enforceable ; imperfect rights generally are not* »¹⁸²³. Lauterpacht relevait en effet la tentation, en doctrine, de qualifier le droit de transit d'imparfait, puisque soumis à la conclusion d'un accord international. Sans avoir à déterminer, pour l'heure, s'il est possible d'obliger un État à conclure un traité que l'une des parties considère nécessaire à la préservation de son existence¹⁸²⁴, il faut remarquer que Lauterpacht arrive à la conclusion que ce droit de transit n'est pas imparfait : « (...) *the transit State is, at the same time, under a legal obligation to give its consent, refusal to negotiate or a wilful frustration of negotiations by the presentation of conditions substantially more onerous than those here referred to approximates as much to a breach of legal obligation as would the refusal to comply with the terms of the transit treaty once conclude* »¹⁸²⁵.

663. Au fur et à mesure que l'histoire se répète de manière circulaire, les juristes seraient contraints de constater qu'il en sera toujours ainsi et qu'aucun droit d'accès à la mer auto-exécutoire ne sera jamais reconnu en faveur des États privés de littoral. C'est probablement pour cette raison que depuis l'adoption de la Convention de Montego Bay, en 1982, les revendications des États privés de littoral ont changé de cadre pour intervenir dans celui du *soft law*¹⁸²⁶. L'enjeu consiste ainsi à « [a]ssurer et favoriser un accès effectif à la mer des pays en

¹⁸²⁰ L. Savadogo, « Statuts juridiques des États sans littoral et des États géographiquement désavantagés », in M. Forteau et J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, op. cit., p. 872.

¹⁸²¹ Article 125 alinéa 3, CNUDM, op. cit., p. 50.

¹⁸²² Article 125 alinéa 2, *ibid.*

¹⁸²³ E. Lauterpacht, « Freedom of Transit in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 44, 1958, p. 347.

¹⁸²⁴ Pour cela, v. *infra*, Chapitre 6, pp. 368-373.

¹⁸²⁵ E. Lauterpacht, « Freedom of Transit in International Law », op. cit., p. 349.

¹⁸²⁶ AGNU, résolution 60/1 du 16 septembre 2005, A/RES/60/1, adoptée à l'issue du Sommet mondial, §64 : reconnaissant « les besoins particuliers des pays en développement sans littoral et les difficultés auxquelles ils font face », l'Assemblée réaffirmait son engagement à « répondre d'urgence à ces besoins et à ces difficultés en veillant

développement sans littoral, à un coût abordable et sans entrave »¹⁸²⁷. Du droit, on glisse aux faits : il s'agit d'assurer l'*effectivité* d'un droit, ce qui n'implique pas, *a priori*, l'élaboration de nouvelles règles de droit international. Cette observation permet en outre de confirmer que la Convention de Montego Bay ne consacre pas un droit d'accès effectif – *i.e.* un droit parfait.

664. Il en va également de même s'agissant du droit d'exploiter la ZEE d'un autre État. Les articles 69 et 70 de la CNUDM précisent que « les conditions et modalités de cette participation sont arrêtées par les États concernés par voie d'accords bilatéraux, sous-régionaux ou régionaux »¹⁸²⁸. À ce premier verrou qui conditionne l'exploitation de la ZEE à la conclusion d'un accord préalable s'en ajoute un second, en vertu duquel les négociations doivent tenir compte des considérations suivantes : « a) de la nécessité d'éviter tous effets préjudiciables aux communautés de pêcheur ou à l'industrie de la pêche des États côtiers » ; « c) de la mesure dans laquelle d'autres États sans littoral ou des États géographiquement désavantagés participent déjà à l'exploitation des ressources biologiques de la ZEE de l'État côtier et de la *nécessité d'éviter d'imposer à tel État côtier ou à telle région de cet État une charge particulièrement lourde* » ; d) « *des besoins alimentaires de la population des États considérés* »¹⁸²⁹.

665. Là encore, ces limites sont le fait des États côtiers souhaitant empêcher qu'un État puisse les dépouiller de leurs ressources maritimes. L'Islande rappelait ainsi, lors de la troisième conférence sur le droit de la mer, être entièrement dépendante de ses ressources biologiques marines – représentant 97% de son exportation mondiale. Elle proposait alors l'adoption d'une résolution rédigée en ces termes : « *[w]here a people is overwhelmingly dependent upon its coastal fisheries for its livelihood or economic development and it becomes necessary to limit the total catch of a stock or stocks of fish in areas adjacent to the coastal fisheries zone, the coastal State shall have preferential right under such limitations to the extent rendered*

à l'application intégrale, rapide et effective du Programme d'action d'Almaty ». Le Programme d'Almaty, adopté en 2003, a vocation à approfondir les négociations avec les États de transit afin, justement, de parvenir à la conclusion d'accords avantageux pour les États sans littoral, v. le §10 du Programme établissant les objectifs poursuivis : « a) de garantir l'accès à la mer et depuis la mer à tous les modes de transport; b) de réduire les coûts et d'améliorer les services pour que les exportations soient plus compétitives; c) de diminuer les coûts de livraison des importations; d) d'analyser le problème des retards et des aléas sur les itinéraires commerciaux; e) de mettre en place un réseau national adéquat; f) de réduire les pertes, les dommages et les avaries qui surviennent en cours de route; g) de favoriser l'essor des exportations; h) d'améliorer la sécurité du transport routier et la sécurité des voyageurs dans les couloirs de transport », *in* « Rapport de la Conférence ministérielle internationale des pays en développement sans littoral et de transit et des pays donateurs et des organismes internationaux de financement et de développement sur la coopération en matière de transport en transit », Almaty (Kazakhstan, 28 et 29 août 2003), A/CONF.202/3, annexe I, p. 13.

¹⁸²⁷ AGNU, résolution 69/137 du 12 décembre 2014, A/RES/69/137, p. 7, §22 a).

¹⁸²⁸ CNUDM, *op. cit.*, art. 69(2) et art. 70(3), pp. 31-32.

¹⁸²⁹ *Ib.* (italiques ajoutés).

necessary by its dependence on the fish »¹⁸³⁰. Lorsque l'Islande a présenté ce projet adopté au sein du troisième Comité mais finalement rejeté en séance plénière¹⁸³¹, elle usait d'un discours que l'on pourrait qualifier de « réaliste ». La délégation estimait en effet que sa position :

« *Was not selfish but merely realistic owing to its geographical position, found it extremely difficult to diversify its economy, and, although experiments with banana and grape production were being carried out, the present international division of labour, whereby it imported the necessities of life in exchange for fisheries products, was obviously to the general advantage. If the survival of a nation was at stake, a departure from the general rule should be authorized* »¹⁸³².

666. Le discours ne pouvait pas être plus explicite : la résolution proposée par l'Islande devait être intégrée dans le droit positif car il en allait de sa survie. Sa consécration conventionnelle était inévitable précisément pour cette raison. Si la proposition devait être rejetée, la matérialisation de la menace existentielle que l'Islande souhaitait éviter aurait justifié de ne plus respecter le droit international. Le régime finalement adopté en 1982 représente un compromis entre ces revendications *a priori* inconciliables. L'article 69, alinéa 4, établit une distinction entre les États développés sans littoral et les États en développement sans littoral : les premiers peuvent uniquement exploiter le surplus des ressources biologiques d'un État côtier afin « de réduire à un minimum les effets préjudiciables aux communautés de pêcheurs ainsi que les perturbations économiques dans les États dont les ressortissants pratiquent habituellement la pêche dans la zone »¹⁸³³. Les seconds, les États en développement sans littoral, échappent à cette obligation¹⁸³⁴. L'on pourrait tracer l'origine de ce traitement spécial, encore une fois, à Vattel : « [s]i un peuple est désolé par la famine, *tous ceux qui ont des vivres de reste* doivent l'assister dans son besoin, *sans toutefois s'exposer eux-mêmes à la disette* »¹⁸³⁵. Le propos souligné traduit la même idée que celle de l'article 69 de la Convention de Montego Bay, l'État développé pouvant uniquement exploiter les *surplus* – les « restes » – des ressources biologiques d'une zone économique d'un État côtier.

¹⁸³⁰ Cité par S. Oda, « The 1958 Geneva Convention on the Fisheries : Its Immaturities », *Die Friedens-Warte*, vol. 55, 1959-1960, p. 333.

¹⁸³¹ *United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records*, vol. II, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸³² *United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Volume V (Third Committee (High Seas Fishing Conservation of Living Resources))*, Genève, Nations Unies, 1958, §38, p. 118 (intervention lors de la 39^{ème} séance du 21/04/1958 au sein du troisième Comité, souligné ajouté).

¹⁸³³ Article 69 alinéa 4, CNUDM, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸³⁴ Article 69 alinéa 3, CNUDM, *id.*, p. 31.

¹⁸³⁵ J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, Tome IV, Chapitre II de la troisième partie, §VI, p. 472 (italiques et souligné ajoutés). V. ég. P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, *op. cit.*, Tome I, Chapitre II de la première partie, point 231, p. 376

667. On pourrait penser qu'en accordant un statut particulier au profit des États en développement sans littoral, les États parties ont choisi de primer la conservation de cette catégorie d'État sur celle des États côtiers. Ce serait méconnaître l'article 71 de la Convention de 1982 qui prévoit la non-application, entre autres, des articles 69 et 70 précités « aux États côtiers dont l'économie est très lourdement tributaire de l'exploitation des ressources biologiques de leur zone économique exclusive »¹⁸³⁶. Ce passage consacre formellement la limite identifiée par Vattel plus haut : un État ne peut pas risquer de s'exposer « à la disette » en laissant d'autres États exploiter et piller ses ressources naturelles. Plus encore, l'article 71 reprend la revendication islandaise en protégeant l'État « *overwhelmingly dependent* » (« lourdement tributaire » dans le texte français). Un commentateur a observé que la notion n'étant pas définie, il est apparu au cours des débats que « *such dependence must extend to the entire coastal State and not merely a province or a selected region* »¹⁸³⁷. L'auteur appuie son interprétation en relevant le rejet d'une proposition du groupe des États côtiers qui souhaitait justement restreindre le concept de dépendance à une « partie » de l'État côtier¹⁸³⁸. L'accent a donc été mis en faveur d'un certain degré de gravité, démontrant que l'article 71 est destiné à empêcher qu'une menace existentielle – parce qu'affectant l'ensemble de l'État – puisse se matérialiser.

668. Serait-il néanmoins possible de dépasser le compromis ainsi obtenu en insistant sur l'objet et but des règles négociées, à savoir la préservation des États à l'origine des prétentions normatives ?

2.2. Le recours à l'interprétation pour dépasser le compromis obtenu

669. La Convention de Vienne sur le droit des traités rappelle justement ce point lorsqu'elle précise que l'interprétation s'opère « 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 »¹⁸³⁹. On a déjà eu l'occasion de relever que la CIJ, dans son avis de 1996, interprétait le droit de légitime défense à la lumière de son objet et but, à savoir la garantie de la survie des États¹⁸⁴⁰. Ainsi, suffirait-il que les États soient confrontés à une impasse dans lequel « l'état actuel du droit

¹⁸³⁶ Article 71, CNUDM, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸³⁷ M. H. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. 2, *op. cit.*, 772.

¹⁸³⁸ *Ib.*

¹⁸³⁹ CVDT, article 31(1), *op. cit.*, p. 362.

¹⁸⁴⁰ V. le Chapitre 4 de la thèse, section 2.

international »¹⁸⁴¹ ne leur permettrait pas de surmonter une menace existentielle pour que cette « circonstance extrême » intervienne dans l'interprétation et l'application du droit applicable ? S'il est plus aisé de l'envisager pour un droit qui intéresse immédiatement la conservation de l'État, à savoir le droit de légitime défense, un tel raisonnement est difficile à étendre au-delà de cette circonstance particulière.

670. Prêtons-nous toutefois à un tel exercice, notamment après avoir remarqué que diverses obligations internationales ont justement été négociées avec un objectif clair : donner à certains États les moyens de préserver leur existence. L'hypothèse envisagée n'est pas purement théorique, tout au contraire. Au regard de la faiblesse des règles relevant du droit international des changements climatiques, les États insulaires ont de nombreuses fois envisagé de saisir les juridictions internationales, soit pour engager la responsabilité internationale des principaux États pollueurs, soit pour obtenir un avis consultatif relativement aux moyens juridiques dont ils disposent pour préserver leur existence¹⁸⁴². En 2018, le Vanuatu soutenait qu'une action contentieuse était un moyen de faire valoir son « droit à la survie »¹⁸⁴³. De même, les Tuvalu et Antigua-et-Barbuda ont conclu un Accord établissant la *Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* afin de saisir le Tribunal international du droit de la mer d'un avis consultatif sur les obligations des États en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁸⁴⁴. L'Accord commence immédiatement par rappeler, dans son préambule, que les États parties sont alarmés « *by the catastrophic effects of climate change which threaten the survival of Small Island States, and, in some cases, their very existence* »¹⁸⁴⁵. Enfin, l'AGNU a récemment adopté une résolution demandant à la CIJ de rendre un avis consultatif sur la question suivante, conformément à l'article 96 de la Charte :

« Eu égard en particulier à la Charte des Nations Unies, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux

¹⁸⁴¹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, p. 266, §105(2)(E) : la Cour précise au second alinéa avoir rendu sa solution « [a]u vu de l'état actuel du droit international ».

¹⁸⁴² B. Mayer, « International Advisory Proceedings on Climate Change », *Michigan Journal of International Law*, vol. 44, 2023, à paraître. La version non éditée est disponible en ligne, v. p. 7 de cette version : [<https://benoitmayer.com/wp-content/uploads/2022/04/International-advisory-proceedings-on-climate-change.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁴³ RFI, « Vanuatu moves to sue biggest polluters over climate change », publié le 22/11/2018. Disponible en ligne : [<https://www.rfi.fr/en/asia-pacific/20181122-vanuatu-moves-sue-biggest-polluters-over-climate-change>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁴⁴ Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, conclu à Edinbourg le 31/10/2021 et entré en vigueur le jour même. Disponible en ligne : [<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002805c2ace>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁴⁵ *Id.*, p. 4 du document.

et culturels, à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, à l'Accord de Paris, à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à l'obligation de diligence requise [etc.] (...) :

(...) b) Quelles sont, au regard de ces obligations, les conséquences juridiques pour les États qui, par leurs actions ou omissions, ont causé des dommages significatifs au système climatique et à d'autres composantes de l'environnement, à l'égard

i) Des États, y compris, en particulier, des petits États insulaires en développement, qui, de par leur situation géographique et leur niveau de développement sont lésés ou spécialement atteints par les effets néfastes des changements climatiques ou sont particulièrement vulnérables face à ces effets ? »¹⁸⁴⁶

671. Alors que ces recours envisagent l'application d'un *corpus* juridique aussi large que celui qui était mobilisé devant la CIJ en 1996 et que l'enjeu sous-jacent la question posée à chacune des juridictions est véritablement existentiel, l'avenir ne devrait-il pas réserver un regain d'actualité du « droit fondamental qu'a tout État à la survie » ? C'est du moins ce que semblait suggérer une déclaration formulée par le Costa Rica qui présentait la demande d'avis consultatif comme un moyen de « clarifier ce qui se passe dans le cas de l'éventuelle 'mort d'un État' en raison de la perte de territoire due aux changements climatiques »¹⁸⁴⁷. Toutefois, la délégation ajoutait également que l'avis permettrait de « déterminer si les engagements des nations en vertu de l'Accord de Paris sont suffisamment forts » et « d'établir un langage commun pour faciliter des engagements plus ambitieux des États dans les futures négociations sur le climat »¹⁸⁴⁸. Ainsi, l'avis ne devrait pas être l'occasion de *transformer* l'étendue des obligations contractées par les États à l'aune d'un « droit à la survie » que les petits États insulaires invoquent pourtant. La Cour pourrait simplement avoir pour mission de préciser la teneur de ces obligations afin d'orienter les négociations.

672. Il faut néanmoins comprendre l'objet de l'entreprise initiée par le Vanuatu et ses alliés : confrontés à la difficulté d'obtenir la création des règles qu'ils estiment nécessaires à la protection de leur territoire et de leur population, les États insulaires ont recours à l'interprétation dans l'espoir d'instiguer le développement progressif du droit international tout

¹⁸⁴⁶ AGNU, résolution adoptée le 29/03/2023, « Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les obligations des États à l'égard des changements climatiques », A/RES/77/276.

¹⁸⁴⁷ V. les débats qui se sont tenus lors des 64 et 65^{ème} séances plénières du 29/03/2023, AG/12497, rapporté sur le site officiel de l'ONU, en ligne :

[<https://press.un.org/fr/2023/ag12497.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁴⁸ *Ib.*

en contournant les mécanismes classiques d'amendement. Le mandat du Groupe d'étude de la CDI sur l'élévation du niveau de la mer, par exemple, lui interdit de proposer une quelconque *modification* du droit en vigueur¹⁸⁴⁹. C'est certainement pour cette raison que la première note thématique, relative au droit de la mer et à la délimitation des espaces maritimes, se contente d'*interpréter* la Convention des Nations Unies sur le droit la mer afin de démontrer son adaptabilité¹⁸⁵⁰. En est-il de même pour le droit international des changements climatiques ?

673. À condition que la question susceptible d'être posée à la CIJ porte sur cette branche du droit, l'avis consisterait vraisemblablement en un exercice d'interprétation des obligations mobilisées, puisque l'on sait que la Cour refuse naturellement de légiférer en lieu et place des États¹⁸⁵¹. Si l'interprétation – notamment évolutive¹⁸⁵² – démontre effectivement la flexibilité du droit international, de nombreuses limites encadrent ce potentiel évolutif et rappellent que cela doit nécessairement s'opérer *dans* le cadre normatif posé par les textes. En d'autres termes, la « circonstance extrême dans laquelle la survie même de l'État serait en cause » n'a pas pour effet immédiat de transformer la nature ou la portée des règles juridiques. À propos de la notion d'objet et but par exemple, le tribunal irano-américain a justement relevé qu'elle ne doit pas être considérée « *in isolation from the terms of the treaty ; it is intrinsic to its text* », ce qui suppose d'y recourir uniquement pour clarifier le texte et non pas pour procurer « *independent sources of meaning that contradict the clear text* »¹⁸⁵³.

674. Enfin, il est périlleux de suggérer que les règles qui sont le produit des revendications des États insulaires auraient pour unique objet et but la préservation de leur existence. Les prétentions susmentionnées démontrent certes que les obligations ont été contractées par les États insulaires pour préserver leur existence et celle de leur population, mais il est difficile de soutenir que cette perception était partagée par l'ensemble des États parties. Ces derniers ont d'ailleurs toujours pris soin de n'offrir aucune garantie spécifique et précise aux États insulaires et on comprend mal comment l'interprétation, même à l'aune de cette circonstance relative à la survie, permettrait de dépasser ce constat. De manière plus générale, le régime issu de l'Accord

¹⁸⁴⁹ CDI, *Rapport de la CDI, soixante-dixième session (30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018)*, Supplément n°10, A/73/10, p. 355, §14.

¹⁸⁵⁰ B. Aurescu et N. Oral, « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », A/CN.4/740, p. 30, §78.

¹⁸⁵¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, avis, 08/07/1996, *op. cit.*, p. 237, §18.

¹⁸⁵² Sur la technique de l'interprétation évolutive, v. D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, pp. 207-215, spéc. p. 208 : « faut-il pour interpréter un ensemble de signes se référer au sens qu'on peut leur prêter au jour de la naissance de l'acte ou du comportement ou au sens qu'on peut leur donner au moment où intervient l'interprétation ? ». L'interprétation évolutive désigne cette seconde hypothèse.

¹⁸⁵³ Cité par O. Dörr, « Article 31 – General rule of interpretation », in O. Dörr et K. Schmalenbach (dir.), *Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary*, 2nd éd., Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 2018, p. 587.

de Paris reflète un compromis entre les États pollueurs et les États insulaires, par exemple. Ce compromis a été déterminant pour le succès de la convention et sa ratification. Remettre en cause ce compromis par le biais de l'interprétation pourrait avoir l'effet inverse que celui recherché par les PEID et provoquer le désengagement des États pollueurs.

675. Ainsi, un avis rendu par la Cour se contenterait de déterminer la nature de l'obligation relative à la limitation de l'augmentation des températures et celle relative à la mise en œuvre du mécanisme de Varsovie. Dans cette perspective, la Cour pourrait aboutir à une conclusion semblable à celle qu'elle a retenue à propos de l'article VI du traité de non-prolifération, relatif à l'obligation de négocier le désarmement nucléaire¹⁸⁵⁴ : « [l]a portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement ; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis (...) par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière »¹⁸⁵⁵. Si l'Accord de Paris ne parle jamais de « négociation », ses articles 2 et 8 pourraient être interprétés comme des obligations de résultat dont la situation particulièrement pressante des petits États insulaires imposerait aux parties de s'y conformer plus rapidement. Un résultat de cette nature ne serait pour autant pas satisfaisant pour les PEID, ces derniers souhaitant obtenir des moyens concrets et immédiats pour préserver leur existence. Cela permettrait malgré tout d'ajouter un argument à l'appui de leurs revendications et, pourquoi pas, ouvrir la voie contentieuse.

676. Quoi qu'il en soit, l'interprétation du droit international du climat à l'aune d'un objet et but supposé – la survie des États insulaires – ne constitue qu'un exemple. On a relevé plus tôt que les recours formés devant le TIDM et la CIJ pourraient mobiliser davantage de régimes juridiques. Si l'on en croit la requête d'avis consultatif introduite en décembre 2022 par la Commission susmentionnée¹⁸⁵⁶, le Tribunal pourrait être appelé à se prononcer sur les obligations des États en vertu de la partie XII de la CNUDM, relative à la protection et à la préservation du milieu marin¹⁸⁵⁷. La CIJ, quant à elle, pourrait avoir à se prononcer sur les obligations des États en vertu du droit international des droits de l'homme, en des termes similaires que l'avis rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme lorsqu'elle a

¹⁸⁵⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, pp. 263-264, §99.

¹⁸⁵⁵ *Id.*, p. 264.

¹⁸⁵⁶ Disponible en ligne :

[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf] (consulté le 14/06/2023)..

¹⁸⁵⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *RTNU*, vol. 1834A, 1994, n°31363, pp. 82-98.

identifié le droit à un environnement sain à partir de considérations relatives au droit individuel à la vie¹⁸⁵⁸.

677. Il est important de noter que la portée de cette « circonstance extrême (...) où la survie même de l'État est en cause » ne devrait pas être surestimée, étant donné qu'on ne peut pas prédire avec certitude ses conséquences. Rappelons d'abord qu'elle n'a pas permis à la CIJ de retenir une solution définitive et qu'elle ne semble pas non plus justifier la *transformation* des obligations conventionnelles et coutumières interprétées par la juridiction. Autrement dit, il existe une différence entre affirmer qu'une règle *particulière* ne peut remettre en cause la survie d'un État et en déduire que *toutes* les règles doivent être interprétées de telle manière à protéger ou garantir cette survie. C'est pour cette raison que les régimes juridiques susceptibles d'être mobilisés par les PEID seront certainement ceux qui incluent déjà cette « circonstance » factuelle relative à leur survie – *i.e.* le droit international du climat, la préservation de l'environnement marin ou encore les droits de l'homme. Et cela, sans toutefois réussir à modifier l'étendue des obligations contractées par les États tiers en faveur d'autres États menacés dans leur existence.

Conclusion du Chapitre 5

678. Dans l'ensemble, les revendications relatives à la zone économique exclusive, au plateau continental, aux baies historiques, à la zone contiguë ou plus simplement à l'extension de la mer territoriale n'ont pas immédiatement été consacrées en droit positif. La pratique initiée après la Seconde Guerre mondiale a néanmoins progressivement gagné en importance¹⁸⁵⁹, de telle manière que « les États dont le territoire touche à la mer ont, par une combinaison de moyens différents, étendu leur emprise sur d'immenses étendues, *chacun pour soi mais finalement avec l'accord des autres* »¹⁸⁶⁰. La pratique démontre ainsi la force des comportements unilatéraux des États en droit international, puisqu'ils ont contribué

¹⁸⁵⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, 15/11/2017, *State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity : interpretation and scope of articles 4(1) and 5(1) in relation to articles 1(1) and 2 of the american convention on human rights*, avis consultatif OC-23/17, pp. 24-32. Disponible en ligne :

[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁵⁹ Pour des motifs liés à la préservation de l'État, on l'a vu. V. ég. H. Tuerk, « The Landlocked States and the Law of the Sea », *RBDI* 2007/1, pp. 98-99 : « [t]his movement [of extension of national jurisdiction over maritime areas] (...) was said to be prompted by increased nutritional needs of coastal State populations, (...) increasing energy needs and coastal States' desire to protect their national security as well as their marine scientific knowledge, perceived as a national wealth ».

¹⁸⁶⁰ J. Combacau, « L'extension vers le large de l'emprise étatique », in M. Forteau et J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, p. 333 (italiques ajoutées).

« directement au processus (...) de formation et de transformation des règles coutumières »¹⁸⁶¹ tout comme leurs effets se sont illustrés « dans le cadre de la création et l'évolution des règles conventionnelles »¹⁸⁶².

679. En reliant ces prétentions à la préservation de leur existence, les États ont certainement accéléré la conclusion de ces règles conventionnelles ou la formation de ces règles coutumières. Comme le relevait René-Jean Dupuy à propos de la coutume « sauvage » : « [I]a conscience du péril, non seulement précède le respect effectif de la règle, mais il finit par l'imposer à l'*opinio necessitatis* du monde. Ainsi se produit un recours assez inattendu à la coutume pour lancer un S.O.S. »¹⁸⁶³. La conservation de l'État exerce alors une emprise sur le droit international, cette fois sous l'angle de la création de ses règles.

680. Toutefois, malgré l'importance des enjeux liés aux prétentions fondées sur la « conservation de soi », il n'a pas été possible de conclure qu'un État obtient la consécration de toutes les règles qu'il estime nécessaires à la préservation de son existence. Même lorsque cette règle est négociée par les États, les considérations relatives à la survie de l'une des parties disparaissent de son libellé. Si les négociations ont pu démontrer que l'objet et but de l'obligation contractée était la préservation de l'existence d'un ou plusieurs État(s) partie(s), cette considération permet difficilement de transformer l'étendue de l'engagement négocié. L'engagement exprimé traduit un équilibre entre les intérêts des parties qui ne peut pas être altéré par l'interprétation, même si cela devait assurer la survie d'une des parties. De cette manière, même pour les règles qui sont le produit de l'emprise exercée par la conservation de l'État sur le droit international, ce dernier exerce également une emprise sur la « conservation de soi ».

681. Le parallélisme des formes imposerait, à première vue, d'arriver à une conclusion similaire quant au rôle de la conservation de l'État tant dans la contestation que dans la création des règles juridiques du droit international. Le chapitre suivant se propose de vérifier le bien-fondé d'une telle assertion.

¹⁸⁶¹ D.-S. Robin, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue le 03/12/2018, p. 3, §4. L'auteur fait d'ailleurs référence, dans ce cadre, au droit de la mer.

¹⁸⁶² *Id.*, p. 3, §5.

¹⁸⁶³ *Id.*, p. 86.

Chapitre 6. Conservation de l'État et contestation du droit international

682. L'expression « contestation du droit international » doit être interprétée selon les mots du P^f Combacau : « [n]on pas, sans doute, de la contestation du droit international lui-même, de la négation de son existence (...); seulement de la contestation à l'intérieur du droit international, une fois admis qu'il existe bien un être qui (...) s'appelle ainsi (...) »¹⁸⁶⁴. Dans ce cadre, l'autopréservation vise à reconnaître aux États un pouvoir souverain qui leur permettrait de réviser ou de dénoncer une règle juridique (**section 2**). Cependant, le rôle de l'autoconservation ne se limite pas à cela. Cette notion a également été mobilisée pour refuser à un État ou à une organisation internationale qu'il ou elle puisse exercer une compétence souveraine ou souverainement dévolue (**section 1**).

Section 1. Contestations de l'exercice d'une compétence souveraine ou souverainement dévolue

683. En droit international, la souveraineté confère à l'État le pouvoir d'exercer sa compétence exclusive sur son territoire, comme on l'a vu dans la première partie¹⁸⁶⁵. Cependant, qu'en est-il lorsque l'exercice de la souveraineté menace l'existence d'autres États ? Dans de telles hypothèses, les États contestent parfois le fait qu'un État entende exercer sa souveraineté comme il l'entend, c'est-à-dire librement. Ces prétentions visent essentiellement à limiter la souveraineté d'un État en établissant implicitement l'obligation de ne pas mettre en danger l'existence d'autres États dans l'exercice de sa souveraineté (**Paragraphe 1**). De même, il peut arriver que des États membres d'une organisation internationale refusent que celle-ci exerce des compétences qui lui ont été dévolues, notamment parce que cela menacerait leur existence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'obligation de ne pas menacer l'existence des États voisins dans l'exercice de la souveraineté

684. Si l'on a déjà relevé que la coexistence des entités souveraines obligeait les États à n'exercer qu'une liberté souveraine *relative*, dans le respect de la souveraineté des autres États, serait-il possible de pousser le raisonnement plus loin et de contester qu'un État puisse exercer sa souveraineté lorsqu'elle menace l'existence d'un autre État ? La pratique fourmille d'occurrences dans lesquelles les États ont entrepris de démontrer qu'un autre État ne pouvait

¹⁸⁶⁴ J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *op. cit.*, p. 109.

¹⁸⁶⁵ V. le Titre 1 de la première partie de la thèse.

tout simplement pas exercer l'un de ses droits inhérents lorsque cela menaçait leur existence (1.1.). Pour autant, ces prétentions ne peuvent pas obliger les États à quoi que ce soit en l'absence d'une obligation de négocier opposable par l'État à l'origine de la prétention (1.2.).

1.1. Négation de certaines prérogatives souveraines dont l'exercice menacerait l'existence des États voisins

685. Le premier exemple, à cet égard, porte sur le droit qu'aurait un État d'empêcher l'un de ses voisins de conclure certains traités d'alliance (a). Plus généralement, le second exemple porte sur l'utilisation que fait un État de son territoire, lorsqu'il autorise par exemple un autre État à établir des bases militaires, celles-ci étant susceptibles de menacer la sécurité de ses voisins (b).

a. La conservation de l'État, motif de contestation d'une alliance défensive

686. Il a été relevé plus tôt que le droit de conclure des traités d'alliance était une conséquence du droit d'autoconservation et du droit de légitime défense¹⁸⁶⁶. Il est étonnant que la possibilité de contester la conclusion d'une alliance militaire n'ait jamais été envisagée au sein de la théorie des droits fondamentaux étatiques, alors même que les auteurs s'intéressaient à la situation où un État faisait l'acquisition d'un nombre important d'armes, de nature à inquiéter les pays frontaliers. Cette inquiétude, selon les internationalistes classiques, était renforcée par l'accumulation de troupes aux frontières qui ouvrait le droit « d'obtenir des explications », voire de déclencher une guerre dans le cas où ces explications étaient peu convaincantes¹⁸⁶⁷. Lorsque Cuba a décidé d'édifier, sur son territoire, des rampes de lancement soviétiques après avoir fait l'acquisition de missiles auprès de l'URSS, les États-Unis semblaient avoir réagi selon les préceptes des internationalistes classiques. On sait qu'en réaction au déploiement de ces missiles, les États-Unis ont violé l'espace aérien cubain afin de surveiller l'évolution de la situation sur le terrain. Ils ont également mis en place un *blocus* – ou une « quarantaine » selon les États-Unis – empêchant la livraison des biens militaires à Cuba¹⁸⁶⁸. Les missiles déployés,

¹⁸⁶⁶ V. le Chapitre 2 de la thèse, pp. 126 et s.

¹⁸⁶⁷ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, op. cit., Tome I, p. 415. V. ég., A. Mérignac, *Traité de Droit public international*, vol. I, op. cit., p. 241.

¹⁸⁶⁸ Q. Wright, « The Cuban Quarantine », *AJIL*, vol. 57(3), 1963, pp. 547-548. Les États-Unis indiquaient d'ailleurs agir « in the defence of our own security », v. B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1966, cité p. 188.

opportunément qualifiés d'offensifs¹⁸⁶⁹, étaient considérés comme une menace de recours à la force ainsi qu'une menace pour la paix et la sécurité internationales.

687. La position de l'ancien secrétaire d'État Dean Acheson est bien connue de la doctrine¹⁸⁷⁰, puisqu'elle avait vocation à nier que le droit ait pu jouer un rôle quelconque à un moment où la survie des États-Unis était, selon eux, en jeu¹⁸⁷¹. Soutenus par une partie de la doctrine¹⁸⁷², les États-Unis considéraient en effet que la situation à Cuba constituait une menace existentielle en raison du climat géopolitique dans lequel elle était inscrite – *i.e.* la guerre froide. À l'inverse, le conseiller juridique des États-Unis au moment des faits, Abram Chayes, considérait qu'en pratique « *lawyers were clearly involved in their professional capacity from the very early stages of decision-making* » et qu'en conséquence « *[l]egal analysis was significant, not determinative, but significant among the considerations bearing on the basic action decision* »¹⁸⁷³. Cela est clairement manifeste dans la conduite étatsunienne qui n'a eu de cesse d'être justifiée au moyen d'un discours juridique sur lequel il ne convient pas de revenir¹⁸⁷⁴. En réalité, les considérations relatives à la survie de l'État n'étaient jamais présentées dans le discours adopté par les États-Unis comme un moyen juridique autonome, mais plutôt comme un argument persuasif visant à encourager l'URSS à conclure un accord régissant le retrait des armes. Après avoir obtenu l'engagement des États-Unis de ne pas envahir Cuba, l'URSS a accepté de retirer les armes au cours du mois d'octobre 1962¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁶⁹ Aucun critère ne permet en réalité de distinguer une arme de cette nature d'une arme défensive, Q. Wright, « The Cuban Quarantine », *id.*, p. 551 : l'auteur remarque que tout dépend de l'utilisation qu'un État souhaite faire d'une arme, puisque toutes les armes peuvent servir à agresser un autre État ou à se défendre.

¹⁸⁷⁰ M. Kohen, « The notion of state survival in international law », *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁷¹ Q. Wright, A. Chayes et D. Acheson, « The Cuban Quarantine », *Proceedings of the ASIL at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963, p. 14 : « *I cannot believe that there are principles of law that say we must accept destruction of our way of life. (...) No law can destroy the state creating the law. The survival of states is not a matter of law* ».

¹⁸⁷² Proposant une conception extensive du droit de légitime défense, la même que celle exposée dans le titre précédent, v. M. S. McDougal, « The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense », *AJIL*, vol. 57(3), pp. 597-598 (où l'auteur appuie sa démonstration sur un droit coutumier de légitime défense influençant l'interprétation de l'actuel article 51 de la Charte).

¹⁸⁷³ Q. Wright, A. Chayes et D. Acheson, « The Cuban Quarantine », *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁷⁴ Q. Wright, « The Cuban Quarantine », *op. cit.*, pp. 553-563. Plusieurs arguments étaient : l'un consistait à démontrer la caractère pacifique du *blocus* ; un autre tentait de démontrer que les États-Unis ne violaient pas l'article 2(4) de la Charte puisqu'ils n'avaient pas l'intention de violer l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de Cuba ; un autre argument voulait appuyer la licéité de l'action entreprise sur l'article 53 de la Charte des Nations Unies et les obligations des États-Unis en vertu du traité de Rio ; enfin, le dernier argument portait sur l'exercice du droit de légitime défense.

¹⁸⁷⁵ « Message From President Kennedy to Chairman Khrushchev », le 15/11/1962 : « *[y]ou agreed to remove the weapons systems we described as offensive and with suitable safeguards to halt the further introduction of such weapons into Cuba. On our side, we undertook to agree to remove the quarantine measures in effect and to give assurances against an invasion of Cuba* ». Disponible en ligne : [https://avalon.law.yale.edu/20th_century/msc_cuba181.asp] (consulté le 14/06/2023).

688. Serait-il envisageable de généraliser l'exemple que l'on vient de mentionner à une situation dans laquelle un État tenterait d'empêcher un autre État de conclure un traité d'alliance ? Afin de répondre, il convient une fois encore de se rapprocher d'un autre exemple, cette fois plus récent que la crise des missiles de Cuba. Le différend opposant la Russie à l'Ukraine depuis 2014 offre une manifestation particulièrement importante de la rhétorique destinée à empêcher un État – en l'occurrence l'Ukraine – de conclure de tels traités au motif qu'ils menaceraient l'existence de son voisin – la Russie. Arguant que la possible adhésion de l'Ukraine à l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) constituait une menace existentielle, la Russie a récemment prononcé une déclaration exposant les motifs de ce qu'elle qualifie de simple « opération militaire spéciale dans le Donbass ». En déclenchant la guerre contre l'Ukraine, le Président Vladimir Poutine déclare avoir l'intention de garantir l'existence de son État en empêchant l'adhésion du premier à l'OTAN. En raison de la violation alléguée d'un prétendu principe de « non-expansion de l'OTAN » en Europe de l'Est, la Russie disait avoir été contrainte d'intervenir en Ukraine pour en assurer le respect¹⁸⁷⁶. Ainsi, le Président a déclaré en février 2022 :

« Le problème est que dans les territoires adjacents à la Russie, (...) une 'anti-Russie' hostile prend forme. Entièrement contrôlée de l'extérieur, elle fait tout pour attirer les forces armées de l'OTAN et obtenir des armes de pointe. Pour les États-Unis et leurs alliés, il s'agit d'une politique d'endiguement de la Russie, dont les dividendes géopolitiques sont évidents. *Pour notre pays, c'est une question de vie ou de mort, une question d'avenir historique en tant que nation. Il ne s'agit pas d'une exagération, mais d'un fait. Il s'agit non seulement d'une menace très réelle pour nos intérêts, mais aussi pour l'existence même de notre État et pour sa souveraineté. C'est la ligne rouge dont nous avons parlé à de nombreuses reprises. Ils l'ont franchie* »¹⁸⁷⁷.

689. Ce cas est particulièrement riche d'enseignements, puisqu'il vise la situation où un État se sent menacé dans son existence en raison des alliances conclues par ses voisins. La réaction des membres des Nations Unies après l'invasion de l'Ukraine permet d'apporter quelques éléments de réponse quant à la licéité d'un tel comportement. Relevons d'abord que dans une lettre du 28 janvier 2022, quelques semaines précédant l'invasion, l'Ukraine a transmis un appel de la *Verkhovna Rada* – le parlement ukrainien – affirmant « le droit *inaliénable* de l'Ukraine,

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷⁷ Trad. in *Reflets*, « Ukraine : comment Poutine justifie la guerre », 25/02/2022. Disponible en ligne : [<https://reflets.info/articles/ukraine-comment-poutine-justifie-la-guerre>] (consulté le 14/06/2023).

État souverain, de déterminer en toute indépendance sa participation aux alliances internationales dans les domaines politique et économique et dans celui de la sécurité »¹⁸⁷⁸. Il n'était pas fait référence, il est vrai, au droit de conservation. Le caractère inaliénable du droit revendiqué par l'Ukraine a toutefois été mobilisé pour contester le pouvoir de la Russie d'entraver l'exercice d'une prérogative souveraine, même en vertu d'un prétendu droit à l'existence de ce dernier¹⁸⁷⁹.

690. À l'inverse de la prétention russe, c'est l'agression entreprise en février 2022 qui a été qualifiée par le Président Joe Biden d'attaque directe au droit à l'existence de l'Ukraine¹⁸⁸⁰. D'autres membres des Nations Unies ont opéré le même constat lors des 58 et 59^{ème} séances de l'Assemblée générale, le 23 février 2022¹⁸⁸¹. Le ministre des Affaires étrangères de l'Ukraine, tout d'abord, a considéré que le Président Vladimir Poutine avait « *outright denied Ukraine's right to exist* »¹⁸⁸². Le ministère des Affaires étrangères et fédérales allemand a ajouté que le « *President of a United Nations Member State has called into question the statehood of a fellow Member State, asking what that action means for a State's right to exist (...)* »¹⁸⁸³. Le délégué

¹⁸⁷⁸ « Appel de la Verkhovna Rada adressé à l'Organisation des Nations Unies, au Parlement européen, aux gouvernements et aux parlements des États étrangers et aux assemblées parlementaires des organisations internationales concernant le caractère inacceptable du chantage militaire exercé par la Fédération de Russie à l'endroit de l'Ukraine afin d'empêcher la concrétisation des aspirations européennes et euroatlantiques de ce pays », annexe à la lettre datée du 28 janvier 2022, S/2022/67 ou A/76/670, p. 2 (italiques ajoutés).

¹⁸⁷⁹ V. l'intervention de la délégation irlandaise lors de la 9069^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 21/06/2022, S/PV.9069, p. 18 : « [l]es accusations de génocide portées par la Russie contre l'Ukraine étaient, et sont, parfaitement fausses, de la même façon que rien n'étaye la tentative de présenter l'Ukraine comme une menace existentielle pour la Russie. Ces arguments fallacieux ne sauraient justifier la prétendue riposte préventive par la Russie contre l'Ukraine ». V. ég. l'intervention slovaque, *idem*, p. 33.

¹⁸⁸⁰ « Remarks by President Biden Announcing Response to Russian Actions in Ukraine », 22/02/2022, disponible en ligne :

[<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/02/22/remarks-by-president-biden-announcing-response-to-russian-actions-in-ukraine/>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁸¹ United Nations, « Minsk Accords Have Been in 'Intensive Care', Secretary-General Notes, as General Assembly Discusses Eastern Ukraine Developments », 23/02/2022, disponible en ligne :

[<https://www.un.org/press/en/2022/ga12403.doc.htm>] (consulté le 14/06/2023).

Il faut expliquer notre choix de se tourner vers le compte-rendu rédigé en anglais et non pas en français. En anglais, le rapport cite directement les déclarations des États membres, alors qu'en français il s'agit principalement de reformulations. Surtout, la version française ne mentionne aucunement la mobilisation du « droit à l'existence » de l'Ukraine, ainsi qu'on le verra.

¹⁸⁸² *Ibid.* V. ég. la « [d]éclaration de la Verkhovna Rada d'Ukraine (Parlement ukrainien) sur le génocide commis par la Fédération de Russie en Ukraine », annexe à la lettre datée du 20 avril 2022, A/76/812 ou S/2022/337, p. 2 : « politique officielle de l'État russe de négation du droit de la nation ukrainienne à décider elle-même de sa propre identité, de son droit à l'autodétermination et, par conséquent, de son droit à l'existence (...) ».

¹⁸⁸³ United Nations, « Minsk Accords Have Been in 'Intensive Care', Secretary-General Notes, as General Assembly Discusses Eastern Ukraine Developments », *op. cit.* V. aussi la déclaration de la déléguée étatsunienne : « [*j*]ust this week, leaders in Moscow claimed that Ukraine is not a real country and questioned its right to exist ». Le recours au droit à l'existence est fréquent depuis le lancement de l'opération militaire. P. ex., lors de la 58^{ème} séance plénière de la 76^{ème} Assemblée générale, le 23/02/2022, A/76/PV.58 : Ukraine (p. 3) ; Allemagne (p. 7) ; États-Unis d'Amérique (p. 16) ; France (p. 21) ; Albanie (p. 21) ; Canada (p. 25). Le secrétaire d'État britannique aux Échanges commerciaux internationaux y a même fait référence lors de la Conférence ministérielle de l'Organisation Mondiale du Commerce, le 12/06/2022, WT/MIN(22)/ST/24, disponible en ligne :

canadien refusait de considérer que le différend opposant l'Ukraine à la Russie « *[was] not about the North Atlantic Treaty Organization (NATO) or the European Union, but the existence, and the right to existence, of a Member State of the United Nations* »¹⁸⁸⁴. Le Monténégro arguait également qu'il fallait reconnaître « *the inherent right of each to freely choose its own security arrangements, and refraining from the threat or use of force* »¹⁸⁸⁵.

691. Bien que la Russie puisse percevoir l'adhésion de l'Ukraine à l'OTAN comme une menace existentielle, elle ne pouvait pas aller jusqu'à nier à l'Ukraine son droit d'adhérer à certaines alliances *défensives*. Cette dernière considération est cruciale en ce qu'elle permet d'expliquer, précisément, en quoi l'adhésion en l'OTAN ne constitue *a priori* pas une menace de recourir à la force. L'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord stipule en effet :

« Les parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les parties, et en conséquence elles conviennent que, si une telle attaque se produit, chacune d'elles, dans l'exercice du droit de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, assistera la partie ou les parties ainsi attaquées en prenant aussitôt, individuellement et d'accord avec les autres parties, telle action qu'elle jugera nécessaire, y compris l'emploi de la force armée, pour rétablir et assurer la sécurité dans la région de l'Atlantique Nord ».

La vocation purement défensive de l'alliance est clairement établie, ainsi que la référence à la Charte des Nations Unies le rappelle. Il est crucial de souligner que, conformément à l'article 53(1) de la Charte, les mesures prises en vertu d'accords régionaux de défense doivent être autorisées par le Conseil de sécurité. Enfin, l'article 5 précité établit clairement le lien avec la légitime défense collective, comme on a déjà pu le relever¹⁸⁸⁶. Ainsi, les États parties au Traité s'obligent à agir en situation de légitime défense prévue par la Charte, ni plus ni moins. Les États-Unis d'Amérique ont justement insisté sur ce point lors de la 8980^e séance du Conseil de sécurité, le 27 février 2022 : selon la délégation étatsunienne, la Russie « n'est pas menacé[e] par l'OTAN, une alliance défensive qui ne va pas combattre en Ukraine »¹⁸⁸⁷.

[https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/statements/ST24.pdf] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ *Ibid.* (souligné ajouté).

¹⁸⁸⁶ V. le Chapitre 2 de la thèse, pp. 129-130.

¹⁸⁸⁷ 8980^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 27/02/2022, S/PV.8980, p. 2.

692. Peu importe si l'expérience récente des interventions de l'OTAN permet à la délégation chinoise de remettre en cause ce caractère défensif¹⁸⁸⁸, il n'en demeure pas moins que la position étatsunienne correspond à celle officiellement tenue par le Conseil de l'Atlantique Nord, au moins depuis 1966¹⁸⁸⁹. Il ne saurait en aller autrement dès lors que l'article 52 de la Charte des Nations Unies exige que les accords et organismes régionaux établis par les membres de l'Organisation « soient compatibles avec les buts et les principes des Nations Unies »¹⁸⁹⁰, parmi lesquels figure l'interdiction du recours à la force.

693. Rien ne semble ainsi empêcher un État de conclure des alliances avec d'autres États, quand bien même un tiers pourrait y voir une menace pesant sur son existence. De la même manière, il ne semble pas possible d'empêcher un État de disposer librement de son territoire, même si ses voisins qualifient cela de menace pesant sur leur existence.

b. La conservation de l'État, motif de contestation de la libre disposition du territoire

694. Les États ont consenti, à de nombreuses reprises, à céder ou louer une portion de leur territoire à un autre État afin de lui permettre de construire, par exemple, des bases militaires. Quand bien même la liberté souveraine des États, au sein de leur territoire, constitue un acquis du droit international contemporain, cela n'a jamais empêché les voisins de contester la conclusion de traités de cette nature. Une affaire tranchée en 1917 par la Cour de Justice d'Amérique centrale synthétise les principaux arguments mobilisés par ces États afin d'empêcher un autre État d'exercer une prérogative souveraine.

695. Établie en 1907 par plusieurs États d'Amérique centrale¹⁸⁹¹, la juridiction régionale avait pour fonction de traiter tout différend intervenu entre les parties qui n'avait pas pu être

¹⁸⁸⁸ 9027^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 05/05/2022, S/PV.9027, p. 13, intervention de la délégation chinoise : « [c]ontrairement à son affirmation selon laquelle elle est une organisation de nature défensive, l'OTAN a lancé sans raison des guerres contre des pays souverains, causant des pertes colossales et des catastrophes humanitaires ». V. l'analyse de P. Starski et F. Arndt, « The Russian Aggression against Ukraine – Putin and His 'Legality Claims' », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 25(1), 2022, pp. 764-765.

¹⁸⁸⁹ Communiqué final du Conseil de l'Atlantique Nord, les 07 et 08/06/1966, §9 : « [l]e caractère défensif du Traité de l'Atlantique Nord est indiscutable. En signant celui-ci, les pays alliés se sont expressément engagés à se conformer aux principes de la Charte des Nations Unies, en s'abstenant d'employer la force pour régler les différends internationaux. En outre, le caractère défensif de l'Alliance s'est manifesté à plusieurs reprises par la modération dont les différents États membres ont fait preuve depuis dix-sept ans, même en face de provocations et d'actes hostiles affectant la zone du Traité. Grâce aux conditions de sécurité créées et maintenues par une défense commune efficace de la zone de l'Atlantique Nord, la consultation politique entre partenaires permet de prendre des initiatives qui peuvent contribuer non seulement à la stabilité des relations Est Ouest, mais encore au bien-être général de l'humanité ». Disponible en ligne : [https://www.nato.int/cps/fr/natolive/official_texts_26659.htm] (consulté le 14/06/2023).

¹⁸⁹⁰ Article 51 alinéa 1 de la Charte.

¹⁸⁹¹ Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua et Salvador : « Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice », conclue le 20 décembre 1907, *AJIL supp.*, vol. 2, 1908, pp. 231-243. Pour une étude

résolu par leurs ministères des Affaires étrangères respectifs¹⁸⁹². Elle était également compétente à l'égard des litiges nés de l'application du traité de paix et d'amitié signé le même jour entre les parties à Washington¹⁸⁹³. Le Salvador avait saisi la Cour de Justice afin de contester la validité d'une stipulation du traité conclu entre le Nicaragua et les États-Unis, le 5 août 1914¹⁸⁹⁴. L'article II du traité Bryan-Chamorro octroyait au gouvernement étatsunien un bail d'une durée de 99 ans, renouvelable une fois, sur les deux îles du Maïs – au cœur de la mer des Caraïbes¹⁸⁹⁵. En vertu de la stipulation précitée, les États-Unis étaient également autorisés à y établir une base militaire afin de pouvoir assurer la protection du canal de Panama.

696. Le Salvador considérait que le traité portait atteinte à ses « *supreme interests, in that they endanger[ed] her security and preservation, violate[d] her rights of co-ownership of a naval base in the Gulf of Fonseca* »¹⁸⁹⁶. L'État n'a jamais invoqué directement le droit d'autoconservation, même s'il est possible de le déduire de ses arguments, notamment dans la juxtaposition de « *preservation* » et de « *security* ». Le Salvador précisait en outre que l'édification d'une base militaire par les États-Unis, près de son territoire, menaçait sérieusement « *the freedom of life and the autonomy of that republic* »¹⁸⁹⁷. Le demandeur s'inquiétait du jour où les États-Unis entreraient en guerre avec une autre puissance. Plus précisément, l'établissement de la base militaire sur les îles du Maïs risquait d'avoir pour conséquence le rapprochement des hostilités près du Salvador : « *a decision that would inevitably involve the sacrifice of the independance and sovereignty of the weaker Central American States (...)* »¹⁸⁹⁸.

de cette juridiction, v. M. O. Hudson, « The Central American Court of Justice », *AJIL*, vol. 26(4), 1932, pp. 759-786. L'auteur rapporte la ratification de ladite convention par les parties en 1908, p. 762 ; S. Caserta et M. R. Madsen, « The World's Most Powerful International Court ? The Central American Court of Justice and the Quest for De Facto Authority (1907-2020) », *American University International Law Review*, vol. 37(3), 2022, pp. 484-515.

¹⁸⁹² Article I de la Convention, *id.*, p. 231 : « [t]he High Contracting Parties agree to the present Convention to constitute and maintain a permanent tribunal which shall be called the 'Central American Court of Justice,' to which they bind themselves to submit all controversies or questions which may arise among them, of whatsoever nature and no matter what their origin may be, in case the respective Departments of Foreign Affairs should not have been able to reach an understanding ».

¹⁸⁹³ « General Treaty of Peace and Amity », *AJIL supp.*, vol. 2, 1908, p. 220, article I : « [t]he Republics (...) bind themselves to (...) decide every difference or difficulty that may arise amongst them, of whatsoever nature it may be, by means of the Central American Court of Justice, created by the Convention which they have concluded for that purpose on this date ».

¹⁸⁹⁴ « El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice, Judgment of 9 March 1917 », *AJIL*, vol. 11, 1917, pp. 674-730.

¹⁸⁹⁵ *Idem*, cité p. 717.

¹⁸⁹⁶ *Idem*, p. 674 (souligné ajouté).

¹⁸⁹⁷ *Idem*, p. 675.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

697. Plusieurs précédents étaient invoqués afin d'obtenir de la Cour qu'elle oblige le Nicaragua à ne pas exécuter le traité. Dans l'affaire *Agadir*, d'abord, il était rapporté que l'Allemagne avait tenté de prendre possession de certains ports situés au Maroc, en 1911, afin d'y installer une base militaire¹⁸⁹⁹. Une telle entreprise avait fait l'objet de vives protestations par le Royaume-Uni ainsi que par la France, ces derniers qualifiant la conduite allemande de menace à leur sécurité nationale – plus précisément aux colonies détenues par le premier en Afrique du Sud et en Inde. La juridiction régionale n'a pas hésité à appliquer ce précédent, tout en manquant de relever que le différend n'a été résolu qu'après la conclusion de deux traités, entre la France et l'Allemagne, et non pas grâce à la seule protestation fondée sur la sécurité nationale¹⁹⁰⁰.

698. Ensuite, le Salvador faisait référence à une autre affaire qui a fait l'objet d'une résolution adoptée par le sénat étatsunien en 1912, concernant la baie de Magdalena, située près du Mexique. En l'espèce, une société étatsunienne avait fait l'acquisition de terres dans cette baie, mais elle se heurtait à des difficultés pour l'exploiter. La société avait donc décidé de vendre le terrain à des ressortissants japonais, ce qui avait suscité une forte opposition de la part du gouvernement des États-Unis en raison de la proximité géographique des baies avec son territoire ainsi qu'avec le canal de Panama, alors en cours de construction¹⁹⁰¹. Afin d'accompagner les protestations du gouvernement, le sénateur Lodge avait introduit un projet de résolution, rédigé en ces termes :

*« Resolved : That when any harbor or other place in the American continent is so situated that the occupation thereof for naval or military purposes might threaten the communications or the safety of the United States, the Government of the United States could not see without grave concern the possession of such harbor or other place by any corporation or association which has such a relation to another Government not American as to give that Government practical power of control for national purposes »*¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁹ *Idem*, p. 676.

¹⁹⁰⁰ « Conventions relatives au Maroc et aux possessions des deux pays dans l'Afrique équatoriale », signées à Berlin le 4 novembre 1911 et entrées en vigueur le 12 mars 1912 : « Convention entre l'Allemagne et la France relative au Maroc », ainsi que la « Convention entre l'Allemagne et la France relative à leurs possessions dans l'Afrique Equatoriale », in de Martens, *NRG*, 3^{ème} série, Tome V, Leipzig, Librairie Dieterich, 1912, pp. 643-660, n°103.

¹⁹⁰¹ « The Magdalena Bay Resolution », *AJIL*, vol. 6(4), 1912, p. 937.

¹⁹⁰² *Idem*, cité p. 938.

699. Alors même que le droit d'autoconservation n'était pas mentionné dans la résolution, il est réapparu dans les effets de la protestation étatsunienne qui avait vocation à *empêcher* la conclusion d'un contrat de vente entre des particuliers de nationalité différente, et ce pour des raisons de sécurité nationale. Le droit de légitime défense, en outre, a été invoqué comme fondement théorique à ladite résolution lors des débats précédant son adoption¹⁹⁰³.

700. Malgré le fait que ce précédent ne concernait finalement qu'une question de droit interne, le Salvador croyait pouvoir s'appuyer sur la résolution du Sénat afin d'arguer que la présence d'une base militaire près de son territoire menaçait ses intérêts essentiels¹⁹⁰⁴. En guise de réponse, la Cour de Justice d'Amérique Centrale identifiait une série de questions – vingt-quatre au total – qu'il ne convient pas de rapporter intégralement¹⁹⁰⁵. Parmi celles qui nous intéressent toutefois, il faut citer la dix-septième : « *[d]oes the establishment, in the Gulf of Fonseca, of a naval base, by reason of its nature and transcendental importance, compromise the security of El Salvador ?* »¹⁹⁰⁶. À la majorité de trois voix contre celle du juge Gutiérrez Navas (Nicaragua), la Cour de Justice a répondu positivement à la question. Le juge Bocanegré (Guatemala) motivait son vote en reprenant l'argument selon lequel la présence d'une base militaire risquait de rapprocher les hostilités du Salvador, dans le cas où les États-Unis devaient entrer en guerre avec un autre État¹⁹⁰⁷.

701. Ensuite, afin de justifier que le bail accordé par le Nicaragua menaçait la sécurité nationale du Salvador, la Cour de Justice invoquait les droits fondamentaux étatiques. La présentation donnée par la Cour confirme d'ailleurs la vocation protectrice de l'ensemble des droits essentiels. En effet, la juridiction régionale arrivait à la conclusion qu'invoquer certains attributs de la souveraineté – *i.e.* celui de disposer librement du territoire – aux fins de porter atteinte à la souveraineté d'un autre État revenait à méconnaître le principe d'indépendance, en vertu duquel les États se doivent « *mutual respect and requires them to abstain from any act that might involve injury, even though merely potential, to the fundamental rights of the other international entities (...)* »¹⁹⁰⁸. Prenant comme point de départ un anthropomorphisme assumé, la Cour en a déduit que tout État possédait « *the right to live and develop themselves without*

¹⁹⁰³ *Ibid.* : « *[i]n the discussion which led up to and which followed the introduction of this resolution it appeared that its mover chose not to regard it as an extension of the Monroe Doctrine but as based upon the law or right of self-defense, which is fundamental, the Agadir incident being a precedent* ». V. la critique de l'auteur relativement à l'invocation du droit de légitime défense, qu'il estime inapplicable lorsqu'il n'existe qu'une *crainte* – ou des suspicions – d'agression armée, *id.*, p. 939.

¹⁹⁰⁴ « *El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice, Judgment of 9 March 1917* », *op. cit.*, p. 676.

¹⁹⁰⁵ *Idem*, pp. 692-695.

¹⁹⁰⁶ *Idem*, p. 694.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁹⁰⁸ *Idem*, p. 718.

injury to each other »¹⁹⁰⁹. Fait particulièrement important, le jugement poursuivait en insistant sur la positivité des droits fondamentaux : ils seraient « *deep-rooted in international life* » et les États d'Amérique Centrale « (...) *have incorporated those postulates as basic principles of their public law* »¹⁹¹⁰. Lorsqu'elle formulait l'existence d'un droit à la vie et au développement des États, la juridiction régionale a précisé que ce droit constituait la limite à l'exercice de la souveraineté des autres États, celle-ci n'étant définitivement pas absolue en raison de ces droits fondamentaux. Ces droits, en effet, étaient un moyen d'imposer aux États le respect de *l'indépendance* des autres États, se traduisant en l'espèce par le respect de leur existence¹⁹¹¹.

702. Après avoir énoncé sa solution, la juridiction invoquait à son tour divers précédents : elle citait par exemple une affaire intervenue en 1854 qui opposait le Honduras aux Guatemala, Costa Rica et Salvador¹⁹¹². Le premier prévoyait d'abandonner l'île du Tigre au profit d'un gouvernement étranger, ce qui a entraîné l'intervention du Costa Rica au motif que le contrat mettait en danger son intégrité territoriale ainsi que celle de l'ensemble des États d'Amérique centrale, y compris celle du Honduras¹⁹¹³. Ce dernier avait décidé, en conséquence, d'abandonner le projet de cession de son territoire. Dans le même sens, la Cour mentionnait une communication adressée à l'Équateur par le Chili lorsque le premier entendait céder les îles des Galápagos aux États-Unis, en 1869¹⁹¹⁴. En réaction, l'Équateur avait indiqué ne plus avoir l'intention d'aliéner cette parcelle de son territoire. Ces exemples ont conduit la Cour à conclure que la doctrine Monroe, qui était invoquée pour justifier la cession locative des îles du Maïs, n'empêchait pas les États d'Amérique centrale de protéger l'intégrité de leurs territoires¹⁹¹⁵. La juridiction ajoutait que cette doctrine, formulée en 1923 par le Président Monroe aux fins de limiter l'ambition colonialiste des États européens en Amérique¹⁹¹⁶, ne devait pas être interprétée comme niant « *the duties that pertain to the other Latin-American Republics* »¹⁹¹⁷. C'était donc à partir du *devoir* de protéger leur intégrité territoriale que les États d'Amérique, y compris le Salvador, devaient jouir du droit de protéger leur sécurité nationale.

¹⁹⁰⁹ *Idem*, p. 719.

¹⁹¹⁰ *Ibid.* Une rhétorique que l'on a déjà rencontrée dans les débats de la Convention de Montevideo et de la Charte de l'OEA, v. le Chapitre 3 de la thèse, p. 199.

¹⁹¹¹ V. le Chapitre 3 de la thèse et l'obligation de respecter l'existence des autres États, pp. 176 et s.

¹⁹¹² « El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice, Judgment of 9 March 1917 », *op. cit.*, p. 721.

¹⁹¹³ *Ibid.*

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ *Idem*, p. 722.

¹⁹¹⁶ On l'a déjà rencontrée dans la thèse, v. au Chapitre 4, pp. 266-268.

¹⁹¹⁷ « El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice, Judgment of 9 March 1917 », *op. cit.*, p. 722 (souligné ajouté).

703. S'ensuivait un court paragraphe dans lequel la Cour s'était refusée à déterminer la réalité de la menace que posait la présence de la base militaire pour le Salvador¹⁹¹⁸. Elle s'est contentée de citer les articles 1 et 5 de la Déclaration des droits et devoirs des Nations de l'Institut Américain¹⁹¹⁹. Quoique la solution semblait favorable au demandeur, ses effets ont été limités par la réponse apportée à la vingt-troisième question, relative à la possibilité pour la Cour d'empêcher le Nicaragua d'exécuter le Traité conclu avec les États-Unis¹⁹²⁰. À l'unanimité, les juges ont en effet refusé la demande du Salvador en ce qu'un des États parties au traité litigieux, les États-Unis, n'était pas soumis à la compétence de la Cour. Il était néanmoins demandé au Nicaragua de rétablir la situation juridique des îles du Maïs au *statu quo ante*, c'est-à-dire à la situation qui prévalait avant la conclusion du traité Bryan-Chamorro¹⁹²¹.

704. Relevons avec Hudson que même si le Nicaragua était en désaccord avec la décision rendue, les cinq juges – y compris nicaraguayen – l'ont signée¹⁹²². Le Nicaragua avait néanmoins introduit un recours en nullité auprès de la Cour de Justice le 10 mars 1917, précisant ne pas pouvoir respecter la décision rendue¹⁹²³. Aux fins de comprendre ce à quoi s'opposait le Nicaragua, il convient de se référer à l'opinion dissidente de son juge, Gutiérrez Navas¹⁹²⁴. Remarquons d'emblée qu'il avait fait le choix de ne pas revenir sur les efforts entrepris par le Salvador aux fins de conserver son existence indépendante : il encourageait et respectait même une telle conduite¹⁹²⁵. Bien au contraire, Navas faisait lui-même référence aux qualités essentielles d'un État, desquelles découleraient divers effets, notamment : la possibilité de choisir la forme de son organisation politique ; la possession juridique de son territoire ainsi que la liberté d'en disposer ; et le droit de défense tiré du droit de conservation¹⁹²⁶. Gutiérrez Navas déduisait de ce dernier droit les mêmes effets que ceux identifiés par les internationalistes classiques à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques, à savoir la liberté d'adopter une série de mesures préventives permettant de garantir la défense de son territoire, à condition qu'elles ne portent pas atteinte à l'indépendance d'autres États¹⁹²⁷. À partir de ces

¹⁹¹⁸ *Idem*, p. 723.

¹⁹¹⁹ *Ibid.* Pour une analyse de ces articles, v. le Chapitre 3 de la thèse, section 1.

¹⁹²⁰ *Idem*, p. 695.

¹⁹²¹ *Idem*, pp. 695 et 696.

¹⁹²² M. O. Hudson, « The Central American Court of Justice », *op. cit.*, pp. 776-777.

¹⁹²³ *Idem*, p. 777.

¹⁹²⁴ *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, vol. VI, n°16/18, pp. 171 et s.

¹⁹²⁵ *Idem*, pp. 185-186 : « [n]o es mi proposito discutir en esta contienda el celo que la Nacion Salvadorena muestra por conservar su exista independiente y mantener en toda su plenitud el imperio de sus atributos soberanos, sin sombras que puedan empanarlos ni trabas que perturben su ejercicio, caracterizado como esta por una aspiracion patriotica, noble y levantada que es digna de aliento y de respeto ».

¹⁹²⁶ *Idem*, pp. 186-187.

¹⁹²⁷ *Ibid.* : « (...) y el derecho de defensa contra los demas que es consecuencia del de conservacion personal y les da la posesion de los medios necesarios, entre otros : 1° - los ejercitos de mar y de tierra ; 2° - la creacion de

éléments, Navas entreprenait de démontrer que la présence d'une base militaire près du Salvador ne constituait pas une menace à la sécurité nationale dudit État. Il remarquait, par exemple, que l'histoire fourmillait d'exemples où des États avaient perdu une partie de leur territoire, sans que cela ne fût interprété comme une menace à leur existence ou à celle de leurs voisins.

705. Malgré le jugement de la Cour, le traité conclu avec les États-Unis a été maintenu. Hudson rapportait qu'au moment de l'approbation de la ratification du traité, le 18 février 1916, certains sénateurs ont interpellé l'exécutif à propos des protestations du Salvador et d'autres États américains¹⁹²⁸. Le traité aurait été ratifié après l'adoption d'une résolution précisant que l'action entreprise par les États parties « *was taken in the understanding 'that nothing in the said convention intended to affect any existing right'* » du Salvador et de ses alliés¹⁹²⁹. Enfin, en vertu de l'article 19 de la Convention ayant établi la juridiction régionale, le ministre des Affaires étrangères du Nicaragua informait, le 9 mars 1917, son intention de ne pas renouveler le traité pour une nouvelle période de dix ans¹⁹³⁰. Ainsi, le litige ayant opposé le Salvador au Nicaragua a été la dernière affaire de la Cour de Justice.

706. Une différence fondamentale apparaît dans cette affaire entre la solution retenue par la juridiction et celle à laquelle adhèrent plus généralement les États. Qu'un État puisse invoquer des considérations relatives à sa survie pour contester la création de bases militaires sur le territoire d'un État voisin ne fait aucun doute. Il est tout aussi certain que de telles prétentions ont parfois permis d'obtenir de cet État qu'il s'abstienne de conclure un accord de cette nature. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire qu'il existerait un « droit » ayant pour objet d'empêcher un État d'exercer une prérogative souveraine lorsque cela menacerait l'existence d'autres États. Bien au contraire, ces prétentions semblent une nouvelle fois intervenir en qualité de simple *argument persuasif* susceptible d'influencer les négociations initiées après qu'un État eut exprimé sa prétention.

707. Un exemple récent démontre que cet argument n'aboutit cependant pas nécessairement à modifier le comportement d'un État. Ainsi, la P^{te} Giraudeau indique que « [l]e 19 avril 2022,

fortalezas y fortificaciones de toda clase ; y 3° - las alianzas defensivas y ofensivas. Puede decirse, en general, que todos los medios de defensa que no atentan contra la independencia de los Estados amigos son legítimos ».

¹⁹²⁸ *Idem*, p. 778.

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ « Denunciation by Nicaragua of the treaty of December 20, 1907, instituting the Central American Court of Justice. Renewed attempt to form a Union of Central American Republics », in T. Dennett (ed.), *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, With the Address of the President to Congress December 4, 1917*, Washington, United States Government Printing Office, 1926, p. 30.

Disponible en ligne : [<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1917/ch8>] (consulté le 14/06/2023).

la Chine et les Iles Salomon déclaraient avoir signé un accord de sécurité » qui a suscité l'inquiétude de l'Australie et des États-Unis d'Amérique¹⁹³¹. Le traité, dont le contenu n'a pas encore été publié, stipule « la possibilité pour la Chine, avec le consentement des Iles Salomon, d'y déployer des visites de navires et d'y trouver une base de ravitaillement, autrement dit d'y bénéficier d'une base militaire »¹⁹³². Considérant que la conclusion du pacte présentait le risque de déstabiliser la sécurité régionale, les États-Unis et l'Australie ont entrepris de nombreuses démarches – pour la plupart diplomatiques¹⁹³³ – afin d'en empêcher la signature. Bien que fondées sur des préoccupations relatives à la sécurité nationale, les revendications de ces deux États n'ont pas empêché la signature du traité, les Iles Salomon répliquant que « les partenariats scellés par son gouvernement relevaient de la décision d'un État souverain, en droit de conclure des accords avec une diversité d'acteurs »¹⁹³⁴.

708. En réponse, les États-Unis ont pourtant indiqué envisager de recourir à la force dans l'hypothèse où la Chine établissait une base militaire aux Iles Salomon¹⁹³⁵. Le secrétaire d'État assistant pour l'Asie de l'Est et le Pacifique a indiqué avoir certes l'intention de respecter la souveraineté de l'État insulaire, mais il ajoutait immédiatement qu'il était « naturel » que son État réagisse dans le cas où la situation deviendrait préoccupante¹⁹³⁶. Rien ne semble pouvoir cependant justifier un recours à la force, sauf à considérer que l'établissement d'une base militaire sur le territoire d'un État puisse constituer, à elle seule, une agression armée permettant d'agir en légitime défense. Étant donné que cette solution serait contraire à l'article 51 de la Charte, il en découle que l'idée selon laquelle la liberté souveraine ne doit pas porter atteinte à

¹⁹³¹ G. Giraudeau, « Chine – Iles Salomon. Signature d'un accord-cadre de coopération en matière de sécurité », in *Chronique des faits internationaux* dir. par Th. Fleury Graff, *RGDIP*, 2022/3.35, p. 512.

¹⁹³² *Ib.*, la stipulation dont il n'est pas possible de vérifier la réalité serait écrite en ces termes : « *China may, according to its own needs and with the consent of Solomon Islands, make ships visits to, carryout logistical replenishment in, and have stepover and transition in Solomon Islands, and the relevant forces of China can be used to protect the safety of Chinese personnel and major projects in Solomon Islands* ».

¹⁹³³ *Id.*, pp. 512-513 : « (...) les préoccupations suscitées par l'annonce d'un tel projet ont conduit les autorités australiennes à dépêcher leur ministre du développement international et du Pacifique, Zed Seselja, pour tenter de dissuader le Premier ministre Sogavore de signer l'accord proposé par Pékin (...). La même semaine, la Maison blanche annonçait la visite dans le Pacifique, y compris aux Iles Salomon, d'une délégation composée d'officiels de haut rang (...) ».

¹⁹³⁴ *Id.*, p. 515.

¹⁹³⁵ *The Guardian*, « US won't rule out military action if China establishes base in Solomon Islands », publié le 26/04/2022. Disponible en ligne :

[<https://www.theguardian.com/world/2022/apr/26/us-wont-rule-out-military-action-if-china-establishes-base-in-solomon-islands>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁹³⁶ *Ib.* : « [o]f course, we have respect for the Solomon Islands sovereignty, but we also wanted to let them know that if steps were taken to establish a de facto permanent military presence, power projection capabilities, or a military installation, then we would have significant concerns, and we would very naturally respond to those concerns ».

l'égalité souveraineté des autres États ne signifie pas qu'une menace existentielle puisse justifier une ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État.

709. Au contraire, tout État bénéficie du droit d'exercer librement sa souveraineté sur son propre territoire, notamment pour préserver son existence¹⁹³⁷. Ainsi, l'État destinataire des revendications de cette nature n'est pas tenu de les accepter, à moins que l'État qui les formule ne démontre qu'il existe une obligation de négociation entre les deux États.

1.2. L'échec de telles prétentions en l'absence d'obligation de négocier en droit international

710. Lorsqu'on a étudié le droit d'accès à la mer accordé aux États privés de littoral, il a été observé que ce droit nécessitait d'obtenir l'accord préalable de l'État de transit pour traverser son territoire¹⁹³⁸. Il est intéressant de remarquer que ce cas, relatif à la notion bien connue de l'obligation de négocier, n'est pas une particularité du droit d'accès à la mer. Prenons pour exemple le différend qui oppose l'Égypte et le Soudan à l'Éthiopie, depuis que ce dernier a déclaré son intention de construire le Grand Barrage de la Renaissance Éthiopienne (*GERD*, sous son acronyme anglais) en avril 2011¹⁹³⁹. L'Égypte et le Soudan contestent la licéité de la construction du barrage¹⁹⁴⁰ et exigent de l'Éthiopie qu'elle conclue un traité juridiquement contraignant avec eux avant sa mise en service. Les discussions entre les trois États ont abouti à la conclusion d'un Accord sur la Déclaration de Principes, en 2015, qui devait servir de base à la rédaction d'un traité encadrant l'exploitation du barrage¹⁹⁴¹.

711. L'échec des négociations et l'aboutissement des travaux entrepris par l'Éthiopie ont conduit cette dernière à annoncer, le 21 juillet 2020¹⁹⁴² et le 19 juillet 2021¹⁹⁴³, le remplissage naturel du barrage pendant la saison des pluies. Une fois rempli, ce barrage pourrait stocker jusqu'à 79 milliards de mètres cubes d'eau, ce qui en ferait le plus grand barrage du continent

¹⁹³⁷ V. le Titre 1 de la première partie de la thèse, *passim*.

¹⁹³⁸ V. le Chapitre 5 de la thèse, pp. 329 et s.

¹⁹³⁹ M. Frappier, « Chronique des faits internationaux » dir. par. D. Alland, *RGDIP* 2018/2.31, pp. 381-385.

¹⁹⁴⁰ Pour une synthèse des arguments mobilisés par les États, G. Le Floch, « Le grand barrage de la renaissance éthiopienne ou un énième *remake* des antagonismes entre États d'amont et États d'aval », *AFDI*, vol. 66, 2020, pp. 754-757.

¹⁹⁴¹ L'Accord, signé à Khartoum le 23/03/2015, est disponible en ligne :

[<https://www.sis.gov.eg/Story/121609/Agreement-on-Declaration-of-Principles-between-Egypt%2C-Ethiopia-and--Sudan-on-the-GERDP?lang=en-us>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁹⁴² *France24*, « Barrage sur le Nil : le niveau de remplissage du réservoir pour la première année est atteint », publié le 21/07/2020.

¹⁹⁴³ *Reuters*, « Ethiopia says second filling of giant dam on Blue Nile complete », publié le 19/07/2021.

africain¹⁹⁴⁴. En réaction, l'Égypte a manifesté son opposition au sein du Conseil de sécurité en appelant l'Éthiopie à respecter « le droit à la vie de l'Égypte »¹⁹⁴⁵. En effet, selon l'État, « [l]a mise en eau unilatérale du Grand barrage, sans accord avec l'Égypte et le Soudan, mettrait en péril les intérêts des populations vivant en aval, dont l'existence et la survie dépendent du Nil »¹⁹⁴⁶. Au motif que « [l]a survie n'est pas une question de choix, mais un impératif de la nature »¹⁹⁴⁷, l'Égypte proposait au Conseil d'adopter une résolution engageant les parties « à conclure rapidement un accord sur la mise en eau et l'exploitation du GERD »¹⁹⁴⁸. Sans aller jusqu'à adopter ce projet de résolution, les membres du Conseil de sécurité ont invité les parties prenantes « à trouver un accord mutuellement bénéfique » sur la question¹⁹⁴⁹.

712. Que le Nil représente pour l'Égypte un intérêt vital ne fait aucun doute : soixante-dix pour cent de son approvisionnement en eau douce provient du Nil et quatre-vingt-dix pour cent de sa population se concentre autour du fleuve¹⁹⁵⁰. Malgré ce regroupement démographique autour d'une source d'eau abondante, les Égyptiens sont en situation de stress hydrique croissant. On estime que d'ici 2030 chaque personne aura accès, par an, à moins de cinq cents mètres cubes d'eau alors que le seuil minimal est fixé à mille mètres cubes¹⁹⁵¹. Partant, si l'Égypte admet être « résolument attachée au droit de l'Éthiopie au développement, notamment par l'utilisation de nos ressources hydriques partagées », elle insiste pour que son droit à la vie lui soit garanti. À l'occasion du deuxième remplissage unilatéral du barrage par l'Éthiopie, en 2021, l'Égypte obtenait une nouvelle fois du Conseil de sécurité qu'il se réunisse en urgence pour en discuter. Ce sera l'occasion pour le ministre des Affaires étrangères de l'Égypte, M. Selim, de demander que le Conseil « appelle sans équivoque les parties à parvenir à un accord équitable (...) »¹⁹⁵². « Dans le cas contraire, ajoute le ministre, si ses droits riverains se voient menacés ou si sa survie est mise en péril, *l'Égypte n'aura d'autre choix que de faire valoir et*

¹⁹⁴⁴ « Égypte – Éthiopie – Soudan. Remplissage unilatéral du barrage de la Renaissance sur le Nil – Qualification de menace existentielle », in « Chronique des faits internationaux » dir. par D. Alland, *RGDIP*, 2020/3-4.42, p. 587.

¹⁹⁴⁵ *Lettre datée du 29 juin 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies*, distribuée le 30/06/2020, S/2020/617, p. 7.

¹⁹⁴⁶ *Id.*, p. 6.

¹⁹⁴⁷ *Ib.*

¹⁹⁴⁸ *Id.*, annexe II, p. 8.

¹⁹⁴⁹ Nations Unies, « Conseil de sécurité : l'Éthiopie, l'Égypte et le Soudan invités à trouver un accord mutuellement bénéfique sur le Grand Barrage de la Renaissance », publié le 29/06/2020 sur le site officiel de l'ONU, SC/14232.

¹⁹⁵⁰ M. Frappier, « Construction du barrage de la Renaissance sur le Nil », *op. cit.*, p. 381.

¹⁹⁵¹ V. en ligne :

[<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/10/18/le-secteur-de-l-eau-en-egypte>] (consulté le 14/06/2023).

¹⁹⁵² Intervention du ministre des Affaires étrangères égyptien à l'occasion de la 8816^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 08/07/2021, S/PV.8816, p. 22.

de protéger son droit inhérent à la vie, garanti par les lois et coutumes des nations et les impératifs de la nature »¹⁹⁵³.

713. Après avoir écouté les prétentions des parties, le Conseil de sécurité adopte une déclaration de la présidence, plutôt qu'une résolution, qui « engage l'Égypte, l'Éthiopie et le Soudan à reprendre les négociations (...) afin d'arrêter rapidement le texte définitif d'un accord mutuellement acceptable et contraignant sur la mise en eau et l'exploitation du Grand Barrage, dans un délai raisonnable »¹⁹⁵⁴. Cependant, au mois de juillet 2022, l'Éthiopie reprend le remplissage du barrage pendant la saison des pluies, suscitant une nouvelle fois l'hostilité de l'Égypte¹⁹⁵⁵. Celui-ci considère qu'au regard de la menace existentielle que le barrage fait peser sur sa survie, l'Éthiopie serait contrainte de négocier et de conclure l'accord mentionné par la déclaration de la présidente du Conseil de sécurité *avant de ne pouvoir entreprendre quoi que ce soit*. Elle s'appuie également sur l'Accord sur la Déclaration de principes de 2015, dont « le sens ordinaire du texte (...), lu dans son contexte compte tenu de l'objet et du but de l'Accord » serait « parfaitement clair : il est demandé à l'Éthiopie de conclure un accord juridiquement contraignant avec l'Égypte et le Soudan (...) »¹⁹⁵⁶.

714. Le différend renvoie ainsi aux questions entourant les obligations de négocier et de conclure un traité, sur leur fondement et leur portée. Il s'agit là d'un sujet sur lequel la CIJ s'est récemment prononcée dans une autre affaire opposant la Bolivie au Chili, le premier arguant que le second était obligé de négocier un accès souverain à l'océan Pacifique en sa faveur¹⁹⁵⁷. Ce litige était l'occasion pour la Cour de rappeler qu'une obligation de négocier ne peut être opposée à un État *ex nihilo*, elle nécessite au contraire d'apporter la preuve que cet État s'est engagé à négocier. Autrement dit, il n'est jamais envisagé que cette obligation puisse naître à raison d'un intérêt prétendument vital invoqué par un autre État. Ce n'était pourtant pas l'occasion qui manquait à la Cour de s'y intéresser, puisque la multitude des documents invoqués par la Bolivie mobilisait justement de telles considérations fondées sur la préservation de son existence.

¹⁹⁵³ *Ib.* (italiques ajoutés).

¹⁹⁵⁴ Déclaration de la Présidente du Conseil de sécurité, distribuée le 15/09/2021, S/PRST/2021/18.

¹⁹⁵⁵ Lettre datée du 29 juillet 2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2022/587, p. 3 : « [p]our l'Égypte, pays où le climat est le plus sec au monde et qui est entièrement dépendant du Nil comme seule source de subsistance, une telle situation ferait peser une menace intolérable sur sa sécurité et sa survie et mettrait en péril la paix et la sécurité régionales ».

¹⁹⁵⁶ Lettre datée du 29 juillet 2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2022/586, p. 2.

¹⁹⁵⁷ CIJ, 01/10/2018, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt (fond), *CIJ Recueil 2018*, pp. 507-565.

715. À titre d'exemple, une note du ministre bolivien des Affaires étrangères en date du 7 décembre 1926 expliquait qu'il était impossible que son État ait renoncé, dans le traité d'armistice de 1904, à avoir une côte maritime. En effet, « le droit à l'existence et à la vie constitue le fondement de toute organisation politique et internationale »¹⁹⁵⁸, justifiant dès lors le maintien de la prétention bolivienne à posséder un littoral. De même, lors de la conclusion d'un protocole conclu en 1884 avec le Chili, ce dernier acceptait justement « que la Bolivie ne saurait se résigner à n'avoir absolument aucun débouché sur le Pacifique sans risquer de se condamner à un isolement perpétuel et à une *existence difficile* »¹⁹⁵⁹. Dans un *memorandum* communiqué aux gouvernements péruvien et chilien le 22 avril 1910, le ministre des Affaires étrangères allait plus loin qu'une simple « difficulté à exister » en arguant que les difficultés rencontrées dans l'obtention de la côte maritime « [was] jeopardizing the very foundation of its existence »¹⁹⁶⁰. Le Chili a lui-même parfois admis que l'accès souverain à l'océan Pacifique représentait, pour la Bolivie, un « besoin national fondamental »¹⁹⁶¹.

716. Néanmoins, malgré ces revendications, la Cour n'est pas arrivée à la conclusion que le Chili était tenu de négocier l'accès souverain à la mer revendiqué par la Bolivie depuis plus d'un siècle. En l'espèce, le demandeur a choisi de fonder l'obligation de négocier non pas sur son droit à l'existence ou ses intérêts vitaux, mais sur les sources traditionnelles du droit international telles que les traités, la coutume, les actes unilatéraux et davantage encore¹⁹⁶². Après avoir examiné brièvement chacune de ces sources, la Cour a conclu qu'aucune des déclarations émises par le Chili ne manifestait son intention de s'engager à négocier un accès souverain à la mer¹⁹⁶³.

717. Quand bien même elle serait parvenue à identifier l'existence d'une obligation de négocier, celle-ci ne devrait pas être confondue avec l'obligation « de s'entendre »¹⁹⁶⁴. Reprenant sa jurisprudence du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a rappelé aux

¹⁹⁵⁸ Note n°1497 reproduite dans le Mémoire de la Bolivie du 17/04/2014, vol. II(1), annexe 53, p. 29.

¹⁹⁵⁹ Protocole en date du 13 février 1884 visant à trouver un arrangement pour mettre fin à la guerre du Pacifique, reproduit *in id.*, annexe 103, p. 70.

¹⁹⁶⁰ Bolivian memorandum of 22 April 1910, *in id.*, annexe 18, p. 89 (souligné ajouté). On se réfère toutefois à la version anglaise du mémoire dont l'ensemble des éléments ne figure pas dans sa traduction française.

¹⁹⁶¹ Memorandum en date du 10 juillet 1961 adressé au ministère bolivien des Affaires étrangères par l'ambassade du Chili en Bolivie, *in id.*, la version française cette fois, annexe 24, p. 12, §2.

¹⁹⁶² Y. Kerbrat et G. Le Floch, « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2018-2019), *in JDI*, 2019/4, p. 1386 : « [a]fin d'en démontrer l'existence (i.e. de l'obligation de négocier), le demandeur avait véritablement fait feu de tout bois, se prévalant d'instruments bilatéraux, d'actes unilatéraux ou bien encore de théories comme l'acquiescement, les attentes légitimes ou l'estoppel ».

¹⁹⁶³ CIJ, *Obligation de négocier*, *op. cit.*, pp. 540-563, §§91-174.

¹⁹⁶⁴ *Id.*, p. 538, §87, citant CPJI, avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, série A/B n°42, p. 116.

parties que l'obligation de négocier impose seulement aux États « de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'un d'[eux] insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification »¹⁹⁶⁵. Plus simplement encore, la bonne foi correspond au principe dominant en matière d'obligation de négocier¹⁹⁶⁶, ce qui renvoie à la difficile question de savoir quand un État cesse de négocier de bonne foi¹⁹⁶⁷. Malgré l'élasticité et les incertitudes intrinsèques à la notion, il ne semble pas possible de demander davantage à un État. Cela pourrait directement porter atteinte à ses propres intérêts vitaux, comme le relevait l'un des conseils de la Bolivie devant la Cour, le Pr Lowe : « [t]he legal duty does not require that the 'responding' State must give up its own vital interests, or that it must reach an agreement with the initiating State at any cost »¹⁹⁶⁸.

718. Partant, il n'est pas possible d'exiger d'un État qu'il négocie un traité avec un autre État au motif que les obligations conventionnelles seraient vitales à son existence. Il est *a fortiori* déraisonnable d'interdire à l'Éthiopie, comme le fait l'Égypte, de remplir unilatéralement le barrage pour la seule raison que cela menacerait l'existence du second. Cela reviendrait à admettre l'existence spontanée d'une obligation de conclure un traité, ce qui, selon la sentence rendue dans l'*Affaire du Lac Lanoux*, constitue « une restriction essentielle à la souveraineté d'un État »¹⁹⁶⁹. La preuve d'une telle restriction « ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine », à partir des mêmes sources que celles mobilisées par la Bolivie devant la CIJ. Le tribunal arbitral avertissait déjà qu'adopter une solution inverse aurait pour effet de reconnaître « 'un droit d'assentiment', un 'droit de veto', qui paralyse, à la discrétion d'un État, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre État »¹⁹⁷⁰. Dans le même sens, Paul Reuter rapporte qu'à l'occasion de la Conférence de Vienne à l'origine de la Convention de 1969 sur le droit des traités, les délégations ont écarté « une disposition proposée par la Commission du droit international et aux termes de laquelle la même obligation [que celle fixée à l'actuel article 18 de la Convention] pesait sur les États durant la poursuite de négociations dans lesquelles ils ont accepté d'entrer »¹⁹⁷¹. L'article 18 de la Convention stipulant l'obligation des États de

¹⁹⁶⁵ *Id.*, p. 538, §86. V. CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p. 47, §85.

¹⁹⁶⁶ P. Reuter, « De l'obligation de négocier », in R. Ago et al. (dir.), *Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milan, Giuffrè, 1975, p. 718. V. ég. Tribunal arbitral, 04/03/1925, *Tacna-Arica Question (Chile v. Peru)*, sentence, in *RSA*, vol. II, p. 929.

¹⁹⁶⁷ M. A. Rogoff, « The Obligation to Negotiate in International Law : Rules and Realities », *Michigan Journal of International Law*, vol. 16(1), 1994, pp. 171-182.

¹⁹⁶⁸ Intervention orale, le 19 mars 2018, du Pr Lowe, §14, p. 60 (CR 2018/6, affaire de l'*Obligation de négocier*).

¹⁹⁶⁹ Tribunal arbitral, 16/11/1957, *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, sentence, in *RSA*, vol. XII, p. 306, §11.

¹⁹⁷⁰ *Ib.*

¹⁹⁷¹ P. Reuter, « De l'obligation de négocier », *op. cit.*, p. 715.

« s’abstenir d’actes qui priveraient un traité de son objet et de son but (...) » après la signature dudit traité¹⁹⁷², le refus d’étendre ce devoir aux négociations imposerait de constater qu’un État n’est pas empêché d’agir par le simple fait qu’il s’est engagé à négocier.

719. Or, c’est précisément ce que revendique l’Égypte en invoquant son droit à la vie : empêcher l’Éthiopie de rendre opérationnel le barrage en l’absence d’accord préalable. Autrement dit encore : empêcher l’Éthiopie *d’exercer une compétence souveraine*. En réalité, si l’Égypte ou tout État souhaite que l’un de ses intérêts vitaux soit garanti par un traité, il serait nécessaire de démontrer l’existence d’une obligation de négocier à partir d’un engagement de l’autre État en ce sens. Le P^r Le Floch poursuit à raison cette logique en remarquant que la résolution du différend doit passer par « l’adaptation des règles générales relatives à l’utilisation des fleuves à des fins autres que la navigation au cas particulier du bassin du Nil »¹⁹⁷³. Au regard de ce *corpus* juridique, l’Éthiopie est simplement tenue de notifier à l’Égypte le détail des travaux entrepris, sans que cela n’implique l’obligation de conclure un quelconque traité¹⁹⁷⁴. L’Éthiopie n’est pas non plus *empêchée* de décider, souverainement, la création d’un barrage sur son territoire. Elle doit simplement le faire dans le respect des règles de droit international, et le « droit à la vie » invoqué par l’Égypte ne saurait paralyser l’exercice de sa souveraineté.

720. Ces quelques généralités propres aux relations interétatiques peuvent-elles être généralisées aux prétentions formulées par un État à l’encontre d’une organisation internationale dont il est membre ?

Paragraphe 2. L’obligation de ne pas menacer l’existence des États membres dans l’exercice de compétences souverainement dévolues à une organisation internationale

721. Les articles 41 et 42 de la Charte des Nations Unies reconnaissent au Conseil de sécurité des pouvoirs d’une ampleur inédite, suscitant à la fois l’espoir et la crainte des États membres. On l’a déjà vu, mais ces États espèrent que la violation d’un des principes fondamentaux du droit international menaçant leur existence impose au Conseil de constater l’occurrence d’une menace à la paix et à la sécurité internationales. L’argument inverse est néanmoins parfois formulé : les États craignent effectivement que le Conseil parvienne à une telle qualification en méconnaissant les aspects qu’ils estiment indispensables à leur survie. Ainsi, les circonstances

¹⁹⁷² CVDT, *op. cit.*, art. 18.

¹⁹⁷³ G. Le Floch, « Le grand barrage de la renaissance éthiopienne ou un énième *remake* des antagonismes entre États d’amont et États d’aval », *op. cit.*, pp. 754-763.

¹⁹⁷⁴ *Id.*, pp. 756-757.

relatives à la préservation de l'État pourraient empêcher le Conseil de réagir (2.1.). La pratique démontre toutefois que l'organe politique des Nations Unies exerce sa responsabilité de maintien de la paix dans le respect de l'existence des États membres, relativisant nettement la portée de telles prétentions (2.2.).

2.1. La menace existentielle comme facteur empêchant une réaction du Conseil de sécurité

722. Les membres des Nations Unies, bien qu'ayant attribué au Conseil de sécurité la « responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁹⁷⁵, tentent parfois de paralyser la mise en œuvre du mécanisme de sécurité collective en invoquant des considérations liées à la préservation de leur existence. Ainsi, ils contestent la qualification par le Conseil d'une situation de menace ou de rupture de la paix et de la sécurité internationales (a), de même qu'ils contestent les mesures adoptées par le Conseil qui pourraient affecter leur droit de légitime défense (b).

a. La conservation des États dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales

723. L'article 2, alinéa 7, de la Charte des Nations Unies stipule qu'aucun des organes de l'Organisation n'est autorisé « à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». Cependant, il est précisé que cela ne « porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII ». On pourrait ainsi en déduire que les considérations liées à la survie de l'État ne devraient pas empêcher le Conseil de sécurité de prendre des mesures pour rétablir ou maintenir la paix, même lorsque ces considérations relèvent « essentiellement de la compétence nationale de cet État ». Il n'est donc pas nécessaire, dans le cadre de notre thèse, de revenir sur l'« inanité » avérée d'une « conception matérielle du domaine réservé »¹⁹⁷⁶ ni sur la proximité qu'entretient l'article précité avec la théorie des droits fondamentaux étatiques¹⁹⁷⁷.

724. Il arrive néanmoins qu'un argument reposant sur de telles considérations ait empêché le renvoi d'une question au Conseil de sécurité. Le P^r Salmon rapporte ainsi l'exemple de la tentative de sécession du Biafra du Nigéria, entre 1967 et 1970. Dans une lettre adressée au Secrétaire général le 30 mai 1967, le lieutenant-colonel Gowen demandait que rien ne soit fait qui puisse « porte[r] atteinte à l'existence en tant qu'État, à la souveraineté et à l'intégrité de la

¹⁹⁷⁵ Charte des Nations Unies, art. 24(1).

¹⁹⁷⁶ G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 119.

¹⁹⁷⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, *op. cit.*, pp. 280-284.

République fédérale du Nigeria »¹⁹⁷⁸. Bien que le Secrétaire général ait répondu favorablement à la demande du Nigeria en ne demandant pas au Conseil d'intervenir, il faut constater que si le Conseil de sécurité avait souhaité agir en vertu du Chapitre VII de la Charte, les arguments mentionnés précédemment n'auraient eu aucun effet.

725. Il suffit de remarquer que chaque fois que le Conseil qualifie une situation de menace ou de rupture de la paix et de la sécurité internationales, il ne s'empêche pas d'adopter les mesures qu'il estime nécessaires. Par exemple, le 30 juillet 1993, l'Observateur permanent de la Palestine s'inquiétait du sort des populations palestiniennes au Liban, affectées par une agression dirigée par Israël¹⁹⁷⁹. « [E]n l'absence de réaction visible » de la part du Liban, l'Observateur appelait le Conseil de sécurité à « examiner immédiatement la situation (...) dans le souci de défendre les civils palestiniens par le biais des mécanismes internationaux compétents »¹⁹⁸⁰. En réaction, le Liban condamnait l'immixtion de la Palestine « dans [s]es affaires intérieures », arguant que la protection des Palestiniens résidant sur son territoire relevait de sa souveraineté¹⁹⁸¹. En d'autres termes, la délégation contestait le droit de la Palestine « d'attirer l'attention du Conseil de sécurité » sur les situations susceptibles de menacer la paix et la sécurité internationales – un droit normalement reconnu à *tout* État membre ou non membre de l'Organisation¹⁹⁸². Afin d'asseoir son argumentation, le Liban invoquait son droit d'autoconservation en ces termes :

« Un principe largement accepté du droit international veut que toute nation souveraine ait le pouvoir, inhérent à sa souveraineté et essentiel à sa préservation, de protéger et de sauvegarder le bien-être de ses citoyens et de toutes les personnes qui vivent sur son territoire »¹⁹⁸³.

¹⁹⁷⁸ J. Salmon, *La reconnaissance d'État. Quatre cas : Mandchoukouo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Paris, Armand Colin, 1971, p. 159. V. ég. la position exprimée par le ministre des Affaires étrangères français, à l'Assemblée nationale le 19/12/1956, relativement à l'incompétence de l'ONU concernant l'Algérie – alors sous souveraineté de la France : « [o]n ne concevrait pas comment, dans une telle matière, l'intervention des Nations Unies pourrait se concilier avec le principe de la compétence nationale, alors qu'une telle intervention, prenant la forme d'une recommandation particulière adressée à un État déterminé, impliquerait une menace directe à l'intégrité territoriale, voire à l'existence de cet État » (italiques ajoutés, in *AFDI*, vol. 3, 1957, p. 792).

¹⁹⁷⁹ « Lettre datée du 30 juillet 1993, adressée au Secrétaire général par l'Observateur permanent de la Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/26201, 2 p.

¹⁹⁸⁰ *Id.*, pp. 1-2.

¹⁹⁸¹ « Lettre datée du 2 août 1993, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/26211, p. 1.

¹⁹⁸² Charte des Nations Unies, art. 35(1) et (2). Peu importe de savoir si la Palestine est effectivement un État ou non, le Liban n'ayant pas mobilisé cet argument afin de contester la requête de l'Observateur permanent.

¹⁹⁸³ S/26211, *op. cit.*, p. 1.

726. Partant, le représentant permanent arrivait à la conclusion que « la question de de l'agression israélienne (...) et la convocation du Conseil de sécurité (...) relev[ai]ent exclusivement de la compétence et de la souveraineté libanaises »¹⁹⁸⁴. Si l'appel de l'Observateur est resté sans réponse, au mois d'août 1993, ce n'est certainement pas en raison des motifs invoqués par le Liban dans sa lettre. Le Conseil de sécurité a décidé de ne pas se saisir de la question uniquement pour des considérations d'opportunité, estimant qu'elle ne constituait pas une menace à la paix et à la sécurité internationales.

727. Un dernier exemple confirme notre conclusion, celui relatif au retrait de la Corée du Nord du Traité de non-prolifération sur les armes nucléaires en 2003¹⁹⁸⁵. Dans ce cadre, le Conseil de sécurité n'a pas hésité à imposer à un État le respect d'un traité duquel il s'est valablement retiré, lui imposant également de renoncer à une arme qu'il estime essentielle à sa survie. En d'autres termes, contrairement à la CIJ, le Conseil de sécurité conclut « de façon définitive » qu'un État menaçant la paix et la sécurité internationales ne saurait recourir à l'arme nucléaire ou en faire l'acquisition, même dans « une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie serait en cause »¹⁹⁸⁶. Ainsi que le relève le P^r Weckel, la solution retenue par le Conseil de sécurité transforme le TNP en un traité « quasiment irréversible »¹⁹⁸⁷, le retrait des États parties étant susceptible d'être remis en cause.

728. Bien entendu, le simple fait de se retirer du traité n'emporte pas la matérialisation d'une menace ou d'une rupture de la paix et de la sécurité internationales. Ainsi, le Conseil n'intervient que lorsque ce retrait s'accompagne « de comportements qui sont contraires au principe de non-prolifération »¹⁹⁸⁸. C'est pourquoi il a condamné le retrait du TNP uniquement lorsque la Corée du Nord a commencé à adopter une conduite menaçante à l'égard d'autres États. Le 14 octobre 2006, quelques jours après la réalisation du premier essai nucléaire nord-coréen mais plusieurs années après le retrait du traité, le Conseil a adopté la résolution 1718 (2006). Celle-ci ne condamnait pas simplement l'essai intervenu le 9 octobre de la même année, mais elle exigeait également de la Corée qu'elle revienne « sur l'annonce de son retrait du TNP »¹⁹⁸⁹. Sans aucune équivoque, le Conseil ordonnait l'abandon total de « toutes armes

¹⁹⁸⁴ *Ib.*

¹⁹⁸⁵ Exemple approfondi *infra*, pp. 418-420.

¹⁹⁸⁶ On cite volontairement l'avis de la CIJ de 1996, *Licéité sur la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, qui portait indirectement sur le droit d'un État de posséder l'arme nucléaire et de l'utiliser, v. le Chapitre 4 de la thèse, pp. 269 et s.

¹⁹⁸⁷ Ph. Weckel, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'arme nucléaire », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 187.

¹⁹⁸⁸ *Id.*, p. 188.

¹⁹⁸⁹ Résolution 1718 (2006) du Conseil de sécurité, adoptée à sa 5551^e séance, le 14/10/2006, §§2-3

nucléaires et tous programmes nucléaires existants de façon véritables et irréversibles »¹⁹⁹⁰. Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, en particulier son article 41, le Conseil avait adopté les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales, à savoir : un embargo sur une série d'équipements militaires, à l'exclusion des armes légères et de petits calibres¹⁹⁹¹.

729. La portée de cette résolution ne doit pas être relativisée : le Conseil de sécurité a retiré à la Corée la possibilité d'acquérir l'arme nucléaire, *alors même qu'elle n'était valablement plus partie au TNP*. L'article X, alinéa 1, stipule en des termes assez larges le droit de se retirer du traité¹⁹⁹². Il est intéressant de rappeler qu'un expert indépendant du comité des droits de l'homme interprétait la mise en œuvre de la clause de retrait du TNP « *not as an aggressive measure, but [as a]n exercise of the fundamental right of self-preservation* »¹⁹⁹³. C'était justement en vertu de son droit d'exister que la Corée du Nord avait motivé son retrait du TNP¹⁹⁹⁴. Logiquement, lorsque la République populaire et démocratique a exprimé son désaccord à l'encontre de la résolution 1718 (2006) susmentionnée, elle le faisait à partir de motifs similaires. Selon la délégation nord-coréenne, l'essai nucléaire « s'expliqu[ait] totalement par la menace nucléaire que les États-Unis font peser sur [le] pays, ainsi qu'aux sanctions qu'ils lui imposent et aux pressions qu'ils lui font subir »¹⁹⁹⁵. Avant d'ajouter :

« La République (...) s'est vue obligée d'apporter la preuve concrète qu'elle possédait des bombes nucléaires pour protéger sa souveraineté *et son droit à l'existence* face à la croissance des menaces belliqueuses que les États-Unis brandissent jour après jour »¹⁹⁹⁶.

730. Aucun membre du Conseil de sécurité n'a jamais répondu directement à l'argumentaire avancé par la Corée du Nord. L'intention du Conseil de sécurité ne fait toutefois place à aucun doute, tant par les mots employés que par le fait que ses résolutions sont toujours adoptées à l'unanimité des voix. Par exemple, la résolution 1876 (2009) rappelle que la Corée « ne peut, *quoi qu'il en soit*, avoir le statut d'État doté d'armes nucléaires, conformément au Traité »¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁹⁰ *Id.*, §6.

¹⁹⁹¹ *Idem*, §8.

¹⁹⁹² Traité de non-prolifération sur les armes nucléaires, conclu le 01/07/1968 et entré en vigueur le 05/03/1970, *RTNU*, vol. 729, 1970, n°10485, p. 182 : « [c]haque Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura droit de se retirer du Traité si elle décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays ».

¹⁹⁹³ A.-M. de Zayas, « Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order », distribué le 17/07/2014, A/HRC/27/51, p. 11, §25.

¹⁹⁹⁴ Cette rhétorique sera traitée en même temps que la dénonciation des traités, *infra*, pp. 419-421.

¹⁹⁹⁵ Intervention de la RPDC lors de la 5551^e séance du 14/10/2006, S/PV.5551, p. 8.

¹⁹⁹⁶ *Ibid* (italiques ajoutés).

¹⁹⁹⁷ Résolution 1874 (2009) du Conseil de sécurité, adoptée à sa 6141^e séance du 12/06/2009, préambule (italiques ajoutés).

À chaque nouvel essai, c'est-à-dire à chaque violation des résolutions du Conseil de sécurité, celui-ci alourdit les sanctions imposées à la Corée du Nord. Selon le Secrétaire général des Nations Unies, les nouvelles mesures adoptées par la résolution 2375 (2017) constituent « les sanctions les plus sévères jamais imposées à la République (...) »¹⁹⁹⁸. L'État subit effectivement un embargo sur les armes général qui a été étendu aux armes légères et de petits calibres depuis 2016¹⁹⁹⁹, ainsi qu'une série de sanctions économiques globales – sur le pétrole, le gaz ou encore l'industrie textile²⁰⁰⁰ – et ciblées²⁰⁰¹.

731. La Corée du Nord, depuis 2006, continue pourtant d'invoquer son droit à l'existence afin de justifier la possession des armes nucléaires. Lors de la 8137^e séance du Conseil de sécurité qui s'est tenue le 15 décembre 2017, les membres se sont réunis à la suite d'un essai nucléaire effectué par la Corée du Nord le 3 septembre de la même année, et qui marquait la première utilisation par ce pays d'une « arme thermonucléaire à deux étages »²⁰⁰². Le Secrétaire général y a vu un « mépris flagrant pour la volonté et les résolutions du Conseil de sécurité »²⁰⁰³, tandis que la Corée du Nord a répondu s'être « dotée de l'arme nucléaire par mesure de légitime défense, inévitable pour défendre [sa] souveraineté et [son] droit d'exister et de [se] développer face à la menace et au chantage nucléaire des États-Unis »²⁰⁰⁴. L'État reproche aux résolutions du Conseil de sécurité d'entraver « les mesures de légitime défense » adoptées par la Corée, tout en précisant que son droit était réservé à l'article 51 de la Charte²⁰⁰⁵.

732. Au contraire, les membres des Nations Unies ont tendance à qualifier la possession de l'arme nucléaire par la Corée du Nord de menace pesant sur l'existence de tous les membres des Nations Unies. La France partageait notamment cette inquiétude au mois de septembre 2017 :

« [A]près les tirs balistiques intercontinentaux de cet été, puis l'essai nucléaire d'une ampleur sans précédent du 3 septembre, la menace a changé de dimension, voire de nature : de régionale, elle est devenue mondiale ; de virtuelle, elle est devenue immédiate ; de sérieuse, *elle est devenue existentielle*. C'est dire combien cette menace

¹⁹⁹⁸ Intervention lors de la 8137^e séance du Conseil de sécurité, le 15/12/2017, S/PV.8137, pp. 2-3.

¹⁹⁹⁹ Résolution 2270 (2016) du Conseil de sécurité, adoptée à sa 7638^e séance du 02/03/2016.

²⁰⁰⁰ Résolution 2375 (2017) du Conseil de sécurité, adoptée à sa 8042^e séance du 11/09/2017, §§13-17.

²⁰⁰¹ Résolution 2087 (2013) du Conseil de sécurité, adoptée à sa 6904^e séance du 22/01/2013, §4. Les mesures sont régulièrement mises à jour, au fil des résolutions.

²⁰⁰² Débats de la 8137^{ème} séance du 15/12/2017, S/PV.8137, p. 2.

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ *Idem*, p. 24. V. ég., la 141^e séance plénière de la Conférence du désarmement, le 28/02/2017, CD/PV.1410, p.

7.

²⁰⁰⁵ S/PV.8137, *id.*, pp. 24-25.

nous oblige et nous rassemble. C'est dire combien elle exige une réaction forte et unie du Conseil de sécurité (...) »²⁰⁰⁶.

733. La France a bénéficié du soutien de nombreuses délégations²⁰⁰⁷, illustrant ainsi un consensus en faveur de la préservation de l'existence des autres États plutôt que celle de la Corée. Pour autant, cela ne signifie pas que l'existence de la Corée du Nord serait menacée par les mesures adoptées, le Conseil réaffirmant sans cesse « son attachement à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de tous les États, conformément à la Charte des Nations Unies (...) »²⁰⁰⁸. Cette formule, tout à fait ordinaire, exprime la volonté de respecter les principes fondamentaux du droit international et, *a fortiori*, l'existence des États membres²⁰⁰⁹ lorsqu'il s'agit de maintenir ou de rétablir la paix et de la sécurité internationales. C'est précisément ce qui explique pourquoi le Conseil de sécurité n'hésite pas à prendre des mesures nécessaires pour rétablir la paix et la sécurité internationales, même si un État les considère comme une menace pour son existence. Ces mesures restreignent certes la souveraineté d'un État, mais celui-ci y a consenti lorsqu'il a ratifié la Charte des Nations Unies.

734. Force est toutefois de constater que les mesures adoptées portent atteinte au droit de légitime défense de la Corée du Nord, alors que l'article 51 précise pourtant qu'« [a]ucune disposition de la présente Charte » n'est susceptible d'y porter atteinte. L'argument avancé par la Corée, selon lequel l'arme nucléaire devait lui permettre de réagir à une éventuelle agression armée initiée par les États-Unis d'Amérique, n'a jamais été discuté par les membres de l'ONU ou le Conseil. C'est pourtant une rhétorique couramment employée par des États placés sous embargo militaire, ces derniers soutenant que les pouvoirs de maintien de la paix trouvent une limite dans leur droit de légitime défense.

²⁰⁰⁶ Intervention lors la 8042^e séance du 11/09/2017, au sein du Conseil de sécurité, S/PV.8042, p. 4. V. ég. l'intervention prononcée par la France à l'occasion de la 8137^e séance du Conseil, le 15/12/2017, S/PV.8137, p. 13. De même, intervention du ministre des Affaires étrangères de l'Australie au sein de la Chambre des Représentants, le 09/08/2017, reprod. in *Australian Yearbook of International Law*, vol. 36, 2018, p. 434 : « *[i]f a North Korean intercontinental ballistic missile is capable of reaching the United States, such a weapon is capable of reaching Australia, and it poses an unacceptable existential threat to our country* ».

²⁰⁰⁷ S/PV.8042, *idem*, intervention du Royaume-Uni, p. 6.

²⁰⁰⁸ Résolution 2375 (2017) *op. cit.*, préambule.

²⁰⁰⁹ Il a déjà été démontré que le respect de ces principes, consacrés dans la Charte, était un moyen de préserver l'existence des États, v. au Chapitre 3 de la thèse, pp. 216 et s.

b. Le droit de légitime défense et le maintien de la paix et de la sécurité internationales

735. L'article 51 de la Charte, faut-il le rappeler²⁰¹⁰, précise qu'un État est autorisé de recourir à la force en légitime défense « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». Ainsi, il ne fait aucun doute que les mesures adoptées par le Conseil ont pour effet de suspendre l'*exercice* du droit de légitime défense. Comme le relève le P^r Corten, le droit de légitime défense « a pour objet la préservation même de l'existence d'un État, ce qui explique qu'il ne peut par définition disparaître, seules ses modalités d'exercice pouvant le cas échéant être affectées par une action du Conseil »²⁰¹¹. Ce constat, croyons-nous, se trouve confirmé par la pratique du Conseil en matière d'embargo sur les armes. Dans ce cadre, les États considèrent qu'en étant empêchés d'acquérir des armes, les mesures adoptées par le Conseil aboutissent à leur retirer le droit d'agir en légitime défense²⁰¹².

736. On a déjà pu évoquer que le principal précédent historique, sur le sujet, portait sur les mesures adoptées par le Conseil de sécurité à l'encontre de la Bosnie-Herzégovine, dans les années quatre-vingt-dix²⁰¹³. La question de la validité des résolutions du Conseil de sécurité²⁰¹⁴, voire la possibilité pour les membres d'y désobéir²⁰¹⁵, a fait l'objet d'une étude suffisamment approfondie en doctrine pour justifier de ne pas s'y intéresser dans notre thèse. D'autant que l'objet de notre propos n'est pas de démontrer la violation du droit de légitime défense des États membres par le Conseil de sécurité²⁰¹⁶, mais au contraire d'insister sur le fait qu'il n'y porte qu'une atteinte proportionnée et nécessaire au maintien de la paix²⁰¹⁷. C'est pourquoi, depuis la

²⁰¹⁰ V. le chapitre 4 de la thèse, section 2, pp. 251-280.

²⁰¹¹ O. Corten, « La nécessité et le *jus ad bellum* », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 132.

²⁰¹² V. le chapitre 2 de la thèse, spéc. pp. 120-125.

²⁰¹³ V. le chapitre 4 de la thèse, spéc. pp. 278-279.

²⁰¹⁴ D. McGill, « Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, pp. 101-102 ; E. De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Londres, Hart Publishing, 2004, pp. 248, 263 et 264 ;

²⁰¹⁵ A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council, Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, OUP, 2011, p. 162 ; S. Droubi, *Resisting United Nations Security Council Resolutions*, Londres, Routledge, 2014, pp. 96-119.

²⁰¹⁶ M. Roscini, « On the 'Inherent' Character of the Right to Self-Defence », *op. cit.*, p. 657 : l'auteur relève à raison que l'héritage de l'expérience bosnienne ne va pas jusqu'à empêcher le Conseil de sécurité d'adopter un embargo sur les armes à l'encontre d'un État membre de l'ONU, en vertu du Chapitre VII de la Charte.

²⁰¹⁷ E. Lagrange, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies peut-il violer le droit international ? », *op. cit.*, pp. 587-589.

fin des années quatre-vingt-dix, le Conseil n'adopte plus systématiquement un embargo militaire global, privilégiant autant que possible une logique ciblée.

737. Tout comme les sanctions économiques globales ont été abandonnées à cause de leurs conséquences néfastes sur la population de l'État ciblé²⁰¹⁸ ainsi que sur les États tiers²⁰¹⁹, les sanctions militaires sont progressivement devenues ciblées afin d'éviter qu'elles ne produisent les mêmes effets que ceux rencontrés par la Bosnie-Herzégovine dans les années quatre-vingt-dix. Un rapide coup d'œil sur les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 41 de la Charte permet de se rendre compte de ce changement de paradigme. Sur les vingt-huit embargos militaires adoptés depuis 1966, douze relèvent de la logique *globale*²⁰²⁰, tandis que le reste *cible* les États de manière à les laisser acquérir certains types d'armes nécessaires à leur protection. De ces douze cas, neuf ont été adoptés pendant ce que le P^r Dupuy a qualifié de période de « surchauffe »²⁰²¹ du système de sécurité collective, à savoir les années quatre-vingt-dix. En outre, parmi ces douze précédents, deux ont été adoptés *avant* la fin de la guerre froide et le dégel simultané du Chapitre VII de la Charte²⁰²². Mais il faut également relever que cinq embargos amorçaient déjà l'abandon de la logique globale au profit d'une action ciblée²⁰²³. Il n'existe ainsi qu'un seul cas où, à la suite de l'expérience de la Bosnie-

²⁰¹⁸ V. la « Note du Secrétaire général », distribuée le 02/12/2004, A/59/565, dont l'annexe transmet le rapport du « Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », p. 34, §80 : « [e]n raison des préoccupations croissantes que faisaient naître les conséquences humanitaires des sanctions globales, le Conseil a cessé d'imposer de tels régimes après l'expérience de l'Iraq, de l'ex-Yougoslavie et d'Haïti et s'est borné à imposer à l'encontre des belligérants et des dirigeants portant la responsabilité la plus lourde des politiques condamnables des sanctions ciblées : finance, diplomatie, armes, vols, voyages, biens, *etc* ».

²⁰¹⁹ En vertu de l'article 50 de la Charte, les États affectés par l'adoption de sanctions économiques imposées par l'ONU à un *autre* État peuvent consulter le Conseil de sécurité. Cette stipulation n'a fait l'objet d'une pratique abondante que jusqu'au jour où la logique globale des sanctions a été définitivement abandonnée. V. le Rapport du Secrétaire général, « Mise en œuvre des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à l'assistance aux États tiers touchés par l'application de sanctions », distribué le 19/07/2021, A/76/186, p. 5, §15 : « [c]omme indiqué dans le rapport précédent (A/74/152), les sanctions imposées par le Conseil de sécurité actuellement en vigueur sont toutes des sanctions ciblées. Le recours à ce type de sanctions, et non plus à des sanctions globales fait que les États tiers sont beaucoup moins susceptibles d'en subir fortuitement un effet négatif. Le besoin de rechercher des solutions pratiques efficaces pour prêter assistance à ces États s'en trouve réduit d'autant. De fait, depuis 2003, le Département des affaires économiques et sociales n'a été saisi d'aucune demande officielle de suivi ou d'analyse des effets négatifs non intentionnels sur des pays non visés ».

²⁰²⁰ Dans l'ordre chronologique : Rhodésie du Sud (résolution 232 (1966)) ; Afrique du Sud (Résolution 418 (1977)) ; Irak (résolution 661 (1990)) ; Yougoslavie-Bosnie (résolution 713 (1991)) ; Libéria (résolution 788 (1992)) ; Somalie (résolution 733 (1992)) ; Haïti (résolution 841 (1993)) ; Rwanda (résolution 918 (1994)) ; Sierra Leone (résolution 1132 (1997)) ; Yougoslavie-Kosovo (résolution 1160 (1998)) ; Ethiopie-Erythrée (résolution 1298 (2000)) ; Érythrée (résolution 1907 (2009)).

²⁰²¹ P.-M. Dupuy, « Quelques remarques sur l'évolution de la pratique des sanctions décidées par le Conseil de sécurité des NU dans le cadre du Chapitre VII de la Charte », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *United Nations sanctions and international law*, Graduate Institute of International Studies, Genève (2001), p. 49.

²⁰²² Rhodésie du Sud (résolution 232 (1966)) et Afrique du Sud (Résolution 418 (1977)).

²⁰²³ Dans l'ordre chronologique : Rwanda, l'embargo ne sera maintenu qu'à l'encontre des entités non étatiques (résolution 1011 (1995)) ; Irak, exemption favorable à l'Autorité provisoire, en tant qu'organe ayant la mission d'instaurer les conditions de sécurité suffisantes sur le territoire (résolution 1483 (2003)), ou encore, plus tard, une exemption favorable au réarmement de l'armée nationale irakienne après l'instauration du Gouvernement

Herzégovine, le Conseil a adopté un embargo général et complet sur les « armements et [l]e matériel connexe de tous types (...) » à l'encontre d'un État menaçant la paix et la sécurité internationale – en l'occurrence l'Érythrée²⁰²⁴.

738. En approfondissant davantage ce tableau général, il faudrait constater qu'il existe deux types de situations : dans l'une, le comportement d'un État menace directement la paix et la sécurité internationales, et dans ce cas le Conseil adopte généralement des sanctions militaires ciblées qu'il étend progressivement, jusqu'à devenir globales, dans l'hypothèse où le membre ne se conformerait pas aux exigences jointes aux mesures restrictives. Dans l'autre hypothèse, lorsqu'une situation hors du contrôle d'un État considéré comme « défaillant » menace la paix, les sanctions militaires ne deviennent que très rarement globales. À propos de la première situation, on peut rapporter les exemples de l'Iran, de la Corée du Nord et de l'Érythrée. Lorsque le Conseil a décidé d'imposer un embargo sur les armes à l'encontre de la République islamique d'Iran, c'était parce que cette dernière refusait de se conformer aux mesures prescrites par l'Agence Internationale de l'Énergie Atomique, ce qui était qualifié de menace à la paix et à la sécurité internationales²⁰²⁵. Même si cette menace était imputable à l'État membre, celui-ci conservait la possibilité d'acquérir des armes légères²⁰²⁶. Si le Conseil a interdit absolument l'*exportation* d'armes depuis l'Iran vers le territoire d'autres États²⁰²⁷, il n'a pas imposé une interdiction aussi générale s'agissant de l'*importation*²⁰²⁸.

739. Dans une tout autre hypothèse, lorsque la menace à la paix résulte d'un soutien militaire apporté par un État pour en déstabiliser un autre, alors l'adoption d'un embargo *général* devient une nouvelle fois pertinente. C'est dans ces conditions que le Conseil a imposé un embargo général et complet sur les armes à l'Érythrée²⁰²⁹, entre 2009 et 2018, au motif qu'elle aurait fourni « un appui aux groupes armés qui mènent des activités de déstabilisation en

provisoire (résolution 1546 (2004)) ; Libéria, exemption favorable à la formation des forces de sécurité dudit État (résolution 1521 (2003)) ; Somalie, levée partielle (résolution 2093 (2013)) ;

²⁰²⁴ CSNU, résolution 1907 (2009), §5.

²⁰²⁵ Résolution 1737 (2006), §1 du préambule. L'Iran étant partie au traité de non-prolifération depuis le 2 février 1970, l'article III lui imposait de s'engager à accepter « les garanties stipulées dans un accord qui sera négocié et conclu avec l'Agence internationale de l'énergie atomique ».

²⁰²⁶ Par exemple, la résolution 1747 (2007) permettait aux membres de continuer à fournir à l'Iran des « chars de combat, véhicules blindés de combat [etc] (...) tels que définis aux fins du Registre des armes classiques de l'ONU » (§6).

²⁰²⁷ *Id.*, §5.

²⁰²⁸ Même la résolution 1929 (2010) qui a étendu une nouvelle fois l'embargo sur les armes préservait la possibilité de fournir des missiles-air et des armes légères à l'Iran. Ces catégories d'armes n'apparaissent pas explicitement dans le texte de la résolution, mais lorsque le Conseil autorise la fourniture de « toute autre arme et du matériel connexe », ce sont les seules catégories qui ne sont pas encore tombées sous le champ de l'embargo. V. §8 de la résolution 1929 (2010).

²⁰²⁹ Résolution 1907 (2009), §§5-6.

Somalie (...) »²⁰³⁰ et rejeté l'Accord de Djibouti. Il était prévu que le régime soit levé « en fonction du degré d'application par l'Érythrée des dispositions de la présente résolution »²⁰³¹. Malgré les invocations répétées, par l'Érythrée, de la violation de son droit de légitime défense²⁰³², le Conseil de sécurité n'a levé l'embargo qu'en 2018, après n'avoir « pas trouvé d'éléments concluants indiquant que l'Érythrée soutenait les Chabab »²⁰³³.

740. Ces exemples doivent être distingués des mesures imposées à l'encontre des États confrontés à une situation interne qu'ils ne contrôlent plus, ce qui révèle leur défaillance et engendre des troubles affectant la paix et la sécurité internationales. Sur ce point, la pratique semble dorénavant suivre le modèle des mesures adoptées à l'encontre du Rwanda en 1994²⁰³⁴. En réaction aux « violations systématiques, généralisées et flagrantes du droit international *au* Rwanda »²⁰³⁵, le Conseil de sécurité a adopté un embargo général et complet à l'encontre dudit État dans l'espoir de mettre fin aux massacres des populations civiles et faciliter la mise en œuvre de l'Accord de paix d'Arusha²⁰³⁶.

741. Avant le vote de la résolution, le délégué rwandais exprimait son regret quant aux conséquences de l'embargo, qu'il qualifiait de « violation de la Charte des Nations Unies, qui consacre le principe de la légitime défense »²⁰³⁷. Dans une lettre datée au 5 juillet 1995, le Rwanda appelait le Conseil à « lever les restrictions à la vente ou à la livraison d'armements et de matériel au Gouvernement rwandais afin d'assurer la sécurité de la population rwandaise »²⁰³⁸. Contrairement aux revendications formulées par la Bosnie, le Conseil a tenu compte de la requête formulée par le Rwanda en levant, en 1995, l'embargo pendant un an. À

²⁰³⁰ *Id.*, préambule, qui renvoi au rapport du Groupe de contrôle sur la Somalie, S/2008/769.

²⁰³¹ Résolution 1907 (2009), *op. cit.*, §21.

²⁰³² Voyez, par exemple, la lettre S/2011/652, §91, p. 29 : « [m]ais elle (*i.e.* l'Érythrée) n'accepte en aucune manière l'embargo sur les armes édicté dans la résolution 1907 (2009), car il porte atteinte au droit naturel de légitime défense des États Membres souverains en cas d'agression ou d'occupation, énoncé à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies ». Ou encore, lors des débats suivant l'adoption de la résolution 2244 (2015) : ces mesures « limitent la capacité de l'Érythrée de défendre sa souveraineté et de contribuer réellement à la mise en œuvre des résolutions du Conseil appelant tous les États à lutter contre le terrorisme international et l'extrémisme » (S/PV.7541, p. 7). Ces appels ont été reconnus par le Groupe de contrôle, dans un rapport S/2016/920, §47, p. 15. Le groupe suggère même à l'Érythrée de demander des exemptions lui permettant d'exercer son droit de légitime défense (§50).

²⁰³³ Résolution 2444 (2018), §§1 et 3. La levée est stipulée au §4

²⁰³⁴ M. Roscini, « On the 'Inherent' Character of the Right of States to Self-defence », *op. cit.*, p. 657 ; S. Aktypis, *L'institution de la légitime défense en droit international*, *op. cit.*, p. 338.

²⁰³⁵ Résolution 918 (1994), §9 du préambule (italiques ajoutées afin de démontrer que cette situation, à l'origine de la menace à paix, n'est pas imputée au Rwanda).

²⁰³⁶ *Id.*, §13.

²⁰³⁷ Intervention du Rwanda lors de la 3377^{ème} séance du 17/05/1994, S/PV.3377, p. 6.

²⁰³⁸ Reformulation du CSNU, résolution 1011 (1995), préambule. La lettre, S/1995/547, disait ceci, p. 3 : « [le Rwanda] doit recouvrer son droit d'assurer la sécurité du pays - en particulier contre les auteurs d'un génocide » et « [l]e droit de légitime défense est un droit souverain que ni la communauté internationale ni le Conseil de sécurité ne devraient limiter ».

l'issue de cette « période d'essai », l'embargo devait être définitivement levé, « à moins » d'en avoir décidé « autrement après avoir examiné le deuxième rapport du Secrétaire général (...) »²⁰³⁹. En contrepartie les États membres devaient notifier au Comité de sanction, institué par la résolution 918 (1994) précitée, « toutes les exportations d'armements ou de matériels connexes de leur territoire à destination du Rwanda », et ce dernier avait la charge de « marquer et enregistrer toutes ses importations d'armements et de matériels connexes et en informer le Comité (...) »²⁰⁴⁰.

742. Il serait facile, pour les besoins de la thèse, d'affirmer que le Conseil de sécurité a fait le choix de lever l'embargo sur les armes imposé au Rwanda afin de lui permettre de recouvrer son « droit d'assurer la sécurité » de sa population et son droit de légitime défense. Il est vrai que la résolution adoptée en 1995 faisait directement référence à la lettre du Gouvernement rwandais qui appelait à lever l'embargo sur les armes. Le Conseil, toutefois, insistait également sur le fait que « l'interdiction de livrer des armements et du matériel au Rwanda avait initialement pour but de mettre fin à l'utilisation de ces armements et de matériel pour massacrer des civils innocents »²⁰⁴¹. Si l'on considère qu'il est nécessaire de se référer aux préambules des résolutions du Conseil de sécurité afin de déduire l'objet et le but de leurs dispositions²⁰⁴², on pourrait en conclure que la levée de l'embargo ne visait pas immédiatement à rétablir le droit de légitime défense d'un État membre, mais plutôt à mettre à jour le régime afin de mieux atteindre son objectif initial.

743. Il convient toutefois de noter que la pratique ultérieure du Conseil témoigne de son intention de restreindre les mesures d'embargo à ce qui est strictement nécessaire, en veillant à ce qu'elles n'aient pas de conséquences préjudiciables pour les États affectés. Ainsi, lorsqu'il est question de réagir à une menace à la paix et à la sécurité internationales qu'on ne peut pas attribuer directement à un État défaillant, le Conseil ouvre généralement ses résolutions avec une formulation dans laquelle il réaffirme « son respect de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'indépendance politique » de l'État cible²⁰⁴³. Ce respect se traduit par l'adoption

²⁰³⁹ Résolution 1011 (1995), §§7-8.

²⁰⁴⁰ *Id.*, §11.

²⁰⁴¹ Résolution 1011 (1995), préambule.

²⁰⁴² M. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 20(1), 2017, l'auteur considère que s'il ne faut pas recourir uniquement aux préambules pour interpréter le dispositif d'une résolution, il n'exclut pas que ce préambule soit pertinent pour révéler le contexte qui amène le Conseil à adopter sa résolution, p. 34.

²⁰⁴³ Les exemples sont légions et quasi systématiques : §3 du préambule de la résolution 2093 (2013), concernant la Somalie ; §2 du préambule de la résolution 1493 (2003), République Démocratique du Congo ; §4 de la résolution 1556 (2004), Soudan ; §14 de la résolution 1970 (2011), Libye ; §2 de la résolution 2127 (2013), République centrafricaine.

d'embargos ciblés. Il serait possible de citer de nombreux exemples, mais on se contentera de mentionner les plus importants.

744. Lorsqu'il a été décidé d'adopter des sanctions militaires à l'encontre de la République démocratique du Congo en 2003, le Conseil a fait le choix de n'imposer ces mesures, limitées dans le temps²⁰⁴⁴, qu'aux seuls « groupes armés et milices étrangers et congolais opérant dans le territoire du Nord et du Sud-Kivu et de l'Ituri, et aux groupes qui ne sont pas parties à l'Accord global et inclusif (...) »²⁰⁴⁵. Le paragraphe suivant permettait de fournir des armes non seulement à la Mission de l'ONU au Congo (MONUC) ainsi qu'à la Force multinationale intérimaire d'urgence déployée à Bunia, mais aussi « aux forces intégrées de l'armée et de la police nationales congolaises »²⁰⁴⁶. Le gouvernement congolais n'étant pas à l'origine de la menace à la paix et à la sécurité internationales, il était logique de l'épargner de l'embargo imposé sur son territoire.

745. Dans un rapport du 25 janvier 2005, un Groupe d'experts créé par le Conseil de sécurité²⁰⁴⁷ constatait que certains membres des Nations Unies formulaient des interprétations divergentes des mesures adoptées par la résolution 1493 (2003) du Conseil de sécurité. Conformément à celle-ci, les États ne peuvent fournir des armes qu'aux forces *intégrées* de l'armée congolaise ; c'est-à-dire aux individus qui appartenaient par le passé à des factions mais qui ont finalement rejoint l'armée nationale. Le Groupe d'experts se demandait ainsi s'il fallait qualifier de violation de l'embargo la situation où un « commandant militaire régional, placé en théorie sous l'autorité de l'état-major de Kinshasa, acquiert plus de trois cents uniformes militaires en dehors du cadre de l'armée intégrée »²⁰⁴⁸. Une interrogation de cette nature est récurrente au regard de la complexité de la situation en République démocratique du Congo, où certaines factions annoncent officiellement rejoindre l'armée intégrée pour finalement continuer d'agir en dehors de celle-ci. Dans son rapport, le Groupe d'experts suggérait de renforcer l'embargo en l'appliquant sur l'ensemble du territoire, à l'exception du Gouvernement, dans le but de centraliser l'acquisition d'armes par l'état-major à la capitale et de faciliter leur inventaire avant leur distribution dans la région. Le rapport indiquait que le

²⁰⁴⁴ L'embargo est effectivement imposé pour douze mois, délai à l'issue duquel « le Conseil de sécurité réexaminera la situation en République démocratique du Congo et en particulier dans l'est du pays, en vue de renouveler les mesures stipulées au paragraphe 20 ci-dessus si aucun progrès significatif n'a été enregistré dans le processus de paix, en particulier sur le plan de la cessation de l'appui aux groupes armés, d'un cessez-le-feu effectif et des progrès dans le DDRR des groupes armés étrangers et congolais » (§22 de la résolution 1493 (2003)).

²⁰⁴⁵ §20 de la résolution 1493 (2003).

²⁰⁴⁶ *Id.*, §21.

²⁰⁴⁷ V. la résolution 1533 (2004), §10.

²⁰⁴⁸ *Id.*, §29.

Groupe d'experts avait rencontré le cabinet du Président congolais afin de lui soumettre cette idée. Celui-ci se serait engagé « en principe à clarifier dans ce sens l'embargo sur les armes, *puisque cela ne porterait pas atteinte à la souveraineté du pays ni à son droit (...) d'acquérir des armes pour sa défense nationale* »²⁰⁴⁹.

746. Prenant note du rapport émis par le Groupe d'experts ainsi que de sa proposition, le Conseil de sécurité a en conséquence adopté²⁰⁵⁰, en mai 2005, une résolution entérinant les mesures susmentionnées. Le deuxième paragraphe de la résolution 1596 (2005) précise en ces termes les conditions dans lesquelles le Gouvernement peut obtenir des armements : soit parce que les unités qui en font l'acquisition ont « achevé le processus de leur intégration » ; soit parce qu'elles opèrent « sous le commandement de l'état-major des Forces armées ou de la Police nationale (...) » ; soit, enfin, parce que ces unités sont « en cours d'intégration, sur le territoire de la République démocratique du Congo en dehors des provinces du Nord et du Sud-Kivu et du district d'Ituri ». Le quatrième paragraphe encadre l'envoi de ces armes à des « sites de destination qui auront été désignés par le Gouvernement d'unité spéciale et de transition, en coordination avec la Mission, et notifiés à l'avance au Comité ». Les mesures adoptées ont pour objet de limiter le détournement des armes par les forces non gouvernementales, celles-ci menaçant la paix et la sécurité internationales, préservant ainsi le droit d'acquérir des armes de la République démocratique du Congo.

747. La conséquence d'une telle approche est immédiate : jusqu'à la levée partielle de l'embargo en 2008, l'État n'a *jamais* contesté les mesures restrictives qui lui ont été imposées en 2003. Il est impératif de remarquer que cette pratique est constante, comme en témoigne un autre exemple : les mesures adoptées à l'encontre de la Libye et du Burundi. Lorsque le Conseil envisageait l'adoption d'un embargo contre le Burundi, il s'était déclaré prêt « [à] envisager de décréter des mesures en vertu de la Charte des Nations Unies, notamment d'interdire la fourniture de toutes armes et de tout matériel connexe au Burundi (...) »²⁰⁵¹. Lors des discussions qui ont succédé le vote de la résolution 1040 (1996), le représentant burundais défendait la nécessité d'adopter un embargo sur les armes ciblé plutôt que général : le Conseil ne devait pas empêcher le Burundi de « restaurer la paix et la sécurité », « à défaut de quoi l'État burundais s'y opposera[it] et ne [se] sentira[it] nullement lié par [la résolution] »²⁰⁵².

²⁰⁴⁹ S/2005/30, §32, pp. 12-13, nous soulignons.

²⁰⁵⁰ §8 du préambule : « [p]renant note des rapports du groupe d'experts établi conformément à l'article 10 de la résolution 1533, en date du 15 juillet 2004 (S/2004/551) et du 25 janvier 2005 (S/2005/30), transmis par le comité établi conformément à l'article 8 de la même résolution (ci-après le Comité), et de leurs recommandations ».

²⁰⁵¹ Résolution 1040 (1996), §8 a).

²⁰⁵² S/PV.3623, p. 8.

Après avoir pris note « des vues exprimées par le Gouvernement burundais », le Conseil a finalement décidé de ne pas adopter l’embargo sur les armes mais plutôt une série de mesures incitatives²⁰⁵³. Encore une fois, il serait audacieux d’affirmer qu’il existe un lien de causalité entre les revendications du Burundi et la non-adoption d’un embargo par le Conseil de sécurité. Il est toutefois possible d’interpréter cela comme démontrant la prudence avec laquelle les sanctions militaires sont adoptées depuis la seconde moitié des années quatre-vingt-dix.

748. Il arrive parfois que les deux situations que l’on vient d’évoquer se produisent successivement, c’est-à-dire que le Conseil adopte initialement des mesures générales à l’encontre d’un État qui menace la paix, puis les restreigne à des mesures ciblées lorsque l’État ne menace plus la paix mais rencontre des difficultés révélant sa défaillance. C’était par exemple le cas des sanctions adoptées à l’encontre de la Libye, où le Conseil a agi en deux temps : il a d’abord sanctionné le régime de Kadhafi pour les « violations flagrantes et systématiques des droits de l’homme » qui lui étaient imputables et qui menaçaient la paix et la sécurité internationales²⁰⁵⁴ ; il a ensuite, après le renversement du régime de Kadhafi, adapté ces mesures afin de prévenir le détournement des armes fournies au nouveau gouvernement, tout en lui permettant de renforcer ses forces de défense. Pendant la première période, initiée avec la résolution 1970 (2011), le Conseil avait adopté un embargo général et complet qui ne jouissait d’aucune exemption favorable au gouvernement. Subsistaient néanmoins certaines exceptions pour le « matériel militaire non létal destiné exclusivement à un usage humanitaire », ou encore « aux autres ventes ou fournitures d’armements et de matériel connexe (...) approuvées à l’avance par le Comité »²⁰⁵⁵. Pas d’exemption explicite, mais des modalités d’acquisition d’armement strictement encadrées – avec l’approbation préalable du Comité – et qui rappelle que même dans l’hypothèse où l’État menace directement, par des actes qui lui sont imputables, la paix et la sécurité internationales, le Conseil n’impose pas un embargo général et complet en des termes aussi absolus que par le passé.

749. À la suite du renversement du régime de Khadafi et la mise en place du Conseil National de Transition, le Conseil a modifié l’embargo sur les armes²⁰⁵⁶. La résolution 2009 (2011) esquisse le régime actuellement en vigueur : les mesures précédemment imposées à la Libye ne

²⁰⁵³ Résolution 1049 du 05/03/1996, v. le §2 du préambule

²⁰⁵⁴ Voyez le préambule de la résolution 1970 (2011) qui abonde en référence à la protection de la population.

²⁰⁵⁵ Résolution 1970 (2011), §9.

²⁰⁵⁶ La résolution 2009 (2011) fait implicitement référence à cette transition au §2 : « [a]ttend avec intérêt la mise en place d’un gouvernement intérimaire libyen représentatif et sans exclusive, et fait valoir que la période de transition doit être ancrée dans l’attachement à la démocratie, à la bonne gouvernance, à l’état de droit et au respect des droits de l’homme ». Enfin, de multiples références au Conseil national de transition apparaissent aux §§4-6.

s'appliquent plus « à la fourniture, à la vente ou au transfert à la Libye : a) D'armements et de matériel connexe de *tous types*, (...) ayant pour but exclusif l'aide aux autorités libyennes pour la sécurité ou le désarmement, avec notification préalable au Comité, s'il n'y a pas de décision négative de ce dernier dans les cinq jours ouvrés suivant les notifications »²⁰⁵⁷. L'exemption inclut l'ensemble des catégories d'armes, mais elle est encadrée par le Comité des sanctions qui peut s'y opposer dans les cinq jours suivants la notification, selon une procédure de non-objection permettant d'éviter au maximum les situations de blocage qui ont pu se poser au sein du Comité des sanctions adoptées contre l'Irak dans les années quatre-vingt-dix²⁰⁵⁸. À défaut d'une telle procédure d'approbation tacite, en effet, les membres du Comité doivent généralement approuver expressément les demandes d'acquisition des armements. Cela présentait le risque que ces biens ne soient jamais approuvés dans l'hypothèse où un État s'y serait opposé.

750. Bien entendu, même la procédure d'approbation tacite maintient la possibilité de s'opposer aux requêtes formulées par l'État ciblé. Si cela présente l'inconvénient de restreindre le droit d'un État de s'armer, c'est en réalité le meilleur compromis qui est à la disposition du Conseil lorsque l'embargo cible un membre qui ne contrôle pas suffisamment le flux des armes sur son territoire. C'est notamment pour cette raison que les sanctions militaires imposées à la Libye en 2014 ont été renforcées, le Conseil indiquant être préoccupé « par la menace que font peser sur la stabilité du pays et de la région la présence d'armes et de munitions non sécurisées en Libye et leur prolifération, notamment leur transfert à des groupes terroristes et extrémistes violents (...) ». En conséquence, il a été décidé de rétablir la procédure d'approbation expresse des requêtes formulées par la Libye²⁰⁵⁹. Ce dernier n'a pas contesté la résolution adoptée dès

²⁰⁵⁷ Résolution 2009 (2011), §13(a).

²⁰⁵⁸ Deux coordinateurs du programme pétrole contre nourriture, ainsi que la coordinatrice en chef du Programme alimentaire mondial à Bagdad ont présenté leur démission entre 1998 et 2000 afin de critiquer cette politisation opérée au sein du Comité des sanctions contre l'Irak. L'on peut citer le livre très important d'H. von Sponeck, *A different kind of war, United Nations sanctions against Iraq*, Oxford, Berghahn Books, 2006, 322 p., ainsi que la tribune de Denis Halliday, « Guerre sans fin contre l'Irak, des sanctions qui tuent », dans le *Monde diplomatique* de janvier 1999, p. 14 ; enfin, les interventions de Jutta Berghardt, bien que moins connues en France, sont toutes aussi importantes, voyez par exemple : [<https://www.nodo50.org/csca/english/petxalim-ddhh-eng.html>] (consulté le 14/06/2023).

Dans la doctrine plus juridique : G. L. Burci, « Interpreting the humanitarian exceptions through the sanctions committees », dans le colloque dirigé par V. Gowlland-Debbas, *United Nations sanctions and international law*, Graduate Institute of International Studies, Genève, 2001, p. 150 ; Voyez aussi P. Conlon, « Lessons from Iraq : The Functions of the Iraq Sanctions Committee as a Source of Sanctions Implementation Authority and Practice », *Virg. JIL*, vol. 35 (1995), p. 648. Ce dernier a d'ailleurs écrit un ouvrage sur la question, *United Nations Sanctions Management : A Case Study of the Iraq Sanctions Committee, 1990-1994*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2001, 219 p.

²⁰⁵⁹ *Id.*, §8.

lors qu'elle constituait un compromis entre ce qu'imposait le rétablissement de la paix et les intérêts sécuritaires de l'État²⁰⁶⁰.

751. La volonté de préserver ces intérêts dans la mise en œuvre de l'embargo sur les armes apparaît explicitement dans les résolutions subséquentes du Conseil de sécurité. L'adoption de la résolution 2214 (2015) a largement été motivée par l'accroissement de la menace terroriste en Libye *et* par la nécessité de « renforcer les capacités des États Membres en matière de lutte contre le terrorisme (...) »²⁰⁶¹. Plus particulièrement, le Conseil s'est dit préoccupé « par les combattants terroristes étrangers » qui menacent à la fois l'État libyen ainsi que ses voisins « qui doivent faire face à de sérieux problèmes de sécurité »²⁰⁶². En conséquence, le Conseil a demandé au Comité « d'examiner sans tarder les demandes formulées en application du paragraphe 8 de la résolution 2174 (2014) (...) *en vue de leur utilisation par les forces armées officielles libyennes pour combattre l'EIIL*, les groupes lui ont prêté allégeance [etc] »²⁰⁶³. Cette formulation, reprise dans les résolutions suivantes²⁰⁶⁴, n'a pas suscité l'opposition de la Libye, celle-ci s'inquiétant au contraire de la persistance du détournement des armes par les groupes terroristes²⁰⁶⁵.

752. Tant que l'État ciblé ne démontre pas sa capacité à contrôler les armes dont il fait l'acquisition, aucun des membres du Conseil de sécurité n'envisage sérieusement d'amoinrir le rôle du Comité des sanctions ni de lever ou d'aménager l'embargo sur les armes. La délégation russe justifiait le prolongement des mesures en raison de l'inexistence de « forces armées nationales viables avec une chaîne de commandement centrale »²⁰⁶⁶ en Libye. Si l'Égypte a par exemple considéré qu'il était « important de lever l'embargo sur la fourniture d'armes à l'Armée nationale libyenne » afin qu'elle puisse former « le noyau de toutes les forces armées libyennes », la délégation libyenne n'a jamais critiqué le maintien de ces mesures²⁰⁶⁷.

753. Cela s'explique aisément : le Comité des sanctions n'a *jamais* refusé une demande formulée par le régime libyen en application des exemptions susmentionnées. En 2011, par

²⁰⁶⁰ S/PV.7251, p. 7 : « [l]a résolution qui vient d'être adoptée par le Conseil de sécurité marque une étape d'importance, assortie d'un message très clair à l'attention des parties au conflit. Toutefois, le peuple libyen attend toujours un effort actif de la communauté internationale ».

²⁰⁶¹ Résolution 2214 (2015), §9 du préambule.

²⁰⁶² *Id.*, §14 du préambule.

²⁰⁶³ *Id.*, §7.

²⁰⁶⁴ Résolution 2278 (2016), §7, mais aussi dans le préambule de la résolution 2292 (2016).

²⁰⁶⁵ Résolution 2292 (2016), §1.

²⁰⁶⁶ S/PV.7715, p. 4.

²⁰⁶⁷ S/PV.7988, pp. 2-3.

exemple, le Comité indiquait avoir reçu quatre notifications en vertu du paragraphe treize (a) de la résolution 2009, auxquelles il n'a opposé aucun refus²⁰⁶⁸. Il en sera de même en 2012, avec un total de soixante-quatre notifications réalisées en vertu de ce même paragraphe treize²⁰⁶⁹. Plus récemment, en 2018 et 2020, le Comité a indiqué n'avoir refusé aucune demande d'exemption²⁰⁷⁰.

754. Difficile, dans ces conditions, d'arguer que les mesures adoptées par le Conseil de sécurité portent atteinte aux droits de légitime défense ou d'acquérir des armes des États sous embargo. C'est notamment pour cette raison que dans la quasi-totalité des cas, les États placés sous un régime ciblé similaire à celui adopté contre la Libye ne contestent jamais les mesures adoptées²⁰⁷¹. Au contraire, la pratique confirme que le Conseil prend soin de garantir et de respecter l'existence des États membres lorsqu'il exerce sa responsabilité principale de maintien de la paix.

2.2. L'exercice des pouvoirs du Conseil de sécurité dans le respect et la garantie de l'existence des États membres

755. Le Conseil de sécurité assume sa responsabilité de maintien de la paix et de la sécurité internationales dans le respect de l'existence des États membres de deux manières. Tout d'abord, il offre aux États affectés par ses mesures une série de garanties de sécurité, démontrant ainsi qu'il ne cherche *jamais* à détruire un État (**a**). C'est pourquoi, enfin, il veille à préserver les États qualifiés de « défaillant », dont l'existence est justement considérée comme indispensable pour le rétablissement ou pour le maintien de la paix (**b**).

a. Garanties de sécurité offertes à l'État ciblé par les mesures du Conseil de sécurité

756. La question de l'existence de limites aux pouvoirs du Conseil de sécurité ne s'est posée qu'à la suite de la « réactivation »²⁰⁷² du système de sécurité collective, dans les années quatre-vingt-dix. Au regard de l'ampleur des « conséquences néfastes des sanctions

²⁰⁶⁸ S/2012/32, §25, p. 6.

²⁰⁶⁹ S/2012/983, §29, p. 6 : « [a] total of 53 notifications invoking paragraph 13 (a), 2 notifications invoking paragraph 13 (b) and 9 notifications invoking paragraph 13 in general were received. No negative decision was taken by the Committee in any of the cases ».

²⁰⁷⁰ S/2018/1176, §23, p. 4 : « [t]he Committee approved three arms embargo exemption requests invoking paragraph 9 (c) of resolution 1970 (2011) ». S/2020/1256, §23, p. 4 : « [l]e Comité n'a pas opposé de fin de non-recevoir à cinq notifications de dérogation au titre de l'alinéa a) du paragraphe 19 de la résolution 1970 (2011) ».

²⁰⁷¹ On l'a vu, la République démocratique du Congo ne s'y oppose pas, ainsi que le Liban, ou encore le Libéria et la Côte d'Ivoire.

²⁰⁷² Ph. Weckel, « Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 37, 1991, p. 175.

économiques [globales] »²⁰⁷³, notamment en matière de droit international des droits de l'homme, la doctrine a tenté de démontrer que les pouvoirs du Conseil de sécurité devaient être exercés dans le respect du droit international. À cette fin, les auteurs ont mobilisé l'article 24, alinéa 2, de la Charte des Nations Unies : « [d]ans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies ».

757. Or, on l'a vu, ces principes figurent à l'article 2 de la Charte et ils intéressent la préservation de l'existence des États membres²⁰⁷⁴. Partant, le Conseil de sécurité ne devrait tout simplement pas pouvoir adopter des mesures menaçant l'existence des pays ciblés. Lorsque le P^r Kohen interroge la possibilité d'amputer le territoire d'un État à l'origine d'une agression qualifiée de menace à la paix, il déduit de l'article 24 précité qu'une telle mesure « s'avérerait contraire au principe de l'égalité souveraine, au respect de l'intégrité territoriale des États, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et au maintien de la paix et de la sécurité internationales »²⁰⁷⁵. Ce que l'auteur qualifie lui-même de « principes fondamentaux du droit international » ne peut donc pas être écarté par le Conseil de sécurité, même pour maintenir ou restaurer la paix²⁰⁷⁶. Si le simple pouvoir d'amoindrir le territoire d'un État ne peut pas être reconnu au Conseil, ce dernier, *a fortiori*, ne peut pas non plus organiser la destruction d'un État. La P^{re} Ruiz-Fabri remarque ainsi que « [l]es principes et moyens d'action dont s'est dotée la société internationale ont pour finalité de permettre la protection de l'État agressé, pas de mettre en cause l'existence de l'État agresseur »²⁰⁷⁷.

758. Certains pourraient néanmoins arguer que rien n'empêche, en théorie, d'imaginer une situation où la disparition d'un État serait nécessaire au maintien de la paix. Cette observation présente l'inconvénient de confondre la destruction matérielle de l'État – un de ses éléments constitutifs – et son extinction formelle – l'institution étatique. Le bon sens impose de refuser que le Conseil de sécurité puisse avoir l'intention d'orchestrer l'extinction de la population d'un État – son principal élément constitutif – alors qu'il a déjà eu l'occasion de qualifier ce genre

²⁰⁷³ M. Bossuyt, « Conséquences néfastes des sanctions économiques pour la jouissance des droits de l'homme », document de travail transmis le 21/09/2000 à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2000/33, pp. 6-8, §§ 19-28.

²⁰⁷⁴ V. le Chapitre 3 de la thèse, section 2, paragraphe 2.

²⁰⁷⁵ M. G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, p. 399.

²⁰⁷⁶ *Id.*, pp. 400-402, l'auteur prend l'exemple de l'Irak où le Conseil, à la suite de la libération du Koweït, avait établi une « Commission de démarcation de la frontière » qui « ne procédait à aucune réattribution de territoire entre le Koweït et l'Iraq ». V., CSNU, résolution 833 (1993), adoptée à la 3224^{ème} séance du 27/05/1993, préambule.

²⁰⁷⁷ H. Ruiz Fabri, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *op. cit.*, p. 156.

de situations de menace à la paix et à la sécurité internationales²⁰⁷⁸. Le Juge Lauterpacht observait ainsi « qu'une résolution du Conseil de sécurité » exigeant « une participation à un génocide » suffirait à « voir clairement qu'une telle position serait inacceptable »²⁰⁷⁹. De la même manière, l'atteinte à l'intégrité du territoire de l'État aboutirait à violer le principe qui garantit son inviolabilité et qui a suscité la réaction et la protection du Conseil de sécurité.

759. Même lorsque le Conseil de sécurité adopte des mesures qui pourraient potentiellement affecter les conditions d'existence d'un État membre, les résolutions veillent généralement à inclure des garanties de sécurité en faveur de cet État. Par exemple, rappelons qu'en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, un État n'est empêché d'agir en légitime défense que lorsque le Conseil de sécurité a adopté les « mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». À condition d'admettre ce qui a été affirmé plus tôt, à savoir que la disparition de l'État n'est jamais nécessaire pour le maintien de la paix, l'article 51 suppose alors que le Conseil doit prendre des mesures qui, tout en suspendant l'exercice du droit de légitime défense, offrent en contrepartie des garanties de sécurité au pays affecté. Autrement dit, le caractère « nécessaire » des mesures d'embargo, par exemple, est parfois évalué à l'aune de leur capacité à maintenir la paix et à garantir l'existence de l'État affecté.

760. Bien entendu, cela implique de connaître l'autorité compétente pour évaluer si le Conseil de sécurité a adopté les mesures « nécessaires » au maintien de la paix, ce qui n'est pas une question facile à résoudre²⁰⁸⁰. Certains États ont néanmoins remis en cause l'efficacité des mesures adoptées par le Conseil en lui reprochant d'empêcher l'exercice du droit de légitime défense sans avoir offert des garanties de sécurité suffisantes. C'était par exemple le cas de la Bosnie-Herzégovine, dans les années quatre-vingt-dix, où la principale garantie de sécurité offerte par le Conseil à cet État correspondait à l'établissement d'opérations de maintien de la paix. En février 1992, par exemple, le Conseil a créé « une force de protection des Nations Unies » en Bosnie, pour douze mois²⁰⁸¹. L'élément militaire de la Force avait pour fonction, entre autres, d'« assurer la protection des habitants des zones protégées par les Nations Unies

²⁰⁷⁸ V., p. ex., CSNU, résolution 1970 (2011), S/RES/1970(2011), en préambule : « [l]e Conseil de sécurité, [s]e déclarant gravement préoccupé par la situation en Jamahiriya arabe libyenne, et condamnant la violence et l'usage de la force contre des civils (...) », va agir en vertu du Chapitre VII de la Charte et prendre des mesures « au titre de son article 41 » (italiques dans l'original).

²⁰⁷⁹ Opinion individuelle de M. Lauterpacht, sous l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, *CIJ Rec. 1993*, p. 440.

²⁰⁸⁰ H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, op. cit., p. 802 ; S. Droubi, *Resisting United Nations Security Council resolutions*, op. cit., p. 112.

²⁰⁸¹ Résolution 743 (1992), §§ 3 et 5, adoptée le 21 février 1992 à l'unanimité lors de la 3055^{ème} séance, sans débat.

(ZPNU) »²⁰⁸². S'il n'est pas immédiatement évident que cette Force constituait une contrepartie au maintien de l'embargo général et complet, cela le devient à la lumière des réactions des autres membres des Nations Unies : c'est uniquement après avoir constaté l'échec du Conseil à rétablir la paix que les États ont appelé à lever l'embargo. Ainsi, lors du vote de la résolution 770 (1992), l'Autriche proposait l'alternative suivante :

« Au cas où la communauté internationale ne pourrait ou ne voudrait pas se montrer à la hauteur de cette tâche (*i.e.* contrer l'agression serbe rapidement et de façon décisive), du moins *faudra-t-il accorder à la Bosnie-Herzégovine l'exercice du droit naturel de légitime défense (...)* »²⁰⁸³.

761. Cette rhétorique a également été reprise par la Bosnie au mois de novembre 1992²⁰⁸⁴ et par ses alliés²⁰⁸⁵, tandis que d'autres membres permanents – notamment la France et le Royaume-Uni – craignaient que la levée de l'embargo ne présente le risque d'aggraver la situation sécuritaire dans le pays²⁰⁸⁶. À défaut d'autoriser le recours à la force pour assister militairement la Bosnie, le Conseil a renforcé la Force de protection déployée sur son territoire. Initialement restreinte à un effectif composé entre 1 000 hommes et femmes, la Force a fini par atteindre jusqu'à 25 000 militaires en 1995²⁰⁸⁷. Dans le même temps, la résolution 824 (1993) établissait une liste de « zones de sécurité » visant à mettre les principales villes de Bosnie « à l'abri des attaques armées et de tout autre acte d'hostilité »²⁰⁸⁸. Afin de rendre la protection de ces villes effectives, le mandat de la Force a été étendu en lui permettant, en vertu de la résolution 836 (1993), de « dissuader les attaques contre les zones de sécurité »²⁰⁸⁹.

²⁰⁸² S/23280, §10, auquel le rapport S/23592 suggérant au Conseil la création de la Force renvoi pour obtenir les détails sur le plan de déploiement de l'Opération.

²⁰⁸³ S/PV.3106, pp. 24/25, nous soulignons.

²⁰⁸⁴ S/PV.3134, séance du 13 novembre 1992, pp 53/55 : « [s]i le Conseil ne veut pas prendre de mesures directes pour stopper ce crime et mettre en application les mesures qu'il a adoptées, il devrait alors céder et reconnaître pleinement notre droit souverain et absolu à la légitime défense ».

²⁰⁸⁵ Intervention du délégué égyptien, p. 41 (S/PV.3135) : soit le Conseil adopte les « garanties nécessaires pour protéger la République de Bosnie (...) », soit il permet à cette dernière d'obtenir des armes afin d'exercer son droit de légitime défense et de « vivre en sécurité à l'intérieur de ses frontières (...) ».

²⁰⁸⁶ S/PV.3135, pp. 7-8 et 17.

²⁰⁸⁷ Pour un historique de la Force, X. Bougarel, *Bosnie, anatomie d'un conflit*, Paris, La Découverte, 1996, pp. 156-160. Pour des exemples d'accroissement des effectifs : Résolution 762 (1992), §7 ; Résolution 764 (1992), §2 ; Résolution 769 (1992), §2 ; Résolution 908 (1994), §§4 et 5 ; Résolution 914 (1994), §2.

²⁰⁸⁸ Résolution 824 (1993), §3 : « [d]éclare que la capitale de la République de Bosnie-Herzégovine, Sarajevo, ainsi que les autres zones menacées, en particulier les villes de Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihac, de même que Srebrenica, et leurs environs, devraient être traitées comme zone de sécurité par toutes les parties concernées (...) ».

²⁰⁸⁹ Résolution 836 (1993), §5.

762. Après le début du siège de Sarajevo en février 1994, la Bosnie a déploré l'inefficacité des mesures adoptées²⁰⁹⁰ et a préféré faire appel à l'OTAN afin d'obtenir la mise en œuvre des résolutions 824 (1993) et 836 (1993) précitées²⁰⁹¹. Lors d'une séance se déroulant moins d'une dizaine de jours suivant l'intervention de l'OTAN, la Bosnie insistait à nouveau sur l'alternative qui se posait au Conseil :

« Si l'on veut garantir la paix et la crédibilité du processus de paix, la communauté internationale doit s'efforcer de mettre en œuvre les résolutions 824 (1993) et 836 (1993) dans les cinq autres zones de sécurité et prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de tous les Bosniaques dans tout notre pays, *ou du moins ne pas nous empêcher de nous défendre* »²⁰⁹².

763. La résolution adoptée en réaction aux revendications de la Bosnie, le 22 avril 1994, a une nouvelle fois renforcé le mandat de la Force afin d'assurer le « désengagement des forces militaires à Gorazde »²⁰⁹³. La Force n'étant pas parvenue à assurer la mise en œuvre des résolutions 824 (1993) et 836 (1993), la Bosnie a déploré ce nouvel échec en relevant que ces résolutions ont été adoptées « *en échange de notre droit inaliénable à la légitime défense* »²⁰⁹⁴.

764. En bref, une logique transactionnelle irrigue, encore aujourd'hui, les mesures adoptées par le Conseil de sécurité, celui-ci ne restreignant l'exercice du droit de légitime défense qu'après avoir adopté les mesures nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Si cet objectif est susceptible de justifier un embargo général et complet, il ne peut pas non plus aboutir à priver un État de garanties de sécurité. Lorsque le Rwanda, par exemple, contestait l'embargo général et complet sur les armes, le Conseil n'a pas immédiatement envisagé de le lever, mais a plutôt élargi le mandat de la Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda (MINUAR). Celle-ci avait pour objet de « contribuer à la sécurité et à la protection des personnes déplacées, des réfugiés et des civils en danger au Rwanda (...) »²⁰⁹⁵. Cette mesure, censée faciliter la mise en œuvre de la phase deux du déploiement de la MINUAR, a été largement accueillie par le Rwanda qui, dans les débats, ne contestait plus l'embargo adopté contre lui²⁰⁹⁶. Alors que l'accroissement des effectifs de la

²⁰⁹⁰ S/1994/124.

²⁰⁹¹ S/1994/134.

²⁰⁹² S/PV.3336, p. 11, nous soulignons.

²⁰⁹³ Résolution 913 (1994), §2.

²⁰⁹⁴ *Ibid*, nous soulignons.

²⁰⁹⁵ Préambule de la résolution 925, et son §2 élargit le mandat de la Mission de manière à déployer un bataillon supplémentaire. Le mandat humanitaire et sécuritaire de la Mission apparaît clairement au §4 de cette même résolution.

²⁰⁹⁶ S/PV.3388, p. 14.

Mission peinait à se réaliser, le Conseil a donné son accord au déploiement d'une opération multinationale à des fins humanitaires, jouissant de la possibilité de recourir à la force pour atteindre les objectifs humanitaires énoncés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 4 de la résolution 925 (1994)²⁰⁹⁷. La France a vigoureusement défendu cette nouvelle mesure face aux cinq États abstentionnistes²⁰⁹⁸ en arguant qu'il en allait de la survie de l'État rwandais²⁰⁹⁹.

765. En réalité, seule la destruction de l'appareil étatique – formelle – pourrait être envisageable puisque cela ne porterait pas atteinte aux principes de la Charte. L'hypothèse est néanmoins difficile à envisager : ce n'est jamais l'institution étatique elle-même qui menace la paix et la sécurité, mais plutôt le régime politique, ce qui explique pourquoi les mesures du Conseil de sécurité sont susceptibles de rechercher la disparition du second plutôt que de la première. L'État, au sens institutionnel, est plutôt considéré par l'ONU comme un facteur de stabilité des relations internationales²¹⁰⁰ et donc comme un moyen de maintenir la paix et la sécurité.

b. La préservation des États défailants pour rétablir la paix et la sécurité internationales

766. Le P^r Cahin a souligné que la (re)construction de l'État était un élément central des efforts onusiens de consolidation de la paix, car cette organisation internationale avait fait le double constat suivant :

« [L]a quasi-totalité des conflits armés dans le monde sont d'abord des conflits internes plongeant leurs racines dans l'absence de légitimité des institutions politiques et la nature non démocratique du pouvoir ; et la fin des affrontements armés n'empêche en rien la persistance d'une instabilité politique, économique et sociale »²¹⁰¹.

767. Au motif que l'« État souverain » demeure la « pierre angulaire de la communauté internationale »²¹⁰², le Conseil de sécurité a interprété la Charte des Nations Unies de manière

²⁰⁹⁷ Résolution 929 (1994), §§1 et 3.

²⁰⁹⁸ Brésil, Chine, Nigéria, Nouvelle-Zélande et Pakistan, qui s'abstiennent en raison de l'autorisation du recours à la force (S/PV.3392, pp. 3-4, 7 et 10).

²⁰⁹⁹ Plus précisément : « [e]lle (*i.e.* la France) s'est résolue à intervenir pour éviter qu'il ne soit trop tard lorsque les renforts de la MINUAR pourraient être déployés au Rwanda. Chacun a pu mesurer que, faute d'une action rapide, c'est un pays tout entier dont la survie était menacée et une région dont la stabilité était gravement compromise » (S/PV.3402, p. 3).

²¹⁰⁰ J. Salmon, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », *RCADI*, vol. 347, 2011, p. 76.

²¹⁰¹ G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 149.

²¹⁰² B. Boutros-Ghali, alors Secrétaire générale des Nations Unies, « Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix », distribué le 17/06/1992, S/24111, p. 3, §10 et p. 5, §17 : « [l]a

à se reconnaître le pouvoir de créer des « opérations de maintien de la paix » qui participent à la construction ou à la reconstruction d'un État dit « défaillant ». Ce dernier, incapable de « remplir ses obligations essentielles, et spécialement assurer la sécurité physique de sa population »²¹⁰³, présente le risque de disparaître et de déstabiliser la paix internationale²¹⁰⁴. Alors que M^{me} Motsch observe à raison que « le nombre des réussites historiques dans ce cas de figure est désespérément petit »²¹⁰⁵, il faut néanmoins conclure avec le P^r Cahin que si l'État « est bien la pierre angulaire du système juridique international, il ne peut le demeurer, sans artifice, que si le droit international se préoccupe sérieusement, au-delà de ses conditions d'existence, de ses conditions de vie (...) »²¹⁰⁶.

768. Refusant ainsi de tolérer la disparition d'un État qui ne résulte pas nécessairement de la violation de principes fondamentaux²¹⁰⁷ – même si la distinction n'est pas toujours aisée²¹⁰⁸ –, on comprend mal comment le Conseil de sécurité pourrait rechercher un tel résultat. Surtout

pierre angulaire de l'édifice est et doit demeurer l'État, dont le respect de la souveraineté et de l'intégrité constitue des conditions de tout progrès international ».

²¹⁰³ S. Sur, « Sur les États défaillants », in *Commentaire*, n°112, 2005. Disponible en ligne, p. 1 : [<https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/0502-SUR-FR-2.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

²¹⁰⁴ V. la déclaration du ministre australien des Affaires étrangères à propos de l'Irak, le 21/05/2007 et reprod. in *Australian Yearbook of International Law*, vol. 28, 2009, p. 321 : « [w]e obviously agreed that the stakes in Iraq are high – high for the Iraqi people first and foremost, for their freedom and for the integrity of the country. The stakes are very high for the stability of the Middle East. Iraq's disintegration would cause a catastrophe. We agreed that Iraq's survival and stability is important to global security » (nous soulignons).

²¹⁰⁵ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 486.

²¹⁰⁶ G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », op. cit., p. 536.

²¹⁰⁷ *Id.*, p. 86 : « [p]eut-être dit en conséquence défaillant l'État qui est dans l'incapacité d'exercer tout ou partie de ses fonctions régaliennes de base en raison de la disparition totale ou partielle d'une autorité politique effective ». Bien entendu, l'ineffectivité d'une autorité politique est susceptible de se manifester à la suite, par exemple, de la violation du principe d'interdiction du recours à la force, mais là n'est pas forcément l'origine de la défaillance, *id.*, p. 98 : « (...) cette situation peut être aussi plus directement précipitée par une intervention militaire extérieure mettant à nu l'absence de structuration étatique jusqu'alors camouflée tant bien que mal par une autorité politique effective ».

²¹⁰⁸ V. l'exemple de la Bosnie-Herzégovine qui est confrontée à des menaces de sécession par l'une des trois entités régionales qui composent l'État fédéral, la République serbe de Bosnie. De l'aveu du Représentant permanent de la Bosnie-Herzégovine à l'ONU, cette situation est contraire au droit constitutionnel dudit État fédéral, mais cela n'empêche pourtant pas les membres du Conseil de sécurité de qualifier la menace qui en résulte d'existentielle et d'atteinte à la souveraineté ainsi qu'à l'intégrité territoriale. V. les interventions des États membres suivants, lors de la 8896^{ème} séance du 03/11/2021, S/PV.8896 : France (p. 3 : « [l]a France condamne toutes les formes de remise en cause de l'intégrité territoriale et de l'existence de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'État ») ; Saint-Vincent-et-les Grenadines (*ib.* : « (...) réaffirme son appui à la stabilité, à l'indépendance politique et à l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine ») ; Royaume-Uni (p. 5 : « (...) la Bosnie-Herzégovine est confrontée à la menace existentielle la plus grave de la période d'après-guerre (...) ») ; le Royaume-Uni se dit « déterminé à appuyer la sécurité, la stabilité, (...) la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine ») ; Norvège (p. 6) ; Tunisie (p. 7) ; Chine (p. 9) ; Russie (p. 12, qualifiant d'ailleurs la souveraineté et l'intégrité territoriale de « principes fondamentaux ») ; *etc.* La nature de la menace existentielle est expliquée par le représentant permanent de la Bosnie : la sécession aurait pour effet d'entraîner « l'effondrement de ces institutions et, en définitive, [de] compromettre la capacité de l'État à fonctionner et à assumer sa responsabilité constitutionnelle » (p. 15). En conséquence, le CSNU a adopté la résolution 2604 (2021) où il constate « que la situation dans la région de l'ex-Yougoslavie continue de menacer la paix et la sécurité internationales », et proroge le mandat de la « force multinationale de stabilisation (...) » (v. préambule et §1, S/RES/2604 (2021)).

après avoir indiqué que le Conseil réaffirme ponctuellement son intention de respecter « l'indépendance, la souveraineté et l'intégrité territoriale » des États affectés par les mesures adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte²¹⁰⁹.

769. Enfin, il convient de relever que les embargos adoptés à l'encontre des États défailants, loin de menacer leur existence, ont justement pour objectif de participer à la « (re)construction » de l'appareil étatique. Les mesures imposées à la République centrafricaine le démontrent parfaitement. Préoccupé « par l'état de la sécurité qui continue de se détériorer en République centrafricaine et [qui] se caractérise par l'effondrement total de l'ordre public, l'absence de l'état de droit et des tensions interconfessionnelles », le Conseil a considéré que la situation à l'intérieur de la République constituait une menace à la paix et la sécurité internationales dans sa résolution 2127 (2013)²¹¹⁰. Cette résolution, longue de soixante-deux paragraphes, couvre un terrain considérable : elle fixe les missions de désarmement que doivent réaliser les autorités de transition (§4) ; elle autorise le déploiement de la Mission internationale de soutien à la Centrafrique sous conduite africaine (MISCA, §28 et s.) ainsi que celle des forces françaises (§49 et s.) ; elle adopte, enfin, un embargo sur les armes pour une période initiale d'un an (§54).

770. À nouveau, cet embargo en apparence général et complet contient une série d'exemptions qui permettent d'assurer son caractère ciblé. Parmi les exemptions, il y a évidemment celles qui profitent aux diverses forces déployées sur place (MICOPAX, MISCA, BINUCA, *etc.*), ainsi que celles qui poursuivent une finalité humanitaire²¹¹¹. Il y a aussi et surtout deux exceptions qui traduisent la recherche de l'équilibre mentionnée plus tôt à propos de la Libye. La première concerne la possibilité de livrer des armes « et autres matériels létaux destinés aux forces de sécurité centrafricaines dans le seul but d'appuyer la réforme du

²¹⁰⁹ On ne peut raisonnablement pas établir une liste exhaustive à propos de cette seconde catégorie. Il faut donc nous résoudre à une énumération sommaire et arbitraire : Résolution 696 (1991), relative à la Mission de vérification des Nations Unies en Angola II, adoptée à l'unanimité à la 2991^{ème} séance (préambule) ; résolution 976 (1995), relative à la Mission de vérification des Nations Unies en Angola III et adoptée à l'unanimité à la 3499^{ème} séance (préambule) ; Résolution 1433 (2002), relative à la Mission des Nations Unies en Angola et adoptée à l'unanimité à la 4604^{ème} séance (2002) ; Résolution 444 (1979), relative à la Force intérimaire des Nations Unies au Liban et adoptée à la 2113^{ème} séance à 12 voix et deux abstentions (Tchécoslovaquie et Russie ; la Chine a décidé de ne pas participer au vote) (préambule) ; résolution 819 (1993), relative à l'établissement d'une mission des Nations Unies en Bosnie-Herzégovine et adoptée à l'unanimité lors de la 3199^{ème} séance (préambule) ; résolution 897 (1994), relative à l'Opération des Nations Unies en Somalie II et adoptée à l'unanimité lors de la 3334^{ème} séance (préambule) ; Résolution 912 (1994), adoptée à l'unanimité lors de la 3368^{ème} séance et relative à l'imposition d'un embargo sur les armes au Rwanda (préambule) ; Résolution 1037 (1996), adoptée à l'unanimité lors de la 3619^{ème} séance et relative à l'Administration transitoire des Nations Unies en Croatie (préambule) ; Résolution 1346 (2001), adoptée à la 4306^{ème} séance à l'unanimité et relative à la Mission des Nations Unies en Sierra Leone (préambule) ; Résolution 1244 (1999), adoptée à l'unanimité lors de la 4011^{ème} séance et déployant une présence internationale au Kosovo (préambule) ; Résolution 1272 (1999), adoptée à l'unanimité lors de la 4057^{ème} séance et établissant l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (préambule), *etc.*

²¹¹⁰ Résolution 2127 (2013), §§3 et 31 du préambule.

²¹¹¹ *Id.*, §53(a) et (c).

secteur de la sécurité ou d'être utilisés dans ce cadre » ; la seconde, dans un paragraphe très inclusif, permet la fourniture des « autres ventes ou livraisons d'armes et de matériels connexes » qui n'apparaissent pas dans les autres exemptions²¹¹². Dans les deux cas, l'obtention de ces biens est soumise à l'approbation préalable du Comité de sanction constitué au paragraphe 57 de cette résolution.

771. Il faut bien comprendre l'intérêt de la démarche du Conseil : celle-ci marque le juste équilibre entre le respect des droits d'un État qui ne maîtrise pas totalement son territoire, et le fait qu'il faut limiter les risques de détournement de telles armes²¹¹³. Sur le premier point, il suffit de rapporter un paragraphe du préambule pour s'en convaincre : le Conseil admet « qu'il incombe au premier chef aux autorités de transition de protéger la population civile²¹¹⁴ ». C'est précisément cette considération qui implique de cibler l'embargo de cette manière.

772. Dans un premier temps, la République va soutenir l'adoption de la résolution²¹¹⁵, puis dans un second temps, elle va argumenter que l'embargo ne lui permet pas d'assurer sa « lourde responsabilité de protéger la population centrafricaine » en l'absence de « forces de défense et de sécurité » qu'elle ne peut armer²¹¹⁶. Le Conseil va répondre en adoptant la résolution 2196 (2015) dans laquelle il reconnaît « que l'embargo sur les armes qu'il a imposé peut jouer un rôle déterminant dans la lutte contre le transfert illicite d'armes et de matériels connexes en République centrafricaine et dans la région et concourir de façon non négligeable à la consolidation de la paix après le conflit, au désarmement, à la démobilisation et à la réintégration et à la réforme du secteur de la sécurité (...) »²¹¹⁷. Préoccupé par ce trafic illicite, le Conseil décide de proroger l'embargo sur les armes au premier paragraphe, ainsi que les exemptions y relatives.

²¹¹² *Id.*, §53(e) et (f).

²¹¹³ Cette considération transparaît au §38 de la résolution 2127 (2013) : « [p]rie également le Secrétaire général d'apporter un appui à la MISCA pour qu'elle puisse lutter contre la prolifération illicite de tous armements et matériels connexes de tous types, en particulier d'armes légères, sécuriser les stocks d'engins explosifs, éliminer les restes explosifs de guerre et s'occuper de la destruction des munitions classiques ».

²¹¹⁴ *Id.*, §12 du préambule.

²¹¹⁵ La délégation est allée jusqu'à chanter son hymne national, qui évoque d'ailleurs la conservation de soi, S/PV.7072, p. 5 : « [ô] Centrafrique, ô berceau des Bantous ! Reprends ton droit au respect, à la vie ! Longtemps soumis, longtemps brimé par tous, Mais de ce jour brisant la tyrannie. Dans le travail, l'ordre et la dignité, Tu reconquiers ton droit, ton unité, Et pour franchir cette étape nouvelle, De nos ancêtres la voix nous appelle ».

²¹¹⁶ S/PV.7153, p. 4, après l'adoption de la résolution 2149 (2014) qui autorise le déploiement d'une nouvelle Mission.

²¹¹⁷ Résolution 2196 (2015), §18 du préambule.

773. Le régime général fait néanmoins l'objet d'assouplissements successifs²¹¹⁸, à mesure que les autorités de transition renforcent leur capacité « pour ce qui est de stocker et gérer les armes et munitions qu'elles détiennent (...) »²¹¹⁹. Malgré des appels répétés quant à la levée de l'embargo, le Conseil n'a procédé à aucun allègement entre 2016 et 2019, simplement parce que la réforme du secteur de sécurité n'était jusqu'alors pas suffisamment avancée pour éviter le détournement des armes acquises par la République²¹²⁰. Cette dernière reconnaîtra d'ailleurs que les « réactions réclamant la levée de l'embargo dénotent de la méconnaissance de la situation anarchique des armes en République centrafricaine »²¹²¹. En 2019 néanmoins, le Conseil relève les progrès réalisés « dans la stabilisation du pays et le respect de » ses résolutions, ce critère lui permettant d'évaluer l'opportunité de lever ou non l'embargo imposé à la Centrafrique²¹²². La délégation française insiste sur le fait que « les procédures d'exemption et de notification restent des outils efficaces pour permettre aux forces de défense et de sécurité centrafricaines d'être formées, équipées et armées, tout en limitant le risque de dissémination des armes »²¹²³.

774. Sous l'insistance de la République centrafricaine, le Conseil finit par adopter une série de critères – des *benchmarks* – qui établissent clairement les conditions dans lesquelles l'embargo pourra être définitivement levé²¹²⁴. Établis par le Secrétaire général des Nations Unies et adoptés le 9 avril 2019 dans une déclaration du Président du Conseil de sécurité²¹²⁵, ces critères ont principalement trait à la gestion des stocks d'armes²¹²⁶. En d'autres termes, il

²¹¹⁸ Résolution 2262 (2016), §1(b) : le Conseil de sécurité allège l'embargo en faveur de la République centrafricaine en lui permettant d'obtenir du matériel non létal ainsi que diverses formations opérationnelles et non opérationnelles « exclusivement destinés à soutenir le processus de réforme de la sécurité en République centrafricaine », sur simple notification préalable au Comité de sanctions.

²¹¹⁹ *Id.*, §4.

²¹²⁰ Voyez la déclaration de la délégation française après l'adoption de la résolution 2339 (2017) qui proroge une nouvelle fois l'embargo sur les armes : « [c]'est la position de la France que les mesures restrictives doivent appuyer un processus politique et évoluer avec les progrès de la situation sur le terrain. C'est aussi un message adressé aux autorités de la République centrafricaine, que l'embargo sur les armes pourrait évoluer le moment venu, et notamment en fonction des progrès de la réforme du secteur de la sécurité. Ce message est important pour la suite de notre action en République centrafricaine » (S/PV.7872, p. 2).

²¹²¹ S/PV.7872, p. 3.

²¹²² Voyez, par exemple, le §38 de la résolution 2339 (2017), ainsi que le §42 de la résolution 2399 (2018).

²¹²³ S/PV.8169, p. 2.

²¹²⁴ La résolution 2454 (2019) promettait d'établir ces critères avant le 30 avril 2019 en son §9. La délégation française constate que « cette résolution marque une vraie ouverture du Conseil de sécurité aux demandes exprimées par les autorités centrafricaines concernant l'embargo sur les armes. Leur message a été bien entendu » (S/PV.8455, p. 2).

²¹²⁵ S/PRST/2019/3.

²¹²⁶ La République doit mettre en œuvre le « [p]rogramme national de désarmement, démobilisation, réintégration et rapatriement » ; elle doit aussi adopter un document de planification indiquant en détail « les besoins des autorités centrafricaines concernant les installations de stockage d'armes et munitions, la formation des membres des forces de défense et de sécurité (...) » ; un protocole relatif à l'enregistrement et à la gestion des armes légères doit être adopté ainsi qu'un protocole « relatif à la collecte, à la destruction ou au transfert aux Forces armées

apparaît clairement que l'embargo ne sera levé que lorsque la République centrafricaine sera *capable* d'assurer sa sécurité sans risquer de voir ses armes détournées par des groupes armés menaçant la paix et la sécurité internationales. L'établissement de tels critères semble devenir une pratique systématique de la part du Conseil, puisqu'il y recourt chaque fois qu'un État conteste le maintien d'un embargo sur les armes à son encontre²¹²⁷. Ils lui permettent de fixer une série d'objectifs qui, une fois atteints, démontrent que l'État n'est *plus* défaillant. Enfin, ils permettent d'adapter et d'alléger les mesures d'embargo à mesure que l'État ciblé réalise les progrès suffisants pour atteindre ces objectifs²¹²⁸.

775. Le Conseil de sécurité ne nie pas « que les autorités centrafricaines ont besoin de former et d'équiper de toute urgence leurs forces de défense et de sécurité pour être en mesure d'apporter une réponse proportionnée aux menaces contre la sécurité de l'ensemble des citoyens de la République centrafricaine »²¹²⁹. Au contraire, les mesures contestées par les États, au motif qu'elles menaceraient leur existence, ont précisément pour objectif de garantir leur existence autrement que sous la forme d'un État « défaillant ». Par exemple, lors du vote de la résolution 2536 (2020) qui permettait aux forces de sécurité centrafricaines d'obtenir des « lance-roquette[s] de type RPG et de[s] munition[s] spécialement conçues pour ces armes » et de « véhicules militaires terrestres montés d'armes de calibre égal ou inférieur à 14,5 mm »²¹³⁰, les délégations françaises et britanniques ont souligné une chose : l'embargo ne cherche pas à « faire obstacle au renforcement des Forces armées centrafricaines », mais bien plutôt à « empêcher que les armes ne tombent entre de mauvaises mains et n'alimentent la violence des groupes armés »²¹³¹. Pourtant, la République n'a de cesse, malgré les allègements répétés et l'existence des exemptions, d'arguer que « cet embargo a fini par affaiblir totalement l'État, qui est donc privé de ses moyens d'assurer la protection de sa population et la défense de l'intégrité

centrafricaines et aux Forces de sécurité intérieure du pays des armes et munitions en surplus, non enregistrées ou détenues illicitement (...) ».

²¹²⁷ Le Conseil s'est engagé à établir, au plus tard le 15 septembre 2021, des « critères clairs et bien définis » pour examiner les sanctions adoptées à propos du Darfour (résolution 2508 (2020), §5). Une promesse similaire est faite à propos de l'embargo sur les armes imposé au Soudan du Sud dans une résolution 2521 (2020), §5. Enfin, la délégation interprète le paragraphe 35 de la résolution 2551 (2020) comme une première étape à l'établissement de tels critères, même si l'intention n'apparaît pas explicitement : le Conseil « prie le Secrétaire général de fournir au Conseil, au plus tard le 15/09/2021, une évaluation technique des capacités de la Somalie en matière de gestion des armes et des munitions et de formuler des recommandations en vue de l'améliorer davantage » (pour l'interprétation faite par la Somalie, S/PV.8775, p. 4 ; voyez aussi l'abstention chinoise qui reproche l'insuffisance de la formulation, par le Conseil, de ces critères).

²¹²⁸ La résolution 2488 (2019), §2(g), permet au Gouvernement d'importer des « armes de calibre égal ou inférieur à 14,5 mm » à condition de notifier le Comité – et non pas d'obtenir son approbation. Un tel allègement intervient après avoir salué et félicité les progrès des autorités « pour faire avancer la réforme du secteur de la sécurité ».

²¹²⁹ *Ibid.*

²¹³⁰ Résolution 2536 (2020), §1(g).

²¹³¹ S/2021/76, pp. 11 et 25.

de son territoire, et ce, au profit des groupes armés qui continuent, eux, à s'armer et à se ravitailler en armes lourdes »²¹³². Le délégué centrafricain va jusqu'à invoquer que l'embargo ainsi adopté « limite les droits fondamentaux de la République centrafricaine (...) »²¹³³. Il propose ainsi d'adapter l'embargo de manière à ne pas sanctionner « un État souverain et légitime, mais les forces non gouvernementales et donc non légitimes ». Il convient de se demander, avec le délégué britannique :

« [C]ompte tenu des dérogations permanentes en vigueur pour les forces de sécurité de la République centrafricaine, des procédures de demande de nouvelles dérogations lorsque cela est nécessaire et du fait qu'à ma connaissance, aucune demande de dérogation sur les armes faite par son gouvernement n'a été rejetée, pourrait-elle nous indiquer clairement si l'embargo sur les armes empêche le Gouvernement ou ses partenaires de sécurité d'agir, et si oui, de quelle manière ? »²¹³⁴.

776. Les rapports communiqués par le Comité de sanctions et le Groupe d'experts confirment que les demandes formulées par la République centrafricaine sont généralement acceptées. Par exemple, Le Groupe reconnaît que « l'armée nationale ne dispose pas de suffisamment d'armes et de munitions », toutefois, « il insiste sur le fait qu'avant de réarmer ou rééquiper les FACA, les questions relatives à la formation, le rétablissement d'une chaîne de commandement militaire unique, mais aussi la gestion des armes doivent être résolues »²¹³⁵. Le rapport conclut que ces appels à la levée de l'embargo relèvent du discours politique et ne traduisent pas la réalité²¹³⁶. Dans un autre rapport communiqué en 2018, le Groupe maintient ce constat en remarquant que les demandes de levée de l'embargo interviennent à une période « où la fourniture de matériel létal et non létal aux forces de défense et de sécurité centrafricaines a atteint son plus haut niveau au cours des cinq dernières années, ce qui démontre que l'embargo sur les armes n'empêche pas le réarmement de ces forces »²¹³⁷. Il est ainsi rapporté qu'entre le 8 août et le 16 septembre 2018, la République s'est vue livrée 1 400 fusils d'assauts type AK, onze avions transportant 4 695 armes et sept millions de cartouches²¹³⁸. Le Groupe relève aussi

²¹³² S/2021/76, p. 32.

²¹³³ S/2021/76, p. 32.

²¹³⁴ S/2021/76, p. 25.

²¹³⁵ S/2016/1032, §63, p. 19.

²¹³⁶ S/2016/1032, §64, p. 19.

²¹³⁷ S/2018/1119, §187, p. 46.

²¹³⁸ S/2019/930*, §150, p. 39.

que les capacités de stockage existantes en RCA « ne sont pas suffisantes pour absorber des quantités considérables d'armes et de munitions »²¹³⁹ sans présenter le risque d'être détournées.

777. Enfin, si le Comité n'a jamais opposé, en soi, de blocage à une demande de dérogation communiquée par la République centrafricaine²¹⁴⁰, il est certain que la procédure est parfois ralentie²¹⁴¹, et ce pour deux raisons. Le Groupe d'experts constate que ces ralentissements sont généralement causés « soit parce que les données essentielles requises en vertu des directives du Comité étaient manquantes (comme le type exact de matériel et l'utilisateur final de celui-ci), soit parce que des discussions étaient en cours au niveau du Comité en vue de déterminer si le matériel saisi aux groupes armés pouvait être remis en circulation »²¹⁴². En d'autres termes, à condition de fournir les informations requises par le Conseil de sécurité tenant à assurer la bonne gestion des armes dont la République demande l'acquisition²¹⁴³, celle-ci n'est pas possible. L'idée qu'il faut bien saisir est la suivante : on est loin de la situation de politisation du Comité des sanctions des années quatre-vingt-dix, où l'Irak était dans la quasi-impossibilité d'obtenir la mise en œuvre effective des exemptions humanitaires en raison du veto quasi systématique des délégations britanniques et des États-Unis au sein du Comité.

778. On le voit, des efforts sont réalisés pour préserver le droit de la République centrafricaine d'acquérir des armes, grâce à ces exemptions et au fonctionnement même du Comité. S'il s'avère effectivement que l'État touché par l'embargo ne peut obtenir toutes les armes qu'il souhaite, c'est parce qu'il n'en est pas capable. Cette incapacité présente le risque que ces armes soient détournées par des groupes qui menacent la paix et la sécurité internationales. Loin de chercher à empêcher le renforcement des forces de sécurité et de défense des États sous embargos, les efforts réalisés par le Conseil de sécurité témoignent au contraire de l'importance que revêt ce renforcement. Les mesures adoptées par le Conseil de sécurité contribuent ainsi à la (re)construction des États défailants, plutôt qu'à leur destruction,

²¹³⁹ S/2018/1119, §187, p. 46.

²¹⁴⁰ V., *inter alia*, S//2014/921, §17, p. 4 : en 2014, le Comité a reçu dix notifications en application des dérogations listées au paragraphe cinquante-quatre de la résolution 2127 (2013).

²¹⁴¹ Alors même que le Comité apporte un appui « aux États Membres en vue de bien faire comprendre le régime des sanctions et de favoriser la mise en œuvre des mesures », v. S/2014/921, §28, p. 6. Cette préoccupation, tenant à « familiariser [les Membres] avec les exigences de fond et procédurales de la présidence de tout comité des sanctions », se retrouve dans tous les rapports adoptés par le Comité : S/2015/979, §27, p.5 ; S/2016/1080, §§42 et suivants, pp. 6-7 ; S/2017/1090, §§37 et suivants, pp. 5-6 ; S/2018/1136, §§40 et suivants, pp. 5-6 ; S/2020/1251, §§36 et suivants, pp. 5-6. Ces démarches de transparence s'inscrivent dans la continuité des efforts tenant, depuis les années quatre-vingt-dix, à s'assurer que les exemptions soient effectives et claires, afin d'éviter que les difficultés de compréhension ne préjudicient l'État sous embargo, v. H. von Sponeck, *A different kind of war, United Nations sanctions against Iraq, op. cit.*, pp. 152-164.

²¹⁴² S/2017/1023, §24, p. 9.

²¹⁴³ Voyez *supra*, les *benchmarks* adoptés par le Conseil en avril 2019.

en les encourageant à recouvrer leur souveraineté dans des domaines essentiels à une existence indépendante, tel que le domaine de la sécurité et le contrôle des armes.

779. Malgré le fait qu'un État membre des Nations Unies ne puisse efficacement empêcher le Conseil de sécurité d'adopter des mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales, il pourrait néanmoins contester l'opposabilité de l'obligation de respecter les résolutions adoptées par le Conseil. Cette prétention soulève la question du droit qu'aurait un État, menacé dans son existence, de se soustraire à une obligation internationale et de la rendre inopposable.

Section 2. Contestations de l'opposabilité d'une règle internationale

780. Remarquons d'emblée que l'objet de la présente section porte sur la question de savoir si les États jouissent du *droit* de se libérer unilatéralement d'un engagement, qu'il soit conventionnel ou coutumier, lorsque son respect risque de provoquer leur disparition. Avant d'exposer la démarche que suit notre analyse, il est important de bien comprendre le cadre théorique qui la sous-tend.

781. Si l'on inclut le droit coutumier dans le champ d'études, il faut néanmoins admettre que la section s'intéresse principalement au droit conventionnel. Une fois formé, en effet, l'engagement coutumier est régi par la règle *pacta sunt servanda*, obligeant l'État à exécuter l'obligation sans autre possibilité que de recourir aux circonstances excluant l'illicéité afin de justifier sa violation²¹⁴⁴. En d'autres termes, l'État ne dispose d'aucun « droit » lui permettant d'obtenir unilatéralement l'extinction de la règle coutumière, ni l'inopposabilité à son égard, seule une nouvelle règle étant susceptible de remplacer la première. Cette hypothèse correspond finalement à celle qui a déjà été étudiée dans le chapitre précédent, notamment à propos de l'exemple du régime relatif aux zones économiques exclusives. Ces dernières constituaient, on l'a dit, une *création* des États qui puisait son origine dans un phénomène initial de *contestation* du droit en vigueur – *i.e.* du principe de la liberté qui prévalait dans ces espaces. Ainsi, les réponses apportées plus tôt quant au rôle de la nécessité dans la formation de la coutume

²¹⁴⁴ Th. Christakis, « Convention de Vienne de 1969, Article 56 », in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1982 : « [u]ne norme coutumière universelle est en effet, par définition, 'indénonçable' et tout aussi 'perpétuelle' (sinon plus) qu'une norme conventionnelle fermée à la répudiation unilatérale. Si le souci légitime de donner, ici aussi, aux États une faculté de '*opt out*' a donné naissance à la théorie de l'objecteur persistant, on n'a jamais sérieusement prétendu qu'un État qui a accepté une règle coutumière universelle (ou qui ne s'est pas opposé à sa formation) puisse ensuite la répudier de manière unilatérale ».

devraient pouvoir être transposées s'agissant du rôle de la nécessité dans la contestation de la coutume²¹⁴⁵.

782. Il en va autrement du droit conventionnel dont les questions relatives à son extinction ont toujours bénéficié d'une attention particulière par la doctrine et la pratique. Définie largement comme un acte unilatéral en vertu duquel une partie à un traité « *seeks to terminate its participation in a treaty* »²¹⁴⁶, la dénonciation bénéficie d'un régime spécifique en vertu de l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

« Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) Qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou b) Que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité ».

783. Pour autant, si l'on se place du point de vue de l'acte unilatéral qui est à l'origine de l'extinction du traité, il ne faudrait pas se contenter d'étudier uniquement la dénonciation. Il est davantage pertinent de traiter conjointement d'autres techniques juridiques sous lesquels les États ont pu mobiliser certaines circonstances relatives à leur survie. À cet égard, il convient d'enrichir l'analyse de l'article 62 de la Convention qui consacre la *clausula rebus sic stantibus* :

« Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité ».

784. Une simple lecture conjointe des deux articles précités permet de se rendre compte de deux choses. La première observation consiste à souligner que ces stipulations n'ont *a priori* rien à voir avec la préservation de l'existence de l'État. On remarquera pourtant que leur mise en œuvre a bien souvent été motivée par la nécessité rencontrée par un État de garantir son existence. La seconde observation découle de la formulation volontairement négative des

²¹⁴⁵ V. le chapitre 5 de la thèse, pp. 317 et s.

²¹⁴⁶ A. Aust, « Treaties, Termination », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, op. cit., §1.

articles précités : l'extinction unilatérale du traité, quel qu'en soit le motif, est en principe interdite. Seule la réunion de certaines conditions – strictes – permet cette possibilité, témoignant une certaine méfiance envers ces mécanismes²¹⁴⁷.

785. Ensuite, il convient d'expliquer pourquoi on ne va pas simplement envisager l'extinction des obligations mais également leur révision. Une thèse a récemment démontré qu'il ne faut pas, contrairement à ce qui prévaut dans le régime de la Convention de Vienne, distinguer la dénonciation et la renégociation des traités. Au contraire en effet, l'auteure « soutient l'omniprésence d'une possibilité de renégocier le traité dans tous les cas de dénonciation »²¹⁴⁸. Les deux notions présentent un objectif commun, notamment « lorsqu'elles portent sur un même traité, à savoir l'adaptation des engagements juridiques d'un État à une situation donnée soit en dénonçant le traité soit en le renégociant en vue de le réajuster »²¹⁴⁹. On verra justement que la pratique appuie ce constat, puisque de nombreux États ont entrepris de renégocier certaines obligations dont l'application menaçait leur existence avant de les dénoncer unilatéralement.

786. Enfin, il peut sembler curieux de restreindre le champ d'étude aux seules prétentions *extinctives* des engagements, au détriment des prétentions *suspensives* qui figurent dans la Convention de Vienne de 1969. Plusieurs éléments démontrent pourtant la pertinence d'un tel rapprochement. D'une part, la convention elle-même consacre conjointement l'extinction et la suspension unilatérale d'un traité. L'article 62, par exemple, le prévoit à propos de la clause de changement fondamental de circonstance en son alinéa 3²¹⁵⁰. Les articles 60 et 61 l'admettent également à propos de l'« [e]xtinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation »²¹⁵¹ ainsi qu'à propos de « [l]a survenance d'une situation rendant

²¹⁴⁷ P. ex., à propos de la clause *rebus sic stantibus*, v. Nations Unies, « Deuxième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial », in *ACDI*, 1963, vol. II, A/CN.4/156, p. 84, §1 : « [m]ême si ce n'est qu'à regret, presque tous les auteurs modernes admettent l'existence en droit international du principe (...) ».

²¹⁴⁸ R. Ayman, *La dénonciation et la renégociation des traités*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue le 10/09/2020, p. 15.

²¹⁴⁹ *Id.*, p. 18. Les modalités pour parvenir à cet objectif commun sont toutefois différentes et expliquent l'opportunité de distinguer les deux notions, *ib.* : « [d]e manière simplifiée, la dénonciation est un acte juridique qui consiste principalement à libérer un État de son obligation d'exécuter le traité dénoncé auquel il faisait jusqu'à alors partie. La renégociation, quant à elle, consiste, comme son nom l'indique, à entamer de nouvelles négociations entre les États parties à un traité afin d'y apporter des changements substantiels. Dès lors, elle porte sur un traité qui existe déjà et a pour objet le maintien de celui-ci par le biais de ces changements ».

²¹⁵⁰ CVDT, Art. 62(3) : « [s]i une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité ».

²¹⁵¹ CVDT, Art. 60(1) : « [u]ne violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie ».

l'exécution impossible »²¹⁵². Or, ces articles ont parfois été mobilisés à partir de circonstances relatives à la survie des États. Par exemple, la réserve émise par la Bolivie à l'article 14(G) de la convention interaméricaine sur les traités de 1930 avait vocation à déterminer qu'un traité ne pouvait pas être exécuté « *[w]hen it becomes incompatible with the existence, independence or dignity of a State* »²¹⁵³. Presque deux siècles auparavant, alors que Jefferson était secrétaire d'État aux États-Unis, celui-ci considérait également que « *[w]hen performance [of a treaty], for instance, becomes impossible, nonperformance is not immoral ; so if performance becomes self-destructive to the party, the law of self-preservation overrules the laws of obligations in others* »²¹⁵⁴.

787. Ces quelques exemples, quoique pertinents, renvoient le juriste aux confins d'une querelle que notre thèse ne prétend pas résoudre, celle relative à la difficile distinction entre les exceptions d'inexécution et les circonstances excluant l'illicéité²¹⁵⁵. Dans les deux cas, il est question pour un État de réagir à une situation présentant un caractère temporaire²¹⁵⁶, sans que cela ne vienne mettre un terme à l'engagement contracté. Or, c'est précisément lorsqu'un État prétend détenir le pouvoir d'éteindre unilatéralement une obligation ou de se la rendre inopposable que la *contestation* du droit international se manifeste en pratique. C'est pour cette raison que les articles 60-62 doivent intéresser notre thèse uniquement du point de vue des prétentions extinctives ou d'inopposabilité qu'ils servent à justifier. Les situations motivant

²¹⁵² CVDT, Art. 61(1) : « [u]ne partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité ».

²¹⁵³ Cité in J. B. Scott (éd.), *The International Conferences of American States 1889-1928*, New York, CUP, 1931, p. 419.

²¹⁵⁴ « Opinion of Mr. Jefferson, Sec. Of State, April 28, 1793, 7 Jeff. Works, 613, 614 », cité in J. B. Moore, *A Digest of International Law, op. cit.*, vol. V, p. 221, §757. Dans le même sens, en doctrine, F. Capotorti, « L'extinction et la suppression des traités », *RCADI*, vol. 134, 1971, p. 527, note 39 : il qualifie d'« impossibilité 'morale' » – et non pas juridique – la situation « dans laquelle un État se trouverait (...) lorsque l'exécution d'un traité pourrait mettre en danger son existence ou empêcher la réalisation de ses fins essentielles ». On peut ég. citer un passage issu de la biographie du Bismarck, publié en 1898 et rapporté par J. B. Moore, *id.*, p. 340 : « *[a]ll contracts between great states cease to be unconditionally binding as soon as they are tested by 'the struggle for existence'. No great nation will ever be induced to sacrifice its existence on the altar of fidelity to contract when it is compelled to choose between the two* ».

²¹⁵⁵ CIJ, 25/09/1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, *CIJ Rec. 1997*, p. 38, §47 : « [c]es deux branches du droit international ont en effet, à l'évidence, des champs d'application distincts. C'est au regard du droit des traités qu'il convient de déterminer si une convention est ou non en vigueur, et si elle a ou non été régulièrement suspendue ou dénoncée. C'est en revanche au regard du droit de la responsabilité des États qu'il y a lieu d'apprécier dans quelle mesure la suspension ou la dénonciation d'une convention qui serait incompatible avec le droit des traités engage la responsabilité de l'État qui y a procédé ».

²¹⁵⁶ CVDT, Art. 61(1) : « (...) [s]i l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité ».

l'inexécution d'un traité, en raison de leur proximité factuelle²¹⁵⁷ avec les circonstances justifiant la mise en œuvre des exceptions, ne seront pas étudiées – on préférera uniquement étudier ces exceptions²¹⁵⁸.

788. Enfin, l'événement qui peut éventuellement causer l'extinction d'un traité présente une différence de nature fondamentale avec l'événement à l'origine d'une exception d'inexécution ou d'une circonstance excluant l'illicéité. Ces dernières, on l'a dit, n'interviennent que temporairement. À l'inverse, la prétention extinctive est mobilisée pour répondre à une situation présentant la caractéristique de s'inscrire dans la durée, dans la permanence. Lorsqu'un État exige l'extinction ou la révision d'une obligation, ce n'est donc pas nécessairement au motif qu'il doit *empêcher* la matérialisation d'une circonstance factuelle susceptible de provoquer sa disparition. Bien souvent au contraire, l'État arrive à la conclusion que le nouveau contexte – juridique, politique, environnemental, *etc.* – dans lequel le traité doit être exécuté ne lui permet plus de préserver son existence. Ainsi, la conservation de l'État n'est pas ici envisagée du point de vue d'une réaction *immédiate et momentanée*, mais s'inscrit sur le long terme.

789. C'est justement l'écoulement du temps qui permet de démontrer que si un État ne peut pas, en théorie, éteindre unilatéralement un traité (**Paragraphe 1**), il obtient généralement ce qui était demandé, révélant une certaine flexibilité des engagements conventionnels, surtout lorsqu'il est question d'intérêts vitaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La théorie : impossibilité d'éteindre unilatéralement un traité en l'absence d'une clause contraire

790. Après avoir démontré l'importance des prétentions fondées sur la conservation de l'État visant à obtenir l'extinction ou l'inopposabilité d'un engagement conventionnel (**1.1.**), il est possible de constater que le régime actuel du droit des traités ne leur accorde aucun traitement spécifique (**1.2.**).

1.1. Les prétentions extinctives fondées sur la conservation de l'État

791. William Edward Hall faisait remarquer que les États acceptent un traité uniquement parce que ses dispositions respectent leur droit d'autoconservation²¹⁵⁹. Cependant, il soulignait également que ce traité ne devait pas présenter de risque pour l'existence de l'État, sous peine

²¹⁵⁷ L'emploi du mot a vocation à insister sur le fait qu'il n'est pas question de prétendre qu'il faudrait assimiler les exceptions d'inexécution et les circonstances excluant l'illicéité du point de vue de leurs effets *juridiques*. Il est simplement défendu qu'un événement susceptible de provoquer l'application, par exemple, de l'état de nécessité, peut également susciter l'application de l'article 61 de la CVDT.

²¹⁵⁸ V. le Chapitre 8 de la thèse.

²¹⁵⁹ W. E. Hall, *A treatise of international law*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, p. 415.

de permettre à cet État de se désengager unilatéralement de ses obligations. Cette position semble justement avoir été reprise par la Turquie lorsqu'elle a dénoncé le régime des capitulations, en 1914, qui avait pour objet d'octroyer une série d'avantages juridictionnels aux étrangers résidant sur son territoire²¹⁶⁰. Au moment de la conclusion de ce régime, il était considéré comme acceptable par la Turquie car il était compatible avec la conception prévalant à l'époque de la souveraineté²¹⁶¹. Toutefois, l'évolution, voire la transformation, de la souveraineté aurait imposé à la Turquie de dénoncer un régime qui, dans sa forme actuelle, menaçait sa propre existence²¹⁶². Considérant n'avoir exercé rien d'autre que son « droit légitime »²¹⁶³, l'État a toutefois été confronté aux résistances des puissances qui bénéficiaient du régime des capitulations – à savoir la France, le Royaume-Uni, l'URSS ou encore l'Italie. Sur invitation de certaines d'entre elles, la Conférence de Lausanne a été organisée entre le 21 novembre 1922 et le 1^{er} février 1923²¹⁶⁴ afin de régler, entre autres questions, celle relative aux capitulations.

792. Les travaux de la conférence ont été l'occasion pour les puissances d'affirmer que la Turquie ne pouvait pas se « défaire unilatéralement » d'obligations qui « ont été mises en place avec le consentement » d'autres États²¹⁶⁵. En réponse, la Turquie citait à l'appui de sa prétention le manuel de Paul Pradier-Fodéré, ce dernier définissant la clause *rebus sic stantibus* comme une manifestation du droit de conservation des États²¹⁶⁶. Réitérant la condamnation de la dénonciation unilatérale des capitulations²¹⁶⁷, et non pas leur simple suspension²¹⁶⁸, les parties

²¹⁶⁰ G. H. Hackworth, *Digest of International Law, op. cit.*, vol. V, chapitre XVI, p. 353.

²¹⁶¹ Intervention de la Turquie à la Commission du régime des étrangers, in Ministère des affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne*, tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1923, p. 446 : « [s]i, à une époque (...) Soliman Ier octroya des privilèges à la communauté franque, c'est parce que la souveraineté de l'État ne présentait pas un caractère absolu et exclusif comme de nos jours » (italiques ajoutés).

²¹⁶² G. H. Hackworth, *Digest of International Law, op. cit.*, p. 353 : « [t]he Imperial Government has all the more undeniably the right to avail itself of the faculty of denouncing which belongs to it, since the régime of the Capitulations, obsolete and no longer responding to modern needs ... threatens its own existence (...) ».

²¹⁶³ Ministère des affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne, op. cit.*, p. 450.

²¹⁶⁴ *Id.*, p. 7.

²¹⁶⁵ *Id.*, p. 444, intervention de Lord Curzon (Royaume-Uni).

²¹⁶⁶ *Id.*, p. 451 : « [v]u les raisons ci-dessus exposées, l'abrogation du système capitulaire est une nécessité plus que justifiée. En effet, l'application continuelle de ces règles extrêmement nuisibles portait une atteinte grave à l'existence politique de l'État ». Dans le même sens, en doctrine, L. H. Woolsey, « The Unilateral Termination of Treaties », *AJIL*, vol. 20(2), 1926, p. 348.

²¹⁶⁷ V. d'ailleurs l'affaire *Syrien Capitulations (Denunciation by Turkey)*, Cour d'appel de Beirut (Syrie), 16/06/1926, in *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, 1932, p. 192 : « [o]ne State which is a party to a treaty cannot, by unilateral declaration, denounce the treaty which is a contract made with other Powers ».

²¹⁶⁸ En effet, le *Queen's Advocate* suggérait en 1845 que la Turquie était autorisée, « notwithstanding the Capitulations, to prevent the Importation of Papers, or Pamphlets, containing Inflammatory Language, and calculated to stir up sedition among any portion of its Subjects ». Cela était permis car « [t]he Law of Self-preservation fully justifi[ed] this course of Proceedings ». Cité in A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford,

ont néanmoins accepté de renégocier le régime applicable aux étrangers à condition que la Turquie leur offre « les satisfactions et les garanties indispensables » pour éviter tout traitement arbitraire de leurs ressortissants²¹⁶⁹. À l'issue des négociations pendant lesquelles la Turquie disait s'opposer à ce que les restrictions conventionnelles « pussent aller jusqu'à l'aliénation des attributs exclusifs de la souveraineté »²¹⁷⁰, le traité de paix finalement signé le 24 juillet 1923 entérine à l'article 23 « l'abolition complète des Capitulations en Turquie à tous les points de vue » et décrit à l'article suivant le nouveau régime en place²¹⁷¹.

793. À l'appui de la condamnation d'une dénonciation unilatérale de cette nature, les juristes ont généralement recours à un précédent dans lequel la Russie s'était unilatéralement libérée des clauses du traité de Paris du 30 mars 1856 relatives à la neutralisation de la mer noire. Dans une circulaire datée au 31 octobre 1870, la Russie avait manifesté son intention de ne plus pouvoir « tolérer indéfiniment des clauses qui [la] blessent (...) dans sa dignité et sa sécurité »²¹⁷². Le Royaume-Uni et la France ont cependant réprouvé la dénonciation unilatérale et indiqué que la Russie aurait pu demander une révision du traité²¹⁷³. De la même manière que pour les capitulations, le problème a été définitivement résolu par la Conférence de Londres de 1871, qui avait pour objet la renégociation du régime de la mer noire et l'adoption simultanée d'une déclaration condamnant la dénonciation unilatérale²¹⁷⁴. Il convient de remarquer que cet exemple n'a pas été interprété par la doctrine des droits fondamentaux étatiques comme étant licite du point de vue du droit d'autoconservation : au contraire, Louter considérait qu'un État était susceptible, exceptionnellement, de conclure un traité à même d'« empêcher et limiter certaines fonctions de l'État qui, sinon, seraient de sa compétence »²¹⁷⁵.

794. Pourtant, il est fréquent de lire certaines déclarations étatiques qui justifient l'extinction d'un traité à partir de circonstances relatives à leur survie. Le Tribunal fédéral suisse était arrivé à la conclusion, en 1882, qu'il ne faisait « pas de doute que des traités peuvent être dénoncés

Clarendon Press, 1961, p. 439 (v. ég. la note n°2 de l'ouvrage, dans laquelle l'auteur condamne l'invocation du droit d'autoconservation : « [t]his is a crude expression : there is no such thing as a 'Law of Self-preservation' »).

²¹⁶⁹ Ministère des affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne*, op. cit., p. 444.

²¹⁷⁰ *Id.*, p. 471. V. la réponse de la délégation britannique, p. 465 : elle « demande instamment à Ismet Pancha de renoncer à cet argument, de reléguer dans un coin, d'où il ne sortira plus, ce fantôme de souveraineté, auquel aucun des États représentés à la Conférence n'a l'intention de porter atteinte ».

²¹⁷¹ Traité de paix entre les puissances alliées et la Turquie, conclu à Lausanne le 24/07/1923, art. 23 et 24. Disponible en ligne : [<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1923lausanne.htm>] (consulté le 10/07/2023)

²¹⁷² Cité in K. Baltali, *La dénonciation par la Russie des clauses du traité de Paris du 30 mars 1856 relative à la neutralisation de la mer noire (La Circulaire de Gortchakoff du 31 Octobre 1870)*, Thèse, Université de Paris, 1954, p. 63.

²¹⁷³ *Id.*, pp. 74-77.

²¹⁷⁴ *Id.*, p. 144.

²¹⁷⁵ J. de Louter, *Le droit international public positif*, Tome I, op. cit., p. 241, §27.

unilatéralement par la partie qui a assumé une obligation si leur continuation est incompatible avec ses intérêts vitaux en tant que communauté indépendante, ou avec ses buts fondamentaux »²¹⁷⁶. En réalité, même lorsqu'un traité semble n'avoir rien à voir avec les intérêts vitaux d'un État, il n'est pas inhabituel de lire en doctrine que la dénonciation dudit traité constituait un acte de conservation. Maurice Travers considérait ainsi que « la dénonciation par la France des Conventions de la Haye [relative aux conflits de lois en matière de mariage, de tutelle et de divorce] était une mesure de préservation et de défense nécessaire »²¹⁷⁷. L'auteur reprochait à l'Allemagne d'interpréter les conventions de telle manière à « organiser une véritable mainmise des autorités allemandes sur leurs ressortissants et les biens de ces derniers situés en pays étranger », justifiant la dénonciation française²¹⁷⁸ – selon une argumentation finalement similaire que celle suggérée par la Turquie à propos des capitulations.

795. Bien souvent également, la clause du changement fondamental de circonstance était assimilée par les internationalistes classiques à une manifestation du droit d'autoconservation. C'était par exemple le cas du juriste allemand Kaufman, selon lequel un changement de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux des États – en particulier celui d'autoconservation – devait provoquer l'extinction du traité²¹⁷⁹. Sans opérer directement un lien avec le droit de conservation des États, Frédéric de Martens considérait néanmoins que « l'effet d'un traité (...) cesse lorsqu'il se produit dans la situation réciproque des parties contractantes un changement tel que le but visé par le traité ne peut plus être atteint et que le maintien de cet acte devient un danger pour l'État »²¹⁸⁰. Plus largement, le P^r Kolb a récemment observé que cette conception de la clause *rebus* ne constituait qu'une seule des trois approches que la pratique et la doctrine retenaient à son égard. Ainsi, selon cette approche, « *[t]he state is (...) placed above its treaties : its self-preservation is the highest right under international law* »²¹⁸¹. Il devait en

²¹⁷⁶ Cité par A. D. McNair, « La terminaison et la dissolution des traités », *RCADI*, vol. 22, 1928, p. 471. V. ég. les autres jurisprudences internes recensées par A. Vamvoukos, *Termination of Treaties in International Law. The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 176-177 et pp. 181-182.

²¹⁷⁷ M. Travers, « La dénonciation des conventions de La Haye du 12 juin 1902 », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1914, p. 365.

²¹⁷⁸ *Id.*, p. 395.

²¹⁷⁹ V. l'analyse et la critique d'H. Ph. Aust, « Fundamental Rights of States : Constitutional Law in Disguise ? », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 527-530.

²¹⁸⁰ F. de Martens, *Traité de droit international*, *op. cit.*, pp. 560-561. Plus généralement, v. C. Hill, « The Doctrine of 'Rebus sic Stantibus' in International Law », *A Quarterly of Research*, vol. IX(3), 1934, pp. 10-11 ; A. Vamvoukos, *Termination of Treaties in International Law. The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*, *op. cit.*, pp. 11-22.

²¹⁸¹ R. Kolb, « The Construction of the *Rebus Sic Stantibus* Clause in International Law : Exception, Rule, or Remote Spectator ? », in L. Bartels et F. Paddeu (ed.), *Exceptions in International Law*, Oxford, OUP, 2020, p. 279.

découler que la clause *rebus* n'était pas une exception, mais bien une règle qui coexistait avec le principe *pacta sunt servanda*.

796. Cette dernière conception avait vocation à suggérer que tout État, en vertu de sa souveraineté, devait être autorisé à obtenir l'extinction d'un traité dont l'application était destinée à provoquer sa disparition. C'était d'ailleurs la position défendue par la Turquie lors de la dénonciation du régime des capitulations, néanmoins condamnée par les États-Unis à la conférence de Lausanne. Opposant sa propre conception de la souveraineté, la délégation étatsunienne déclarait que « (...) la souveraineté ne crée pas seulement le devoir de sauvegarder jalousement ses droits ; dans son sens le plus élevé, elle crée également le devoir de défendre d'une façon aussi jalouse les obligations contractées »²¹⁸².

797. Une autre approche soutenue par le Sénégal, lors de la dénonciation des Conventions de Genève de 1958 accusées de l'empêcher de bénéficier d'une zone économique exclusive, consistait ainsi à suggérer que le droit de dénoncer un traité constituait un « droit coutumier (...) supérieur et antérieur » aux conventions²¹⁸³. En qualifiant toutefois ce droit coutumier de « droit supérieur », le Sénégal semblait rejoindre la première conception en vertu de laquelle la dénonciation des traités menaçant les intérêts vitaux d'un État²¹⁸⁴ constituait un droit inhérent. Ainsi que le remarque un commentateur, l'adoption de l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités traduit « une conviction juridique suffisamment générale pour constater l'existence d'une règle » coutumière relative à la dénonciation – au moins énoncée dans les mêmes termes que le Sénégal²¹⁸⁵. S'il en va certainement de même pour ce qui concerne les autres clauses d'extinction stipulées dans la convention de 1969, il faut remarquer que leurs modalités d'exercice sont strictement encadrées et semblent exclure un rôle quelconque à la survie de l'État.

1.2. Rejet de ces prétentions par le droit en vigueur

798. Chaque fois qu'un État prétend mettre fin à un traité, le premier réflexe consiste à vérifier si les conditions énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sont réunies²¹⁸⁶. Ainsi,

²¹⁸² Ministère des affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne, op. cit.*, tome premier, p. 463.

²¹⁸³ Cité par D. Bardonnnet, « La dénonciation par le Gouvernement sénégalais de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en date du 29 avril 1958 à Genève », *AFDI*, vol. 18, 1972, p. 141, note 69.

²¹⁸⁴ *Id.*, pp. 130-131.

²¹⁸⁵ *Id.*, p. 149.

²¹⁸⁶ P. ex., D. Bardonnnet, « La dénonciation par le Gouvernement sénégalais de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en date du 29 avril 1958 à Genève », *op. cit.*, pp. 149-160.

dans le cas d'une dénonciation unilatérale d'un traité ne contenant aucune clause à cet effet, il faut vérifier « qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation » *ou* que celle-ci puisse être déduite « de la nature du traité »²¹⁸⁷. L'évaluation de la réunion de ces conditions semble répondre à un standard élevé, dès lors que l'article 56 établit en principe l'interdiction de la dénonciation. De la même manière, le P^r Kolb observe qu'avec l'article 62 de la convention, la *clausula rebus sic stantibus* « *is cast in the complexion of a narrowly defined exception* »²¹⁸⁸. Une nouvelle fois interdite en principe, la mise en œuvre de la clause nécessite de réunir des conditions tellement exigeantes que l'article 62 n'a jamais été invoqué avec succès par un État depuis son édicton en 1969²¹⁸⁹.

799. Tout à l'inverse, les articles 60 et 61 sont formulés positivement et autorisent les États à invoquer la violation du traité ou une situation rendant son exécution impossible « comme motif pour mettre fin au traité (...) ». La différence s'arrête néanmoins ici puisqu'à l'instar des articles précités, les modalités de mise en œuvre nécessitent également la réunion de nombreux critères. La violation à l'origine de la prétention extinctive, par exemple, doit être *substantielle* et cette notion fait l'objet d'une définition stricte : n'est substantielle qu'une violation qui est constituée par « [u]n rejet du traité non autorisé par la présente Convention » ou par « [l]a violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et but du traité »²¹⁹⁰. Enfin, l'impossibilité d'exécution du traité ne peut justifier l'extinction d'un traité que lorsqu'elle « résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution du traité »²¹⁹¹.

800. Il convient d'emblée de refuser la possibilité que l'article 61 puisse être mobilisé dans des circonstances similaires à la réserve bolivienne mentionnée précédemment, où l'impossibilité d'exécution était définie comme une application du traité susceptible de provoquer la disparition de l'État. Certes, l'objet disparu pourrait correspondre à un État partie, celui-ci étant indispensable à l'exécution du traité – sans État il n'est évidemment pas possible d'appliquer ledit traité. Mais si l'État a *déjà* disparu, alors il ne lui est plus possible de mettre fin au traité. En précisant que l'« impossible exécution » d'un traité est conditionnée à la disparition *effective* d'un objet du traité, l'article 61 ne permet pas non plus à un État d'anticiper la disparition dudit objet. Dit autrement, il ne pourrait pas mettre fin au traité en vertu de cet

²¹⁸⁷ CVDT, art. 56(1), *supra*.

²¹⁸⁸ R. Kolb, « The Construction of the *Rebus Sic Stantibus* Clause in International Law : Exception, Rule, or Remote Spectator ? », *op. cit.*, p. 282.

²¹⁸⁹ *Ib.*

²¹⁹⁰ CVDT, Art. 60(3)(a) et (b).

²¹⁹¹ CVDT, Art. 61(1).

article au motif que la non-application servirait à préserver son existence – en tant qu’objet indispensable à l’exécution du traité.

801. La formulation retenue par l’article 61 démontre ainsi la volonté de réduire les hypothèses extinctives des obligations à des situations *exceptionnelles*, tout comme c’est déjà le cas pour les autres hypothèses précitées – *rebus sic stantibus*, dénonciation unilatérale ou violation substantielle. Il faut néanmoins remarquer que ces situations exceptionnelles ne sont pas déterminées. Autrement dit, elles n’ont pas forcément quelque chose à voir avec la conservation de l’État. Cela est manifeste dans les observations émises par les gouvernements au projet d’articles de la CDI sur le droit des traités, à l’origine de la convention adoptée en 1969. À propos de la clause *rebus sic stantibus*, par exemple, les États-Unis observaient que ce principe « serait d’une utilité indiscutable s’il pouvait être nuancé et circonscrit de manière à prévenir les abus des interprétations subjectives »²¹⁹². S’agissant du droit de dénoncer un traité, le P^r Christakis observe que la conférence de Vienne a confirmé qu’il ne s’agissait aucunement d’un « droit inhérent »²¹⁹³. La délégation cubaine, pour des raisons évidentes²¹⁹⁴, refusait d’admettre l’existence de traités perpétuels indénonçables « car le problème touche à la souveraineté sur le territoire national et la souveraineté est absolue, indivisible et inaliénable »²¹⁹⁵. L’amendement proposé a cependant été rejeté par la Conférence²¹⁹⁶, tout comme un autre amendement qui postulait l’existence d’une « présomption générale autorisant toute partie à un traité à y mettre fin (...) »²¹⁹⁷. Guidés par la volonté de trouver un équilibre entre les besoins des États en matière de flexibilité des engagements conventionnels et la sécurité juridique²¹⁹⁸, les États parties à la conférence ont entendu délimiter clairement les conditions d’extinction unilatérale des traités. Le Costa Rica défendait justement la nécessité d’éviter de porter atteinte au principe de bonne foi dans l’application des traités, en remarquant qu’il s’agissait de « l’un des facteurs les plus importants de la survie du pays en tant que

²¹⁹² Nations Unies, « Cinquième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial », in *ACDI 1966*, vol. II, p. 44. V. les observations similaires communiquées par la Chine (p. 44) et Chypre (p. 45).

²¹⁹³ Th. Christakis, « Convention de Vienne de 1969, Article 56 », *op. cit.*, p. 1973.

²¹⁹⁴ Cuba a en effet conclu un traité perpétuel, en 1903, avec les États-Unis d’Amérique, octroyant un bail à Guantanamo pour des bases navales et charbonnières. Disponible en ligne : [<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1903gtmo.htm>] (consulté le 10/07/2023)

²¹⁹⁵ Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Première session. Vienne, 26 mars-24 mai 1968. Documents officiels (Compte rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière)*, New York, Nations Unies, 1969, p. 366, §23. V. le soutien manifesté par le Congo-Brazzaville, p. 371, §35.

²¹⁹⁶ *Id.*, p. 373, §55.

²¹⁹⁷ *Id.*, p. 367, §34 et, pour le vote, p. 373, §54.

²¹⁹⁸ Th. Christakis, « Convention de Vienne de 1969, Article 56 », *op. cit.*, p. 1976.

collectivité indépendante et comme État souverain »²¹⁹⁹. Autrement dit, le respect des traités relève également des conditions indispensables à la préservation de l'existence des États, expliquant le rôle crucial de la conciliation opérée entre respect des engagements et leur flexibilité.

802. Alors même que les articles précités n'intéressent *a priori* aucunement la conservation de l'État, il semble néanmoins possible de faire rentrer ces considérations dans les critères énoncés par la convention. Lors de l'adoption de l'article relatif au changement fondamental de circonstance, par exemple, la République socialiste soviétique de Biélorussie proposait de définir le terme « fondamental » comme une circonstance où le traité « se trouve en conflit avec ses intérêts les plus vitaux »²²⁰⁰. Ces intérêts ne figuraient pourtant pas dans les travaux de la CDI, ce que déplorait justement Radhabinod Pal lorsqu'il demandait que le projet d'articles relatif à la clause *rebus* inscrive une idée soutenue par Oppenheim : « il est, dans chaque traité, implicite que si en raison d'un changement de circonstances imprévu, une obligation stipulée dans le traité devait mettre en danger l'existence ou le développement vital d'une des parties, cette dernière devrait avoir le droit de demander d'être libérée de ladite obligation »²²⁰¹. La proposition n'a pas été suivie par le Rapporteur ou les autres membres de la Commission, ni par les États qui n'ont jamais relié la clause avec leur survie ou toute autre considération sécuritaire²²⁰².

803. On retrouve néanmoins ponctuellement des traces d'une définition du changement « fondamental » qui fait écho à de telles considérations. Dans l'arrêt rendu par la CIJ en l'*Affaire de la compétence en matière de pêcheries*, l'Islande avait contesté l'applicabilité et l'obligatorité d'un accord conclu avec le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne relatif aux limites de pêcheries. Et ce, « en raison des intérêts vitaux de la nation et du changement des circonstances »²²⁰³. La Cour déduisait de la référence aux intérêts vitaux que l'Islande adhérait « à l'idée traditionnelle que les changements de circonstances qui doivent être considérés comme fondamentaux ou vitaux sont ceux qui mettent en péril l'existence présente ou l'avenir de l'une des parties »²²⁰⁴. La juridiction n'a cependant pas considéré qu'elle devait

²¹⁹⁹ *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, New York, Nations Unies, 1970, p. 51, §53.

²²⁰⁰ *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, op. cit.*, p. 412, §7.

²²⁰¹ 694^{ème} séance de la CDI, le 06/06/1963, in *ACDI 1963*, vol. I, A/CN.4/SR.694, p. 150, §14.

²²⁰² Nations Unies, « Cinquième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial », *op. cit.*, pp. 44-46.

²²⁰³ CIJ, 02/02/1973, *Compétences en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, arrêt (exceptions préliminaires), *CIJ Rec. 1973*, résolution de l'Althing du 15/02/1972 citée p. 19, au §37.

²²⁰⁴ *Id.*, p. 19, §38.

se prononcer sur l'argument islandais « [a]u stade actuel de la procédure », estimant que ce devait être « au stade du fond que la Cour pourrait avoir à examiner cette thèse »²²⁰⁵. Dans l'arrêt délivré au fond, la CIJ admettait certes « que l'Islande [était] exceptionnellement tributaire de ses pêcheries »²²⁰⁶, mais elle n'en a tiré aucune conséquence du point de vue des changements de circonstance. Elle a préféré conclure que l'étendue des droits en matière de pêche devait être établie conjointement avec le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne²²⁰⁷, renvoyant la question à nos développements relatifs aux ZEE²²⁰⁸.

804. Finalement, il ne semble pas impossible de définir le caractère « fondamental » du changement à partir de considérations relatives à la survie²²⁰⁹. Il faut néanmoins comprendre que ces considérations ne sauraient suffire dès lors que l'État doit également démontrer que les circonstances modifiées par le « changement » doivent avoir « constitué une base essentielle du consentement des parties » et « transform[é] radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité »²²¹⁰. S'il ne convient pas de retenir la même conclusion que Charles de Visscher, à savoir que les « intérêts vitaux » et les « droits fondamentaux des États contractants » constituent un simple argument politique²²¹¹, il faut admettre que la conservation de l'État constitue une circonstance factuelle susceptible d'être prise en compte par un critère juridique – en l'espèce, le caractère « fondamental » du changement. Bien souvent cependant, le caractère « vital » du changement « fondamental » est plus aisé à démontrer lorsque l'objet

²²⁰⁵ *Id.*, pp. 19-20, §40. *Contra*, « Opinion dissidente de M. Padilla Nervo », *id.*, p. 39 : « Les intérêts vitaux du peuple islandais sont donc en jeu. *Ils doivent être protégés* » (italiques ajoutés).

²²⁰⁶ CIJ, 25/08/1974, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *op. cit.*, p. 26, §59.

²²⁰⁷ *Id.*, p. 28, §62 et p. 29, §66.

²²⁰⁸ V. le Chapitre 5 de la thèse, pp. 311 et s.

²²⁰⁹ S. R. Katz, « Issues Arising in the Icelandic Fisheries Case », *ICLQ*, vol. 22(1), 1973, p. 92 et pp. 97-98 ; C. Hill, « The Doctrine of 'Rebus sic Stantibus' in International Law », *op. cit.*, p. 12 ; L. H. Woolsey, « The Unilateral Termination of Treaties », *op. cit.*, pp. 349-350. *Contra*, privilégiant le critère de l'intention des parties, « Harvard Draft on Law of Treaties, 1935 », commentaire de l'art. 28 in *AJIL Supplement*, vol. 29, 1935, pp. 1100-1106 ; O. J. Lissitzyn, « Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*) », *AJIL*, vol. 61(4), 1967, p. 896.

²²¹⁰ CVDT, art. 62(1). J. Kulaga, « A Renaissance of the Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* ? », *ICLQ*, vol. 69(2), 2020, pp. 493-494.

²²¹¹ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 412. Dans le même sens, Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome 1, Paris, Sitey, 1970, p. 225 : « [u]ne première conception, longtemps classique, assimile la clause *rebus sic stantibus* à une clause tacite, qui devrait être considérée comme sous-entendue dans les traités conclus sans limitation de durée et qui reposerait soit sur un fondement politique (droit de conservation, droit de nécessité, intérêts vitaux), soit sur une simple règle d'interprétation de la volonté des Parties. Cette analyse soulève deux objections graves : d'une part, elle dérive d'une pure fiction (...) ; d'autre part, elle est dangereuse pour la force obligatoire des traités, car, sous couvert d'interprétation, elle introduit les rapports internationaux un principe destructeur du droit conventionnel ».

du traité intéresse déjà la conservation de l'État – comme c'est le cas des traités militaires ou ceux relatifs à l'immigration²²¹².

805. Si l'on se tourne du côté du critère définissant la « violation substantielle » susceptible d'être invoquée pour mettre fin au traité, il faudrait remarquer que le non-respect d'un traité ayant vocation à garantir l'existence d'un État suffirait à faire jouer l'article 60 de la Convention de Vienne. Pour autant, cela ne serait envisageable que pour une seule raison : parce que le traité aurait déjà pour objet et but la conservation de l'État. Les États-Unis d'Amérique ont ainsi déclaré l'extinction du traité sur les forces nucléaires à portée intermédiaire en vertu de son article XV, alinéa 2. Celui-ci stipule la liberté de dénoncer le traité si une partie « décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent Traité, ont compromis ses intérêts suprêmes »²²¹³. Ce même alinéa imposant toutefois de notifier et de motiver la décision de retrait, les États-Unis ont démontré que la Russie était « *in material breach of the treaty* »²²¹⁴. Les violations alléguées étaient de nature à constituer une atteinte aux « intérêts essentiels » étatsuniens ainsi qu'une menace directe à la sécurité nationale²²¹⁵. La rhétorique a également été employée s'agissant du traité « ciel ouvert » qui contenait une clause de retrait similaire à celle du traité précité – sans toutefois reprendre le critère relatif aux « intérêts suprêmes »²²¹⁶. Les États-Unis, le 21 mai 2020, ont indiqué ne pas avoir l'intention de laisser « *Russia's repeated violations (...) undermine America's security (...)* »²²¹⁷.

²²¹² V. les exemples rapportés par J. Kulaga, « A Renaissance of the Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* ? », *op. cit.*, pp. 485-489. En mentionnant l'immigration, il faut se rappeler ce qui a été dit dans le chapitre 2, *supra*, pp. 105-113.

²²¹³ Traité concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques, signé à Moscou le 26/05/1972 et entré en vigueur le 03/10/1972, in *RTNU*, vol. 944, 1974, n°13446, art. XV(2), p. 26.

²²¹⁴ M. R. Pompeo, secrétaire d'État, « U.S. Withdrawal from the INF Treaty on August 2, 2019 », disponible en ligne : [https://2017-2021.state.gov/u-s-withdrawal-from-the-inf-treaty-on-august-2-2019/index.html] (consulté le 10/06/2023)

²²¹⁵ *Ib.*

²²¹⁶ *Treaty on Open Skies*, signé le 24/03/1992 et entré en vigueur le 01/01/2002. Pour plus d'informations, voir en ligne :

[https://www.armscontrol.org/factsheets/openskies] ; [https://www.osce.org/files/f/documents/7/b/14128.pdf] (consulté le 15/06/2023).

L'art. XV(2) se lit comme suit : « [t]out État partie a le droit de se retirer du présent Traité. Un État Partie qui envisage de se retirer donne notification de sa décision de se retirer à l'un ou l'autre des Dépositaires au plus tard six mois avant la date prévue de son retrait et la notifie à tous les autres États Parties. Les Dépositaires informent sans délai tous les autres États Parties d'une telle notification ».

²²¹⁷ U.S. Department of Defense, « DOD Statement on Open Skies Treaty Withdrawal », le 21/05/2020. Disponible en ligne :

[https://www.defense.gov/News/Releases/Release/Article/2195239/dod-statement-on-open-skies-treaty-withdrawal/] (consulté le 15/06/2023).

En réponse, la Russie a considéré que le retrait étatsunien avait « *seriously upset the balance of interests of state parties to the Treaty that was attained during its signing* », menaçant « *the national security of the Russian Federation* », in « Law on Denunciation of the Treaty on Open Skies », le 07/06/2021, disponible en ligne : [http://en.kremlin.ru/acts/news/65752] (consulté le 15/06/2023).

806. Plus d'un siècle auparavant, en 1867, la France et l'Allemagne s'étaient engagées à respecter la neutralité du Luxembourg. Au commencement de la Première Guerre mondiale, le Président du Conseil des ministres français exprimait son intention d'appliquer le traité dans le conflit imminent avec l'Allemagne, à condition toutefois que ce dernier respecte également le traité²²¹⁸. En effet, le Président ajoutait que la « *violation of this neutrality by Germany would (...) compel France (...) to be guided in this matter by care for her defence and interests* »²²¹⁹. Ensuite, lorsque la Russie dénonçait les clauses neutralisant sa mer noire, elle imputait aux États parties des violations du traité de nature à accroître « *the danger for Russia in the event of War* »²²²⁰. On pourrait multiplier les exemples, mais il suffit de constater que la conservation de l'État n'intervient que lorsque le traité semblait déjà poursuivre cette finalité de conservation – ce qui concerne vraisemblablement les traités d'armements, de neutralité ou encore d'alliance²²²¹.

807. En réalité, il serait possible de soutenir un argument similaire à propos de l'un des critères stipulés à l'article 56 de la Convention de Vienne, à savoir celui relatif à la « nature du traité » dont il est possible de déduire un droit implicite de dénonciation unilatérale. Pendant que la CDI discutait l'opportunité d'admettre ce droit de dénonciation, Mustafa Yasseen suggérait qu'un traité engageant « les intérêts vitaux d'un État » devait permettre à l'État « d'y mettre fin (...) même si le traité est muet sur la question de sa durée »²²²². Afin de justifier sa proposition, le membre de la Commission proposait de présumer que certaines catégories de traités présentaient la caractéristique d'affecter les intérêts vitaux des États. Étaient justement cités, par exemple, les « traités d'alliance »²²²³. Faudrait-il en déduire qu'un traité intéressant la sécurité de l'État suffirait à déduire de sa « nature » un droit de dénonciation unilatérale ?

808. La chose n'est pas difficile à envisager, mais il ne faudrait pas réduire le critère à cette seule hypothèse. Le Rapporteur spécial Fitzmaurice considérait ainsi que la dénonciation

²²¹⁸ B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, *op. cit.*, p. 119.

²²¹⁹ *Ib.*

²²²⁰ *Id.*, p. 121. Plus flagrant encore, *ib.* : « *His Imperial Majesty cannot but admit, de facto, that the security of Russia should depend on a fiction which has not stood the test of time, and should be imperilled by her respect for engagements which have not been observed in their integrity* ».

²²²¹ *Id.*, p. 137, à propos du traité conclu entre l'Italie et l'Autriche-Hongrie en 1912. En raison de la guerre déclenchée contre la Serbie par l'Autriche-Hongrie, en 1914, l'Italie y voyait une violation du traité de nature à justifier sa dénonciation : « *[r]eason and sentiment alike agree in preventing friendly neutrality from being maintained when one of the allies has recourse to arms for the purpose of realising a programme diametrically opposed to the vital interests of the other ally, interests the safeguarding of which constituted the principle reason of the alliance itself* ».

²²²² 689^{ème} séance de la CDI du 29/05/1963, in *ACDI 1963*, vol. I, A/CN.4/SR.689, p. 112, §30.

²²²³ *Id.*, p. 112, §31.

unilatérale pouvait être déduite d'un traité d'alliance certes, mais également d'un traité de commerce²²²⁴. Son successeur, Waldock, énonçait une série de traités qui n'avaient rien à voir avec la sécurité des États parties – comme les traités de coopération technique et d'arbitrage²²²⁵. Au contraire, il proposait que les traités de paix et de désarmement soient « indéfiniment en vigueur »²²²⁶. Le choix a finalement été fait de ne pas donner d'exemples – même à titre indicatif – des traités de « nature » à être dénoncé unilatéralement en l'absence d'une clause. Préférant adopter une approche casuistique, les considérations relatives à la sécurité d'un État pourraient certes figurer parmi les arguments mobilisés par un État, mais elles ne sauraient suffire à constater la licéité de cette décision. Il serait en effet possible de renverser le raisonnement suggéré afin de démontrer qu'un traité est à ce point vital pour les parties que « le maintien en application peut être d'importance capitale pour l'existence d'un État »²²²⁷. La Malaisie, à l'origine de cette observation à l'occasion de la Conférence de Vienne, donnait l'exemple des traités conclus entre un pays sans littoral et un État maritime voisin : le traité qui assure au premier un débouché sur la mer, indispensable à sa (sur)vie économique, devrait rester en vigueur malgré la rupture des relations diplomatiques²²²⁸.

809. Quoi qu'il en soit, l'évaluation des conditions que l'article 56 impose de réunir afin de pouvoir dénoncer unilatéralement une convention est également soumise à un standard élevé. Une auteure rapporte l'exemple du jour où la République populaire et démocratique de Corée a dénoncé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ne stipule aucune clause de retrait²²²⁹. Dans une lettre adressée au Secrétaire général des Nations Unies, la Corée du Nord reprochait à l'un des organes établis par le Pacte d'avoir adopté une résolution « *which were said to encroach on the sovereignty and dignity of DPRK* »²²³⁰. Il était précisé, ensuite, que la Corée du Nord « *was under military threat as a result of joint military exercises by the*

²²²⁴ « Deuxième rapport de G.G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial », in *ACDI 1957*, vol. II, A/CN.4/107, p. 24.

²²²⁵ « Deuxième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial », *op. cit.*, art. 17(3), p. 67.

²²²⁶ *Ib.*

²²²⁷ Intervention de la Malaisie, in *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968*, *op. cit.*, p. 417. V. ég., *ib.* : « [c]ertains traités peuvent être à ce point vitaux pour des États qu'ils soient impossibles de s'en passer, quelles que soient les divergences de vues politiques qui viennent à surgir ».

²²²⁸ V. ég. la lettre du Département politique fédéral suisse du 15 avril 1925, à propos du traité de Varese, reprod. in P. Guggenheim (dir.), *Répertoire suisse de droit international public*, vol. 1, Bâle, Helbing & Lichtenhain, 1975, p. 159 : « [o]r le Traité de Varese est au nombre de ceux qui ont trait à une question attributive de la souveraineté, autrement dit, qui touchent à un des éléments constitutifs de l'État et qui, par conséquent, ne peuvent être modifiés ou dénoncés unilatéralement » (italiques ajoutées).

²²²⁹ E. Evatt, « Democratic People's Republic of Korea and the ICCPR : Denunciation as an exercise of the right of self-defence ? », *Australian Journal of Human Rights*, vol. 5(1), 1999, p. 215.

²²³⁰ *Id.*, p. 216.

United States and South Korea at the time of the Resolution and that the circumstances justified the DPRK in exercising its right of self-defence »²²³¹.

810. Une rhétorique semblable avait été mobilisée en 2003 lorsque l'État avait notifié son retrait du Traité de non-prolifération des armes nucléaires qui contenait une clause de retrait rédigé dans les mêmes termes que celle stipulée dans le traité sur les armes de portée intermédiaire²²³². L'État reprochait aux États-Unis d'avoir incité l'adoption, par l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), d'une résolution portant « une grave atteinte à la souveraineté du pays et à la dignité de la nation »²²³³. Les mesures en résultant étaient qualifiées, par la République populaire, d'« actions visant à étouffer la RPDC, [et] mettant à exécution » la « déclaration de guerre » des États-Unis d'Amérique²²³⁴. L'État n'a dès lors pas tardé à défendre que le retrait du TNP constituait « une mesure de légitime défense » contre le comportement allégué des États-Unis²²³⁵. En outre, la référence à la légitime défense se trouvait enrichie par la mention, répétée, du « droit à l'existence du pays et de la nation »²²³⁶. La protection de ce droit était associée, par le gouvernement, à la nécessité de surmonter la « situation grave dans laquelle les intérêts suprêmes de [l']État [étaient] sérieusement menacés »²²³⁷.

811. Il faut admettre que les considérations relatives à la survie de l'État semblaient avoir leur place dans le cadre du retrait d'un traité qui intéressait effectivement la préservation de l'existence des États parties – puisqu'il portait sur une arme de destruction massive que la CIJ considérait à ce point vital aux États qu'elle s'est refusé de conclure « définitivement » quant à la licéité de leur emploi²²³⁸. C'est certainement pour cette raison qu'aucun des États parties n'a contesté le droit de la Corée du Nord de se retirer du traité, par ailleurs garanti à l'article X²²³⁹.

²²³¹ *Ib.*

²²³² Traité de non-prolifération sur les armes nucléaires, *op. cit.*, art. X(1) : « [c]haque Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura le droit de se retirer du Traité si elle décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent Traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays ».

²²³³ « Lettre datée du 24 janvier 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République populaire démocratique de Corée auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2003/91, p. 3.

²²³⁴ *Id.*, p. 4.

²²³⁵ *Ibid.*

²²³⁶ *Id.*, p. 2.

²²³⁷ Déclaration du Gouvernement de la République populaire démocratique de Corée, Annexe II, *idem*, p. 4.

²²³⁸ *Supra.*

²²³⁹ Les États-Unis d'Amérique, la Fédération de Russie ainsi que le Royaume-Uni, le 1er avril 1993, interrogeaient prudemment « si les raisons données par la République (...) constitu[ai]ent des éléments extraordinaires au regard de l'objet du Traité ». Il n'était pas question de considérer que la Corée ne *pouvait pas* se retirer, les États se contentant d'ailleurs d'appeler la Corée à réévaluer son appréciation souveraine : selon eux en effet, « [i]l serait conforme aux intérêts de la République (...) de rester partie au Traité et d'en appliquer pleinement les dispositions ». V., « Lettre datée du 1^{er} avril 1993, adressée au Président du Conseil de sécurité par les représentants permanents des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et

Seule la qualification, par le Conseil de sécurité²²⁴⁰, de menace à la paix et à la sécurité internationales a permis de condamner le retrait nord-coréen du traité de non-prolifération²²⁴¹. La décision de la Corée du Nord n'était donc pas contraire au traité, mais il ne faut pas en conclure que la licéité de son comportement découlait de son « droit à l'existence » ou de « légitime défense ». C'est bien l'article X du traité qui l'autorisait à se retirer. Néanmoins, parce que la stipulation l'obligeait à notifier la décision et à exposer « les événements extraordinaires que l'État en question considère comme ayant compromis ses intérêts suprêmes », on pourrait en déduire que la Corée du Nord mobilisait son droit à l'existence aux fins de respecter cette obligation procédurale²²⁴².

812. Toute autre est le retrait du Pacte de 1966, là aussi pour les raisons défensives que l'on a déjà mentionnées. Cette fois, contrairement au retrait du Traité de non-prolifération, le comportement était considéré comme étant illicite. Ainsi, quelques mois suivant la notification communiquée par la Corée du Nord au mois d'août 1997, le Comité des droits de l'homme a adopté une observation générale établissant sa conviction « que le droit international n'autorise pas un État qui a ratifié le Pacte (...) à le dénoncer ou à s'en retirer »²²⁴³. S'intéressant au critère de la « nature du traité » mentionné à l'article 56 de la Convention de Vienne, le Comité n'a fait aucune mention du « droit à l'existence » de la Corée du Nord ou de son « droit de légitime défense ». Elle leur a préféré un critère temporel en vertu duquel seuls les traités présentant un « caractère provisoire » pouvaient être dénoncés « nonobstant l'absence d'une clause explicite en ce sens »²²⁴⁴.

813. En reléguant les considérations relatives à la survie à l'arrière-plan des mécanismes permettant d'obtenir l'extinction unilatérale d'une obligation conventionnelle, elles ne

d'Irlande du Nord », S/25515, p. 2. Eg., les débats intervenus au sein du Conseil de sécurité, 3212^{ème} séance du 11/05/1993, S/PV.3212, pp. 30 et 41.

²²⁴⁰ Cela était déjà suggéré par le Comité préparatoire de la Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2005, « Rapport du Comité préparatoire sur les travaux de sa deuxième session », session tenue à Genève entre le 28 avril et le 9 mai 2003, NPT/CONF.2005/PC.II/50, p. 18, §15 : « [c]ertains États parties se sont déclarés préoccupés par le fait que le retrait avait entraîné un élément supplémentaire d'incertitude pour la sécurité internationale, avait nui à la stabilité stratégique, et aurait des conséquences négatives pour le désarmement et la non-prolifération nucléaires ».

²²⁴¹ V. *supra*, section précédente de ce Chapitre, pp. 373-375.

²²⁴² Sur le respect de cette obligation, M. Asada, « International Law of Nuclear Non-proliferation and Disarmament », *op. cit.*, pp. 146-150 : l'auteur considère que seule la Corée du Nord est autorisée par le traité à interpréter ce qui relève de ses intérêts suprêmes, sous condition d'agir de bonne foi. Cette question sera approfondie en même temps que la faculté d'auto-interprétation d'une menace existentielle, dans le Chapitre 8, section 1.

²²⁴³ Comité des droits de l'homme, « Additif à l'observation générale n°26 touchant à la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, p. 2, §5.

²²⁴⁴ *Id.*, p. 2, §3.

semblent avoir un rôle à jouer, encore une fois, qu'en tant qu'argument persuasif. Autrement dit, ces considérations peuvent servir à l'appui d'une thèse défendue par un État à partir des règles consacrées par la Convention de Vienne de 1969 mais elles ne suffisent pas à emporter l'adhésion. La pratique révèle néanmoins une certaine flexibilité des engagements internationaux lorsqu'une prétention repose sur la préservation d'un État partie.

Paragraphe 2. La pratique : flexibilité des engagements internationaux

814. Lorsque la contestation d'une règle est fondée sur l'ineffectivité des garanties de sécurité octroyées par un traité (2.1.) ou lorsque la survie d'un État intéresse, au titre de la sécurité juridique, les autres États parties (2.2.), la révision d'un traité est généralement admise.

2.1. L'ineffectivité des garanties de sécurité obtenues conventionnellement, condition du succès de la contestation

815. Dans un chapitre précédent, il a été possible de démontrer que les États ne consentent généralement à se départir de certaines compétences souveraines indispensables à la préservation de leur existence qu'à une seule condition : avoir obtenu, en échange de cette restriction ou – le cas échéant – aliénation, une garantie de sécurité. On a déjà relevé que la Turquie n'avait consenti à la démilitarisation de ses détroits qu'après avoir obtenu de telles garanties auprès des puissances riveraines et celles qui envisageaient d'y naviguer. L'article 18 de la Convention de Lausanne prévoyait ainsi qu'en cas d'« attaque inopinée ou quelque acte de guerre ou menace de guerre (...) les Hautes Parties contractantes et, dans tous les cas, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon les empêcheront conjointement par tous les moyens *que le Conseil de la Société des Nations décidera à cet effet* »²²⁴⁵. Le passage en italiques confirmait ainsi que l'intervention du Conseil constituait le préalable indispensable à la mise en œuvre de la garantie engageant la France et ses alliés²²⁴⁶.

816. Après que le Conseil a démontré son inaptitude à réagir avec célérité et efficacité aux différends qui lui étaient soumis, la Turquie a demandé aux États parties la révision de la Convention de Lausanne, en 1936²²⁴⁷. Elle commençait par rappeler que l'article 18 précité consacrait « la garantie de sécurité » qui « faisait partie intégrante des clauses de

²²⁴⁵ Convention des Détroits, signé à Lausanne en 1923 et entrée en vigueur le 30 août 1924, art. 18(2). Le lien avec la sécurité de la Turquie est apparent au premier alinéa : « [d]ésireuses que la démilitarisation des Détroits et des zones avoisinantes ne devienne pas, au point de vue militaire, une cause de danger injustifié pour la Turquie et que des actes de guerre ne viennent pas mettre en péril la liberté des Détroits ou la sécurité des zones démilitarisées, les Hautes Parties contractantes conviennent des dispositions suivantes ».

Disponible en ligne : [<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1923detroit.htm>] (consulté le 10/07/2023)

²²⁴⁶ C. L. Rozakis et P. N. Stagos, *The Turkish Straits*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 99.

²²⁴⁷ La lettre figure au *Journal officiel de la Société des Nations*, 10/04/1936, vol. 17, pp. 504-505.

démilitarisation et de liberté de passage »²²⁴⁸. Considérant ensuite que « le mécanisme actuel de garantie collective se déclench[ait] avec trop de lenteur », la Turquie précisait que c'était pour cette raison qu'elle avait estimé « que seule la garantie conjointe des quatre grandes puissances lui avait paru susceptible d'assurer dans les conditions d'alors le minimum de sécurité indispensable à son intégrité territoriale »²²⁴⁹. Outre la « lenteur » du Conseil de la Société, le risque de guerre imminente qui pesait alors en Europe – l'Italie ayant envahi l'Éthiopie quelques mois suivants la lettre turque – était susceptible d'affecter l'effectivité de la garantie de sécurité octroyée à la Turquie. Si ces « quatre puissances » étaient en guerre, elles répugneraient effectivement à réprimer *conjointement* les violations de la Convention de Lausanne.

817. Ainsi, la Turquie arrivait à la conclusion suivante :

« Des circonstances indépendantes de la volonté des signataires de Lausanne ont rendu inopérantes des clauses établies en toute bonne foi, et, *comme l'enjeu en est l'existence de la Turquie* et la sécurité de tout son territoire, le Gouvernement de la République peut être amené à prendre devant la nation la responsabilité qui lui incombe en adoptant les mesures dictées par l'impérieuse nécessité des circonstances »²²⁵⁰.

Les mesures envisagées consistaient à obtenir la conclusion d'accords devant remplacer la convention de Lausanne et « destinés à régler le régime des Détroits dans des conditions de sécurité indispensables à l'inviolabilité du Territoire turc »²²⁵¹. Rien, dans ladite convention, ne permettait à la Turquie d'exiger une telle révision : aucune stipulation n'était relative à cette question. Pourtant, le Royaume-Uni a reconnu que la requête de la Turquie était « pleinement justifiée »²²⁵². Les parties contractantes ont alors organisé la conférence de Montreux, susmentionnée, aboutissant à la conclusion de la convention du même nom. À l'occasion des négociations, le Royaume-Uni réitérait son soutien envers la démarche entreprise par la Turquie :

« Des événements récents ont montré que l'action collective des Membres de la SdN ne s'exerce qu'avec lenteur et que les nations doivent compter, du moins au début, sur leurs propres moyens de défense. Il est donc naturel que, dans ces circonstances, la Turquie

²²⁴⁸ *Id.*, p. 504.

²²⁴⁹ *Ib.*

²²⁵⁰ *Id.*, p. 505 (italiques ajoutés).

²²⁵¹ *Ib.*

²²⁵² *Id.*, p. 506, §4.

désire modifier les dispositions d'une convention qui a été élaborée lorsque les conditions étaient différentes de celles qui règnent aujourd'hui »²²⁵³.

818. Il est apparent que les parties ont consenti à une refondation du régime en vigueur en raison de l'échec des garanties de sécurité initialement octroyées²²⁵⁴. La Turquie insistait logiquement sur ce point à l'occasion de la Conférence : « [I]a démilitarisation conditionnée par ces garanties – et d'ailleurs imparfaitement conditionnée – ne peut plus être maintenue, car une telle situation irait à l'encontre du droit le plus élémentaire qu'a chaque État de défendre son territoire »²²⁵⁵. La *contestation* de ces clauses est perceptible lorsque la Turquie arguait que « [I]es raisons de sécurité (...) milit[ai]ent en faveur de la suppression des clauses de démilitarisation »²²⁵⁶. L'importance de l'argument a conditionné le succès de la revendication turque, aboutissant à l'adoption de la Convention de Montreux selon un régime qui a déjà été mentionné plus tôt²²⁵⁷. Relevons néanmoins que le consentement des États parties à la Convention de Lausanne était requis, le Royaume-Uni ayant loué la Turquie d'avoir respecté le « principe selon lequel les traités internationaux ne sauraient être unilatéralement modifiés »²²⁵⁸.

819. Il en était allé de même lors de la dénonciation des clauses de neutralisation de la mer Noire, par la Russie, en 1870. Celle-ci déduisait des violations alléguées de la convention que « la sécurité de la Russie dépendait d'une fiction qui n'a pas résisté à l'épreuve du temps »²²⁵⁹. Dans une note communiquée le 1^{er} novembre 1870, l'État ajoutait que ces violations étaient de nature à remettre en cause l'efficacité du « gage de sécurité qu'elle a cru obtenir dans le principe de neutralisation de la mer Noire »²²⁶⁰. Là aussi, on a relevé que les parties ont convenu à Londres la nécessité de revoir le régime imposé à la Russie jusqu'alors tout en insistant sur l'illicéité de la dénonciation unilatérale. En d'autres termes, la révision désirée n'était pas due

²²⁵³ Intervention britannique, à l'occasion de la première séance plénière du 22/06/1936, in Th. Aghnides, *Actes de la Conférence de Montreux, 22 juin-20 juillet 1936 : compte rendu des séances plénières et procès-verbal des débats du Comité technique*, Paris, Pedone, 1936, pp. 23-24. Dans le même sens : France (p. 24) ; URSS (p. 25) ; Japon (*ib.*) ; Grèce (p. 26) ; Bulgarie (p. 27).

²²⁵⁴ C. L. Rozakis et P. N. Stagos, *The Turkish Straits*, *op. cit.*, pp. 41-42.

²²⁵⁵ *Id.*, p. 22.

²²⁵⁶ *Ib.*

²²⁵⁷ V. le Chapitre 2 de la thèse, p. 161.

²²⁵⁸ *Journal officiel de la Société des Nations*, 10/04/1936, vol. 17, p. 506, §4.

²²⁵⁹ Cité in B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, *op. cit.*, p. 121 (notre traduction).

²²⁶⁰ *Ib.*, notre traduction : « [w]ith such a precedent before us, what value can Russia attach to the efficacy of that Arrangement, and to the pledge of security which she believed she had obtained in the principle of the Neutralisation of the Black Sea ».

à l'État à l'origine de la prétention pour la simple raison que sa sécurité se trouvait menacée par les violations alléguées du traité.

820. Citons enfin un dernier exemple plus récent, relatif au retrait français du commandement intégré de l'OTAN, le 10 mars 1966²²⁶¹. Insistant sur le fait que l'OTAN ne répondait plus aux conditions prévalent dans le monde, fondamentalement différente que celles qui ont accompagné sa création en 1949, la France semblait rechercher l'application de la clause *rebus sic stantibus*²²⁶². Dans une conférence de presse qui s'est tenue le 21 février 1966, le général de Gaulle déplorait déjà l'ineffectivité de la garantie de sécurité obtenue par la France lors de la conclusion du Traité de l'Atlantique Nord :

« Mais, en même temps que s'estompaient les alarmes, se réduisait aussi la garantie de sécurité, autant vaut dire absolue, que donnaient à l'Ancien continent la possession par la seule Amérique de l'armement atomique et la certitude qu'elle l'emploierait sans restriction dans le cas d'une agression »²²⁶³.

À l'Assemblée nationale, le Premier Ministre Pompidou en déduisait que la structure de l'OTAN et certains engagements contractés dans ce cadre portaient atteinte à la souveraineté de la France et menaçait son existence²²⁶⁴. En réaction, la doctrine²²⁶⁵ a contesté la licéité du retrait français, refusant l'application de la clause *rebus sic stantibus*. La déclaration conjointe des quatorze membres de l'Organisation, au contraire, s'est contentée de rappeler que « *[t]he North Atlantic Treaty and the organization established under it are both alike essential to the security of our countries* »²²⁶⁶. La France était simplement appelée à négocier avec les autres États parties, sans que ces derniers n'aient condamné de manière univoque le retrait.

821. Il faudrait observer, d'une part, qu'une modification unilatérale d'un traité devrait être impossible lorsque certaines garanties de sécurité seraient devenues ineffectives pour des

²²⁶¹ J. Charpentier, « Le retrait français de l'O.T.A.N. », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 409. V. ég., E. Stein et D. Carreau, « Law and Peaceful Change in a Subsystem : 'Withdrawal' of France from the North Atlantic Treaty Organization », *AJIL*, vol. 62(3), 1968, p. 605 : « *[a]t the heart of the French thesis is the legal distinction between the Alliance established in 1949 by the North Atlantic Treaty and the military command structure 'superimposed' by subsequent measures over a period of years, as described earlier in this article. France insists that it remains a party to the Alliance based on the regularly ratified Treaty, but it has 'withdrawn' from the military structure and has terminated a series of bilateral agreements with Canada and the United States relating to the command structure because it and the agreements no longer correspond to the 'new situation'* ».

²²⁶² « French Note to U.S. of March 10, 1966, and U.S. Reply of March 25, 1966 », in *ILM*, vol. 5(3), 1966, p. 426.

²²⁶³ *La politique étrangère de la France. Textes et documents, 1966*, Paris, La documentation française, 1967, p. 41.

²²⁶⁴ E. Stein et D. Carreau, « Law and Peaceful Change in a Subsystem : 'Withdrawal' of France from the North Atlantic Treaty Organization », *op. cit.*, cité p. 601, note 114 (notre traduction).

²²⁶⁵ *Id.*, p. 613 et p. 622 ; J. Charpentier, « Le retrait français de l'O.T.A.N. », *op. cit.*, pp. 418-428.

²²⁶⁶ « Joint Declaration of 14 N.A.T.O. Nations », in *ILM*, vol. 5(3), 1966, p. 425.

raisons en dehors de la volonté des États parties. D'autre part, au regard de l'importance de ces garanties de sécurité lors de la conclusion du traité, leur ineffectivité pourrait justifier l'extinction ou la révision de ce traité. Il serait possible, comme l'a fait la France, d'y voir là une application de la clause *rebus sic stantibus* dès lors qu'il est question d'un changement de circonstances factuelles qui aurait « constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité »²²⁶⁷. Il est également loisible de lire dans ces précédents, comme M. Couveinhes-Matsumoto, une forme de « tolérance globale de la part des États » envers ces prétentions extinctive et révisionniste²²⁶⁸, qui se manifeste par la tendance récente consistant à consacrer des clauses de retrait et de révision dans les traités²²⁶⁹. La flexibilité des engagements internationaux qui en résulte devrait être louée, ne serait-ce que par « pragmatisme »²²⁷⁰ et par sécurité juridique en effet.

2.2. La sécurité juridique, condition du succès de la contestation

822. Il est généralement dans l'intérêt des parties de donner une suite favorable à la prétention d'un autre État lorsqu'ils estiment que la menace existentielle alléguée est réelle. S'il est attendu de l'autre partie contractante qu'elle respecte ses engagements, il est logique de ne pas rechercher sa disparition. Cela est particulièrement manifeste dans le cadre du paiement des dettes souveraines dites « odieuses », c'est-à-dire celles dont le remboursement risque de causer la disparition d'un État et, théoriquement, de lui accorder le pouvoir de les répudier unilatéralement. Initialement destinée à qualifier les dettes contraires aux intérêts de la population²²⁷¹, cette définition associée au penseur soviétique Alexander Nahum Sack²²⁷² manque à relever son applicabilité aux cas où la survie de l'État serait menacée par une dette.

²²⁶⁷ CVDT, Art. 62(1)(a), *op. cit.*

²²⁶⁸ F. Couveinhes Matsumoto, « De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des pratiques et des règles relatives à la dénonciation », in F. Couveinhes Matsumoto et R. Nollez-Goldbach, *La dénonciation des traités – Techniques et politiques*, Paris, Pedone, 2022, pp. 39-50.

²²⁶⁹ A. Morelli, *Withdrawal From Multilateral Treaties*, Leiden, Brill, 2022, p. 10 : « [i]ndeed, withdrawal began to be seen as a risk management tool that would allow contracting parties to protect national supreme interests when cooperation through the agreement was no longer viable ». Plus loin, p. 98 : « [i]n the more than 560 multilateral treaties in the study population, there were 230 cases of withdrawal or denunciation. This number is particularly significant when we remember that, conventionally, international lawyers tend to consider withdrawal a sporadic event in international treaty law ».

²²⁷⁰ F. Couveinhes Matsumoto, « De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des pratiques et des règles relatives à la dénonciation », *op. cit.*, p. 64 : « [f]inalement, admettre la révisibilité de tous les traités (et en Droit national de tous les contrats) ou, si l'on préfère, reconnaître l'application inévitable du principe *rebus sic stantibus* aux instruments juridiques à la fois utiles (substantiels) et faits de la main de l'homme (donc imparfaits) s'impose naturellement par le fait que les situations de fait changent, et avec elles ce qu'impose concrètement la Justice ou simplement le pragmatisme ».

²²⁷¹ C. J. Rault, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*. Thèse soutenue à Paris I Panthéon-Sorbonne en 2015, pp. 42-43 et 196-197.

²²⁷² A. N. Sack, « Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières », *Recueil Sirey*, Paris, 1927, pp. 46-157.

C'est Alexandre Hamilton qui remarquait déjà ce potentiel en identifiant la possibilité, pour un État dont l'existence politique se trouverait menacée par une dette, de ne pas la régler²²⁷³.

823. Le Rapporteur spécial Mohammed Bedjaoui semblait poursuivre cette voie lorsqu'il donnait aux « dettes odieuses » une définition plus large que celle habituellement retenue, dans son rapport relatif à la succession d'États en matière de biens et de dettes²²⁷⁴. Il incluait sous ce vocable deux types de dettes : celles de guerre et d'asservissement d'un côté, celles dites « de régime » de l'autre²²⁷⁵. Les premières désignaient les dettes « contractées par un État pour soutenir un effort de guerre contre un autre État » ainsi que « celles qu'a contractées un État pour tenter d'asservir un peuple et de coloniser son territoire »²²⁷⁶. Les secondes désignaient les dettes contractées exceptionnellement en vue d'établir un nouveau régime politique²²⁷⁷. Il est inutile d'insister davantage sur ce rapport pour constater que le concept de dette odieuse n'a, *a priori*, rien à voir avec le droit d'autoconservation de l'État. Pourtant, lors des discussions du rapport au sein de la Commission, l'un des membres invoquait explicitement le droit à la survie de l'État : « [i]l est évident que des dettes contractées dans un but contraire aux droits à la survie ou à l'indépendance d'un État doivent être considérées comme odieuses de par leur nature même et ne seront donc pas transmissibles »²²⁷⁸. Le rapporteur, dont il faut rappeler qu'il présidait la CIJ lorsqu'elle délivrait son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, approuvait l'observation de son collègue :

« M. Calle y Calle a fort justement fait observer que la notion de gravité est certes vague, mais que la Commission y a déjà recouru dans d'autres projets d'articles — celui qui concerne la responsabilité des États, par exemple — et que, d'ailleurs, on pourrait fort bien parler d'atteinte aux droits fondamentaux de l'État successeur, à son droit à la survie, à son indépendance ou à son intégrité »²²⁷⁹.

824. Ces considérations disparaîtront toutefois du texte final, l'article 36 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, qui n'est toujours pas entrée en vigueur, stipulant qu'une « succession d'États ne porte pas atteinte, en tant que telle, aux droits et

²²⁷³ « The Insufficiency of the Present Confederation to Preserve the Union For the Independent Journal », *The Federalist Papers*, n°15 : « [d]o we owe debts to foreigners and to our own citizens contracted in a time of imminent peril for the preservation of our political existence ? These remain without any proper or satisfactory provision for their discharge ».

²²⁷⁴ « Neuvième rapport sur la succession dans les matières autres que les traités du rapporteur spécial Mohammed Bedjaoui » in *ACDI 1977*, vol. II, partie I, pp. 71-79, §§115-179.

²²⁷⁵ « Neuvième rapport du rapporteur spécial Mohammed Bedjaoui », *id.*, p. 71, §117.

²²⁷⁶ *Id.*, p. 72, §118.

²²⁷⁷ *Id.*, p. 72, §122.

²²⁷⁸ Intervention de M. Calle Y Calle lors de la 1426^{ème} séance de la Commission, in *ACDI 1977*, vol. I, p. 57, §1.

²²⁷⁹ *Id.*, p. 60, §33.

obligations des créanciers »²²⁸⁰. Partant, il faut arriver à la conclusion qu'il n'est pas possible de contester une obligation imposant le règlement d'une dette « odieuse »²²⁸¹. M^{me} Rault observe cependant que « [m]ême si la notion de dette odieuse n'est pas reconnue en droit international public, cela ne signifie pas que les États endettés sont sans recours. Une défense reposant sur d'autres systèmes juridiques peut s'organiser (...) »²²⁸².

825. Parmi ces moyens, en dehors de l'état de nécessité, l'un d'entre eux consiste à prendre en compte les capacités de paiement de l'État endetté ou à restructurer sa dette souveraine. Cette pratique, ainsi que le remarquait le Secrétaire général des Nations Unies en 2001, est abondante²²⁸³. En 2016, après que Grenade a été frappé par un ouragan, le Club de Paris s'est réuni afin de « rééchelonner les arriérés dus en octobre 2015 et les échéances de novembre 2015 et juin 2017 »²²⁸⁴. Avec l'apparition de la crise sanitaire causée par le Covid-19, le Fonds monétaire international a décidé d'alléger les dettes de vingt-cinq pays²²⁸⁵, pour six mois²²⁸⁶. Plutôt qu'une suspension ou restructuration de la dette, il s'agissait pour le FMI de communiquer aux États « des dons qui couvriront leurs obligations envers » l'institution. Cela devait permettre à ces États « de consacrer une plus grande partie de leurs faibles ressources financières aux soins médicaux et autres efforts de secours d'urgence vitale ». Enfin, le G20 a

²²⁸⁰ V. ég. J. Monnier, « La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État », *AFDI*, 1984, vol. 30, p. 224.

²²⁸¹ C. J. Rault, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*, *op. cit.*, p. 196. V. ég. R. Howse, « The Concept of Odious Debt in Public International Law », United Nations Conference on Trade and Development, *Discussion Papers*, n°185, Juillet 2007, 27 p. Disponible en ligne :

[https://unctad.org/system/files/official-document/osgdp20074_en.pdf] (consulté le 16/06/2023). Si l'auteur identifie le concept de « dette odieuse » dans la pratique internationale de restructuration ou de suspension des dettes, il n'identifie pas de règle permettant à un État d'annuler une telle dette lorsque sa survie est menacée.

²²⁸² C. J. Rault, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*, *op. cit.*, p. 197.

²²⁸³ Le Secrétaire fait référence au cadre adopté à Prague, appliqué à l'Argentine et la Turquie, témoignant de la nécessité de restructurer la dette souveraine d'États faisant face à une crise économique majeure, voire dans certains cas à suspendre temporairement le paiement de ladite dette, v. « Architecture financière internationale et développement, y compris le transfert net de ressources entre pays en développement et pays développés », *A/56/173*, §64, p. 18.

²²⁸⁴ « Soutenabilité de la dette extérieure et développement », *A/71/276*, §23, p. 8.

²²⁸⁵ Afghanistan, Bénin, Burkina Faso, Comores, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Haïti, Îles Solomon, Libéria, Madagascar, Malawi, Mali, Mozambique, Népal, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Rwanda, Sao Tomé-et-Principe, Sierra Leone, Tadjikistan, Tchad, Togo et Yémen.

²²⁸⁶ « Communiqué de presse n°20/151 », le 13 avril 2020. Disponible en ligne :

[<https://www.imf.org/fr/News/Articles/2020/04/13/pr20151-imf-executive-board-approves-immediate-debt-relief-for-25-countries>] (consulté le 16/06/2023).

Plus largement sur cette question, v. Ph. Coleman, « Les initiatives relatives à la dette des pays en développement en raison de la pandémie », *AFDI*, 2020, pp. 137-146.

déclaré suspendre partiellement la dette de 77 États le 15 avril 2020²²⁸⁷, « à hauteur de 14 milliards de dollars (12,8 milliards d’euros), sur un total de 32 milliards de dollars »²²⁸⁸.

826. Rapportons également la proposition de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) tendant à la conclusion d’un « accord mondial sur la dette pour éviter que la pandémie sanitaire ne se transforme en désastre économique dans les pays en développement »²²⁸⁹. Si aucune suite n’a été donnée à cette proposition, relevons que le Président de la République française a décidé, en mai 2021, d’annuler la créance détenue auprès du Soudan, représentant une somme d’environ cinq milliards de dollars²²⁹⁰. Une telle renonciation, loin d’être interdite par le droit international²²⁹¹, n’est pas non plus une obligation imposée à l’État créancier qui y consent *ex gratia*. Elle ne s’imposerait pas en vertu d’un quelconque droit à la survie de l’État auprès duquel la renonciation intervient, puisque d’autres moyens sont à la disposition de cet État. Ils permettent à un État d’aménager le paiement de ses dettes de manière à ne pas menacer son existence économique. L’Assemblée générale²²⁹² a d’ailleurs insisté sur l’importance de restructurer les dettes souveraines de manière à tenir compte de la capacité de paiement du débiteur.

827. Il est possible d’étendre cette observation aux réparations de guerre, le P^r d’Argent ayant démontré que l’ensemble des traités conclus avant et après la fin de la Première Guerre mondiale n’ignorait que « rarement – sinon jamais » la « capacité de paiement » de l’État

²²⁸⁷ Ces États avaient déjà eu l’opportunité de formuler cette revendication lors du sommet du G77 les 14 et 15 juin 2014, v. la déclaration intitulée « Vers un nouvel ordre mondial pour bien vivre », annexée au rapport du Conseil économique et social, A/68/948, §127, p. 24 : « [I]es processus de réaménagement de la dette devraient partir d’une évaluation des capacités réelles, afin de ne pas compromettre la croissance économique et la concrétisation des objectifs du Millénaire pour le développement, des objectifs de développement durable et des objectifs du programme de développement pour l’après-2015 qui n’ont pas encore été atteints ».

²²⁸⁸ « Le G20 suspend le remboursement de la dette des pays pauvres, sans l’annuler », *Le Monde*, le 16 avril 2020. Disponible en ligne :

[https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/04/16/le-g20-suspend-le-remboursement-de-la-dette-des-pays-pauvres-sans-l-annuler_6036741_3234.html] (consulté le 16/06/2023).

²²⁸⁹ « Une question de vie ou de dette », communiqué de presse du 23 avril 2020, disponible en ligne :

[<https://unctad.org/fr/press-material/une-question-de-vie-ou-de-dette-lonu-propose-un-accord-mondial-sur-la-dette-pour>] (consulté le 16/06/2023).

²²⁹⁰ « Déclaration finale de la Conférence internationale sur le Soudan », le 17 mai 2021, disponible en ligne : [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/05/17/declaration-finale-de-la-conference-internationale-sur-le-soudan>] (consulté le 16/06/2023).

²²⁹¹ P. d’Argent, *Les réparations de guerre en droit international public, – La responsabilité internationale des États à l’épreuve de la guerre*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 759-769.

²²⁹² Résolution 68/304 du 9 septembre 2014, « Établissement d’un cadre juridique multilatéral applicable aux opérations de restructuration de la dette souveraine », en préambule : « [c]onsidérant que l’évaluation de la capacité réelle de paiement doit être un élément fondamental de toutes opérations de restructuration de la dette, celles-ci ne devant pas remettre en cause la croissance économique ni la pleine réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement qui restent à atteindre, des objectifs de développement durable et des objectifs du programme de développement pour l’après-2015 ».

vaincu²²⁹³. Il ne faudrait pour autant pas en déduire que ledit État serait autorisé à contester des obligations contraires à son « droit fondamental d’autoconservation », ainsi que le remarquait justement le P^r Le Bœuf²²⁹⁴. C’est bien plutôt la volonté d’obtenir le paiement des réparations de guerre ou, le cas échéant, le recouvrement d’une dette qui justifierait d’adapter les obligations contractées par un État à sa capacité de paiement. Il serait néanmoins possible de considérer avec le P^r d’Argent qu’« en droit international général, un État dont les finances publiques sont insuffisantes et défailtantes peut différer le service de sa dette, fût-elle fondée sur des dettes contractuelles de droit interne, afin de préserver le fonctionnement minimal de services publics de base et de sauvegarder ainsi le corps social tout entier »²²⁹⁵.

828. Encore une fois cependant, il n’est pas question d’une répudiation unilatérale, mais d’un aménagement de l’obligation de manière à satisfaire les intérêts des deux parties. Surtout, la sécurité juridique semble au cœur des prétentions des États, ces derniers refusant de conclure des obligations sans que leur respect soit garanti.

Conclusion du Chapitre 6

829. Dans le cadre du présent chapitre, les considérations liées à la préservation de l’existence d’un État jouent un rôle de deux manières distinctes. La première tend à empêcher qu’un État ou une organisation internationale n’exerce une compétence souveraine ou souverainement dévolue. Dans ce cas, la survie d’un État est invoquée comme une circonstance qui devrait priver un autre État ou une organisation internationale d’une compétence que le droit international leur reconnaît pourtant. Cela revient finalement à remettre en cause la souveraineté de cet autre État, ce qui ne saurait produire aucun effet en l’absence d’une obligation de négocier conditionnant l’exercice de la souveraineté. En réalité, cette obligation ne survient pas du simple fait que la survie d’un autre État serait en jeu. Le destinataire de la prétention doit avoir consenti à négocier la règle, quel que soit son objet. Il est donc en principe *libre* d’exercer sa souveraineté sur son territoire.

²²⁹³ P. d’Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, op. cit., p. 737.

²²⁹⁴ R. Le Bœuf, *Le traité de paix*, op. cit., pp. 550-554.

²²⁹⁵ P. d’Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, op. cit., p. 727. L’auteur s’appuie largement sur l’affaire de la *Société commerciale de Belgique*, CPJI, *Série A/B*, n°78, pp. 159-179 : contestant initialement la réalité des difficultés financières de la Grèce, la Belgique a finalement décidé d’abandonner sa réclamation en déclarant se tenir prête à négocier avec le Gouvernement hellénique pour élaborer un accord de règlement des dommages et intérêts en tenant compte de sa capacité de paiement. Loin, donc, de contester le principe invoqué par la Grèce, la Belgique souhaitait simplement s’assurer que l’État invoquant la force majeure ne le fasse que pour *suspendre* ses obligations et non pas pour s’en *libérer*. V., « ‘Force majeure’ and ‘Fortuitous event’ as circumstances precluding wrongfulness : Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine – study prepared by the Secretariat », in *ACDI*, 1978, vol. II(1), A/CN.4/315, p. 135, §284 : « [s]o far as the principle [invoked by Greece] is concerned, the Belgian Government would no doubt be in agreement ».

830. Du point de vue des organisations internationales, ces prétentions conduisent également à interroger la portée des pouvoirs dévolus à une organisation, qui n'agit que dans le cadre des compétences qui lui ont été attribuées par les États. Bien que la préservation de l'existence des États membres influence nécessairement l'exercice de ces compétences, cela ne signifie pas pour autant que l'OI s'abstiendra d'agir chaque fois qu'un État estime que son existence est menacée.

831. La seconde manière de mobiliser la « conservation de soi » vise quant à elle à permettre à un État d'échapper à l'opposabilité d'une règle internationale qui l'empêcherait de préserver son existence. Pour des raisons évidentes de sécurité juridique, le droit positif refuse de reconnaître un tel pouvoir unilatéral aux États, sauf dans des conditions très restrictives qui garantissent le caractère exceptionnel de ces prétentions. Cependant, la pratique témoigne d'une volonté de renégocier les règles qui menaceraient l'existence d'un État, notamment afin d'obtenir de celui-ci l'application et le respect des obligations contractées. En effet, si un État estime que sa survie est réellement menacée, il choisira probablement de ne pas respecter la règle en question. Étant donné que les autres États parties souhaitent éviter une telle situation, ils préfèrent négocier les ajustements nécessaires de la règle conventionnelle ou coutumière pertinente.

Conclusion du Titre 1

832. L'emprise de la conservation de l'État sur l'ensemble du processus normatif, du moins en droit international, est indéniable. Elle se manifeste à travers de nombreuses prétentions étatiques qui ont trait à la création et à la contestation des règles juridiques. Cette conclusion n'est guère surprenante, étant donné que les États demeurent les principaux auteurs des obligations internationales. Par conséquent, la préservation de leur existence constitue une priorité pour les États, qui négocient des règles en tenant compte de cette considération structurante.

833. Cependant, il semble impossible de dépasser ce constat en affirmant que la « conservation de soi » produit des effets juridiques spécifiques dans le cadre de la création et de la contestation du droit. En réalité, un État qui formule une telle prétention n'agit pas en tant qu'unique auteur du droit international, mais plutôt en tant que *co*auteur. Cela implique que le droit international exerce une emprise sur la conservation de l'État. En effet, les prétentions fondées sur la « conservation de soi » ne confèrent pas automatiquement à leurs auteurs ce qu'ils cherchent à obtenir. Ces revendications se heurtent à leurs destinataires, qui ont

également leur mot à dire, ne serait-ce que parce qu'il en va aussi de leur propre conservation. Supposer qu'un État puisse rendre une règle opposable et inopposable sans le consentement des États intéressés soulèverait d'importantes difficultés. Ces États, en raison de leur souveraineté, doivent consentir à donner suite à ces prétentions. Partant, proposer que l'on puisse se passer de leur consentement reviendrait à porter atteinte à leur souveraineté, dont le respect est essentiel à leur préservation.

834. Lorsque les États accueillent favorablement les revendications liées à la conservation d'un autre État, ce n'est pas parce qu'ils s'y sentent obligés. Au contraire, ils n'hésitent pas à rappeler leur liberté de refuser les demandes émises par un État prétendant que son existence est menacée. Lorsqu'ils consentent finalement à conclure une obligation internationale ou à renégocier une règle qu'un État considère comme inopposable, les destinataires de la prétention le font pour deux raisons. Tout d'abord par souci de garantir la stabilité des relations internationales, mais également pour maintenir des relations juridiques avec l'État qui a formulé cette prétention. Si l'existence de ce dernier était effectivement menacée, cela engendrerait inévitablement un désordre susceptible de menacer la paix et la sécurité régionale ou internationale. De plus, consentir aux prétentions émises par un État présente l'avantage de s'assurer que celui-ci continue de respecter ses obligations. Ainsi, il est dans l'intérêt bien compris des États d'élaborer le droit international à partir des diverses revendications fondées sur l'autoconservation, d'autant plus que le régime juridique entourant la création et la contestation des règles juridiques reflète un équilibre entre les intérêts des parties impliquées, à savoir l'État ou les États à l'origine de la prétention et celui ou ceux qui en sont le(s) destinataire(s).

835. Pour les mêmes raisons, un État qui invoque la « conservation de soi » en tant qu'exception ou dérogation ne pourra le faire qu'au sein d'un régime qui prend en compte les intérêts des autres acteurs qui sont affectés par cette prétention.

Titre 2. La conservation de l'État comme exception ou comme dérogation

« L'idée d'autoconservation, si l'on devait à tout prix la retenir en dépit des mauvais souvenirs qu'elle évoque, vu les abus qu'on en a faits dans l'histoire, ne saurait logiquement avoir qu'une acception plus vaste sous un aspect et plus restreinte sous un autre que celle d'état de nécessité (...) »²²⁹⁶

836. Lorsque le huitième rapport de Roberto Ago était communiqué à la CDI, les membres de la Commission étaient réticents à introduire la notion d'état de nécessité, notamment en raison de son lien avec « la doctrine de conservation de l'État » qui évoquait des « annexions, occupations et autres violations de l'intégrité territoriale des États (...) »²²⁹⁷. Selon le P^r Christakis, la « virtuosité » d'Ago aurait été de démontrer que la nécessité « est par trop enracinée dans la conscience des membres de la communauté internationale comme dans celle des membres des sociétés étatiques » pour être exclue du projet »²²⁹⁸. Le rapporteur insistait lui-même, comme on a pu le faire plus tôt, sur la mauvaise influence exercée par les abus dont a fait l'objet cette doctrine et « qui ont faussé l'image » de la question²²⁹⁹. Afin de convaincre ses pairs d'admettre la défense de nécessité, Ago a déconstruit la notion d'autoconservation. Réitérant le récit décrit plus tôt quant à l'histoire de l'autoconservation, le Rapporteur en admettait néanmoins l'une de ses manifestations, certes sous une acception plus large mais davantage encadrée²³⁰⁰. Sans entrer dans le détail des règles juridiques encadrant les modalités d'exercice des diverses manifestations de l'autoconservation, c'est bien plutôt la démarche adoptée qui doit appeler notre attention : il s'agit finalement de lutter contre l'arbitraire d'une notion en renforçant l'emprise du droit international sur celle-ci. Ce constat peut être généralisé au-delà de l'état de nécessité codifié par la CDI²³⁰¹, pour concerner *toutes* les prétentions exceptionnelles ou dérogatoires fondées sur la conservation de l'État.

²²⁹⁶ CDI, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago », in *ACDI 1980*, vol. II(1), A/CN.4/318/Add.5-7, p. 17, §8.

²²⁹⁷ Th. Christakis, « 'Nécessité n'a pas de loi' ? La nécessité en droit international », in *SFDI, La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 35.

²²⁹⁸ *Ib.*

²²⁹⁹ CDI, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago », *op. cit.*, p. 16, §7.

²³⁰⁰ *Id.*, p. 19, §12 : Ago défend la nécessité de rendre exceptionnel l'excuse de nécessité, sans pour autant « réduire ces intérêts à celui de l'existence » de l'État ».

²³⁰¹ Pour une étude spécifique à l'état de nécessité, v. S. Cassella, *La nécessité en droit international, op. cit.*, Chapitre 1, sur le passage d'un « droit de nécessité » à une « exception », spéc. p. 59.

837. En effet, les craintes concernant l'argument d'autoconservation ont principalement émergé à propos des prétentions visant à justifier le non-respect des obligations internationales. D'un côté, les États ont cherché à restreindre cette possibilité en encadrant les considérations liées à leur survie dans des exceptions strictement définies. Ainsi, ces exceptions ont été perçues comme le meilleur moyen de prévenir l'exercice d'un pouvoir potentiellement arbitraire (**Chapitre 7**). De l'autre côté, il fallait établir comment ces exceptions devaient être mises en œuvre pour qu'elles parviennent à encadrer le comportement des États tout en leur permettant de se préserver efficacement (**Chapitre 8**).

Chapitre 7. Inscriptions de la conservation de l'État comme exceptions conventionnelle ou coutumière

838. Entendons-nous d'abord sur ce que recouvre l'expression « inscription » : cette dernière n'entend pas désigner l'unique droit conventionnel mais bien l'ensemble du droit positif, y compris, donc, le droit coutumier. La consécration explicite à laquelle on fait référence – *i.e.* « l'inscription » – renvoie, en droit, à la tendance susmentionnée qui tend à vouloir réduire la conservation de l'État à ses *manifestations* – à la légitime défense, la compétence réelle, *etc.* Au lieu de partir d'un droit d'autoconservation, comme le faisait la doctrine classique, la pratique contemporaine s'éloigne nettement d'une telle approche en préférant délimiter le régime des concepts qui en découlent. Les discussions y relatives permettent de comprendre que la principale préoccupation n'a pas été de remettre en cause l'existence de ces mécanismes dérogatoires, mais bien au contraire d'en délimiter strictement les contours.

839. Dans un rapport présenté à l'Institut de droit international en 1975, le P^r Zourek citait ainsi de nombreux exemples où le droit de conservation de soi des États était invoqué pour justifier « pratiquement toutes les violations du droit international »²³⁰² (**Section 1**). Cette considération, « qui était de nature à inquiéter le juriste »²³⁰³, aurait imposé d'enfermer cet argument dans des exceptions strictement définies et encadrées (**Section 2**).

Section 1. La conservation de l'État comme prétexte à la violation du droit international

840. En érigeant la conservation de soi parmi les droits et les intérêts les plus essentiels des États, elle devait nécessairement l'emporter sur toute autre considération, y compris les droits fondamentaux des autres États (**Paragraphe 1**). Partant, l'argument de l'autoconservation

²³⁰² J. Zourek, « La notion de légitime défense en droit international », *AIDI*, 1975, p. 20.

²³⁰³ *Id.*, p. 21.

permettait de justifier le non-respect du droit international qui devait pourtant garantir ces droits fondamentaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La primauté de la conservation de l'État sur les droits des autres États

841. Selon les auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux étatiques, la conservation de soi devait primer les droits et intérêts des autres États de deux façons : l'une consistait à réaliser une mise en balance des intérêts en cause et à préserver le plus essentiel, à savoir celui d'autoconservation (**1.1.**) ; l'autre, moins juridique, prenait acte de l'impossibilité de mettre en balance les intérêts de conservation de deux États, préconisant ainsi l'application de la loi du plus fort (**1.2.**).

1.1. La comparaison des intérêts en cause favorable à la conservation de l'État

842. Dans un court essai publié en 1899, Antoine Pillet entreprend de résoudre un aspect problématique de la théorie des droits fondamentaux, à savoir « la solution des conflits qu'ils font naître »²³⁰⁴. S'il est effectivement facile pour chaque auteur de dresser sa propre liste des droits fondamentaux, Pillet reproche à cette classification de traiter sur un pied d'égalité des droits qui n'ont rien à voir entre eux²³⁰⁵ : comment serait-il possible, par exemple, de résoudre un conflit entre le « droit à l'égalité » d'un État et le « droit de conservation » d'un autre État, alors qu'ils sont tout deux qualifiés de fondamentaux et qu'aucun n'est *a priori* plus fondamental que les autres ? En outre, toujours selon Pillet, la systématisation opérée par ses pairs « élève au rang de droit sanctionné et garanti par le *jus gentium* un pur fait qui ne présente aucun caractère de nécessité sociale, et par contre ravale au niveau d'une simple création du droit des gens un phénomène général qui peut justement passer pour la cause de l'existence du droit des gens plutôt que pour son effet »²³⁰⁶. En d'autres termes, les droits fondamentaux généralement identifiés par la doctrine ne reflètent pas les droits *véritablement essentiels et nécessaires à l'existence des États*, ce qui empêche de résoudre les conflits qui peuvent surgir entre eux. C'est pourquoi l'auteur propose sa propre classification, en la corrigeant quelque peu tout en maintenant le « droit de conservation » à son sommet²³⁰⁷.

²³⁰⁴ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, 107 p.

²³⁰⁵ *Id.*, p. 3.

²³⁰⁶ *Ib.*

²³⁰⁷ *Id.*, p. 5, à propos du droit de conservation : « [i]l est évidemment à sa place dans la catégorie des droits fondamentaux. Le droit international n'existe et ne peut exister qu'entre nations distinctes, séparées, vivant de leur vie propre, il doit donc écrire en fronton de son édifice que les nations ont le droit de se conserver et de prendre librement les mesures qui tendent à cet objet ».

843. Cette perspective conduit naturellement Pillet à considérer la conservation de l'État comme le meilleur critère permettant de résoudre les conflits entre les droits fondamentaux des États. Admettant qu'il est parfois « impossible de concilier pleinement les prétentions objet du débat, le seul moyen de trancher la difficulté est de donner la préférence à celle des deux souverainetés dont la prétention est basée sur un *intérêt plus considérable* au point de vue de l'exercice de ses (*i.e.* l'État) fonctions, et par suite de l'accomplissement de ses devoirs »²³⁰⁸. La solution suggérée, qui rappelle celle retenue à propos de l'état de nécessité²³⁰⁹, est réputée être la « moins imparfaite des solutions nécessairement imparfaites »²³¹⁰. Elle pose en effet le problème de l'appréciation des intérêts en cause²³¹¹ et de leur mise en balance. Toutefois, Pillet résout cette difficulté en insistant sur le fait que la solution devrait s'imposer d'elle-même : en effet, « [l]'appréciation d'un intérêt est encore pour le jugement l'opération la plus simple, la plus familière, celle que nous faisons inconsciemment dans la moindre action de notre existence quotidienne, celle qui sert de guide et de phare à notre liberté »²³¹². Le système proposé par l'auteur serait néanmoins le meilleur, car « conforme au droit naturel » et prescrivant le devoir des États de reconnaître « la vocation naturelle » de chaque État à « remplir les fonctions en considération desquelles il existe »²³¹³.

844. Ainsi, la théorie de Pillet qui consiste à préserver l'« intérêt [le] plus considérable » présenterait un avantage que l'auteur ne remet jamais en question : celui de trouver un « principe de décision également acceptable par les deux adversaires, et reposant en conséquence sur une vérité première également reconnue par l'un et l'autre »²³¹⁴. Une question s'impose rapidement au lecteur : quel est cet intérêt le plus considérable qui s'imposerait avec une telle évidence aux États ? Alors que la réponse semble nécessairement mobiliser les considérations relatives à la conservation des États, Pillet ne l'affirme pas immédiatement. Il commence plutôt par prendre l'exemple de l'exécution d'un traité où l'une des parties à un intérêt – non fondamental ou essentiel – à le voir respecté. Pillet soutient alors la possibilité « qu'un État ait un véritable intérêt de souveraineté à refuser de remplir les engagements

²³⁰⁸ *Id.*, p. 41, italiques ajoutés. Rappelons en effet que Pillet déduit les véritables droits fondamentaux des « fonctions essentielles » de l'État, v. le chapitre 1 de la thèse, p. 71.

²³⁰⁹ L'intérêt mentionné par Pillet évoque effectivement celui qui apparaît à l'article 25 du *Projet d'articles de 2001*, à savoir l'« intérêt essentiel », comme on le verra dans la suite de ce chapitre, pp. 466-468.

²³¹⁰ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, *op. cit.*, p. 45.

²³¹¹ Une difficulté envisagée par l'auteur, mais qu'il exclut de son champ d'études, *id.*, p. 97 : « [l]a seule difficulté sera de bien décider quand un État est menacé dans son existence ».

²³¹² *Id.*, p. 45.

²³¹³ *Id.*, p. 47.

²³¹⁴ *Id.*, pp. 38-39.

contractés. Il en serait ainsi par exemple si la prestation qu'on lui demande était contraire à ses *intérêts vitaux*, incompatible avec l'exercice de ses premières et principales fonctions. Son refus pourrait alors être *légitime*, et le droit international déciderait sur ce point »²³¹⁵. L'expression en italiques suggère ainsi que la conservation de l'État doit primer l'intérêt de l'autre État à voir le traité respecté²³¹⁶.

845. Cependant, qu'en est-il lorsqu'un conflit surgit entre plusieurs intérêts fondamentaux qui sont divergents, « parfois opposés, parfois même inconciliables »²³¹⁷ ? Pillet admet qu'il s'agit du cas le plus difficile, car le triomphe d'un intérêt entraîne la défaite de l'autre. Lorsque les États ne parviennent pas à trouver une solution transactionnelle au différend, Pillet suggère une nouvelle fois de comparer les intérêts en cause et de privilégier le plus essentiel²³¹⁸. Dans ce cadre, la primauté du droit de conservation de soi est clairement exprimée : « [d]ans l'ordre de l'ancienneté comme dans l'ordre de l'importance, le droit de conservation est le premier. Il n'est personne qui ne l'estime le principal des objets de l'activité de l'État »²³¹⁹. Autrement dit encore, « [l]e droit qui pourra se réclamer d'un intérêt de conservation pour l'État *l'emportera toujours (...)* »²³²⁰.

846. La théorie élaborée par Pillet conduit finalement à ériger la conservation de l'État comme un droit plus fondamental que les autres : en réalité, c'est *le* droit fondamental, celui qui prime le reste. La solution ouvre ainsi la voie aux violations répétées du droit international fondées sur le droit d'autoconservation, sans qu'aucun État affecté par ces violations puisse s'y opposer. Ce sont justement à partir de telles considérations que la pratique relative à la préservation des États a été analysée par les internationalistes classiques, comme on le verra.

847. Une question demeure néanmoins en suspens : *quid* de l'hypothèse où chacun des États invoque son droit de conservation ? Lequel doit l'emporter ? Une telle possibilité est-elle envisageable, alors même que la solution imposerait de porter atteinte à l'existence d'un autre État ? La réponse est difficile à apporter, surtout lorsqu'on considère comme Pillet que « [t]out droit, aussi bien le droit des gens le plus général que le plus infime droit municipal, est destiné

²³¹⁵ *Id.*, pp. 50-51 (italiques ajoutés).

²³¹⁶ Une hypothèse déjà rencontrée, mais uniquement du point de vue de l'inopposabilité des stipulations conventionnelles, v. le Chapitre 6 de la thèse, section 2.

²³¹⁷ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, *op. cit.*, p. 55.

²³¹⁸ V. les exemples mentionnés par l'auteur, *id.*, pp. 55-61.

²³¹⁹ *Id.*, p. 79.

²³²⁰ *Id.*, p. 94 (italiques ajoutés). V. ég., A. Rivier, *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 277 : « [l]orsqu'un conflit s'élève entre le droit de conservation d'un État et le devoir qu'a cet État de respecter le droit d'un autre, le droit de conservation prime ce devoir ».

à faire vivre ensemble dans un état de paix et de justice des hommes que leurs besoins, leurs intérêts ou leurs passions tendraient à mettre en lutte les uns avec les autres »²³²¹. Qu'importe l'issue d'un conflit entre le droit de conservation de deux États, elle ne permettrait pas de garantir le « vivre ensemble » – la coexistence – pourtant recherché par le droit.

1.2. L'impossible comparaison des intérêts de conservation de deux États

848. Antoine Pillet admet l'impossibilité de réaliser une comparaison entre deux droits du même degré, l'un exercé au titre de la souveraineté intérieure, l'autre au titre de la souveraineté extérieure :

« [La comparaison] est impossible s'il s'agit de droits du premier degré qui, exercés à l'intérieur ou à l'extérieur, intéressent toujours la conservation de l'État. Une nation prétend que l'état politique d'une autre nation rend impossible la poursuite de tout commerce avec elle et menace peut-être sa sécurité intérieure. Celle-ci réplique qu'il y a pour elle une question d'existence à maintenir les institutions dont on se plaint. Chacune d'elles est dans son droit strict et les conflits de cette sorte, heureusement fort rares, *sont de ceux qui entraînent fatalement une solution violente* »²³²².

849. Au regard de l'ampleur et de l'importance des droits en cause, la résolution du conflit ramène finalement les États à un état de nature où la violence devient le seul moyen de préserver leur existence. Pillet constate effectivement, bien qu'il le déplore, que dans de telles circonstances exceptionnelles, c'est la loi du plus fort qui prévaut comme remède. C'est justement cette considération qui a incité de nombreux juristes, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, à soutenir que l'argument de la conservation de l'État n'avait rien de juridique, mais qu'il relevait au contraire de la politique. Ainsi, Charles de Visscher observe en 1960 que « [l]e recours à l'excuse de nécessité conduit à un conflit *irréductible* partout où se trouvent aux prises les intérêts politiques essentiels ou vitaux des États »²³²³. Soulignant le caractère insoluble d'un tel conflit – car « irréductible » –, Visscher en déduit ceci :

« [L]a prétention d'un État de sauvegarder ses intérêts vitaux en leur sacrifiant les droits essentiels d'un autre État est, dans l'état actuel de l'organisation internationale, une

²³²¹ A. Pillet, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, op. cit., p. 73.

²³²² *Id.*, p. 94 (italiques ajoutés).

²³²³ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, op. cit., p. 338.

prétention *purement politique, car elle n'est susceptible d'aucune justification objective et tend à exclure jusqu'à la possibilité d'un règlement juridique* »²³²⁴.

850. L'auteur poursuit en condamnant largement cette « théorie de la nécessité » qui « n'est au fond que la mise en œuvre d'une idée ancienne, celle d'un droit fondamental et absolu de l'État à sa conservation propre »²³²⁵. Logiquement, Visscher arrive à la même conclusion que Pillet, à la différence près qu'il la rejette sans équivoque selon une formulation qu'il convient de rapporter dans son intégralité :

« Que dans les moments de haute tension la politique y trouve son inspiration pour sacrifier à ses exigences les droits du faible, il n'y a là rien qui puisse surprendre les esprits initiés aux traditions immémoriales de la raison d'État. De ce point de vue, la seule condition requise est une inégalité dans le rapport des forces, suffisante pour soustraire celui qui s'en prévaut à une réaction qui lui enlèverait le bénéfice de son entreprise. Il y a là une indication qui devrait mettre les hommes de droit en garde contre une réhabilitation de l'excuse de nécessité qui, malgré leurs distinctions théoriques, conduirait à la confusion de la politique et du droit ». ²³²⁶

851. Alors que Pillet reconnaissait également que la résolution d'un conflit entre deux droits de conservation pourrait se faire en dehors du cadre juridique, c'est-à-dire par la violence, il refusait néanmoins d'exclure cette possibilité du droit international. Cependant, il est indéniable que cette situation pose d'importantes difficultés quant à sa prise en compte par le droit international, et *a fortiori*, quant à une éventuelle *emprise* de ce phénomène par le droit. Dans cette perspective, l'autoconservation apparaît effectivement sous la forme d'une dispense insusceptible d'être *saisie* par une réglementation juridique.

852. Étant donné que la conservation de l'État est définie comme un pouvoir exorbitant qui permet parfois à un État de déroger à certaines règles dont l'application mettrait en péril son existence, il est effectivement nécessaire de reconnaître la similitude apparente entre ce phénomène et la *dispense*. Cette dernière renvoie à un mécanisme qui semble initialement échapper au droit, suscitant les mêmes préoccupations que celles exprimées à l'égard de l'autoconservation²³²⁷. Philippe Malaurie soulignait que les dispenses dérangent le juriste, car elles sont « inintelligibles dans les systèmes – intellectuels, juridiques, sociaux, moraux,

²³²⁴ *Id.*, pp. 338-339 (italiques ajoutés).

²³²⁵ *Id.*, pp. 358-359.

²³²⁶ *Ib.*

²³²⁷ V. le numéro dédié au sujet dans la revue *Droits*, 1997, n°25, 188 p.

politiques, philosophiques – pour lesquels le droit, la raison, la nature, constituent un tout cohérent, systématiquement et absolu »²³²⁸. La difficulté réside dans la véritable nature de la dispense, qui peut potentiellement relever du mécanisme des exceptions ou des dérogations. Pourtant, le même auteur ajoutait qu'« à la différence de l'exception, la teneur de la dispense n'est pas prévue à l'avance, (...) elle est imprévisible : l'exception est une dérogation permanente, déterminant le champ d'application de la règle »²³²⁹. La conservation de l'État, telle qu'elle devrait être comprise selon les écrits des internationalistes à l'origine de la théorie des droits fondamentaux, pourrait donc être assimilée à une dispense applicable en toute circonstance, ce qui devrait engendrer une certaine imprévisibilité²³³⁰.

853. Ainsi, la doctrine du XX^{ème} et du XXI^{ème} siècle a rejeté, à l'instar de Charles de Visscher, l'idée d'accorder une valeur juridique à l'argument d'autoconservation, même si cela impliquait de déformer la théorie des droits fondamentaux de l'État. Afin de légitimer le « droit international nouveau » qu'Alvarez revendiquait pendant l'entre-deux-guerres, il n'hésitait pas à caricaturer cette théorie pour en proposer une complète refondation : « [d]ans le droit international classique, précisait l'auteur, on entendait par liberté la faculté qu'avaient les États d'agir comme bon leur semblait, sans être assujettis à aucune limitation »²³³¹. Nous avons déjà souligné que cela n'était pas le cas et que les auteurs qui reconnaissaient l'existence du droit d'autoconservation attachaient une grande importance à encadrer son exercice²³³². En réalité, la crainte que le droit de conservation soit invoqué de manière abusive servait une double finalité au sein de la doctrine des droits fondamentaux étatiques. Tout d'abord, elle permettait de souligner que le pouvoir d'autoconservation n'était pas absolu, mais soumis à certaines limites. Ensuite, cette crainte conduisait à refuser aux États l'invocation de certains moyens qui pouvait – ou qui ont fait – l'objet d'abus.

854. Sur le premier plan, Paul Fauchille apportait une explication importante sur ce que signifiait l'adjectif qualificatif « absolu » généralement adossé aux droits fondamentaux

²³²⁸ Ph. Malaurie, « Ouverture », *Droits*, 1997, n°25, p. 4.

²³²⁹ *Id.*, p. 5.

²³³⁰ La proximité entre les deux notions se trouverait ensuite confortée par le fait suivant : la première était originellement conçue comme une prérogative du pouvoir royal et non pas comme une fiction juridique. V., C. Combe, « Le pouvoir de dispense du Roi : la prérogative de l'Angleterre des XIII^{ème}-XVII^{ème} siècles », *Droits*, 1997, n°25, p. 48. La dispense est par conséquent intimement liée à l'État et à ses pouvoirs inhérents, tout comme la conservation de l'État.

²³³¹ A. Alvarez, *Le Droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Pedone, 1959, p. 481. Plus loin, pp. 484-485, il hésite à admettre les droits fondamentaux relatifs à l'espace vital ou à la nécessité – des manifestations de la conservation de l'État – en raison des dangers que pourrait provoquer leur reconnaissance.

²³³² Il sera possible de le démontrer une nouvelle fois dans le paragraphe suivant, à propos d'exemples où les abus du droit de conservation de soi ont été condamnés par la doctrine.

étatiques : cela ne signifiait pas que l'État pouvait « faire tout ce qu'il veut, sans aucune restriction », puisqu'« [u]ne pareille interprétation serait en réalité destructive de toutes relations pacifiques entre les États »²³³³. Le droit n'était absolu que parce qu'il était détenu par tous les États, c'est-à-dire qu'il était inhérent ou essentiel : l'adjectif ne servait pas à désigner un pouvoir discrétionnaire illimité. Bien entendu, l'auteur admettait lui-même les risques de recours abusif desdits droits fondamentaux, et ce en raison de l'égoïsme naturel des États²³³⁴. La limite générale, néanmoins, est double et a déjà été relevée : les droits étaient « nécessairement limités par ceux des autres nations » – c'est la coexistence –, mais ils étaient également strictement limités à ce qui est nécessaire.

855. Sur le second plan, on a déjà pu observer que les auteurs qui ont adhéré à la théorie du droit d'autoconservation étaient parfois réticents à admettre ce qui pouvait sembler relever dudit droit – en particulier l'état de nécessité²³³⁵. Pradier-Fodéré partageait ainsi les critiques adressées à cette excuse : l'admettre présentait le risque d'« exclure le droit permanent, toute justice immuable, c'[était] bouleverser et anéantir tous les droits »²³³⁶. Le même auteur observait que les positions divergeaient relativement au droit d'intervention pour la raison suivante : certains s'y opposaient « pour ne pas favoriser les abus de la force (...) »²³³⁷. Chaque fois, en effet, c'était véritablement la crainte d'abus qui a motivé le rejet de certaines notions que d'autres auteurs qualifiaient pourtant de manifestations du droit d'autoconservation²³³⁸. Pour autant, ceux qui érigeaient le droit d'intervention comme une conséquence dudit droit insistaient également sur le fait que la « porte rest[ait] ouverte aux abus impardonnables »²³³⁹. Ils estimaient néanmoins que c'était une circonstance inévitable et qu'aucune autre terminologie ne pouvait l'éviter – le risque, autrement dit, était consubstantiel au pouvoir de conservation et ne devait pas être rejeté pour cette seule raison.

856. Ces deux considérations ne sont évidemment pas exclusives l'une de l'autre, mais sont au contraire liées. Ainsi, lorsque Pillet exposait une méthode pour résoudre les conflits entre deux droits fondamentaux étatiques, il refusait de consacrer le « droit à l'indépendance » parmi

²³³³ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, op. cit., p. 403, §239.

²³³⁴ *Ib.*

²³³⁵ V. dans le Chapitre 3 de la thèse, section 1, pp. 174-182.

²³³⁶ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain*, op. cit., p. 373, point 229.

²³³⁷ *Id.*, p. 420, point 260. On avait pu relever la vive opposition manifestée par C. Calvo, pour des motifs similaires, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., p. 354.

²³³⁸ E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, Tome II, op. cit., p. 231 : « seul un abus de mots a pu donner une apparence scientifique à des entreprises politiques ». De même à propos de la légitime défense préventive qui a fait l'objet de développements dédiés, *supra*. V. notamment les condamnations de la destruction de la flotte danoise par le Royaume-Uni en 1801, *infra*.

²³³⁹ J. de Louter, *Le droit international public positif*, Tome I, op. cit., p. 256.

ces derniers. Selon lui, les auteurs qui admettaient l'existence d'un tel droit ne sont pas allés au bout de ce que cette qualification impliquait, à savoir : le droit pour tout État de violer le droit international, que ce soit les règles conventionnelles ou coutumières²³⁴⁰. En effet, la véritable indépendance d'un État devait signifier qu'il ait le droit d'agir à sa guise, même en violant le droit international public, sans que d'autres États puissent contester cette conduite, car cela remettrait en question son indépendance. C'est pourquoi l'auteur en a déduit que « [l']État n'est pas indépendant ; *s'il l'était, le droit international ne pourrait pas exister* »²³⁴¹.

857. Bien entendu, cette position supposait de définir l'indépendance selon une perspective différente que celle communément admise en droit international, à savoir le libre exercice de la souveraineté sur son territoire et dans le respect de la souveraineté des autres États. Toutefois, ce n'est pas cette redéfinition qui intéresse notre sujet, mais une analogie réalisée par Pillet qui mérite également d'être citée. L'auteur anticipait une critique qu'on pouvait lui adresser, relevant l'apparente contradiction entre le rejet d'un droit d'indépendance et la consécration d'un droit d'autoconservation :

« N'est-il pas vrai et admis de tous qu'un État peut faire tout ce que requiert le soin de sa propre conservation ? Les traités les plus formels ne perdent-ils pas leur force quand il est démontré qu'une obéissance plus longue à leurs prescriptions entraînerait la ruine de la nation ? Un État ne peut-il pas recourir à des mesures que réprouve l'humanité telle que, par exemple, l'expulsion en masse des étrangers, ou de certaines catégories d'entre eux, lorsque l'intérêt supérieur de sa conservation l'exige ? Et la voix de la communauté internationale sera-t-elle jamais assez puissante pour persuader à un peuple de lui sacrifier sa propre existence ? Voilà donc bien un véritable droit fondamental des États, droit devant lequel les autres États doivent s'incliner à la seule condition que son exercice soit justifié, et nous voyons se produire ici de l'aveu de tous ces conséquences extrêmes qui étaient absurdes lorsque tout à l'heure nous les rattachions au droit prétendu d'indépendance »²³⁴².

²³⁴⁰ A. Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, op. cit., pp. 13-14.

²³⁴¹ *Id.*, p. 11 (italiques ajoutés).

²³⁴² *Id.*, pp. 14-15.

858. Pourquoi, en ce cas, louer le droit de conservation comme le faisait l'auteur et condamner celui d'indépendance ? Simplement parce que l'exercice du premier, contrairement au second²³⁴³, est encadré par le droit :

« Le droit de conservation a un objet précis, assurer l'existence de l'État, et cette sorte de toute-puissance qu'il confère à la nation a au moins ses limites ; *elle constitue un abus et n'est plus respectable lorsqu'il n'est pas démontré que l'on en use pour le salut de la patrie* »²³⁴⁴.

859. Ainsi, le critère qui permet de distinguer le droit de conservation et celui d'indépendance, c'est la réglementation juridique ou, autrement dit, *l'emprise du droit international* sur la conservation de l'État. C'est selon cette perspective qu'il convient d'étudier les pratiques traditionnellement associées au droit d'autoconservation, et qui auraient servi à justifier « toutes les violations du droit international ».

Paragraphe 2. La conservation de l'État au cœur des violations du droit international

860. Lorsque des États entendent démontrer qu'ils ont le droit de ne pas respecter leurs obligations pour préserver leur existence, ils avancent une série d'exemples qui offrent une légitimité historique à leurs prétentions. Ces cas renvoient cependant à une période pendant laquelle les États, avant l'adoption de la Charte des Nations Unies, mobilisaient indistinctement leur droit d'autoconservation, de légitime défense ainsi que l'excuse de nécessité (**2.1**). Continuer d'y faire référence malgré la conclusion de la Charte manifeste ainsi l'intention de maintenir la confusion entre ces concepts que le droit international contemporain prend pourtant soin de distinguer, notamment pour arguer que l'exception ou la dispense fondée sur le droit d'autoconservation est toujours admise (**2.2**).

2.1. L'histoire d'une confusion : l'autoconservation, la nécessité et la légitime défense

861. Lorsque le P^f Zourek recense – et condamne – la pratique ancienne relative au droit d'autoconservation, il émet l'observation suivante :

²³⁴³ *Id.*, p. 15 : le droit de conservation se distingue du droit à l'indépendance qui est « entièrement subjective et par là même illimitée. C'est le pouvoir de faire ce que l'on veut, sans restriction, sans contrôle possible. On voit aisément par là de quels dangers il menace la communauté internationale ».

²³⁴⁴ *Ib.* (italiques ajoutés).

« Il est absolument impossible d'établir une distinction claire entre les trois notions qui viennent d'être mentionnées. Les chancelleries et les hommes d'État de cette époque utilisaient indistinctement les expressions : conservation, légitime défense, nécessité et même nécessité de légitime défense comme des expressions interchangeables »²³⁴⁵.

862. Ce constat, partagé par la doctrine contemporaine²³⁴⁶, est confirmé par quelques exemples célèbres sur lesquels il convient de revenir. Le juriste qui se pose la question de l'étendue des pouvoirs reconnus à l'État pour préserver son existence se réfère généralement à une vieille affaire : celle du *Caroline*, de 1837. Le différend trouvait son origine dans une intervention du Royaume-Uni contre un navire à vapeur immatriculé aux États-Unis sur la rivière du Niagara, alors sous souveraineté étatsunienne. Face à cette conduite qualifiée de violation de l'intégrité territoriale des États-Unis, leur secrétaire d'État Daniel Webster s'y était vivement opposé, notamment auprès de l'ambassadeur britannique à Washington Henry Fox. S'ensuivirent de longs échanges diplomatiques où l'on pouvait lire le Royaume-Uni justifier son comportement en ces termes : « *[t]he piratical character of the steam boat 'Caroline' and the necessity of self-defence and self-preservation, under which Her Majesty's subjects acted in destroying that vessel, would seem to be sufficiently established* »²³⁴⁷.

863. Webster mobilisait donc à la fois le droit de légitime défense et d'autoconservation, alors même que les faits et les arguments des parties n'avaient rien à voir avec l'autodéfense. Le rapport du P^r Zourek citait justement l'affaire du *Caroline* parmi les nombreux exemples de situations où le droit de conservation de soi des États était invoqué pour justifier « pratiquement toutes les violations du droit international »²³⁴⁸. Inlassablement confondu avec le droit de légitime défense, celui d'autoconservation servait à justifier « [1.] l'envoi de troupes au Portugal en 1826 par le gouvernement britannique pour aider le gouvernement portugais, son allié, à venir à bout des insurgés près de la frontière espagnole, (...) [2.] la saisie de la flotte danoise en 1807 par les forces britanniques (...), [3.] le cas de la saisie du *Virginus* par les forces espagnoles durant l'insurrection de Cuba (...) »²³⁴⁹. Ces différentes affaires ont effectivement été étudiées par les auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux

²³⁴⁵ J. Zourek, *La notion de légitime défense en droit international*, op. cit., p. 22.

²³⁴⁶ Lorsque des auteurs étudient les manifestations du phénomène d'autoconservation, leurs propos s'ouvrent traditionnellement sur des propos historiques où la notion au cœur de leur analyse a progressivement été distinguée dudit droit de conservation pour jouir d'une existence autonome. C'est par exemple le cas de la légitime défense (J. Détais, *Les Nations Unies et le droit de légitime défense*, op. cit., pp. 360-364) et de l'état de nécessité (S. Cassella, *La nécessité en droit international*, op. cit., pp. 33-36. V. ég., Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, op. cit., pp. 358-359).

²³⁴⁷ Cité dans R. Y. Jennings, « The Caroline and McLeod Cases », *AJIL*, vol. 32(1), 1938, p. 85, italiques ajoutés.

²³⁴⁸ J. Zourek, « La notion de légitime défense en droit international », *AIDI*, 1975, p. 20.

²³⁴⁹ *Ibid.*

étatiques. John Westlake admettait ainsi la licéité de la saisine de la flotte danoise, car « *there was irresistible reason for believing that Napoleon and Alexander would have compelled, by force if necessary, its (i.e. la flotte) addition to the naval armaments arrayed against them* »²³⁵⁰.

864. Ces quelques exemples démontrent ainsi la tendance à mobiliser le droit d'autoconservation en qualité d'exceptions à d'autres règles de droit international : au principe de liberté en haute mer, à l'obligation de respecter l'intégrité territoriale d'un État et à celle de ne pas intervenir dans ses affaires intérieures, *etc.* Cela ne devait pas signifier que chacune des invocations du droit d'autoconservation était considérée licite par la doctrine des droits fondamentaux des États. Ainsi, la destruction de la flotte danoise en 1801, toujours par le Royaume-Uni, était condamnée par la quasi-intégralité des internationalistes classiques, et ce même lorsqu'elle était envisagée sous le prisme du droit d'autoconservation. La destruction de cette flotte était au contraire qualifiée par Mérignhac²³⁵¹, Louter²³⁵², Fauchille²³⁵³ et Sibert²³⁵⁴ d'abus de la doctrine de la « nécessité » ou de légitime défense.

865. Néanmoins, dans la plupart des situations, la conservation de l'État permettait de reconnaître aux États un pouvoir de police qui les autorisait à agir, momentanément certes, sur un espace dans lequel ils ne pouvaient normalement pas exercer leur souveraineté pleine et entière. Dans l'affaire du *Virginus* mentionné dans le rapport du P^r Zourek, un navire étatsunien qui devait livrer des armes aux rebelles à Cuba, alors sous le contrôle de l'Espagne, a été saisi en haute mer par cette dernière en 1874²³⁵⁵. Les autorités espagnoles ne s'étaient pas contentées de saisir le navire et les biens s'y trouvant : elles ont également condamné à mort l'équipage, suscitant une forte opposition de la part des États-Unis. Afin de justifier son comportement, l'agent espagnol s'appuyait largement sur la définition du droit d'autoconservation retenue par Philimore : « (...) *international law considers the right of self-preservation paramount to that of territorial inviolability, and where conflict justifies the maintenance of the former at the expense of the latter* »²³⁵⁶. Les États-Unis n'ont pas contesté que le droit d'autoconservation

²³⁵⁰ J. Westlake, *Chapters on the principles of International law*, Cambridge, CUP, 1894, p. 119. Dans le même sens, W. E. Hall, *A treatise of international law*, 8^{ème} édition par A. Pearce Higgins, Oxford, Clarendon Press, 1924, pp. 326-327. Le Royaume-Uni craignait que la flotte française se trouve renforcée par celle du Danemark, après l'invasion de ce dernier par la France.

²³⁵¹ A. Mérignhac, *Traité de Droit public international*, Paris, LGDJ, 1905, vol. 1, p. 247.

²³⁵² J. de Louter, *Le droit international public positif*, *op. cit.*, p. 242.

²³⁵³ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 420.

²³⁵⁴ M. Sibert, *Traité de droit international public, Le droit de la paix*, *op. cit.*, p. 237.

²³⁵⁵ T. Mori, *Origins of the Right of Self-Defence in International Law*, trad. de J. Bloch, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, pp. 56-57.

²³⁵⁶ J. B. Moore, *Digest of international law*, *op. cit.*, vol. II, p. 980 (souligné ajouté).

puisse constituer une exception à l'intégrité territoriale²³⁵⁷ – le navire relevant de la souveraineté d'un autre État –, mais ils condamnaient néanmoins la poursuite judiciaire de l'équipage ainsi que sa mise à mort²³⁵⁸.

866. Dans une autre affaire tranchée par la Cour de cassation française, l'argument de la conservation était également invoqué en tant qu'exception aux immunités et à la règle de la liberté en haute mer, interdisant normalement l'arrestation d'un pavillon qui navigue dans cet espace. La Cour de cassation a en effet admis la saisine d'un navire en dehors du territoire national ainsi que l'arrestation de la Duchesse de Berry. Cette dernière était suspectée « de se rendre en France afin d'y réchauffer, par sa présence, le zèle de ses amis, dans le but de rétablir le duc de Bordeaux, son fils, sur le trône (...) »²³⁵⁹. Selon le Procureur général Dupin, la solution recommandée était une « vérité certaine en elle-même, car elle [était] du droit des gens, et dériv[ait] du droit de défense naturelle (...) » : en effet, le « droit de répression » existait « au profit de toute nation chez laquelle un navire, sous quelque pavillon que ce soit, porterait des renforts à la guerre civile (...) »²³⁶⁰.

867. Dans le même sens, le droit d'autoconservation avait pour effet de reconnaître aux États le droit d'intervenir sur le territoire d'un autre État, portant ainsi atteinte à l'intégrité territoriale de ce dernier. Dans une thèse soutenue en 1928, Paul de Lapradelle défend qu'« [e]n vertu d'une coutume généralement admise, les États limitrophes, au nom du droit fondamental de conservation de l'État, sont autorisés à agir par voie d'intervention directe pour faire cesser ou prévenir le trouble constaté [sur le territoire d'un autre État] »²³⁶¹. Selon cet auteur, le droit d'occuper le territoire d'un État dont les troubles internes menaceraient la sécurité des États voisins découlerait « de l'état de nécessité, ou du droit de légitime défense »²³⁶². Il est remarquable que ces concepts, bien qu'étant très différents, ne soient pas une fois de plus distingués ni même définis. La position de Lapradelle, quoique majoritaire au sein de la théorie

²³⁵⁷ *Ibid.*, avec néanmoins quelques réserves car le secrétaire d'État indiquait n'avoir nullement l'intention d'approuver ou d'infirmier la proposition de Philimore.

²³⁵⁸ *Ibid.* : « (...) *the undersigned can not permit himself to assume that Spain maintains that such an invasion of the territory of another power as Phillimore refers to would confer upon the courts or military authorities of the invading nation the right to try and condemn, for alleged crimes, persons who might be captured on neutral soil. In the case of the Virginius, had Spain, after her capture by the Tornado, restored her and her passengers and crew to the US, to be dealt with according to their laws, the appropriateness of the citation from the British publicist would appear to be more manifest* ».

²³⁵⁹ Affaire citée par M. P. Challine, *Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848*, Thèse, Paris, Les éditions Domat-Montchrestien, 1934, p. 36.

²³⁶⁰ Cour de cassation, *Affaire du Carlo-Alberto*, in *Recueil Sirey*, 1832, pp. 585, 587 et 589.

²³⁶¹ P. de Lapradelle, *La frontière. Étude de Droit international*, Paris, Les éditions internationales, 1928, p. 298.

²³⁶² *Ibid.*

des droits fondamentaux étatiques, ne faisait pourtant pas l'unanimité chez tous les internationalistes classiques²³⁶³.

868. Un premier courant consistait à admettre le principe de non-intervention sur le territoire d'un État étranger tout en le grevant d'exceptions relativisant sa portée. Georg Friedrich von Martens estimait ainsi que des États pouvaient s'opposer aux changements de gouvernement ou de constitution intervenus au sein d'un autre État lorsque ces transformations étaient « incompatibles avec leur propre sûreté et leur conservation »²³⁶⁴. Les principaux éléments de cette assertion n'ont jamais été remis en cause, la plupart des auteurs admettant que la conservation de l'État jouait le rôle d'exception au principe de non-intervention²³⁶⁵. Frédéric Fromhold de Martens donnait ainsi l'exemple d'un État qui « vis[ait] à la monarchie universelle » : en ce cas, les États seraient « obligés de prendre, pour leur conservation personnelle, des mesures défensives générales »²³⁶⁶.

869. Les auteurs n'étaient cependant pas d'accord sur la nature de l'intervention²³⁶⁷. D'un côté, Heffter rangeait dans l'intervention les mesures amiables ou préventives, parmi lesquelles figurait le cordon militaire. De l'autre, Wheaton et Klüber défendaient la liberté de changer la constitution d'un État voisin par tous les moyens disponibles, avec pour seule limite « les droits correspondants des autres États, découlant du même droit primitif de conservation de soi-même »²³⁶⁸. D'autres ajoutaient que l'État sur le territoire duquel un autre État intervenait devait

²³⁶³ Pour une étude contemporaine relative au droit de conservation conçu comme une exception au principe de non-intervention, A. Verdebout, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of 'Indifference'*, Cambridge, CUP, 2021, pp. 47-54 (l'objet des développements est néanmoins différent, puisqu'il s'agit de démontrer que contrairement à l'idée communément admise, la doctrine jusnaturaliste du XIX^{ème} siècle théorise les exceptions au principe à partir de la pratique internationale) et pp. 117-147 (étude de la pratique et non plus de la seule doctrine du XIX^{ème} siècle).

²³⁶⁴ G.F. de Martens, *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*, op. cit., Tome I, p. 209.

²³⁶⁵ V., *inter alia* : H. Wheaton, *Elements of International Law*, op. cit., p. 100, §72 ; J. Westlake, *Chapters on the principles of International Law*, op. cit., pp. 122-125 (l'auteur présente la particularité de vouloir préciser les limites de l'intervention, afin d'en limiter les abus) ; A. Rivier, *Principe du droit des gens*, op. cit., Tome I, pp. 393 et 397-399 ; A. Mérignhac, *Traité de Droit public international*, op. cit., vol. I, pp. 291-295 ; J. de Louter, *Le droit international public positif*, op. cit., Tome I, pp. 245 et 254 ; A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, op. cit., p. 103, §44. Pour aller plus loin, v. la synthèse impressionnante de C. Calvo sur la question, *Le droit international théorique et pratique*, 4^{ème} édition, Paris, Guillaumin et Cie, Tome I, pp. 266-351, spéc. pp. 269-274.

²³⁶⁶ F. de Martens, *Traité de droit international*, op. cit., p. 390. L'auteur mobilise d'ailleurs les affaires du *Caroline* et du *Virginus* à l'appui de son assertion.

²³⁶⁷ Sur les formes de l'intervention, soit diplomatique soit armée, v. A. Mérignhac, *Traité de Droit public international*, op. cit., vol. I, pp. 303-304.

²³⁶⁸ Cités par Charles Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., Tome I, §§113-125.

être incapable d'assurer lui-même la sécurité et l'ordre public²³⁶⁹ – annonçant ainsi la doctrine contemporaine de l'État *unwilling or unable*²³⁷⁰.

870. Les circonstances de nature à autoriser l'intervention étaient également imprécises au sein de la théorie des droits fondamentaux étatiques. Chaque fois que la situation intérieure d'un État étranger menacerait l'existence des États limitrophes, ces derniers pourraient s'ingérer dans les affaires intérieures en vertu de leur droit de conservation ou de légitime défense. Réitérant la confusion entre ces notions, Jan de Louter considérait pourtant le droit de légitime défense comme la « seule base de justification généralement reconnue de l'intervention »²³⁷¹. Il définissait toutefois l'effet dudit droit en des termes similaires à celui d'autoconservation : l'État disposait du « droit d'agir arbitrairement si la marche des affaires dans un État qui l'avoisine constitue un danger imminent pour sa propre existence, son repos et sa sécurité »²³⁷². Si l'auteur ne précisait pas les caractéristiques d'une menace existentielle, Paul Fauchille donnait quatre exemples d'« atteinte au droit de conservation autorisant l'intervention » :

« 1° l'augmentation excessive et illicite des forces militaires d'un État ayant un caractère nettement agressif ; 2° le fait par un État de laisser s'organiser sur son territoire une société de conspirateurs, fomentant et préparant une révolution ou un coup d'État dans l'État voisin ; 3° l'apparition d'une révolution chez un voisin qui fait courir à l'État un danger sérieux et imminent pour sa propre sécurité, notamment parce qu'elle dépasse les limites du territoire national ; 4° la prétention hautement avouée d'un État de fonder une domination ou une hégémonie universelle »²³⁷³.

871. Les causes étaient en réalité plus variées et ne touchaient pas nécessairement à la propre conservation de l'État à l'initiative de l'intervention. Pradier-Fodéré, par exemple, identifiait pas moins de dix situations dans lesquelles l'intervention était possible, sans que cela n'ait

²³⁶⁹ W. E. Hall, *A treatise of international law*, op. cit., p. 339, §91 : « [i]f a government is too weak to prevent actual attacks upon a neighbour by its subjects, if it foments revolution abroad, or if it threatens hostilities which may be averted by its overthrow, a menaced state may adopt such measures as are necessary to obtain substantial guarantees for its own security ».

²³⁷⁰ O. Corten, « The 'Unwilling or Unable' Test : Has it Been, and Could it be, Accepted ? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, p. 779 : « (...) according to some scholars, this argument is supposed to codify a practice in which some states crossed the boundaries of other states that were accused of being unable to prevent terrorist groups from using their territories as 'safe heavens' for launching attacks against the intervening states ».

²³⁷¹ J. de Louter, *Le droit international public positif*, op. cit., Tome I, p. 254, parle même d'un « droit d'agir arbitrairement si la marche des affaires dans un État qui l'avoisine constitue un danger imminent pour sa propre existence, son repos et sa sécurité ».

²³⁷² *Ib.*

²³⁷³ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, op. cit., Tome 1, p. 566.

nécessairement un lien avec la préservation ou la défense de l'État intervenant²³⁷⁴. Le droit d'autoconservation n'y était mentionné qu'en passant, à propos d'un État « où la révolution [qui y] a éclaté cherche à fomenter des soulèvements dans les pays limitrophes (...) » : ces derniers, le cas échéant, pouvaient intervenir en vertu de leur « droit de conservation »²³⁷⁵. Qu'il s'agisse de l'unique critère justifiant l'intervention importe finalement peu, la conservation de l'État ou la légitime défense désigne simplement le droit de réagir à une « menace extérieure ».

872. Le P^r Fleury Graff observe que cette menace « est sujet[te] à toutes les interprétations, qu'aucune autorité supérieure n'est habilitée à trancher »²³⁷⁶. C'est en réaction à ce risque d'arbitraire, notamment assumé par Louter on l'a vu, qu'une minorité d'auteurs ont ardemment réprouvé le droit d'intervention. Carlos Calvo rappelait ainsi que, selon Grotius, « la seule possibilité d'être attaqué ne donne pas le droit absolu de s'ériger en agresseur »²³⁷⁷. Chez Vattel également, la menace ne pouvait pas non plus justifier une quelconque intervention en territoire étranger. L'auteur réprouvait toute « immixtion qui n'a pas été librement provoquée ou qui ne découle pas d'une obligation conventionnelle antérieure »²³⁷⁸. Le juriste de Neuchâtel admettait pourtant l'intervention d'humanité, alors même que celui qui a largement inspiré ses travaux, Wolff, condamnait purement et simplement toute intervention étrangère²³⁷⁹. Carlos Calvo, principal représentant de la doctrine classique d'Amérique latine, réfutait avec autant de ferveur cette hypothèse²³⁸⁰. Alors même qu'il érigeait le droit de conservation comme « [u]n des droits

²³⁷⁴ P. Pradier-Fodéré, *Droit international public européen & américain, op. cit.*, Tome I, pp. 559-560 : « intervention, 1° pour empêcher les révolutions sociales ou politiques des États voisins de s'étendre à la nation intervenante ; 2° pour le maintien de l'équilibre ; 3° en cas de guerre civile, lorsque l'intervention est sollicitée, soit par un parti insurrectionnel, soit par le gouvernement menacé, soit par une partie de la nation ; 4° à la suite de réclamations diplomatiques dirigées contre un gouvernement, soit à raison de ses propres actes, soit à raison d'actes accomplis [p. 560] par ses nationaux ; 5° en faveur de ces derniers, pour obtenir à leur profit l'exécution d'engagements contractés envers eux ou des réparations ; 6° en cas de guerre religieuse ; 7° pour contraindre à observer les lois de l'humanité ; 8° pour améliorer les institutions d'un pays, ou pour apporter à un peuple la civilisation ; 9° comme exécution des clauses d'un traité, ou pour obtempérer à la demande d'un État qui sollicite l'intervention ; 10° pour faire respecter les principes généraux du droit international, lorsque ceux-ci viendraient à être violés ».

²³⁷⁵ *Idem*, p. 567.

²³⁷⁶ Th. Fleury Graff, « Droit d'intervention et révolutions en droit international. Les enseignements de la Sainte Alliance », *Droits*, 2012/2, n°56, p. 125.

²³⁷⁷ Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique, op. cit.*, Tome I, p. 270, §113.

²³⁷⁸ *Idem*, p. 271, §114. Logiquement, cette idée sera reprise par certains partisans de la théorie des droits fondamentaux étatiques, largement inspirés par Vattel : J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, Tome IV, p. 456, §X ; A. Mérignhac, *Traité de Droit public international, op. cit.*, vol. I, pp. 298-303.

²³⁷⁹ Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, Livre 3, p. 272 : « [a]ucune nation ne doit causer de dommage ou lésion à une autre ; & de cette obligation naît le droit qu'à chacune d'elles de ne rien souffrir d'aucune autre, & en particulier de ne pas permettre qu'elle se mêle de son gouvernement. En conséquence de ce principe [de non-intervention], si le chef d'un État traite trop durement ses sujets, celui d'un autre État ne saurait employer la force pour s'opposer à ces traitements ».

²³⁸⁰ On a déjà remarqué que ce principe de non-intervention était au cœur du panaméricanisme, v. le Chapitre 3 de la thèse, pp. 180-181.

essentiels inhérents à la souveraineté et à l'indépendance des États »²³⁸¹, il estimait « impossible de découvrir une seule raison sérieuse et légitime qui puisse justifier jusqu'à un certain point ces ingérences européennes dans les affaires intérieures de l'Amérique »²³⁸².

873. Les précédents invoqués par le courant majoritaire – alléguant l'existence d'un droit d'intervention en vertu du droit d'autoconservation ou de défense – ont la particularité de ne jamais mobiliser explicitement les fondements théoriques susmentionnés. Malgré tout, la doctrine a continué d'associer ces précédents au droit de conservation ou de défense²³⁸³. Wheaton mentionnait en ces termes la pratique de la Sainte-Alliance, au début du XIX^{ème} siècle²³⁸⁴. Il rapportait l'exemple d'un traité conclu en 1834 par la quadruple alliance – France, Royaume-Uni, Espagne et Portugal – destiné à justifier leur interférence dans la succession de la couronne espagnole et portugaise « *for the preservation of the peace of the Peninsula as well as the general peace of Europe* »²³⁸⁵. L'intervention répondait finalement à la crainte que le désordre intérieur ne provoque également des instabilités régionales. Ce motif a d'ailleurs été repris par l'Allemagne nazie en 1939, qui plaçait la Bohême et la Tchéquie sous protectorat après avoir remarqué que la Tchécoslovaquie « *had not succeeded in organizing in a reasonable manner the co-existence of the national groups arbitrarily comprised within it* »²³⁸⁶. En conséquence de quoi l'État tchèque aurait démontré son incapacité à exister, justifiant de placer la région sous protectorat en vertu du droit d'autoconservation de l'Allemagne²³⁸⁷.

874. Un dernier exemple doit être mentionné, celui relatif à la violation du droit diplomatique en vertu du droit de conservation. Depuis plusieurs siècles, les États entretiennent des relations en envoyant leurs agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, à condition d'obtenir en retour certaines garanties : la personne des agents ainsi que les locaux de leur mission jouissent

²³⁸¹ Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, op. cit., Tome I, p. 352, §208.

²³⁸² *Idem*, p. 348, §204. Quelques auteurs favorables à la reconnaissance du droit d'autoconservation ont néanmoins tenu une position similaire à celle de Calvo : W. E. Hall, *A treatise of international law*, op. cit., 8^{ème} éd., p. 65, §11 ; A. W. Heffter, *Le droit international public de l'Europe*, op. cit., p. 105 (il autorise seulement les États à adopter des « mesures préventives, de précaution et des négociations amiables »).

²³⁸³ J. B. Moore, *A Digest of International Law*, op. cit., vol. VI, p. 2 : « [t]hus, coupled with intervention on the ground of self-preservation, which is of course universally applicable, we find intervention to preserve rights of succession, which has never been exemplified in America ».

²³⁸⁴ H. Wheaton, *Elements of International Law*, op. cit., p. 103. V. l'analyse faite de l'invocation de cette pratique au sein de la théorie des droits fondamentaux étatiques par T. Suontausta, *La souveraineté des États*, op. cit., p. 16.

²³⁸⁵ H. Wheaton, *Elements of International Law*, op. cit., p. 103.

²³⁸⁶ Décret du *Führer* concernant le protectorat de la Bohême et de la Tchéquie, adopté le 16/03/1939 et disponible en ligne : [<https://avalon.law.yale.edu/imt/2119-ps.asp>] (consulté le 10/07/2023)

²³⁸⁷ *Ibid.* : « [s]ooner or later the German Reich would have had to suffer the most serious consequences because it is the power which is the most vitally interested and concerned by history as well as by geographical position. It is therefore only an act of compliance with the law of self-preservation if the German Reich is resolved to take decisive action for the reestablishment of the foundations of a Central European Order based on reason and to resort to measures impelled by this aim ».

d'une immunité et d'une inviolabilité de principe. La question s'est toutefois rapidement posée de savoir ce qu'un État pouvait faire à l'encontre des diplomates qui conspiraient contre lui. Autrement dit, la conservation de l'État pouvait-elle justifier de porter atteinte aux privilèges et immunités reconnus aux agents diplomatiques ? Loin de constituer un enjeu théorique, son importance pratique s'est manifestée dès 1718, alors que l'Espagne était en guerre contre la quadruple alliance en Italie. Mécontent de cette alliance, Philippe V entendait enlever Philippe d'Orléans, ce dernier gouvernant au nom du roi Louis XV qui était encore mineur. Karl von Martens rapportait ainsi que le plan devait être exécuté par le prince de Cellamar, à qui l'on avait demandé d'enlever le duc d'Orléans « la veille de Noël, à la messe de minuit, au moyen de trois cents personnes déguisées en garde-du-corps » afin « de le conduire aussitôt en Espagne, pour l'enfermer ensuite dans une prison d'État »²³⁸⁸. Après avoir eu connaissance de la conspiration orchestrée par le diplomate espagnol, la France a adopté une série de mesures qui faisaient fi des règles relatives aux immunités.

875. Le ministre de Guerre a d'abord refusé de remettre à l'ambassadeur certaines lettres qui avaient été ouvertes sans son consentement. Martens relevait que « [l']ambassadeur voulut balbutier quelques paroles sur le droit des gens et les prérogatives de sa personne »²³⁸⁹, sans succès. Aucun autre diplomate ne se serait ému de cette violation alléguée, « tous regardant une telle conspiration comme devant faire cesser tout privilège »²³⁹⁰. Le diplomate a également été détenu par les autorités françaises jusqu'au retour de leur propre ambassadeur en Espagne, l'autorisant ensuite à retourner auprès de son roi²³⁹¹. Dans une lettre adressée aux ambassadeurs et ministres étrangers résidant à la cour de France, l'abbé Dubois – alors ministre – tentait de rassurer le corps diplomatique en relevant l'exceptionnalité des mesures adoptées : « (...) la nécessité indispensable de veiller à la sûreté et au repos public était la seule raison qui avait porté Sa Majesté à prendre de telles mesures, pour prévenir les suites de ce qui avait été tramé par le prince de Cellamare »²³⁹². En outre, il ajoutait que les démarches entreprises contre le diplomate espagnol ont été accompagnées « de toutes les marques de considération pour la personne de l'ambassadeur »²³⁹³.

876. Ce précédent a logiquement attiré l'attention d'un grand nombre d'internationalistes classiques qui l'ont associé au droit d'autoconservation. Wolff relevait qu'en principe, « l'État

²³⁸⁸ K. von Martens, *Causes célèbres du droit des gens*, 2^{ème} éd., Leipzig, F. A. Brockhaus, 1858, Tome I, p. 151.

²³⁸⁹ *Idem*, p. 154.

²³⁹⁰ *Ib.*

²³⁹¹ *Idem*, p. 159.

²³⁹² *Idem*, p. 155.

²³⁹³ *Ibid.*

auquel on envoie des ministres, ne peut refuser de les recevoir, sans faire injure à l'État qui les envoie, à moins qu'il n'y ait collision entre ce que cet État doit à soi-même, & ce qu'il doit aux autres nations, comme lorsqu'il appert que l'envoyé n'a pour but que de troubler la tranquillité publique, & d'exciter des révoltes »²³⁹⁴. L'auteur considérait ainsi qu'un État était autorisé à refuser que l'agent d'un autre État s'établisse sur son territoire lorsque sa présence risquait de menacer la sécurité nationale. Cette approche a été reprise par la doctrine des droits fondamentaux étatiques²³⁹⁵. Selon Calvo, par exemple, « le droit suprême de défense et de conservation des États est supérieur à tous les privilèges, à toutes les immunités dont jouissent les agents diplomatiques »²³⁹⁶. Quoiqu'entendues en des termes généraux et absolus, les modalités d'exercice étaient toujours encadrées : il était uniquement possible de renvoyer le diplomate dans son État d'origine, sans pouvoir l'arrêter ni le condamner pour les faits l'incriminant – préservant ainsi l'immunité de juridiction.

877. Le régime que l'on vient de décrire a trouvé une consécration jurisprudentielle au Canada, en 1946 et 1947. La première affaire, *Rex c. Rose*²³⁹⁷, impliquait un accusé poursuivi pour conspiration contre son propre État après avoir transmis à une puissance étrangère des documents confidentiels protégés par une législation nationale – l'*Official Secret Act 1939*. Les preuves de la culpabilité de l'accusé, soumises au tribunal par le Procureur, avaient été obtenues à la suite d'un vol commis au sein de l'ambassade d'un autre État. L'accusé a logiquement défendu que les documents étaient inadmissibles en vertu des immunités qui s'y rattachaient. Afin d'admettre leur opposabilité, la juridiction d'appel, influencée par des auteurs à l'origine de la théorie des droits fondamentaux, a tenu la position suivante :

« *The diplomatic immunity attaching to the documents was relative and could not be admitted where the recognition of such immunity was inconsistent with the fundamental right of self-preservation belonging to a State or where the executive had impliedly refused to recognize such immunity* »²³⁹⁸.

878. Aucune solution inverse ne pouvait être adoptée selon la Cour d'appel, puisqu'elle considérait que le premier devoir d'un diplomate était de respecter la sécurité de l'État

²³⁹⁴ Ch. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens*, op. cit., Tome III, p. 331, §V.

²³⁹⁵ Klüber décrivait en ces termes les exceptions relatives au régime des immunités diplomatiques : « [l]orsque le ministre ou quelqu'un de sa suite, s'est permis des attentats contre la sûreté de l'État où il réside, le gouvernement de cet État peut s'assurer sur-le-champ de la personne du coupable, et en général prendre toutes les mesures de nécessité absolue » (J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, op. cit., p. 276).

²³⁹⁶ C. Calvo, *Le droit international public européen*, op. cit., 6^{ème} édition, 1888, Tome III, p. 315, §1513.

²³⁹⁷ Court of King's Bench of Quebec (Canada), *Rex v. Rose*, 28/05/1946, in H. Lauterpacht, *International Law Reports*, vol. 13, pp. 161-167.

²³⁹⁸ *Idem*, p. 163.

accréditaire²³⁹⁹. L'essentiel de l'argumentaire a été repris, un an plus tard, dans l'affaire *Rex c. Lunan*²⁴⁰⁰ avant d'être contredit en 1987 dans l'affaire *Fayed c. Al-Tajir*²⁴⁰¹. Stanislaw Nahlik relève à raison qu'il n'est pas certain que les solutions ainsi retenues par ces jurisprudences continuent de faire consensus au point de former une exception reconnue par le droit international contemporain²⁴⁰². Sans avoir eu à trancher définitivement la question, la Cour suprême du Royaume-Uni a récemment eu l'occasion de relever que l'affaire *Rex c. Rose*, quoique célèbre, était « *nonetheless controversial* »²⁴⁰³.

879. La controverse puise son origine dans la place laissée à l'argument de la conservation de l'État dans les concepts aujourd'hui distingués de cette dernière notion, à savoir la légitime défense et l'état de nécessité. Comme l'observe la P^{re} Cassella, l'autodéfense est passée « d'une excuse face à la violation de différents types d'obligations » à une « exception » au principe d'interdiction du recours à la force²⁴⁰⁴. Un tel glissement aurait provoqué en retour un rétrécissement du droit d'autoconservation, puisqu'on serait « passé d'une défense légitime à la légitime défense », conférant à cette dernière notion « une signification juridique précise »²⁴⁰⁵. Il faut néanmoins remarquer que malgré cette évolution *a priori* claire, quelques États souhaitent maintenir la confusion susmentionnée. Autrement dit, ils cherchent à traiter la légitime défense et la nécessité comme une excuse leur permettant de ne respecter aucune règle de droit international chaque fois que leur conservation l'exige.

2.2. Le maintien de la confusion : l'autoconservation comme exception générale et abstraite

880. Plusieurs exemples illustrent l'intention de donner une légitimité historique et juridique à la confusion opérée entre la légitime défense, la nécessité et le droit d'autoconservation, sans toutefois tenir compte des évolutions récentes du droit positif. Le premier porte sur la protection

²³⁹⁹ *Idem*, p. 165.

²⁴⁰⁰ Cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Rex v. Lunan*, 28/02/1947, in H. Lauterpacht, *Annual Digest of Public International Law Cases, Year 1947*, vol. 14, 1951, pp. 148-150, affaire n°72. Pour l'affaire complète, v. l'*Ontario Reports*, 1947, pp. 201-212, disponible en ligne :

[<https://historyofrights.ca/wp-content/uploads/cases/lunan.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

²⁴⁰¹ Citée par E. Denza, *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, OUP, 4^e éd., 2016, commentaire de l'article 24, p. 159 : « [t]he Court of Appeal held that although the resulting situation was extraordinary, 'there is no inconsistency in principle between a waiver of the diplomatic immunity of a defendant and the assertion of a claim for immunity of a diplomatic or embassy document whose contents are sought to be introduced into the proceedings against him' ».

²⁴⁰² S. E. Nahlik, « Development of diplomatic law : selected problems », *RCADI*, vol. 222, 1990, p. 292.

²⁴⁰³ Cour suprême du Royaume-Uni, *R (on the application of bancoult no 3) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, 08/02/2018, [2018] UKSC 3, disponible en ligne :

[<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0022.html>] (consulté le 14/06/2023).

²⁴⁰⁴ S. Cassella, « D'une excuse à une exception : la légitime défense depuis 1919 », *RBDI*, 2020/1, p. 157.

²⁴⁰⁵ *Idem*, p. 158.

des nationaux à l'étranger. Burlamaqui estimait qu'il était du devoir de l'État d'entreprendre un tel recours puisque « quiconque maltraite un citoyen, offense indirectement l'État qui *doit* protéger ce citoyen »²⁴⁰⁶. En ne réagissant pas, l'État ne parviendrait pas à octroyer à son national « la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté »²⁴⁰⁷. Cette position figurait également au sein de la théorie des droits fondamentaux étatiques comme une conséquence du droit d'autoconservation, quoique certains auteurs ont tenté de l'encadrer à ce qui était strictement nécessaire²⁴⁰⁸. Elle a également trouvé un écho pratique certain, notamment dans la réglementation applicable à la marine étatsunienne, pendant la première moitié du XXème siècle. Le deuxième alinéa de l'article 0614 de cette réglementation se lisait ainsi :

*« The right of self-preservation, however, is a right which belongs to states as well as to individuals, and in the case of states it includes the protection of the state, its honor, and its possessions, and the lives and property of its citizens against arbitrary violence, actual or impending, whereby the state or its citizens may suffer irreparable injury »*²⁴⁰⁹.

881. La nouvelle réglementation en vigueur depuis 1990 reprend l'essentiel de la disposition précitée, à la différence toutefois que le droit de légitime défense s'est substitué à celui d'autoconservation :

*« 1. The use of force in time of peace by United States naval personnel against another nation or against anyone within the territories thereof is illegal except as an act of self-defense. Naval personnel have a right of self-defense against hostile acts or hostile intent (imminent threat to use of force). This right includes defending themselves, their subunits and, when appropriate, defending U.S. citizens, their property and U.S. commercial assets in the vicinity »*²⁴¹⁰.

²⁴⁰⁶ J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens, op. cit.*, Tome IV, p. 450 (italiques ajoutés).

²⁴⁰⁷ *Ibid.*

²⁴⁰⁸ M. Sibert, *Traité de droit international public, op. cit.*, Tome I, pp. 569-572. V. ég. J. de Louter, *Le droit international public positif, op. cit.*, Tome I, pp. 283-284 : l'auteur cite la Convention de La Haye de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles, dont l'article 1^{er} stipule certes l'interdiction de principe de recourir à la force, tout en relativisant immédiatement la portée de l'interdiction puisqu'elle est écartée « quand l'État débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue ». Davantage sur le sujet, v. J. B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Vol. II, Baltimore, The John Hopkins Press, 1909, P. 356

²⁴⁰⁹ M. M. Whiteman, *Digest of international law, op. cit.*, vol. XII, p. 188 (italiques ajoutés).

²⁴¹⁰ *United States Navy Regulations 1990*, Washington D.C., Department of the Navy, article 0914(1), p. 71 (italiques ajoutés). Disponible en ligne : [<https://www.marines.mil/Portals/1/Publications/United%20States%20Navy%20Regulations.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

La formulation choisie prend soin de tirer la conséquence de l'inscription de l'article 51 dans la Charte des Nations Unies, qui reconnaît aux États le droit de légitime défense. Cependant, la différence que l'on pourrait déduire de ces deux réglementations est simplement lexicale : *in fine*, le champ du droit de légitime défense rejoint peu ou prou celui d'autopréservation, puisqu'il autoriserait toujours le recours à la force contre un autre État qui menacerait la sécurité et l'existence des étatsuniens.

882. Sans avoir à revenir sur les divers précédents dans lesquels des États sont intervenus en territoire étranger pour protéger leurs nationaux depuis l'adoption de la Charte, il faut relever qu'une incertitude plane en réalité quant au fondement d'une telle action²⁴¹¹. À propos de l'intervention du Royaume-Uni et de la France en Égypte, en 1956, le P^r Corten indique que la légitime défense n'était qu'« incidemment évoquée » au sein du Conseil de sécurité, privilégiant une référence à leurs intérêts vitaux²⁴¹². En outre, lorsque la légitime défense est effectivement invoquée, comme cela a pu être le cas lorsqu'Israël entendait justifier le raid de l'aéroport d'Entebbe en 1976²⁴¹³, une telle argumentation a nettement été rejetée²⁴¹⁴.

²⁴¹¹ M. Forteau, « Rescuing Nationals Abroad », in M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 952-954 : la pratique tend à démontrer la volonté de fonder le recours à la force pour protéger les nationaux à l'étranger sur le droit de légitime défense, mais l'auteur relève ensuite qu'une tendance persiste à invoquer un *droit* autonome de protection des nationaux qui serait « *ambiguous, and rather elusive* ». Dans le même sens, L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite, op. cit.*, pp. 458-462 et 468-469.

²⁴¹² O. Corten, *Le droit contre la guerre, op. cit.*, p. 830. La délégation britannique parlait en effet d'un « droit de défendre nos intérêts vitaux », sans jamais mentionner explicitement la légitime défense. V., les débats au sein de la 751^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 31/10/1956, S/PV.751, p. 8, §47. Lorsque la Belgique justifiait le déploiement de troupes en République démocratique du Congo, en 1960, elle invoquait plutôt la notion d'intervention d'humanité (v. l'intervention au sein de la 873^{ème} séance du CSNU, le 14/07/1960, S/PV.873, p. 27, §147), même si la légitime défense était parfois mentionnée au détour d'une phrase (S/PV.885, p. 5, §22 : « (...) même pour sauver des compatriotes, même en cas de légitime défense, nous répugnons à combattre les Congolais »).

²⁴¹³ Débats au sein de la 1939^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 09/07/1976, S/PV.1939, intervention d'Israël, pp. 13-15, §§106-107 et 115.

²⁴¹⁴ V. les interventions, au sein de la 1939^{ème} séance, *idem*, de l'Ouganda (p. 6, §43), de la Mauritanie (pp. 7-8, §53), de Maurice (p. 18, §141), du Qatar (p. 21n §171), de la France (p. 24, §202), du Cameroun (p. 25, §217) et de la Chine (p. 25, §224). V. ég. les interventions au sein de la 1942^{ème} séance du Conseil de sécurité, le 13/07/1976, S/PV.1942 : Panama (§27) ; Roumanie (§39) ; Japon (§58) ; Inde (§146). V. ég. la position officielle du Japon, exprimée par le Ministère des Affaires étrangères, in *Cabinet Decision on Development of Seamless Security Legislation to Ensure Japan's Survival and Protect its People*, 01/07/2014, §2(2)(B) : « (...) *it is necessary to enable the rescuing of Japanese nationals abroad by use of weapons subject to the consent of acceptance from the territorial State which, under international law, has the obligation to extend protection to foreigners who are within its territories* » (v. ég. *Japanese Annual of International Law*, vol. 28, 1985, p. 173). Disponible en ligne : [https://www.mofa.go.jp/fp/nsp/page23e_000273.html] (consulté le 10/07/2023).

Contra, v. la position du ministre des Affaires étrangères néo-zélandais qui défendait, au parlement national, la licéité de l'intervention israélienne sur le fondement d'un « état d'urgence », in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. IX, 1978, p. 234. La position du Japon ne semble pas non plus constante, puisqu'à propos de l'intervention militaire des États-Unis à Téhéran en avril 1980 pour sauver les otages détenus à l'ambassade étatsunienne, le Japon a qualifié cette circonstance d'exercice du droit de légitime défense, v. *Japanese Annual of International Law*, vol. 29, 1986, p. 172

883. On sait également que les interventions énoncées jusqu'ici mobilisaient parfois l'affaire du *Caroline* afin de démontrer qu'elles étaient licites en droit international²⁴¹⁵. Les faits et les arguments des parties n'avaient pourtant rien à voir, *a priori*, avec ce droit. Le P^r Kolb refuse par exemple de présenter l'affaire du *Caroline* comme un exercice du droit de légitime défense « au sens moderne du terme », à savoir le sens retenu par la Charte²⁴¹⁶. L'attaque qui avait motivé la destruction du vapeur, en l'espèce, ne provenait d'ailleurs pas d'un organe des États-Unis d'Amérique mais de personnes privées situées sur leur territoire. Il n'était même pas défendu par le Royaume-Uni que les actes de ces personnes étaient imputables aux États-Unis, un critère pourtant crucial à l'exercice du droit de légitime défense²⁴¹⁷.

884. En réalité, le P^r Alland observe à juste titre que « la conduite des troupes anglaises ne cherch[ait] d'autre justification que la protection de ses intérêts, sur la base de la nécessité »²⁴¹⁸. Contrairement à la légitime défense qui suppose, on l'a dit, de réagir à un comportement imputable à un État, la « nécessité » suppose simplement l'occurrence d'une situation exceptionnelle menaçant un intérêt essentiel de l'État²⁴¹⁹. Il ne serait dès lors pas possible de qualifier le cas du *Caroline* de précédent en faveur de la légitime défense. L'affaire témoigne plutôt d'une confusion entre la « nécessité » et le droit d'autoconservation dont les contours n'étaient pas clairement définis²⁴²⁰. Comme on le verra dans la prochaine section, la codification de l'état de nécessité avait justement pour principale fonction d'encadrer la notion.

885. Pour autant, même lorsqu'un tel encadrement semble exister, la conservation de soi est invoquée comme une excuse justifiant la violation du droit applicable. Reprenons ainsi l'exemple de la violation des privilèges et immunités reconnues aux agents diplomatiques. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques codifie, en 1961, le régime en vigueur

²⁴¹⁵ D. W. Bowett, *Self-defence in International Law*, *op. cit.*, pp. 189-190 ; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, *op. cit.*, pp. 257-259. *Contra*, A. Cassese, « Article 51 », *op. cit.*, p. 772 ; P. Haggemacher, « Self-Defence as a General Principle of Law and its Relation to War », *op. cit.*, pp. 10-13.

²⁴¹⁶ R. Kolb, « La légitime défense des États au XIX^{ème} siècle et pendant l'époque de la Société des Nations », *op. cit.*, p. 43.

²⁴¹⁷ L'article 51 stipule une obligation opposable *entre* les États, il en résulte que l'agression armée justifiant le recours en légitime défense doit être imputable à un État. AGNU, « Définition de l'agression », résolution 3314 (XXIX) adoptée le 14/12/1974, annexe, art. 1^{er} : « [l]'agression est l'emploi de la force armée *par un État* contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un *autre État* (...) » (italiques ajoutés). V. ég., CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (fond), *CIJ Rec. 1986*, pp. 119-120, §231.

²⁴¹⁸ D. Alland, « La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité », *JDI*, 1983, p. 735.

²⁴¹⁹ Art. 25 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²⁴²⁰ A. Eyffinger, « Self-Defence or the Meanderings of a Protean Principle », in P. Haggemacher, *Self-Defence as a Fundamental Principle*, *op. cit.*, p. 120.

depuis plusieurs siècles entre les États²⁴²¹. Les droits qu'elle reconnaît à l'État accréditaire rendent *a priori* obsolète toute référence au droit d'autoconservation. L'article 9 de la Convention préserve par exemple le droit de l'État accréditaire de déclarer *persona non grata* « le chef ou tout autre membre du personnel diplomatique de la mission », « sans avoir à motiver sa décision » qui plus est²⁴²². L'alinéa suivant précise qu'en cas de refus de l'État accréditant d'exécuter dans un délai raisonnable l'obligation stipulée au premier alinéa, « l'État accréditaire peut refuser de reconnaître à la personne en cause la qualité de membre de la mission »²⁴²³. Pour autant, l'article 29 ne permet pas de porter atteinte à la personne de l'agent diplomatique, que ce soit au moyen d'une détention ou d'une arrestation par les autorités de l'État accréditaire²⁴²⁴. Ces privilèges perdurent d'ailleurs jusqu'à ce que l'agent quitte définitivement le territoire²⁴²⁵, ce qui signifie que même en application de l'article 9(2), l'État ne pourrait pas détenir l'agent et le contraindre à retourner auprès de son État accréditant. Toutefois, passé un délai raisonnable, l'article 39(2) prévoit que les privilèges et immunités cesseront, laissant ouverte la possibilité que le scénario que l'on a décrit en 1718 puisse se reproduire sous le régime de la Convention de Vienne²⁴²⁶.

886. Le régime ainsi décrit semble reprendre celui qui était initialement déduit du droit d'autoconservation, tout en démontrant l'inutilité de s'y référer pour réagir contre une conspiration orchestrée par des agents diplomatiques – par exemple. La pratique recèle d'hypothèses où des agents diplomatiques ont été déclarés *persona non grata* pour des raisons de sécurité nationale²⁴²⁷. Le 27 décembre 2007, l'Afghanistan a ainsi fait application de l'article 9 de la Convention de Vienne à l'encontre d'agents de l'ONU et de l'UE qualifiés de « menace

²⁴²¹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, conclue le 18/04/1961 et entrée en vigueur le 24/04/1964, in *RTNU*, vol. 500, p. 97.

²⁴²² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, *op. cit.*, article 9, premier alinéa, p. 103.

²⁴²³ *Ibid.*

²⁴²⁴ *Idem*, article 29, p. 111.

²⁴²⁵ *Idem*, article 39(2), p. 119.

²⁴²⁶ La pratique recèle d'hypothèses où des agents diplomatiques ont été déclarés *persona non grata* pour des raisons de sécurité nationale, v. la qualification *persona non grata* du deuxième secrétaire de l'ambassade de Belgique au Congo, M. Alain Rens, le 30/05/1966, car il était soupçonné d'avoir participé au complot dirigé contre le général Mobutu, M. Bomboko, ministre des Affaires étrangères : la Belgique, quoique contestant la mesure, l'a exécutée (*RBDI* 1968/1, p. 244). *Idem* pour un agent belge au Burundi accusé « d'avoir soutenu un complot tendant à renverser le gouvernement et les institutions établies de la République du Burundi » (*RBDI* 1971/1, p. 201 ; la Belgique niant cependant avoir participé au coup d'État, cela a abouti, quelques jours plus tard, à ce que le Burundi revienne sur sa décision, *id.*, pp. 201-202).

²⁴²⁷ V. la qualification *persona non grata* du deuxième secrétaire de l'ambassade de Belgique au Congo, M. Alain Rens, le 30/05/1966, car il était soupçonné d'avoir participé au complot dirigé contre le général Mobutu, M. Bomboko, ministre des Affaires étrangères : la Belgique, quoique contestant la mesure, l'a exécutée (*RBDI* 1968/1, p. 244). *Idem* pour un agent belge au Burundi accusé « d'avoir soutenu un complot tendant à renverser le gouvernement et les institutions établies de la République du Burundi » (*RBDI* 1971/1, p. 201 ; la Belgique niant cependant avoir participé au coup d'État, cela a abouti, quelques jours plus tard, à ce que le Burundi revienne sur sa décision, *id.*, pp. 201-202).

pour la sécurité nationale »²⁴²⁸. En 2013, l'Égypte a demandé le renvoi d'un diplomate turc accusé « de soutenir des mouvements qui menacent (...) la sécurité nationale »²⁴²⁹. En réaction à l'invasion de l'Ukraine par la Russie au début de l'année 2022, de nombreux États membres de l'Union européenne²⁴³⁰ et les États-Unis²⁴³¹ ont déclaré les diplomates russes *persona non grata*, chaque fois en alléguant des considérations de sécurité nationale. Lorsque Charles Rousseau dirigeait la chronique des faits internationaux de la *RGDIP*, il rapportait à de multiples reprises que les États expulsaient des diplomates pour des motifs semblables : soit parce que ces agents espionnaient pour le compte de leur propre État²⁴³², soit parce que des armes avaient été découvertes dans les locaux de l'ambassade²⁴³³. Afin de justifier l'expulsion de diplomates soviétiques suspectés d'espionnage, en 1983, le Président de la République française entendait « faire respecter les intérêts de la France au premier rang desquels figure sa sécurité »²⁴³⁴.

²⁴²⁸ *Le Nouvel Observateur*, « Les deux diplomates *persona non grata* quittent l'Afghanistan », 27/12/2007. Disponible en ligne :

[<https://www.nouvelobs.com/monde/20071227.OBS2282/les-deux-diplomates-persona-non-grata-quittent-l-afghanistan.html>] (consulté le 14/06/2023).

²⁴²⁹ *Radio fréquence Jura*, « L'ambassadeur de Turquie expulsé d'Égypte », 23/11/2013. Disponible en ligne : [<https://www.rfj.ch/rfj/Actualites/Internationale/L-ambassadeur-de-Turquie-expulse-d-Egypte.html>] (consulté le 14/06/2023).

²⁴³⁰ *Le Parisien*, « Belgique, Pays-Bas, Irlande... vague d'expulsions de diplomates russes désormais *persona non grata* », 29/03/2022. Disponible en ligne :

[<https://www.leparisien.fr/international/belgique-pays-bas-irlande-vague-dexpulsions-de-diplomates-russes-desormais-persona-non-grata-29-03-2022-KR533XUGDJEDNLGFDJNB6EIP7U.php>] (consulté le 14/06/2023).

France24, « EU allies expel more than 200 Russian diplomats and staff amid outrage over Bucha killings », 05/04/2022. Disponible en ligne :

[<https://www.france24.com/en/europe/20220405-eu-allies-expel-more-russian-diplomats-amid-outrage-over-bucha-killings>] (consulté le 14/06/2023).

Pour un exemple, v. la déclaration du ministère des Affaires étrangères portugais, du 05/03/2022, disponible en ligne :

[<https://portaldiplomatico.mne.gov.pt/en/communication-and-media/press-releases/10-russian-officials-declared-persona-non-grata>] (consulté le 14/06/2023).

²⁴³¹ La Russie a d'ailleurs adopté les mêmes mesures en réaction, v. *Euronews*, « La Russie ordonne des expulsions massives de diplomates occidentaux », 18/05/2022. Disponible en ligne :

[<https://fr.euronews.com/2022/05/18/la-russie-ordonne-des-expulsions-massives-de-diplomates-occidentaux>] (consulté le 14/06/2023)..

²⁴³² Ch. Rousseau, « Expulsion pour espionnage de 13 agents diplomatiques soviétiques par le gouvernement canadien (9 février 1978) », *RGDIP*, 1978/4, pp. 1094-1095. V. ég. la pratique suisse à l'encontre de l'URSS, pour des faits similaires, in *Annuaire suisse de droit international*, vol. XVIII, 1961, p. 127.

²⁴³³ Ch. Rousseau, Chronique des faits internationaux, « Irak et Pakistan – Expulsion de l'ambassadeur d'Irak à Islamabad après la découverte d'un stock d'armes dans les locaux de l'ambassade le 10 février 1973 (12 février 1973). Rappel de l'ambassadeur du Pakistan à Bagdad (13 février 1973). Reprise des relations diplomatiques au niveau des ambassadeurs (25 avril 1973) », *RGDIP*, 1974/2, pp. 511-512. Il est intéressant de lire, p. 512, que les relations ont été restaurées après que le gouvernement irakien a réaffirmé « pour sa part son respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriales du Pakistan ». V. ég., E. Denza, *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, op. cit., commentaire de l'article 9, pp. 64-65.

²⁴³⁴ Ch. Rousseau, « France et U.R.S.S. – 1° Expulsion de 47 agents diplomatiques et fonctionnaires soviétiques par le gouvernement français le 5 avril 1983 », *RGDIP*, 1983/3, p. 870. Il ne s'agit pas d'une pratique propre à la France, v. l'Inde et le Pakistan in *Indian Journal of International Law*, vol. 57(1-2), 2017, pp. 199-202.

887. Il apparaît donc superflu, voire inutile, de remettre en question la portée du droit de légitime défense depuis 1945, étant donné que le régime établi par la Convention de Vienne semble adéquat pour permettre aux États de faire face à toute menace pouvant mettre en péril leur existence. La question est pourtant loin d'être close, car certains auteurs soutiennent encore que la légitime défense pourrait être invoquée pour justifier le non-respect de l'inviolabilité des locaux diplomatiques, par exemple²⁴³⁵. À la suite d'incidents intervenus en 1984 au Royaume-Uni, la Chambre des Communes s'est demandée s'il n'était pas possible de porter exceptionnellement atteinte aux immunités diplomatiques et consulaires en vertu du droit de légitime défense. Les faits qui ont motivé la rédaction d'un rapport sur la question sont les suivants. Le 18 février 1984, la Jamahiriya arabe libyenne a décidé de remplacer le personnel de sa mission diplomatique à Londres par des étudiants révolutionnaires²⁴³⁶. Ces derniers étaient apparemment envoyés en Angleterre afin de renforcer « *the Libyan Government campaign against anti-government Libyan exiles in Britain* »²⁴³⁷. Alors qu'une manifestation devait justement réunir des partisans opposés au gouvernement de la Jamahiriya, des coups de feu ont été tirés depuis la mission diplomatique contre les manifestants, causant la mort d'un agent de police du Royaume-Uni²⁴³⁸.

888. En réaction, l'État accréditaire a rompu les relations diplomatiques avec la Libye et ordonné aux occupants de la mission de quitter le territoire sous un délai de sept jours. À la sortie de l'ambassade, le personnel a été interrogé et fouillé, à l'exception des bagages diplomatiques. Les locaux de la mission ont ensuite été explorés par les autorités britanniques, leur permettant de découvrir des cartouches usagées d'une mitrailleuse ainsi que quelques armes de poing. Si l'incident en est resté là, la question s'est néanmoins posée de savoir si les règles d'immunité empêchaient le Royaume-Uni d'adopter des mesures de légitime défense contre la mission libyenne. C'est pour cette raison que la Chambre des Communes a constitué un Comité afin d'y répondre. Les arguments mobilisés par le Comité ou la doctrine sont généralement les mêmes. L'on relève d'abord qu'à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur les relations diplomatiques, la Chine avait introduit un amendement au projet d'article relatif à l'inviolabilité de la personne du diplomate rédigé en ces termes :

²⁴³⁵ E. Denza, *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, op. cit., commentaire de l'article 22, p. 123.

²⁴³⁶ I. Cameron, « First Report of the Foreign Affairs Committee of the House of Commons », *ICLQ*, vol. 34, 1985, p. 610.

²⁴³⁷ *Ibid.*

²⁴³⁸ *Ibid.*

« Aucune disposition du présent article n'exclut à l'égard de l'agent diplomatique, soit les mesures de légitime défense, soit, dans des circonstances exceptionnelles, les mesures tendant à l'empêcher de commettre des crimes ou délits »²⁴³⁹.

889. Sans avoir été discutée, la proposition a été rejetée par 27 voix contre 6, et 34 abstentions²⁴⁴⁰. Il faudrait ainsi en conclure, à l'instar de Michael Hardy, que le rejet de l'amendement reflétait la volonté de ne pas permettre que la légitime défense puisse être invoquée pour violer les immunités et privilèges accordés au personnel diplomatique²⁴⁴¹. L'assistant juridique du bureau des Affaires étrangères, Francis Vallat, admettait lui-même que la question semblait avoir été définitivement réglée par une « *overwhelming majority* »²⁴⁴² lors de la Conférence de Vienne. Cependant, cet agent, qui était également membre du comité de rédaction de la Convention de 1961, a soutenu devant la Chambre des Communes que le droit de légitime défense était applicable :

*« Suppose the embassy were being used as a kind of fortress for a running battle with people in the street, it might then become justifiable, but I find it difficult to imagine that before an international tribunal of repute, one would be held to be justified to run into an embassy because there had been one or two shots fired, even if that happened to cause an injury or a death »*²⁴⁴³.

890. Afin d'appuyer cette position, certains relèvent que la Convention de Vienne codifie le droit diplomatique et qu'elle n'a pas vocation à être exhaustive²⁴⁴⁴ : son préambule précise d'ailleurs « que les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention »²⁴⁴⁵. D'autres refusent d'interpréter la Convention comme plaçant l'État dans une

²⁴³⁹ Rapport de la Commission plénière, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques (annexes, Acte final, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Protocoles de signature facultative, résolutions)*, vol. II, p. 64, §129.

²⁴⁴⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques (annexes, Acte final, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Protocoles de signature facultative, résolutions)*, vol. I, p. 170, §79.

²⁴⁴¹ M. J. L. Hardy, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, Manchester University Press, 1968, p. 44 : « [n]either set of arguments [relating to exceptional circumstances] was accepted however ; in this instance, as in others, the Conference felt that, so far as the express admission of exceptions was concerned, définir, c'est finir ».

²⁴⁴² Cité par J. S. Beaumont, « Self-Defence as a Justification for Disregarding Diplomatic Immunity », *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 29, 1992, p. 397.

²⁴⁴³ *Idem*, cité p. 394.

²⁴⁴⁴ *Idem*, p. 398. *Contra*, v. la Belgique qui a préféré insister sur la nécessité de respecter le droit des relations diplomatiques, sans pour autant entrer dans les détails, *RBDI* 1986/2, p. 550 : « [l]es autorités belges ont rappelé à cette occasion l'importance qu'elles attachent au respect des principes du droit international régissant les relations diplomatiques » (déclaration formulée le 25/04/1984).

²⁴⁴⁵ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, conclue le 18/04/1961 et entrée en vigueur le 24/04/1964, in *RTNU*, vol. 500, p. 97.

situation où celui-ci « *is left with the option either to grant protection to individuals or, even more dramatically, to ensure its own self-preservation, or to comply with international law* »²⁴⁴⁶.

891. L'ensemble des exemples que l'on vient de mentionner a vocation à maintenir la confusion qui existait entre la conservation de l'État, la légitime défense et la nécessité, notamment pour autoriser les États à invoquer la première comme une exception inhérente à toutes les règles de droit international. C'est pourtant nier les évolutions du droit positif et la restriction de l'argument de l'autoconservation qui en a résulté. Celui-ci n'est plus une dispense, mais véritablement une exception strictement encadrée. M^{me} Royère a remarqué qu'en droit public, en particulier en droit administratif, « 'le sens de l'histoire' a[] consisté à placer la dispense sous l'emprise du droit, ou encore à la transformer en dérogation »²⁴⁴⁷. Cette transformation est au cœur de la pratique internationale depuis les deux guerres mondiales, comme on va maintenant le démontrer.

Section 2. La conservation de l'État comme exception strictement encadrée

892. Le P^r Saint-Bonnet observe que le propre de l'exception, selon son étymologie (*ex-capere*), est d'être « hors de prise »²⁴⁴⁸. L'auteur en a déduit que les législations d'exception présentaient peu d'intérêt pratique dès lors que « l'évidente nécessité » suffisait à justifier certaines entorses aux lois en situation exceptionnelle²⁴⁴⁹. S'il n'existe pas de législateur en droit international, celui-ci n'échappe pas au phénomène décrit en droit interne par le P^r Saint-Bonnet. Que ce soient les travaux de la CDI ou les traités conclus par les États, la pratique tend à vouloir faire entrer les pouvoirs d'autoconservation *dans* le droit international afin de garantir son caractère juridique et obligatoire.

893. Afin de comprendre les raisons pour lesquelles la pratique récente tend à consacrer textuellement certaines manifestations de la conservation de l'État pour assurer leur emprise

²⁴⁴⁶ M. Herdegen, « The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Some Observations in the Light of Recent British Experience », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, 1986, p. 735. V. ég., J. Brown, « Dipomatic Immunity : State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations », *ICLQ*, vol. 37(1), 1988, pp. 86-87.

²⁴⁴⁷ A. Rouyère, « La dispense en droit public », *Droits*, 1997, n°25, p. 75.

²⁴⁴⁸ F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 673.

²⁴⁴⁹ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 376 : « [l]a logique spécifique de l'état d'exception s'accorde mal avec les législations d'exception : sa mise en forme juridique ne peut se faire sans distorsions. La pratique se satisfait mal des constructions théoriques pures : aussi bien la logique de la légalité mise à mal dans l'élaboration et la mise en œuvre des législations d'exception, que la logique de l'évidente nécessité dont la dimension esthétique n'est avouée qu'à demi-mot par les juristes, même si elle est repérable dans leurs écrits et leurs arrêts ».

par le droit international (**Paragraphe 2**), il faut préalablement remarquer que l'intérêt d'une telle démarche tient dans le risque que ces manifestations surgissent en dehors de tout texte et contraintes juridiques (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1. Caractère implicite de la conservation de l'État en l'absence d'exception conventionnelle

894. Lorsqu'un traité ne contient pas de clause permettant aux États de déroger à leurs obligations, il ne faut pas longtemps pour que l'exception fondée sur la préservation de leur existence surgisse en pratique (**1.1**). Pour asseoir la nécessité d'admettre une telle prétention, les États soutiennent généralement que le traité ne contient aucun mécanisme permettant de garantir leur existence, justifiant de pouvoir momentanément porter atteinte à *pacta sunt servanda* (**1.2**).

1.1. Possibilité de déroger à une obligation malgré l'absence de clause conventionnelle

895. Lorsque Roberto Ago voulait convaincre ses collègues de la CDI d'adopter son projet d'article 33 relatif à l'état de nécessité, le rapporteur spécial formulait un commentaire que l'on pourrait étendre à l'ensemble des manifestations de la conservation de l'État en droit international : « [c]hassée par la porte, [la nécessité] rentrerait par la fenêtre – sous des formes autres que les siennes, au besoin. On n'aurait alors que le désavantage de dénaturer et d'obscurcir d'autres notions dont l'exacte délimitation n'est pas moins essentielle »²⁴⁵⁰. Ce passage, suffisamment relevé par la doctrine, est en effet riche de significations ; trois en particulier.

896. La première traduit la croyance que la nécessité est inévitable et ne saurait être purement et simplement rejetée, au risque qu'elle ressurgisse d'une façon tout à fait imprévisible – comme la dispense. Cela aurait un autre effet, dans un deuxième temps, celui d'altérer le sens juridique

²⁴⁵⁰ CDI, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago », *op. cit.*, p. 50, §80. Le rapporteur semble inspirer son analyse de « [l]a leçon de l'incident du *Torrey Canyon* » (*id.*, p. 28, §36), où le Royaume-Uni avait procédé à la destruction d'un navire échoué en haute mer, craignant que le pétrole déversé par ledit navire n'atteigne ses côtes et son milieu marin. Cette situation de nécessité semblait avoir justifié la conduite du Royaume-Uni, *a priori* illicite, mais elle a également incité les États à rendre une telle conduite licite – à la codifier – en concluant la Convention sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, le 29/11/1969 et entrée en vigueur le 06/05/1975, *RTNU*, vol. 970, n°14049, art. I et V, pp. 217-218 et 219 (v. T. Treves, « La nécessité en droit de la mer », *op. cit.*, pp. 240-241 et 244). Au lieu de relever l'influence qu'exerce la nécessité et la conservation de l'État dans la création du droit international, R. Ago analysait en ces termes la codification survenue en 1969, *in* « Additif au huitième rapport », p. 28, §36 : « [l]e retour de tels incidents étant toujours possible, il parut indispensable d'asseoir la faculté de l'État côtier d'adopter des mesures de protection sur des règles positives *et plus précises n'était l'éventuelle possibilité de se référer à l'état de nécessité (...)* » (italiques ajoutés).

des concepts invoqués pour ressusciter l'esprit sous-jacent l'« état de nécessité ». L'exemple de la légitime défense a pu être cité dans la première partie : son volet préventif est parfois déduit de considérations relatives à la nécessité et à la conservation des États. Enfin, ces deux circonstances combinées imposeraient de consacrer explicitement la défense de nécessité tout en délimitant précisément son cadre juridique.

897. Si l'on comprend aisément l'intérêt d'une telle délimitation, il faudrait néanmoins vérifier si Ago avait raison d'insister sur le caractère inéluctable de l'état de nécessité en droit international. L'observation peut-elle être étendue à l'ensemble des considérations relatives à la conservation de l'État ? En droit de l'Union européenne, par exemple, le fait que les traités fondateurs précisent les circonstances dans lesquelles un État est susceptible de déroger à ses obligations permet à la CJUE d'en refuser une interprétation extensive²⁴⁵¹. Qu'en est-il néanmoins lorsqu'un texte, comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ne prévoit aucune clause de dérogation permettant aux parties de sauvegarder l'existence de leurs nations²⁴⁵² ? Cette circonstance empêche-t-elle d'adopter une solution similaire à celle de la CJUE, à même d'encadrer les mesures d'autoconservation adoptées par les États parties ? La Commission africaine créée en vertu de la deuxième partie de la Charte a logiquement interprété le silence du texte d'une manière tout à fait restrictive. Si les communications de la Commission ne sont pas obligatoires, on pourrait néanmoins penser qu'elles sont susceptibles d'être mobilisées par un interprète dans les mêmes termes que les observations générales du Comité des droits de l'homme par la CIJ²⁴⁵³. Il semble ainsi opportun de revenir rapidement sur cette jurisprudence.

898. Dans une affaire tranchée en 1999, des requérants contestaient la conventionnalité des mesures de restrictions apportées à la liberté d'expression par le Nigeria²⁴⁵⁴. L'État expliquait en retour avoir dérogé « aux dispositions constitutionnelles du Nigeria en raison des conditions

²⁴⁵¹ CJCE, 15/05/1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, arrêt, aff n°224/84, *Rec. des jurisp.* 1986, p. 1684, point 26 : « (...) il y a lieu de constater que le traité ne prévoit des dérogations applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique que dans ses articles 36, 48, 56, 223 et 224 qui concernent des hypothèses exceptionnelles bien délimitées. En raison de leur caractère limité, ces articles ne se prêtent pas à une interprétation extensive et ne permettent pas d'en déduire une réserve générale, inhérente au traité, pour toutes mesures prises au titre de la sécurité publique. Reconnaître une réserve générale à toute disposition du droit communautaire, en dehors des conditions spécifiques des dispositions du traité, risquerait de porter atteinte au caractère contraignant et à l'application uniforme du droit communautaire ».

²⁴⁵² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, conclue à Nairobi le 27/06/1981 et entrée en vigueur le 21/10/1986, in *RTNU*, vol. 1520, 1988, n°26363, pp. 268-281.

²⁴⁵³ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt (fond), *CIJ Rec. 2010*, p. 664, par. 66.

²⁴⁵⁴ Commission africaine, 05/11/1999, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda v. Nigeria*, fond, communications n°140/94, 141/94 et 145/95, §§1-9.

particulières et [parce] que cela était justifié par le besoin de sauvegarde de la moralité publique, de sécurité et de l'intérêt supérieur de la nation »²⁴⁵⁵. Afin de placer son argumentaire dans le cadre de la Charte et non pas seulement de son droit constitutionnel, le Nigeria invoquait l'article 9, alinéa 2, en vertu duquel « [t]oute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions *dans le cadre des lois et règlements* »²⁴⁵⁶. Alors même qu'aucun mécanisme dérogatoire en mesure de protéger l'existence des États parties ne figure dans le texte, le Nigeria entreprenait néanmoins de le faire rentrer « par la fenêtre » à l'aide de l'article précité. La Commission s'est contentée de refuser l'interprétation ainsi formulée par le défendeur qui devait aboutir, s'il était admis, à une « dénaturation » de l'article 9. Au contraire, celui-ci « ne prévoit aucune dérogation, quel que soit le sujet des informations ou opinions et quelle que soit la situation politique du pays »²⁴⁵⁷. S'agissant plus précisément du second alinéa du même article, la Commission considère que « [p]ermettre aux lois nationales d'avoir la préséance sur le droit international rendrait inopportune la codification de certains droits dans les traités internationaux »²⁴⁵⁸. Autrement dit, c'est à partir d'une crainte que la dérogation provoque l'ineffectivité des règles internationales que la solution était élaborée.

899. Afin d'asseoir ses conclusions, la Commission revenait justement sur la structure générale de la Charte afin de fermer à la fois la porte et la fenêtre au phénomène d'autoconservation :

« Contrairement aux autres instruments internationaux des droits de l'homme, la Charte africaine ne contient pas de clause dérogatoire. Par conséquent, les restrictions des droits et des libertés contenus dans la Charte ne peuvent être justifiées par les situations d'urgence ou les circonstances exceptionnelles. Les seules raisons légitimes de limitation des droits et des libertés contenus dans la Charte sont stipulées à l'article 27.2, à savoir que les droits '... s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun' »²⁴⁵⁹.

²⁴⁵⁵ *Id.*, §14.

²⁴⁵⁶ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.*, art. 9(2), p. 271.

²⁴⁵⁷ Commission africaine, 05/11/1999, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda v. Nigeria*, *op. cit.*, §38.

²⁴⁵⁸ *Id.*, §40.

²⁴⁵⁹ *Id.*, §41. La solution figurait déjà dans Commission africaine, 11/10/1995, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Tchad*, Communication n°74/92, §21 : après avoir énoncé la formule que l'on vient de rapporter, la Commission en déduisait qu'« *even a civil war in Chad cannot be used as an excuse by the State violating or permitting violations or rights in the African Charter* ». Commission africaine, 27/05/2009, *Sudan Human Rights Organization et al. v. Sudan*, Communication n°279/03, §165 : « [I]a Commission africaine souhaite rappeler aux États parties à la Charte africaine de respecter les droits de l'homme et des peuples à tout moment, y compris lors des conflits armés ». Dans Commission africaine, 30/05/2007, *Article 19 v. State of Eritrea*, Communication n°275/2003, l'État défendeur invitait la Commission à modifier sa jurisprudence, sans succès, en

900. La question posée par le silence de la Charte semble rapidement résolue et, dans le même temps, la Commission aurait démontré à quel point la position de Roberto Ago était erronée : il serait possible d'adopter une approche restrictive s'agissant d'une manifestation de l'autoconservation sans avoir à l'énoncer explicitement et distinctement. Pourtant, une thèse a récemment eu à cœur de démontrer que « nonobstant le silence de la Charte (...), la dérogation aux droits de l'homme est admise dans le système africain des droits de l'homme et des peuples »²⁴⁶⁰. Le droit de dérogation identifié par l'auteur aurait pour fondement le droit constitutionnel et le droit conventionnel²⁴⁶¹. Afin de justifier sa position diamétralement opposée à celle de la Commission et partiellement reprise par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples²⁴⁶², M. Dabire adopte une ligne de conduite similaire à celle de Roberto Ago : la solution de la Commission africaine « pêche[rait] doublement par son manque de *réalisme et d'efficacité* »²⁴⁶³.

901. La réalité ainsi mobilisée par l'auteur, comme pour évoquer l'« évidente nécessité » du phénomène d'autoconservation²⁴⁶⁴, serait double : d'une part il existe « des circonstances de crises, des moments où 'les États périraient si on ne fai[sait] pas ployer souvent [parfois peut-être, les droits de l'homme] à la nécessité' »²⁴⁶⁵ ; mais surtout, « malgré ce silence de la Charte (...) et cette interprétation prohibitive de la Commission africaine, *des États africains*

alléguant que les mesures dérogatoires « s'étaient déroulés 'sur fond de guerre *au moment où l'existence même de la nation était menacée*' » (italiques ajoutées, §87). V. ég., Commission africaine, *Principes et directives sur les droits de l'homme et des peuples dans la lutte contre le terrorisme en Afrique*, rapport publié le 03/07/2016, p. 16, quoique contradictoire : après avoir indiqué que la Charte « n'autorise pas de dérogations », le rapport indique que « [l]es États ne peuvent restreindre certains droits de l'homme et libertés que dans des circonstances exceptionnelles ». En réalité, il semble que le rapport entendait renvoyer aux mêmes motifs que ceux de la Commission, à savoir ceux tirés de l'article 9, alinéa 2, et de l'article 27, alinéa 2.

²⁴⁶⁰ S. Dabire, *La dérogation aux droits de l'homme en Afrique. Le droit africain des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Zurich, Schultess, 2022, p. 13.

²⁴⁶¹ *Ib.*

²⁴⁶² La jurisprudence est effectivement peu claire, v. Cour africaine des droits de l'homme, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye* (fond), in *Recueil de Jurisprudence de la Cour Africaine*, vol. 1, 2006-2016, pp. 172-173, §§76-77 : « [l]a Cour constate (...) que s'il est admis en droit international que dans des circonstances exceptionnelles, les États parties à un instrument des droits de l'homme tel que le PIDCP disposent du droit de dérogation. Il n'en demeure pas moins que ce droit comporte des limites dans la mesure où il existe des droits non dérogeables quelle que soit la situation qui prévaut ». Sans renverser explicitement la solution retenue jusqu'ici par la Commission africaine, on pourrait penser que l'existence de droits indérogeables en situation exceptionnelle devrait permettre d'identifier, *a contrario*, d'autres droits dérogeables dans une telle hypothèse. Pourtant, dans une autre affaire de la Cour africaine, *Association pour le progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali* (fond), *Recueil de Jurisprudence de la Cour Africaine*, vol. 2, 2017-2018, pp. 405-406, §§75-78, la juridiction ignore purement et simplement la défense invoquée par l'État défendeur – la force majeure – afin de justifier la non-promulgation d'une loi conforme « aux engagements pris par le Mali » en matière de droit international des droits de l'homme.

²⁴⁶³ *Id.*, p. 14 (italiques ajoutées).

²⁴⁶⁴ Ce concept « d'évidente nécessité » est approfondi au Chapitre suivant, pp. 495-498.

²⁴⁶⁵ *Ib.*

dérogent indiscutablement aux droits de l'homme »²⁴⁶⁶. L'auteur insiste ensuite sur la nécessité d'admettre les dérogations comme un facteur renforçant l'effectivité des règles²⁴⁶⁷.

902. Quand bien même la démarche de l'auteur correspond davantage à une position « postulative [plutôt] qu'interprétative du silence de la Charte »²⁴⁶⁸, la thèse dédie un titre entier à l'étude des dérogations constitutionnelles aux droits de l'homme en Afrique afin de souligner qu'elles infiltrent la pratique malgré l'approche restrictive de la Commission²⁴⁶⁹. Dit autrement, en ne fermant pas explicitement la porte aux clauses de dérogations dans la Charte, celles-ci sont revenues par la fenêtre : soit par une dénaturation des articles qui n'ont pourtant *a priori* rien à voir avec les mécanismes d'exception (comme l'article 9, alinéa 2), soit par une pratique extérieure à la Charte (*i.e.*, le droit constitutionnel interne). En mettant en exergue cette réalité, M. Dabire entend justement ramener les clauses de dérogation sous le giron du droit afin de réglementer leur mise en œuvre²⁴⁷⁰.

903. La pratique révélée par l'analyse de la Charte ne devrait pas être réduite à l'Afrique. Au contraire, la doctrine interroge fréquemment, à l'instar du P^r Christakis, s'il est possible de déduire une clause d'exception de sécurité nationale d'un traité qui ne la mentionne pas explicitement²⁴⁷¹. Les choix qui s'offrent aux juristes et aux États qui entreprennent cet exercice correspondent à ceux qu'identifiait Ago à la CDI : soit il est question d'interpréter les clauses d'un traité d'une façon plus extensive, soit de rechercher l'exception dans le droit international coutumier. À propos des deux hypothèses, la doctrine y répond généralement défavorablement en préférant indiquer que les seuls motifs valables en droit des traités et en droit de la responsabilité internationale sont ceux qui figurent dans la CVDT de 1969 et dans le Projet d'articles de 2001²⁴⁷². Autrement dit, ce sont les progrès techniques du droit international qui

²⁴⁶⁶ *Id.*, pp. 14-15 (italiques ajoutés).

²⁴⁶⁷ *Id.*, p. 15 : « [s]oit on se plaint d'un idéalisme qui est inefficace parce que déni de réalité, soit on admet que les garanties des droits et libertés ont leur sens dans leur effectivité, et que l'admission de la dérogation n'est pas une option, le défi étant plutôt dans la réglementation de celle-ci ».

²⁴⁶⁸ *Id.*, p. 16.

²⁴⁶⁹ *Id.*, pp. 27-108.

²⁴⁷⁰ V. la deuxième partie de l'ouvrage dédiée aux « défis du droit de dérogation aux droits de l'homme en Afrique », *id.*, pp. 216 et s. La délégation des Pays-Bas semble en accord avec un tel constat, v. son intervention au sein du Troisième comité de l'AGNU, le 11/11/1975, reprod. in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. VIII, 1977, p. 173 : « [t]he constitution of almost every country provides for special measures to be taken to safeguard the country's very existence in times of imminent danger » (déclaration formulée à l'occasion de l'examen de la situation des droits de l'homme au Chili dans les années soixante-dix par la Commission des Nations Unies sur les droits de l'homme, les Pays-Bas insistant sur l'impossibilité de déroger à certains droits individuels « *under no circumstances, not even those threatening the very life of the state (...)* »).

²⁴⁷¹ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *op. cit.*, pp. 24-34.

²⁴⁷² *Id.*, pp. 29-34.

permettraient de refuser de considérer, en cas de doute, qu'un État puisse déroger à certaines règles afin de protéger son existence *lato sensu*.

904. Il est néanmoins intéressant de remarquer que le droit international a beau progresser au point d'effleurer le rêve d'un « code de droit international public », celui-ci ne semble pouvoir devenir une réalité qu'en s'occupant frontalement et explicitement des divers relents du droit d'autoconservation. En d'autres termes, il est nécessaire que le droit international offre aux États les moyens de garantir leur existence, faute de quoi ils seront enclins à violer leurs obligations chaque fois qu'ils le jugent nécessaire.

1.2. L'impossibilité d'exiger le respect d'une obligation en l'absence de moyens garantissant l'existence des États

905. Afin de comprendre les raisons pour lesquelles la conservation de l'État subsiste en tant que phénomène juridique malgré l'assassinat de la notion en tant que « droit », on peut se tourner vers le cours professé par Anzilotti en 1929²⁴⁷³. Tant que « l'ordre juridique international n'est pas en mesure de garantir efficacement l'existence des sujets (...), il laisse à ceux-ci le soin de le faire et il affirme leur liberté à cet effet »²⁴⁷⁴. En d'autres termes, la suppression d'une telle exception de nécessité ne serait possible que « dans un ordre juridique qui *pourrait* et voudrait interdire toute forme d'autoprotection »²⁴⁷⁵. Afin de le *pouvoir*, il faudrait que le droit international offre les garanties de sécurité suffisantes pour que l'interdiction de l'autoprotection – ici assimilée à l'autoconservation²⁴⁷⁶ – ne rende pas les États sans défense. Il s'agit-là de la première raison pour laquelle le phénomène d'autoconservation semble consubstantiel au droit international, celui-ci n'offrant que des garanties de sécurité imparfaites aux États.

906. Logiquement, l'auteur conclut que « [l]e progrès du droit international consiste à assurer cette solution, et non pas à exclure l'état de nécessité »²⁴⁷⁷. Dès lors que l'interdiction de l'autoconservation est conditionnée à la réalisation d'un dessein fantasmé – celui d'un ordre juridique centralisé capable de préserver l'existence de ses sujets –, il n'est pas étonnant de lire qu'il en résulterait un « progrès » pour un droit international assurément « nouveau »²⁴⁷⁸.

²⁴⁷³ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, pp. 512-515.

²⁴⁷⁴ *Id.*, p. 511.

²⁴⁷⁵ *Id.*, p. 512 (italiques ajoutés).

²⁴⁷⁶ *Ib.* : la liberté dont jouissent les États « se déploie d'habitude par le recours aux formes de l'autoprotection qui répondent mieux aux exigences complexes et multiformes de la conservation de l'État et qui souvent absorbent (...) le véritable état de nécessité ».

²⁴⁷⁷ *Id.*, p. 515 (italiques ajoutés).

²⁴⁷⁸ S'agissant du contexte dans lequel cette doctrine a été développée, v. le chapitre 3 de la thèse, pp. 190 et s.

Pourtant, aucun indice ne semble démontrer que cet horizon ne soit jamais atteint, voire atteignable : même en droit interne, où l'organisation des pouvoirs constitue le référent idéalisé du droit international, la légitime défense ne peut *jamais* disparaître²⁴⁷⁹. Les individus, comme les États, ont toujours besoin d'agir par et pour eux-mêmes lorsque leur existence est menacée, et ce au moins jusqu'à l'intervention – potentielle *et* ultérieure – de l'autorité centrale.

907. La démonstration d'Anzilotti a néanmoins le mérite de mettre en lumière qu'il n'est pas possible de condamner une notion, telle que la conservation de l'État, sous prétexte qu'elle peut faire l'objet d'abus. L'auteur oblige les juristes à s'y intéresser, même si c'est pour louer les progrès de la technicité juridique dans l'appivoisement – ou la domestication – du phénomène. Brierly formulait une proposition similaire à l'égard des intérêts vitaux, un concept dont on a déjà pu relever la proximité avec la conservation de l'État : « *[v]ital interests are a real problem, not just because it would be idle to lay plans for the future of international law as if they did not exist, but also because it would be wrong to disregard them even if we could* »²⁴⁸⁰. Le droit international, selon l'auteur, doit trouver les moyens de *satisfaire* ces intérêts vitaux ou alors ces derniers risqueraient de continuer à menacer le droit international « *from the outside as they do at present* »²⁴⁸¹. À partir d'une telle conception, il semble tout à fait ordinaire de suggérer que le droit international *doit* encadrer juridiquement et explicitement les diverses manifestations de l'autoconservation.

908. La structure générale du droit international humanitaire semble avoir poursuivi cette logique dès lors que ses règles ont été élaborées entre deux principes : la nécessité militaire – permettant de garantir les intérêts vitaux nécessaires à la préservation de l'existence d'un État – et le droit international humanitaire²⁴⁸². C'est à partir de cette considération qu'Oppenheim conteste l'interprétation faite par les juridictions allemandes des Conventions de La Haye à la suite de la Première Guerre mondiale, dans les affaires des *German Requisitions*²⁴⁸³. Alors que ces juridictions considéraient que l'acte imputé à l'Allemagne était certes contraire auxdites conventions mais néanmoins licite en vertu du droit d'autoconservation, Oppenheim rappelle que les obligations interprétées ont été élaborées en tenant compte des nécessités militaires –

²⁴⁷⁹ E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », *op. cit.*, p. 706 : selon lui, la légitime défense en droit interne « est de tous les temps et de tous les pays », alors même qu'elle « s'applique dans une société organisée et policée », contrairement au droit international (p. 705).

²⁴⁸⁰ J. L. Brierly, *The Outlook for International Law*, 1^{ère} éd., Oxford, OUP, 1944, p. 38 (souligné ajouté).

²⁴⁸¹ *Ib.* (souligné ajouté).

²⁴⁸² E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, p. 105 : l'auteur décrit le droit international humanitaire comme un compromis entre « les intérêts des belligérants dans la réalisation de leur entreprise guerrière, symbolisés par le principe de nécessité militaire d'une part, et, d'autre part, les considérations d'humanité, cristallisées dans la notion juridique de principe d'humanité ».

²⁴⁸³ Des affaires également mobilisées dans le chapitre 8 de la thèse, *passim*, p. 506.

que ce soit dans le préambule des traités ou dans la substance même des règles²⁴⁸⁴. « *In other words*, précise l'auteur, *military necessity has already been discounted in the drawing up of the rules* »²⁴⁸⁵, ce qui devait avoir pour effet de renforcer l'emprise du droit (de la convention) sur le phénomène de conservation de l'État – pas l'inverse.

909. Ainsi, chaque fois qu'un texte délimiterait les conditions dans lesquels un État peut préserver son existence *tout en appliquant ses stipulations*, il ne pourrait pas rechercher cette finalité en dehors de la convention. Voilà le remède que la pratique semble avoir étendu au-delà du droit international humanitaire tout au long du XX^{ème} et du XXI^{ème} siècle.

Paragraphe 2. Caractère explicite de la conservation de l'État en présence d'une exception conventionnelle

910. L'inscription explicite de l'exception d'autoconservation offre un double avantage : elle permet de préciser les conditions dans lesquelles un État peut l'invoquer (2.1.), et sa qualité d'« exception » permet d'insister sur le fait qu'elle ne doit être invoquée que pour prendre des mesures strictement nécessaires et temporaires (2.2.).

2.1. La conservation de l'État invocable selon les conditions établies par l'exception conventionnelle

911. Sans avoir à revenir, pour l'heure, sur la manière dont l'article XXI du GATT est appliqué par les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), il faut remarquer qu'il définit précisément les conditions dans lesquels ces États peuvent déroger à leurs obligations²⁴⁸⁶. Afin d'asseoir l'interprétation restrictive de ces conditions, le Groupe spécial s'est référé aux travaux préparatoires, en particulier à une question posée par les Pays-Bas quant au sens des expressions employées par l'article XXI – « cas de tension internationale » ou encore « intérêts essentiels de la sécurité »²⁴⁸⁷. Les États-Unis, à l'origine de cette exception, indiquaient avoir « mûrement réfléchi à la question de la sécurité », notamment en raison du « danger très grave [qui] existe » où « les États membres pourraient recourir, sous le couvert de la sécurité, à toutes les mesures possibles et imaginables »²⁴⁸⁸. Le Groupe spécial soulignait ainsi lui-même que les États-Unis ont déduit de ces circonstances la

²⁴⁸⁴ L. Oppenheim, *International Law*, 7^{ème} éd., vol. 2, Edimbourg, Longmans, 1952, p. 233, note 3.

²⁴⁸⁵ *Ib.* (souligné ajouté).

²⁴⁸⁶ V. le chapitre 8 de la thèse, p. 485.

²⁴⁸⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, pp. 49-50, §§7.92-7.93.

²⁴⁸⁸ Cité *in id.*, p. 50, §7.92.

nécessité « *de limiter les exceptions autorisées à des cas bien déterminés* »²⁴⁸⁹ – *i.e.*, ceux qui figurent actuellement aux alinéas *i-iii*) de l'article XXI, alinéa *b*).

912. De nombreux exemples pourraient être mentionnés pour généraliser ces observations *a priori* particulières au droit de l'OMC. On sait par exemple que ce sont dans ces mêmes conditions que la légitime défense a pu être réédifiée au sortir de la Seconde Guerre mondiale, afin de la restreindre à une réaction à une agression armée. De la même manière, il a été possible de démontrer que le changement fondamental de circonstances répond à des conditions suffisamment strictes pour restreindre son potentiel d'application²⁴⁹⁰. Un autre exemple qui a suffisamment attiré notre attention mérite d'être une nouvelle fois mentionné à propos d'un aspect qui a été passé sous silence jusqu'ici : l'actuel projet d'article 25 sur l'état de nécessité énonce une série de conditions tellement stricte que la défense n'a *jamais* été admise en pratique²⁴⁹¹. La seule fois où la CIJ s'est prononcée sur cette circonstance excluant l'illicéité, elle n'a pas hésité à indiquer qu'elle « ne peut être invoquée qu'à certaines conditions, *strictement définies*, qui doivent être cumulativement réunies ; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions »²⁴⁹². Les raisons de cette rigueur semblent être toujours la même, à savoir garantir la sécurité juridique et l'effectivité des obligations internationales²⁴⁹³.

913. Revenant ainsi sur chacun des critères énoncés au projet d'article 25, la Cour réitère certes la conception extensive de l'intérêt essentiel – qui peut correspondre à la protection de l'environnement²⁴⁹⁴ – mais elle nuance aussitôt cette libéralité : ledit intérêt doit être exposé à un péril grave et imminent. Elle admet d'abord que vérifier la réunion de ces trois conditions

²⁴⁸⁹ *Ib.* (italiques dans l'original).

²⁴⁹⁰ V. le chapitre 6 de la thèse, pp. 414-416.

²⁴⁹¹ Th. Christakis, « 'Nécessité n'a pas de loi' ? La nécessité en droit international », *op. cit.*, pp. 29-30 : « (...) on peut rappeler comme un membre de la CDI, plutôt hostile à l'état de nécessité, se rassurait en 1980 en remarquant avec humour que 'l'application de cette notion peut être si étroitement délimitée' qu'elle sera 'privée de toute utilité'. La remarque semble se réaliser, car pratiquement jamais une juridiction internationale n'a retenu l'état de nécessité tel que consacré par la CDI (...) ».

²⁴⁹² CIJ, 25/09/1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, *CIJ Rec. 1997*, p. 40, §51 (italiques ajoutés). Dans le même sens, v. CIRDI, 22/05/2007, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/01/3, p. 97, §304 : « [t]here is no disagreement either about the fact that state of necessity is a most exceptional remedy subject to very strict conditions because otherwise it would open the door to elude any international obligation ». V. ég., CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Aff. n°ARB/02/16, p. 102, §345 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, 12/05/2005, Aff. n°ARB/01/8, p. 92, §317

²⁴⁹³ CIRDI, 12/05/2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op. cit.*, p. 92, §317 : « [i]f strict and demanding conditions are not required or are loosely applied, any State could invoke necessity to elude its international obligations. This would certainly be contrary to the stability and predictability of the law ». V. ég., CIRDI, 22/05/2007, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, p. 97, §304 et, reprenant une formulation identique, CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 102, §345.

²⁴⁹⁴ CIJ, 25/09/1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *op. cit.*, p. 41, §53.

« constitue autant d'opérations complexes »²⁴⁹⁵, notamment en raison des incertitudes entourant l'impact du projet²⁴⁹⁶. Interprétant la notion de « péril », la CIJ refuse de le réduire à un « risque », préférant insister sur son caractère certain et inévitable²⁴⁹⁷. L'imminence, enfin, est déterminée à partir de l'existence de mesures alternatives qu'aurait pu adopter l'État qui invoque l'état de nécessité²⁴⁹⁸. Ensuite, si la juridiction n'indique pas que la contribution de la Hongrie à la survenance du péril était « substantielle », ce critère a néanmoins été employé pour assouplir la rigueur des modalités d'application de la défense de nécessité – même si, en l'espèce, cela n'a pas joué en la faveur de l'État défendeur²⁴⁹⁹.

914. Enfin, il convient de relever que le projet d'article 25 stipule que les mesures adoptées par un État pour réagir à une situation de nécessité ne doivent pas porter « gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble ». Si l'application de cet alinéa n'a jamais fait l'objet d'une application par un des tiers impartiaux saisis de cette défense au fond²⁵⁰⁰, une lecture approfondie permet de mesurer la proximité qu'il entretient avec la théorie des droits fondamentaux étatiques : il est en effet question d'opérer une conciliation des intérêts en cause par la situation de nécessité. La tâche est ardue et explique pourquoi cela requiert quelques centaines de pages d'analyse dans la thèse de la P^{re} Cassella²⁵⁰¹. Sans avoir ainsi à revenir sur une opération complexe qui fait déjà l'objet d'une analyse remarquable, il faut néanmoins insister sur un point : le projet d'article 25 semble reprendre, avec quelques ajustements, le modèle théorique des droits fondamentaux étatiques qui avait pourtant fait l'objet de nombreuses critiques du point de vue de la technique juridique. On sait en effet que les internationalistes classiques avaient conscience du risque que certains droits fondamentaux

²⁴⁹⁵ *Id.*, p. 41, §54.

²⁴⁹⁶ P.-M. Dupuy, « L'invocation de l'état de nécessité écologique - Les enseignements tirés d'une étude de cas », in SFDI, *La nécessité en droit international*, op. cit., p. 234 : « [a]insi, le grand embarras induit par l'invocation de l'argument de nécessité dans un domaine à causalité complexe est-il de transformer la Cour en juge d'un fait dont l'analyse lui échappera en bonne part. (...) Entre deux 'intérêts essentiels', il deviendra souvent bien aléatoire de trancher ».

²⁴⁹⁷ CIJ, 25/09/1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, op. cit., p. 42, §54.

²⁴⁹⁸ *Id.*, pp. 43-45, §§55-57.

²⁴⁹⁹ CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, op. cit., p. 105, §354 ; CIRDI, 10/04/2013, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/04/16, p. 345, §1124.

²⁵⁰⁰ Les tiers n'arrivant quasiment jamais à la conclusion que les autres conditions de l'état de nécessité ne sont pas réunies, ils arrivent généralement à la même conclusion que la CIJ, 25/09/1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, op. cit., p. 46, §58 : « [e]n conséquence [de la non-réunion des autres conditions posées par le Projet d'article], la Cour n'a pas à examiner la question de savoir si, en procédant comme elle l'a fait en 1989, la Hongrie aurait 'gravement porté atteinte à un intérêt essentiel' de la Tchécoslovaquie (...) ».

²⁵⁰¹ S. Cassella, *La nécessité en droit international*, op. cit., pp. 269-511.

appartenant à deux États différents puissent entrer en conflit : tout l'enjeu était donc de déterminer *comment* résoudre ce conflit.

915. Si, comme la P^{re} Cassella l'a démontré, l'opération qui résulte de l'application de l'article précité implique un raisonnement suivant une approche économique du droit²⁵⁰², il n'en demeure pas moins que cela demeure *juridique* – contrairement à l'allégation de Visscher²⁵⁰³. Pour l'ensemble de ces raisons, il apparaît clairement que le projet d'article 25 entend renforcer l'emprise du droit international sur l'une des manifestations de la conservation de l'État, et ce à plus d'un titre. D'abord en établissant une série de conditions qui rendent les chances de succès de la circonstance excluant l'illicéité véritablement exceptionnelle, ensuite en établissant clairement qu'en cas de conflits d'intérêts, ce ne sont pas ceux de l'État dont l'existence se trouverait menacée qui devraient l'emporter.

916. En dehors d'une emprise du droit international qui se manifeste par l'addition d'éléments déclencheurs appréciés strictement, il faut aussi remarquer l'accent qui est mis sur l'obligation de se conformer aux principes de nécessité et de proportionnalité lorsqu'un État protège son existence.

2.2. La conservation de l'État justifiant l'adoption de mesures strictement nécessaires à l'objectif poursuivi par l'exception conventionnelle

917. Quoique participant certes à restreindre les risques d'abus inhérents au phénomène d'autoconservation, nous ne croyons pas qu'il s'agisse-là d'une nouveauté du droit *post* Seconde Guerre mondiale. On a déjà pu relever que la pratique et la doctrine antérieures à la Première Guerre mondiale insistaient également sur l'obligation de respecter ces critères de nécessité et de proportionnalité. La pratique témoigne également de cette tendance, comme l'indique un exemple rapporté par le baron Ferdinand de Cussy. Dans un traité conclu en 1713 entre la France et les Provinces-Unies des Pays-Bas, on pouvait y lire un article 16 qui « portait que les navires, pilotes, officiers et soldats, matelots, denrées et marchandises, ne sauraient être saisis, *même sous prétexte de la conservation et de la défense de l'État*, sans le consentement des intéressés »²⁵⁰⁴.

²⁵⁰² *Id.*, pp. 14-16.

²⁵⁰³ V. la section précédente du présent chapitre, pp. 434-436.

²⁵⁰⁴ B. F. de Cussy, *Phases et causes célèbres du droit maritime des Nations*, vol. I, *op. cit.*, p. 122 (italiques ajoutés). Le traité est disponible en ligne : [<https://www.heraldica.org/topics/france/utrecht6.pdf>] (consulté le 14/06/2023).

918. Ce qui paraît néanmoins renforcer la croyance de la doctrine contemporaine que le droit international aurait récemment progressé au point d'assurer le respect de la nécessité et de la proportionnalité trouve son explication ailleurs : dans le développement du règlement pacifique des différends par un tiers impartial. Sans avoir à revenir sur l'explosion des juridictions depuis le début du XX^{ème} siècle, on sait que de nombreux organes sont aujourd'hui habilités à s'exprimer sur des différends opposant les États : que ce soient des juridictions internationales, régionales ou encore des institutions quasi-juridictionnelles (comme l'organe de règlement des différends de l'OMC) ou politiques (le Conseil de sécurité). Pour autant, le tiers impartial n'est pas devenu l'*alpha* et l'*omega* du droit international, celui-ci demeurant profondément enraciné dans une situation où tout État « apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États »²⁵⁰⁵.

919. L'intérêt indéniable de cette évolution ne porte donc pas – seulement – sur le contrôle exercé par ces tiers, mais sur une analyse des critères qui se rapprochent au maximum d'une évaluation objective. Par exemple, le droit de légitime défense ne mentionne pas dans son libellé les conditions de proportionnalité et de nécessité. Malgré le silence de l'article 51 à cet égard, la CIJ a estimé que ces critères relevaient du droit international coutumier²⁵⁰⁶ et que leur réunion était soumise à son examen²⁵⁰⁷. Le corollaire de cette dernière assertion est de refuser qu'un État puisse échapper à cette évaluation en arguant, à l'instar des États-Unis dans l'affaire des *Plates-formes*, « qu'ils ont estimé de bonne foi que les attaques contre les plates-formes étaient nécessaires (...) »²⁵⁰⁸. La CIJ a en effet répondu que le droit international « ne laisse aucune place à 'une certaine liberté d'appréciation' » en la matière, et que le contrôle ainsi opéré est « rigoureux et objectif »²⁵⁰⁹. De même, la pratique du Conseil de sécurité a démontré que la

²⁵⁰⁵ Tribunal arbitral, 09/12/1978, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence, RSA, vol. XVIII, p. 483, §81. En ce qui concerne l'importance prétendue d'un tiers impartial permanent en droit international, en raison de considérations liées au « progrès » de la discipline., v. D. Alland, « Justiciabilité et juridicité du droit international public », in *Grandes pages du droit international*, Charles Leben, 2023 (à paraître).

²⁵⁰⁶ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, op. cit., p. 103, §194 ; CIJ, 08/07/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., p. 245, §41 ; CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, op. cit., p. 183, §43.

²⁵⁰⁷ O. Corten, « La nécessité et le *jus ad bellum* », op. cit., p. 131. La solution semble transposable à toutes les clauses de dérogation intéressant la préservation de l'existence de l'État, à moins que l'une d'elles ne puisse être qualifiée de « *self-judging* », comme l'article XXI du GATT, v. Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, op. cit., §71.146 : « il appartient à la Russie de déterminer la 'nécessité' des mesures pour la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. C'est la conclusion qui doit logiquement être tirée si l'on veut donner un effet juridique à l'expression adjectivale 'qu'elle estimera' ».

²⁵⁰⁸ CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, op. cit., p. 196, §73.

²⁵⁰⁹ *Ib.*

position défendue par le ministre des Affaires étrangères français, en 1952²⁵¹⁰, était erronée : le Conseil n'hésite pas à remettre en cause l'exercice du droit de légitime défense d'un État membre²⁵¹¹.

920. L'essentiel du contrôle de nécessité et de proportionnalité aboutit à donner un plein effet à la nature même du droit reconnu à l'État : celui d'assurer sa *défense*. Cette dernière notion permet de comprendre que le recours à la force doit cesser dès qu'il n'est plus question pour un État de se protéger mais de punir l'autre État à l'origine de l'agression armée²⁵¹². Ainsi, il serait aisé d'en déduire que la légitime défense ne serait *plus* nécessaire une fois l'agression repoussée²⁵¹³. Le P^r Corten observe le caractère protéiforme du critère de nécessité, celui-ci ayant été manipulé de trois façons différentes dans trois affaires de la CIJ²⁵¹⁴. La nécessité peut se manifester sous les traits d'un critère temporel, géographique ou de cohérence²⁵¹⁵. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel ils pouvaient invoquer la légitime défense collective, car ils ont utilisé la force plusieurs mois après que l'El Salvador a repoussé l'agression armée initiale²⁵¹⁶. Dans l'affaire des *Plates-formes*, la Cour a observé que les États-Unis prétendaient avoir agi en légitime défense, alors même qu'ils n'avaient pas subi une agression armée au moment des faits allégués²⁵¹⁷. Enfin, dans l'affaire

²⁵¹⁰ Cité par E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1978, p. 104 : « [e]n ce qui concerne le mécanisme de l'article 51, c'est à chaque État en cause, victime de faits de force ou partie à un accord d'assistance, d'apprécier si les conditions de la légitime défense sont remplies. Cette appréciation doit évidemment être faite de bonne foi, mais aucune autorité n'a le droit de se substituer à lui jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». V. les autres exemples mentionnés par l'auteur, pp. 102-104.

²⁵¹¹ L.-A. Sicilianos, « Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des nations unies*, op. cit., pp. 84-95, où l'auteur se demande si le Conseil n'aurait pas « retrouvé » son pouvoir de contrôle avec la fin de la guerre froide.

²⁵¹² C'est pourquoi il n'a pas fallu attendre l'adoption de la Charte des Nations Unies pour identifier cette limite inhérente au droit de légitime défense, v. E. Giraud, « La théorie de la légitime défense », op. cit., p. 811 : « (...) l'État devrait, en principe, adapter sa riposte au danger actuel qu'il court et ne pas aller au-delà des exigences de sa défense raisonnablement entendue ».

²⁵¹³ O. Corten, « Necessity », in M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 873 : « [c]ertain authors consider that self-defence cannot be exercised after an attack has ended. This seems logical, as 'defence' cannot lead to punitive action, since it is supposed to put an end to an ongoing attack ».

²⁵¹⁴ *Id.*, p. 870.

²⁵¹⁵ *Ib.*

²⁵¹⁶ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, op. cit., p. 122, §237 : « [d]'une part ces mesures n'ont été adoptées et n'ont commencé à produire leurs effets que plusieurs mois après que la grande offensive de l'opposition armée au Salvador contre le gouvernement de ce pays eut été totalement repoussée (...). Il n'est donc *pas possible de considérer celles-ci comme ayant été entreprises sous l'empire de la nécessité* » (italiques ajoutés).

²⁵¹⁷ CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt (fond), *Rec. 2005*, p. 223, §147 : « [l]a Cour ne peut cependant manquer de relever que la prise d'aéroports et de villes situés à plusieurs centaines de kilomètres de la frontière ougandaise ne semble *guère proportionnée* aux diverses attaques transfrontalières dont l'Ouganda se prévaut pour justifier l'exercice de son droit de légitime défense, *ni nécessaire* pour l'exercice de ce droit » (italiques ajoutés).

des *Activités armées*, elle a considéré que la prise d'aéroports et de villes situées à plusieurs centaines de kilomètres de la frontière de l'État invoquant la légitime défense ne démontrait pas l'utilité d'un tel recours²⁵¹⁸. En d'autres termes, le P^r Corten remarque que lorsqu'un tiers vérifie la nécessité d'une mesure adoptée en vertu du droit de légitime défense, il détermine si ladite mesure était véritablement défensive²⁵¹⁹.

921. Sans qu'il soit besoin de revenir sur des critères suffisamment étudiés par la doctrine²⁵²⁰, il faut remarquer que leur application déborde le simple droit de légitime défense, puisqu'ils sont généralement mobilisés chaque fois qu'un État justifie une action à partir de considérations relatives à sa survie. Les affaires relatives aux exceptions de sécurité nationale²⁵²¹ et celles contenues dans les traités internationaux et régionaux de droit international des droits de l'homme, par exemple, insistent sur l'obligation respecter la nécessité et la proportionnalité, sans quoi la dérogation cesserait d'être véritablement exceptionnelle²⁵²². Adoptant un standard de contrôle casuistique – *in concreto* – les tiers déterminent si l'État ne disposait d'aucun autre moyen pour protéger ses intérêts essentiels²⁵²³, si les mesures présentaient un rapport avec

²⁵¹⁸ CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 198, §76 : « [à] cet égard, elle relève que rien n'indique que les États-Unis se soient plaints auprès de l'Iran des activités militaires des plates-formes, comme ils l'avaient fait à maintes reprises s'agissant du mouillage de mines et d'attaques contre des navires neutres - *ce qui ne donne pas à penser qu'ils jugeaient nécessaire de prendre les plates-formes pour cibles* » (italiques ajoutées).

²⁵¹⁹ O. Corten, « La nécessité et le *jus ad bellum* », *op. cit.*, p. 135. V., CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, pp. 223-224, §148 : l'article 51 « n'autorise pas, au-delà du cadre ainsi établi, l'emploi de la force par un État pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité ».

²⁵²⁰ O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, pp. 747-776.

²⁵²¹ CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/02/1, pp. 68-70, §§231-237 ; CIRDI, 05/09/2008, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Aff. n°ARB/03/9, pp. 84-88, §§193-198 ; CIRDI, 27/12/2010, *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Aff. n°ARB/04/01, p. 103, §224 ; CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, Aff. Arb. N° 2014-10, pp. 74 et s., §§234 et s. Le critère de nécessité est parfois conçu restrictivement lorsqu'il n'est pas mentionné expressément dans la clause, v. CPA, 25/07/2016, *Devas v. The Republic of India*, Aff. N°2013-09, pp. 63-65, §§238-243 : l'État qui s'en prévaut « *does not have to demonstrate necessity in the sense that the measures adopted was the only it could resort to in the circumstances, it still has to establish that the measure related to its essential interests* ».

²⁵²² CEDH, 31/08/2022, *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme - Dérogation en cas d'urgence*, pp. 9-10, §§23-24 ; Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°29 - État d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, distr. le 31/08/2001, §4 ; S. Dabire, *La dérogation aux droits de l'homme en Afrique*, *op. cit.*, pp. 49-56 ; L. Hennebel, *The American Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, OUP, 2022, pp. 818-819.

²⁵²³ P. ex., CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 103, §350 ; CIRDI, 12/05/2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op. cit.*, p. 94, §323 ; CIRDI, 27/12/2010, *Total S.A. v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 101, §221

l'intérêt prétendument garanti²⁵²⁴ et, enfin, s'il n'a porté qu'une atteinte strictement nécessaire à la protection de ces intérêts (*i.e.*, critère de proportionnalité »)²⁵²⁵.

922. Le contrôle ainsi exercé ne diffère pas fondamentalement de celui suggéré par les partisans de la théorie des droits fondamentaux étatiques, ce qui explique pourquoi les tiers précisent souvent vérifier si la clause de dérogation n'a pas fait l'objet d'abus²⁵²⁶. Ainsi, le concept de « raisonnable » est mobilisé pour vérifier si on aurait dû attendre de l'Argentine qu'elle adopte certaines mesures particulières pour surmonter la crise économique²⁵²⁷, par exemple. Ou encore pour vérifier la proportionnalité du comportement adopté par un État invoquant l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵²⁸. De tels concepts appellent le tiers à être « convaincu » de la nécessité des mesures²⁵²⁹, une circonstance dont on a déjà pu relever qu'elle faisait entrer une forme de subjectivité dans l'analyse.

²⁵²⁴ CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, p. 97, §286 : « [b]ecause the import of the CCS decision remained undetermined, such measure was not principally targeted to safeguard India's essential security interests. In other words, as long as the choice among these potential usages (some of which were unrelated to essential security interests, as the Tribunal has noted above) remained open, the measure was not 'necessary' to protect the state's essential security interests ».

²⁵²⁵ Pour une affaire démontrant que l'évaluation du critère de proportionnalité est généralement assimilée à la nécessité de la mesure, CJCE, 10/07/1984, *Campus Oil Limited et autres c. ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres*, Aff. 72/83, *Rec. de la jurisprudence 1984*, pp. 2753-2756. V. ég., L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2018, pp. 724-726. Si la CEDH opère également une telle assimilation, elle refuse néanmoins d'adopter une approche casuistique pour vérifier la proportionnalité des mesures, CEDH, 19/02/2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, Requête n° 3455/05, arrêt, §184.

²⁵²⁶ CIRDI, 12/05/2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, p. 92, §317 (à propos de l'état de nécessité qui est construit selon des conditions restrictives « *to avoid abuse* »). L'article 348 du TFUE prévoit que tout État membre de l'Union européenne peut former un recours contre un autre membre qui aurait « fait un usage abusif des pouvoirs prévus aux articles 346 et 347 » ; la jurisprudence assimile parfois la notion avec la proportionnalité, TPI de l'UE, 30/09/2003, *Fiocchi munizioni SpA c. Commission des Communautés européennes*, Aff. T-26/01, *Rec. des jurisprudences 2003*, p. 3979, point 79. V. ég. dans la jurisprudence de la CEDH, 01/07/1961, *Lawless c. Irlande (n°3)*, requête n° 332/57, arrêt, §37 (où la notion « d'abus » est associée à la vérification de la nécessité des mesures adoptées en vertu de la dérogation). Enfin, dans le cadre du Pacte de 1966, v. SGNU, *Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Commentaire*, distr. le 01/07/1955, A/2929, pp. 72-73, §39 : « La préoccupation majeure était de déterminer la nature du danger exceptionnel qui justifierait un État à limiter les droits énoncés dans le Pacte, de telle manière que les dérogations ne donnent pas lieu à des abus ».

²⁵²⁷ CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, pp. 71-72, §242 : « *it would be unreasonable to conclude that during this period the Government should have implemented a tariff increase pursuant to an index pegged to an economy experiencing a high inflationary period* ». V. ég., CIRDI, 05/09/2008, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 88, §199 : le tribunal rappelle ne pas avoir l'intention d'émettre un jugement sur les mesures adoptées par l'Argentine, mais vérifie que son choix était « *well-founded, in that Argentina had no other reasonable choice available* ».

²⁵²⁸ CEDH, 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Requête N° 5310/71, arrêt, §212 : le Royaume-Uni a pu « raisonnablement estimer que les ressources de la législation ordinaire ne suffisaient pas à la lutte contre le terrorisme ». Plus généralement en matière de dérogations aux droits de l'homme, v. S. Dabire, *La dérogation aux droits de l'homme en Afrique*, *op. cit.*, p. 49 : « [n]on seulement elles ne doivent en aucune façon déroger à certains droits et libertés, mais encore pour déroger aux autres droits, elles doivent être 'raisonnablement justifiables' »

²⁵²⁹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.138 : l'obligation de bonne foi intervient dans le contrôle du critère de nécessité afin de faire remarquer

923. Les États soutiennent que c'est précisément en raison de cette subjectivité qu'ils revendiquent le droit de mettre en œuvre librement les exceptions fondées sur la conservation de leur existence.

Conclusion du Chapitre 7

924. L'intégration de l'argument de la conservation de l'État dans diverses exceptions et dérogations s'inscrit dans la continuité du « récit » décrit en introduction. Face aux violations du droit international justifiées par le « droit de conservation de soi », cette notion a rapidement donné l'impression de remettre en question le caractère contraignant des obligations contractées par les États. Cependant, malgré la volonté de lutter contre l'arbitraire inhérent à la notion, il n'a pas été possible de rejeter totalement cet argument de la même manière que le recours à la force. Les États et la doctrine ont plutôt estimé que la « conservation de soi » devait être réglementée et restreinte, afin d'éviter qu'elle ne dénature les obligations des États lorsqu'elle était invoquée. Ainsi, elle a été encadrée dans des exceptions et des dérogations strictement définies, régissant leur invocation.

925. L'emprise du droit international sur la « conservation de soi », résultant de la consécration de ces exceptions et dérogations fondées sur l'autoconservation, découle ainsi de l'emprise exercée par ce phénomène sur le droit international. Étant donné qu'il est impossible d'empêcher les États de réagir face à des menaces existentielles imminentes, il est apparu nécessaire et inévitable de fournir un encadrement juridique à ce comportement. Dans un ordre juridique où il n'existe aucune autorité supérieure qui assiste les États face à de telles menaces, les exceptions jouent nécessairement un rôle important en droit international en raison de cette faiblesse structurelle. Cependant, même si le droit international était en mesure de garantir en toute circonstance la conservation de l'existence des États, il serait encore nécessaire d'avoir ces exceptions et ces dérogations. En effet, même dans le droit interne, les individus conservent certains pouvoirs exceptionnels qui leur permettent de se substituer temporairement à l'État²⁵³⁰.

926. L'avantage de l'inscription de la « conservation de soi » dans les exceptions et les dérogations est double : d'une part, cela permet d'encadrer leur déclenchement, et de l'autre, cela limite l'étendue des mesures prises en conséquence.

que « les mesures en cause » doivent satisfaire une « prescription minimale de plausibilité par rapport aux intérêts essentiels de sécurité invoqués ».

²⁵³⁰ D. Alland, « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », *Droits*, 2001/2, n°34, pp. 74-77.

Chapitre 8. Mise en œuvre des exceptions fondées sur la conservation de l'État

927. Afin d'éclairer les conditions dans lesquelles un État est susceptible de mettre en œuvre une exception conventionnelle, une double perspective doit être adoptée. Du point de vue du déclenchement de l'exception d'abord, il faut déterminer comment un État apprécie la matérialisation d'une menace existentielle et, notamment, s'il est le seul maître de cette appréciation. Que la menace soit auto-appréciée ne fait aucun doute, mais l'enjeu est plutôt de savoir si cette appréciation est exclusive ou si elle peut être remise en cause par un tiers (**Section 1**). Du point de vue des mesures adoptées en application de l'exception enfin, il faut identifier leurs étendues et leurs limites, notamment à l'aune du droit international des droits de l'homme (**Section 2**).

Section 1. Le déclenchement de l'exception : (auto-)appréciation d'une menace existentielle

928. Les États jouissent d'une marge d'appréciation considérable dans la qualification de ce qui intéresse la préservation de leur existence. Remarquable, ce pouvoir d'appréciation ne correspond nullement à un pouvoir absolu, arbitraire et injusticiable. Cette conclusion doit être étayée à partir d'une analyse des clauses justifiant de ne pas appliquer une règle dont la mise en œuvre risquerait d'empêcher un État de se conserver : à savoir, les exceptions d'intérêts vitaux ou essentiels, de sécurité nationale, de légitime défense, de danger menaçant la vie de la nation, *etc.* Alors même qu'il a été possible d'identifier tout au long de la thèse des situations qualifiées par certains États de menace existentielle – comme le phénomène de surpêche ou l'inaccès à un littoral –, la pratique ne révèle un encadrement juridique de ces qualifications qu'à l'occasion de la mise en œuvre d'exceptions à la règle primaire. Cela s'explique aisément, notamment au regard de la portée de l'exception : si celle-ci n'était pas encadrée, elle permettrait de violer le droit international en toute circonstance, remettant en cause le caractère obligatoire des engagements contractés. Afin de préserver le principe *pacta sunt servanda*, les situations menaçant la sécurité nationale d'un État ou ses intérêts vitaux ne peuvent pas faire l'objet d'une appréciation subjective et unilatérale : celle-ci doit s'inscrire dans certaines limites.

929. Après avoir démontré que le droit international réprovoque les clauses dites « d'autoappréciation » (« *self-judging* ») (**Paragraphe 1**), il faudra identifier les critères et les principes qu'un État doit respecter dans la qualification d'une menace existentielle (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Justiciabilité des qualifications de menace existentielle

930. Puisque les exceptions que l'on va étudier irriguent l'ensemble du droit international, le *corpus* juridique mobilisé dans ce paragraphe est particulièrement dense – il s'étend du droit des investissements au commerce international, en passant par le droit de l'Union européenne ou encore le droit international des droits de l'homme ou humanitaire. Bien souvent, l'État qui justifie la violation d'une obligation internationale en vertu d'une exception – conventionnelle ou coutumière – récuse la possibilité qu'un tiers puisse remettre en question la qualification qui lui a permis d'appliquer ladite exception. Chaque fois qu'un tiers impartial a été confronté à une telle prétention néanmoins, il s'est déclaré compétent pour apprécier à son tour si les conditions énoncées par l'exception étaient réunies en l'espèce (**1.1.**). Pour autant, la priorité est laissée à l'État dans le déclenchement de l'exception (**1.2.**).

1.1. Mise en œuvre des exceptions et place laissée à l'appréciation par les tiers

931. La P^{re} Cassella définit l'auto-appréciation en ces termes :

« Lorsque (...) les éléments d'indétermination présents dans la norme confèrent une large marge d'appréciation à l'État qui l'applique en renvoyant à son auto-interprétation, cela signifie que les États ont voulu limiter le contrôle éventuel qui peut en être fait en cas de contestation, contrôle qui porte alors seulement sur des 'erreurs manifestes d'appréciation' »²⁵³¹.

932. Ainsi, dès qu'une clause permettrait à un État d'échapper à ses obligations internationales en raison d'une circonstance indéfinie menaçant son existence, ledit État jouirait d'un pouvoir discrétionnaire et exclusif de qualification de la menace. Dès lors que la grande majorité des exceptions de cette nature ne définissent pas de manière exhaustive les notions de sécurité nationale²⁵³², d'intérêt vital ou de danger sur l'existence de la vie de la nation, ce pouvoir serait théoriquement détenu par les seuls États qui s'en prévalent. Le P^r Christakis relève par exemple que « [l]e problème fondamental de cette notion [de sécurité nationale] est que chaque État définit lui-même les circonstances dans lesquelles sa sécurité pourrait être mise en danger et cette définition nationale évolue avec le temps »²⁵³³. Il faudrait en effet associer

²⁵³¹ S. Cassella, *La nécessité en droit international*, op. cit., p. 197. L'auteure n'entend pas l'auto-interprétation comme le fait d'interpréter une règle avant de l'appliquer, puisque ce type d'interprétation est inévitable.

²⁵³² Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *RGDIP* 2008/1, p. 12 : « [s]i plusieurs conventions internationales introduisent des exceptions relatives à la protection de la 'sécurité nationale' (...) ces notions ne sont généralement pas définies ».

²⁵³³ *Id.*, p. 10.

l'auto-appréciation ou l'auto-interprétation à des « problèmes » pour les mêmes raisons que celles identifiées par le P^f Alland dans sa thèse, à propos des contre-mesures :

« [L'auto-appréciation] paraît appelée à des extensions inquiétantes, rien ne semble pouvoir s'opposer à l'ensevelissement du motif sous le prétexte. C'est la possibilité ouverte à l'invocation de n'importe quel motif pour le déclenchement des contre-mesures. Dans ces conditions, on comprend les craintes, voire le scepticisme, que peuvent susciter des mesures que chacun peut, semble-t-il, manipuler à sa guise : la justice privée, n'est-ce pas l'arbitraire ? »²⁵³⁴

933. En reformulant quelque peu, il faudrait poser la question suivante : la qualification unilatérale et discrétionnaire d'une menace existentielle, n'est-ce pas l'arbitraire ? Autrement dit encore, toute la question porte sur la possibilité de reconnaître un quelconque caractère juridique aux exceptions susmentionnées malgré leur potentiel d'arbitraire – de la même manière que le P^f Alland avait relevé que de nombreux auteurs déniaient aux contre-mesures un tel caractère pour des raisons similaires²⁵³⁵. S'il est certain que de telles notions sont susceptibles de faire l'objet d'une interprétation extensive et abusive, il faudrait néanmoins aboutir à la même conclusion que celle du P^f Alland à propos des contre-mesures : cette circonstance ne saurait remettre en cause le caractère juridique des exceptions²⁵³⁶. L'auteur remarque au contraire que l'indétermination des contre-mesures « est le reflet du droit international dans son ensemble »²⁵³⁷ : « [t]oute norme, dès lors qu'un tiers impartial n'est pas systématiquement appelé à trancher des différends que peut soulever son interprétation, est donc en proie aux interprétations subjectives des États. *Tout est interprétable* »²⁵³⁸. Il faudrait même ajouter : *tout est auto-apprécié*, y compris, et pas seulement, les exceptions relatives aux intérêts vitaux.

934. Ainsi, le véritable enjeu autour d'une notion comme celle de « sécurité » doit être délimité avec prudence. Le P^f Le Bœuf note que le véritable problème « ne tient pas seulement à une éventuelle instrumentalisation par les parties : le risque est inhérent à toute notion et à tout raisonnement juridique. Le problème de la sécurité envisagée comme fondement juridique tient à l'inverse au fait *qu'il n'y a pas d'abus possible, puisqu'il n'existe aucune limite a*

²⁵³⁴ D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international - Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, p. 93.

²⁵³⁵ *Id.*, pp. 96-99.

²⁵³⁶ *Id.*, pp. 101-125.

²⁵³⁷ *Id.*, p. 125.

²⁵³⁸ *Id.*, p. 116 (italiques ajoutés).

priori »²⁵³⁹. Autrement dit, l'indétermination des circonstances menaçant l'existence de l'État n'impose à ce dernier de respecter aucune obligation juridique qui *limiterait* son appréciation subjective.

935. C'est pour cette raison que de nombreux États ayant déclenché une exception intéressant la préservation de leur sécurité nationale ou de leurs intérêts vitaux arguaient qu'une telle clause correspondait à un droit inhérent, reflétant leur compétence souveraine en la matière. Une telle lecture a été suggérée à propos de l'article XXI (b) de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994 (GATT), qui stipule « [q]u'aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée (...) b) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ». Ces intérêts se rapportent à trois hypothèses précises – matières fissiles, trafic ou commerce d'armes, temps de guerre ou de grave tension internationale²⁵⁴⁰. De même, dans le cadre du contentieux ayant opposé l'Argentine à des investisseurs étrangers affectés par des mesures destinées à lutter contre la crise économique qui a frappé le pays entre 2001 et 2005, l'État mobilisait en ces termes une clause d'exception de sécurité nationale stipulée dans un traité bilatéral d'investissement : le pouvoir discrétionnaire d'application de ladite clause « *was necessary to preserve the sovereign flexibility of a State to react to severe crisis* »²⁵⁴¹.

936. La doctrine qui s'est intéressée à ce discours a remarqué une certaine proximité avec l'approche Schmittienne de l'état d'exception : « *[u]nder Schmitt's approach, the very notion of sovereignty implies that, when push to shove, the sovereign is empowered to declare a state of exception and determine, without being constrained by the rule of law, what action the exception calls for* »²⁵⁴². Chez Schmitt en effet, le pouvoir de *décision*, à condition d'être détenu exclusivement par le décideur, est le critère qui permet de qualifier un souverain²⁵⁴³. Dès lors

²⁵³⁹ R. Le Bœuf, *Le traité de paix, op. cit.*, pp. 220-221, §227 (italiques ajoutés).

²⁵⁴⁰ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, plusieurs exemples sont mentionnés : « [l]es États-Unis indiquent qu'il s'agit d'un 'droit inhérent' qui a été reconnu à maintes reprises par les parties contractantes du GATT et les Membres de l'OMC » (p. 39, §7.51) ; Le Nicaragua a également considéré que les articles XXI du GATT de 1994 et l'article XIVbis de l'AGCS « témoignaient du droit inhérent d'un État de protéger sa sécurité (...) » (p. 141, §1.68).

²⁵⁴¹ Cité par D. Eiseinhut, « National security and international treaty law. The standard of review of international courts and tribunals with regard to 'security exceptions' », *Archiv des Völkerrechts*, 2010/4, p. 440 (souligné ajouté).

²⁵⁴² G. Vidigal et S. W. Schill, « International Economic Law and the Securitization of Policy Objectives : Risks of a Schmittian Exception », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 48(2), 2021, pp. 114-115 (souligné ajouté).

²⁵⁴³ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 315. Le lien avec l'autoconservation est clairement établi par C. Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 12 : « *[t]he existence of the state is undoubted proof of its superiority over the validity of the legal norm. The decision frees itself from all normative ties and becomes in the true sense absolute. The state suspends the law in the exception on the basis of its right of self-preservation, as one would say* ».

qu'un tiers serait capable d'interférer dans le processus décisionnel, il n'y aurait plus de souveraineté. L'inopérance d'une telle conception est néanmoins aisée à démontrer, au moins en droit international, puisque l'argumentaire mobilisé par les États aboutit à réitérer la solution retenue dans l'affaire du *Lotus* : à moins de règle prohibitive contraire, l'État jouit d'une liberté inhérente à son statut. Ainsi, les États qualifiant ce pouvoir d'exception de compétence souveraine considèrent que les clauses y relatives correspondent à une sorte de « réserve de souveraineté » plutôt qu'à une obligation restreignant cette souveraineté. Il suffirait ainsi de démontrer que les exceptions correspondent à des obligations internationales, c'est-à-dire à des « règles prohibitives contraires » à même de restreindre la souveraineté d'un État.

937. La jurisprudence n'a rencontré aucune difficulté à l'établir, notamment dans des affaires où un État refusait qu'un tiers soit compétent pour remettre en cause la qualification qu'il aurait retenue d'une menace à la « sécurité nationale », aux « intérêts vitaux » ou « essentiels », *etc.* Les États-Unis ont par exemple défendu qu'un recours en légitime défense collective n'était pas un différend d'ordre juridique, mais politique, par définition injusticiable²⁵⁴⁴. De même à propos des clauses de sauvegarde relatives à la sécurité nationale, le P^r Christakis observe qu'une « première série d'arguments » en faveur de leur injusticiabilité est construite autour d'une analogie avec le droit interne, en particulier avec la doctrine de l'*act of state* (au Royaume-Uni), de la *political question doctrine* (aux États-Unis) ou encore de l'acte de gouvernement (en France)²⁵⁴⁵ – dont la proximité avec la conservation de l'État a pu être confirmée dans la jurisprudence japonaise qui faisait implicitement application de ces doctrines²⁵⁴⁶. Une telle proposition a toujours été rejetée par la pratique²⁵⁴⁷, on va le voir. L'idée

²⁵⁴⁴ CIJ, art. 36(2) de son Statut : « la juridiction de la Cour [porte] sur tous les différends *d'ordre juridique (...)* » (italiques ajoutés). CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (fond), *CIJ Rec. 1986*, p. 27, §34.

²⁵⁴⁵ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *op. cit.*, p. 35. P. ex., v. la CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, sentence provisoire, p. 58, §183 : « *India's decision to reserve S-Band spectrum for military and other strategic use is a quintessential policy decision. Therefore, (...) the Claimant is precluded from challenging this measure under the bilateral investment treaty* » (italiques ajoutés).

²⁵⁴⁶ Cour suprême japonaise, *Japan v. Shigeru Sakata et. al.*, jugement du 16/12/1959, reprod. in *Japanese Annual of International Law*, vol. 4, 1960, p. 107 : saisie de la constitutionnalité d'un traité de sécurité conclu avec les États-Unis d'Amérique, la Cour refuse de remettre en cause ce qui relève du « *high degree of consideration or discretionary power on the part of the Cabinet which concluded the treaty and on the part of the Diet which approved it* ». Et ce, au motif que le traité touche « *upon the very existence of our country as a sovereign power (...)* ».

²⁵⁴⁷ *Id.*, pp. 39-40. Au sein de l'Union européenne également, CJCE, 12/07/1979, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, Aff. 153/78, *Rec. de la jurisprudence 1979*, p. 2559 : à propos l'ancienne clause d'exception de sécurité figurant à l'article 36 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne du 25/03/1957 et entré en vigueur le 01/01/1958 : ledit article « n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres, mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation des marchandises dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs

sous-jacente est néanmoins intéressante puisqu'elle repose sur l'impossibilité qu'une autorité extérieure vienne remettre en cause l'appréciation et la qualification d'une circonstance tombant sous le champ d'application des exceptions susmentionnées – à savoir une menace à la conservation de l'État. Au sein de l'OMC, la Russie a notamment insisté sur le fait que « [l]'évaluation subjective par un Membre ne peut être 'mise en doute ou réévaluée par aucune autre partie' ou par des organes judiciaires (...) »²⁵⁴⁸. Autrement dit encore, c'est parce que l'État bénéficierait d'un pouvoir exclusif de qualification d'une menace pesant sur les « intérêts essentiels de sa sécurité » qu'il faudrait constater l'incompétence du Groupe spécial de l'OMC.

938. Selon les partisans d'une telle solution, celle-ci devrait être accueillie sans aucune hésitation lorsque la clause en question, à l'instar de l'article XXI du GATT, stipule que l'État est libre d'adopter les mesures qu'il « *estimera* nécessaires à la protection » de ces intérêts. La CIJ aurait implicitement admis cet argument dans l'affaire opposant le Nicaragua aux États-Unis, en 1986. Chargée de trancher un différend relatif à l'application ou l'interprétation d'un traité d'amitié conclu entre les deux États, la CIJ remarquait que l'article XXI, alinéa *d*), autorisait l'une des parties à adopter les mesures nécessaires « à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité »²⁵⁴⁹. En désaccord avec la défense avancée par les États-Unis, la Cour a considéré être compétente « pour déterminer si des mesures prises par l'une des parties relèvent d'une exception » telle que celle figurant à l'article XXI précité²⁵⁵⁰. Une telle assertion découlerait d'une lecture *a contrario* du GATT qui, on l'a vu, emploie l'expression « *estimera* nécessaires »²⁵⁵¹. La doctrine en a donc déduit que la Cour voulait signifier, du moins implicitement, que chaque fois qu'une clause de sauvegarde emprunte le libellé de l'article XXI du GATT, il faudrait constater la présence d'une clause empêchant le tiers impartial de remettre en cause la qualification opérée par l'État qui l'invoque.

939. L'argumentaire est semblable, à bien des égards, à celui qui est joint aux réserves formulées par certains États dans leurs déclarations facultatives d'acceptation de juridiction obligatoire de la CIJ, écrites ainsi : « [c]ette déclaration ne s'applique pas aux différends relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale *telle qu'elle est entendue*

visés à cet article ». Solution confirmée dans CJCE, 10/07/1984, *Campus Oil Limited et autres c. ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres*, *op. cit.*, p. 2751, point 32.

²⁵⁴⁸ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.30.

²⁵⁴⁹ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 116, §221.

²⁵⁵⁰ *Id.*, p. 116, §222.

²⁵⁵¹ *Ib.*

par le Gouvernement (...) »²⁵⁵². L'ajout de l'expression en italiques suffirait à empêcher l'application de la jurisprudence des *Décrets*, en vertu de laquelle une question ne relève de la compétence exclusive d'un État que lorsque celui-ci n'a contracté aucun engagement international y relatif²⁵⁵³. Dans une affaire particulièrement controversée, la CIJ a effectivement donné un plein effet à cette réserve, c'est-à-dire qu'elle s'est déclarée incompétente sans vérifier si le différend relevait effectivement de la compétence exclusive de l'État – celui-ci étant libre d'apprécier unilatéralement la question²⁵⁵⁴. Critiquant avec ardeur ce type de réserve, Lauterpacht reprochait leur caractère « automatique » qu'il définissait en ces termes : « (...) en vertu de ladite réserve le rôle de la Cour se borne à enregistrer la décision qui est prise par le Gouvernement défendeur et qui n'est pas soumise à l'examen de la Cour »²⁵⁵⁵. Une telle réserve serait invalide pour au moins deux raisons : elle contreviendrait au principe qui figure à l'article 36, alinéa 6, du Statut de la Cour en vertu duquel « [e]n cas de question sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide »²⁵⁵⁶ ; ensuite, elle rendrait « l'existence de l'obligation (...) dépendante de la décision du Gouvernement qui accepte la disposition facultative, l'acceptation ne constitu[ant] pas une obligation juridique »²⁵⁵⁷.

940. Si l'analogie entre ces réserves automatiques et les exceptions destinées à garantir l'existence de l'État est pertinente, il faut néanmoins faire preuve de vigilance. L'unique point commun qui existe entre ces deux instruments concerne l'auto-appréciation d'une qualification – *i.e.* d'un domaine relevant de la compétence nationale d'une part, d'une circonstance menaçant la sécurité nationale, les intérêts vitaux, *etc.* de l'autre. Parfois, les États superposent une réserve que l'on pourrait qualifier d'« automatique » aux exceptions de sécurité nationale. La France a par exemple émis une réserve qui renvoie au droit interne s'agissant des mécanismes de dérogation figurant dans le Pacte international relatif aux droits civils et

²⁵⁵² CIJ, 06/07/1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt (exceptions préliminaires), *CIJ Rec. 1957*, p. 21 (italiques ajoutés). Pour une formulation différente, quoiqu'identique dans l'esprit, v. CIJ 21/03/1959, *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (exceptions préliminaires), *CIJ Rec. 1959*, p. 15 : « sous la réserve que cette déclaration ne s'applique pas (...) b) aux différends relatifs à des questions relevant essentiellement de la compétence nationale des États-Unis d'Amérique, *telle qu'elle est fixée par les États-Unis d'Amérique* » (italiques ajoutés).

²⁵⁵³ CPJI, avis, 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *Rec. CPJI*, série B, p. 24.

²⁵⁵⁴ CIJ, 06/07/1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, *op. cit.*, pp. 26-27, v. les critiques émises par Lauterpacht (pp. 42-50), Guerrero (pp. 68-69). Sans remettre en cause la validité de la réserve, la Cour a néanmoins considéré qu'elle était sans objet et inapplicable dans l'espèce d'une autre affaire, v. CIJ, 21/03/1959, *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁵⁵ CIJ, 06/07/1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, *op. cit.*, op. indiv. de Lauterpacht, p. 34.

²⁵⁵⁶ *Id.*, pp. 43-48.

²⁵⁵⁷ *Id.*, p. 44 et pp. 48-51.

politiques de 1966 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : respectivement les articles 4 et 15²⁵⁵⁸. Chacun des deux articles autorise l'État à déroger à certaines obligations « [d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation (...) »²⁵⁵⁹. La réserve française indique ainsi que « les circonstances énumérées » dans les textes de droit interne relatif à l'état d'exception « doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République (*i.e.* relatif aux pouvoirs exceptionnels du Président), les termes dans la stricte mesure où la situation l'exige ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances »²⁵⁶⁰.

941. L'Espagne²⁵⁶¹ et la Principauté d'Andorre²⁵⁶² ont émis des réserves similaires à l'égard de la Convention européenne, ce qui n'est pas sans susciter des critiques du point de vue de leur validité²⁵⁶³. À moins que la Cour européenne n'étende sa jurisprudence établissant sa compétence pour contrôler la validité des réserves émises par les États²⁵⁶⁴, celles-ci pourraient théoriquement avoir le même effet que les réserves automatiques dont la CIJ était saisie dans l'affaire précitée.

942. Hormis cette hypothèse très particulière, il faut remarquer que contrairement à ces réserves, les exceptions ne figurent pas dans une clause délimitant le champ de la compétence d'une juridiction internationale. C'est pour cette raison que la CIJ interprète ces clauses non

²⁵⁵⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16/12/1966 et entré en vigueur le 23/03/1976, *RTNU*, vol. 999, 1976, n°14668 p. 189, art. 4(1) ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 04/11/1950 et entré en vigueur le 03/09/1953, *RTNU*, vol. 213, 1955, n°2889, p. 234, art. 15(1).

²⁵⁵⁹ L'article 15 de la Convention européenne parle de menace à « la vie de la nation », *ib.* (italiques ajoutés). Au lieu d'entreprendre une analyse inutilement complexe du concept de « nation », on remarquera avec la doctrine que l'expression a été employée par les rédacteurs du Pacte de 1966 « dans le sens que lui prête la terminologie juridique anglo-saxonne, à savoir un synonyme d'État », v. A. Balguy-Gallois, « Article 4 », in E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 150. Sur les difficultés entourant la notion, v. néanmoins Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome 2, Paris, Sirey, 1974, pp. 19-26, points 11 à 13.

²⁵⁶⁰ Disponible en ligne :

[<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=005&codeNature=0>] (consulté le 10/07/2023).

²⁵⁶¹ *Ib.* : l'Espagne « déclare qu'elle interprète les dispositions des articles 15 et 17 dans le sens qu'elles permettent l'adoption des mesures envisagées aux articles 55 et 116 de la Constitution espagnole ».

²⁵⁶² *Ib.* : l'article 15 s'appliquera « dans les limites de ce que prévoit l'article 42 de la Constitution (...) ».

²⁵⁶³ A. Lambert et L. Braconnier Moreno, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ? », *La revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 22/01/2015 : [<https://journals.openedition.org/revdh/1778>] (consulté le 10/07/2023).

²⁵⁶⁴ CEDH, 29/04/1988, *Belilos c. Suisse*, arrêt, requête n° 10328/83, §§50-59 ; CEDH, 23/03/1995, *Loizidou c. Turquie*, arrêt (exceptions préliminaires), requête n° 15318/89, §89. V. ég., O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 339-349.

« comme excluant de la compétence de la Cour l'appréciation de la licéité de telles mesures », mais « comme ouvrant seulement une défense au fond »²⁵⁶⁵. Dans le même sens, le Groupe spécial, pourtant saisi d'une exception dont la mise en œuvre relève *a priori* de l'auto-appréciation de l'État (*i.e.* l'article XXI du GATT), a considéré que les sous-paragraphes i) à iii) de l'article XXI « qualifient l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé aux Membres par le texte introductif et le limitent à ces circonstances »²⁵⁶⁶. Constatant ensuite que chacune des hypothèses envisagées par ces sous-paragraphes était susceptible d'une définition objective²⁵⁶⁷, le Groupe spécial en est arrivé à la conclusion qu'il était compétent pour apprécier la qualification opérée par l'État Membre²⁵⁶⁸. En raisonnant cependant une nouvelle fois *a contrario*, on pourrait inférer de la solution que si les sous-paragraphes susmentionnés ne figuraient pas dans l'article XXI du GATT, le Groupe aurait dû se déclarer incompétent dès lors que l'État aurait été libre d'adopter les mesures « qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ». En d'autres termes, un article ne mentionnant que le chapeau introductif de l'article XXI, alinéa b), du GATT suffirait à faire produire l'effet d'injusticiabilité susmentionné – préservant ainsi le pouvoir exclusif d'appréciation de la menace existentielle.

943. Pour autant, enfin, il faut remarquer que la portée d'un argument fondé sur la notion d'auto-appréciation ne se réduit pas à l'incompétence d'un tiers dans la qualification de la menace aux intérêts vitaux ou sécuritaires. Même au stade du fond, les États qui invoquent les clauses protégeant de tels intérêts considèrent qu'une juridiction *ne peut tout simplement pas remettre en cause la qualification qu'ils ont retenue*. Encore une fois, la distinction opérée entre les clauses dites « *self-judging* » (*i.e.* celle réservant aux États un pouvoir d'appréciation discrétionnaire) et celles qui ne le sont pas redevient pertinente, pour des raisons différentes néanmoins. Il n'est en effet plus question d'en déduire l'injusticiabilité du différend, mais de déterminer le standard de contrôle opéré par le tiers. Ainsi, les tribunaux arbitraux qui ont été confrontés à diverses clauses d'exception de sécurité nationale ont réitéré la jurisprudence de

²⁵⁶⁵ CIJ, 12/12/1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (exception préliminaire), *CIJ Rec. 1996*, p. 811, §20. Solution confirmée dans CIJ, 13/02/2019, *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (exceptions préliminaires), *CIJ Rec. 2019*, p. 25, §45. Partant, dans une autre affaire opposant les États-Unis à l'Iran, les premiers ont modifié leur défense et cesser de contester la compétence de la Cour à partir d'une exception de sécurité nationale : CIJ, 03/02/2021, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt (exceptions préliminaires), *CIJ Rec. 2021*, p. 40, §110.

²⁵⁶⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.65.

²⁵⁶⁷ *Id.*, §7.77 (p. ex., à propos de la notion de « cas de grave tension internationale »). Plus généralement, §7.5.3.1.3.

²⁵⁶⁸ *Id.*, §7.5.3.2

la CIJ afin de n'admettre qu'exceptionnellement l'existence d'une clause relevant de l'auto-appréciation de l'État qui l'invoquerait²⁵⁶⁹. Il faudrait que la stipulation indique explicitement relever de l'auto-appréciation des parties pour qu'un Tribunal consente à opérer un contrôle plus restreint²⁵⁷⁰.

944. Quoi de plus logique, dès lors, que l'actuel article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ait été interprété comme une disposition conférant une marge d'appréciation considérable aux États membres. Ledit article stipule en effet que « tout État membre peut prendre les mesures *qu'il estime nécessaires* à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »²⁵⁷¹. Saisi d'un recours relatif à la disposition telle qu'elle figurait initialement, en des termes identiques, à l'article 294, alinéa 1, du Traité instituant la Communauté européenne, le Tribunal de première instance de l'Union européenne insistait sur l'expression « estime nécessaire »²⁵⁷². Il en a finalement déduit que la Communauté « confère aux États membres une discrétion particulièrement large dans l'appréciation des besoins participants d'une telle protection »²⁵⁷³. Partant, le Tribunal n'a pas vérifié si les intérêts « essentiels de sécurité » de l'État membre étaient véritablement affectés, mais il s'est contenté de déterminer si ces intérêts se rapportaient « à la production ou au commerce d'armes »²⁵⁷⁴. Néanmoins, dans une autre affaire tranchée par la Cour de Justice de l'Union européenne, celle-ci a indiqué que l'article précité « ne saurait (...) être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité *par la seule invocation desdits*

²⁵⁶⁹ CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Aff. N° ARB/02/1, sentence, pp. 63-64, §§212-213 ; CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Aff. N° ARB/02/16, sentence, p. 110, §374 ; CIRDI, 12/05/2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Aff. N° ARB/01/8, sentence, pp. 105-107, §§366-371 ; CIRDI, 05/09/2008, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, pp. 81-83, §§182-187 ; CIRDI, 10/04/2013, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, sentence, pp. 311-315, §§1037-1049 ; CIRDI, 22/04/2009, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Aff. N° ARB/05/6, p. 32, §105 ; CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, Aff. N° 2014-10, sentence provisoire, pp. 73-74, §231.

²⁵⁷⁰ CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, pp. 111-112, §379 ; CIRDI, 10/04/2013, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 311, §1037 ; CPA, 25/07/2016, *Devas v. The Republic of India*, *op. cit.*, sentence, §219.

²⁵⁷¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, in *Journal officiel de l'Union européenne* du 26/10/2012, article 346, alinéa 1, b. Disponible en ligne : [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF>] (consulté le 14/06/2023).

²⁵⁷² TPI de l'UE, 30/09/2003, *Fiocchi munizioni SpA c. Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 3971, point 58.

²⁵⁷³ *Ib.*

²⁵⁷⁴ *Id.*, p. 3971, point 59.

intérêts »²⁵⁷⁵. Pour autant, elle ne s'est pas proposée en l'espèce de contrôler la qualification retenue par l'État partie au différend, préférant se concentrer sur le caractère « nécessaire » des mesures adoptées.

945. Qu'il n'existe aucune clause produisant les effets revendiqués par certains États – à savoir une liberté absolue de qualification – ne fait aucun doute²⁵⁷⁶. Pourtant, la pratique semble conférer une incidence tout à fait réduite à cette solution sur le standard de contrôle adopté par le tiers impartial. En refusant d'admettre que les États détiennent un pouvoir exclusif de qualification, la jurisprudence énoncée plus tôt semble davantage insister sur l'absence d'un pouvoir arbitraire plutôt que sur sa volonté de remettre en cause la qualification opérée.

1.2. Liberté d'appréciation dans le déclenchement des exceptions

946. Les tiers saisis du différend reconnaissent une marge d'appréciation aux autorités confrontées à la menace existentielle (a). Cependant, ils vérifient également que la situation exceptionnelle en question concerne réellement la préservation de l'existence de l'État (b). L'État concerné est alors appelé à convaincre les tiers saisis de la légitimité de son appréciation (c).

a. Marge d'appréciation reconnue aux autorités étatiques

947. Que ce soit pour la mise en œuvre de l'article 4 du Pacte de 1966 précité ou pour toute autre exception de sécurité, il est certain qu'il n'existe aucun « contrôle d'opportunité de la décision de mettre en œuvre le droit de dérogation »²⁵⁷⁷. La doctrine a ainsi remarqué que « [c]'est (...) l'État qui a la liberté de *qualifier* la situation qui le conduit à faire usage de son droit et la pratique des organes internationaux a conforté ce droit en vertu du principe de subsidiarité »²⁵⁷⁸. Plus largement encore, la P^{re} Cassella observe que malgré le recours à certains standards de contrôle, les États conservent une marge d'appréciation concernant « l'analyse des circonstances de l'espèce », leur permettant d'évaluer l'intérêt menacé par la matérialisation de certains faits²⁵⁷⁹. La même auteure considère que cette marge est *d'autant plus large* « (...) en

²⁵⁷⁵ CJUE, 15/12/2009, *Commission européenne c. République de Finlande*, Aff. C-284/05, point 47.

²⁵⁷⁶ S. Cassella, *La nécessité en droit international*, op. cit., pp. 208-211.

²⁵⁷⁷ L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité du droit international des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2018, pp. 722-723.

²⁵⁷⁸ *Id.*, p. 722, §608. Dans le même sens, F. Sudre, « L'encadrement de l'exception terroriste par la Convention européenne des droits de l'homme », in R. Maison et O. Mamoudy (dir.), *Autour de l'état d'urgence français. Le droit politique d'exception, pratique nationale et sources internationales*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 212.

²⁵⁷⁹ S. Cassella, *La nécessité en droit international*, op. cit., p. 203.

ce qui concerne l'évaluation d'une situation de nécessité touchant ses intérêts vitaux, notamment les intérêts liés à sa sécurité »²⁵⁸⁰.

948. La division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple considéré que « [s]i la Cour affirme son droit de contrôler la réalité du danger menaçant la vie de la nation (...), *en pratique l'appréciation de l'État ne sera qu'exceptionnellement remise en cause* »²⁵⁸¹. Le motif généralement avancé par la juridiction européenne afin de justifier cette solution a trait à la légitimité des autorités de l'État sur la question, ainsi qu'on l'a relevé plus tôt lorsqu'on a insisté sur l'avantage purement pragmatique à laisser aux États une liberté plus importante en de telles matières²⁵⁸². En effet, depuis au moins l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* de 1978, la Cour européenne des droits de l'homme déduit en ces termes la marge d'appréciation conférée aux États parties :

« Il incombe d'abord à chaque État contractant, *responsable* de 'la vie de (sa) nation', de déterminer si un 'danger public' la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. *En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment*, les autorités nationales se trouvent en principe *mieux placées que le juge international* pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 par. 1 leur laisse en la matière une *large* marge d'appréciation »²⁵⁸³.

949. Même si une telle assertion est aussitôt nuancée au motif que « [l]es États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine »²⁵⁸⁴, le contrôle exercé tient compte de la meilleure connaissance des faits par l'État qui qualifie le danger pesant sur la vie de sa nation. Et ce, aux fins d'en déduire un standard d'analyse moins élevé que ce que la justiciabilité des clauses de dérogation laissait initialement espérer. Une reformulation du passage précitée, dans un différend plus récent, démontre l'importance du *devoir* qui incombe à l'État de protéger sa population et son influence sur la liberté d'appréciation reconnue audit État : remarquant que le Royaume-Uni a été le seul État contractant « à avoir dérogé à la Convention pour riposter à

²⁵⁸⁰ *Id.*, p. 206. L'auteur ajoute que le juge Morenilla a reconnu que « la marge d'appréciation de l'État est plus large lorsqu'il s'agit de protéger la sécurité nationale que lorsqu'il s'agit de garantir l'autorité du pouvoir judiciaire en préservant les droits des parties », v. CEDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. RU*, Série A n°116, opinion partiellement dissidente du juge Morenilla, §3.

²⁵⁸¹ CEDH (Division de la Recherche), *Sécurité nationale et jurisprudence européenne*, 2013, p. 37, §120. Disponible en ligne : [<https://rm.coe.int/16806ae199>] (consulté le 10/07/2023).

²⁵⁸² V. le chapitre 1 de la thèse, pp. 90 et s.

²⁵⁸³ CEDH (plénière), 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207. Confirmé dans CEDH (plénière), *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Requête n° 14553/89 et 14554/89, arrêt, §43.

²⁵⁸⁴ CEDH (plénière), 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *id.*, §207.

la menace d'Al-Qaida » après les attentats du 11 septembre 2001²⁵⁸⁵, la juridiction refuse néanmoins de rejeter la qualification retenue par le Royaume-Uni. Celui-ci, « *garant* de la sécurité de la population *dont il a la charge*, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient »²⁵⁸⁶.

950. La responsabilité qui incombe à l'État faisant application d'une clause de dérogation est parfois sollicitée, avec le même effet, dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme. La juridiction régionale reconnaît ainsi qu'un État partie détient une série de pouvoirs exceptionnels en vertu de son « *right and [its] obligation to guarantee its security and maintain public order* »²⁵⁸⁷. Reprenant des motifs similaires, la Cour interaméricaine réitère logiquement l'essentielle de la jurisprudence de la Cour européenne²⁵⁸⁸. En matière de droit des investissements également, un tribunal arbitral a eu l'occasion de refuser de porter un jugement « *on national security matters as on any other factual dispute arising between an investor and a State* »²⁵⁸⁹. Contrairement aux hypothèses « ordinaires », ajoutait le tribunal, celles relatives à la sécurité nationale « *relate to the existential core of a State* », ce qui devrait impliquer de lui reconnaître une liberté d'appréciation²⁵⁹⁰.

951. Fort de cette solution qui était avantageuse au défendeur, l'Inde a plaidé dans une autre affaire qu'il n'importait finalement pas vraiment de savoir si la clause était laissée à son auto-appréciation ou non : quelle que soit la solution retenue, « *the Tribunal must accord substantial deference to India's national security determinations (...)* »²⁵⁹¹. Si ledit Tribunal admet devoir reconnaître « *a degree of deference (...) to a State's assessment* », il refuse, à l'instar de la Cour européenne, que « *such deference (...) be unlimited* »²⁵⁹². La même mécanique à deux temps – reconnaissance d'une marge d'appréciation d'une part, et son encadrement de l'autre – a été reprise par le Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire qui opposait l'Ukraine à la Russie²⁵⁹³.

952. La jurisprudence relative à la Convention européenne a ainsi largement dépassé son cadre géographique restreint, puisqu'elle a également influencé la conception que se font

²⁵⁸⁵ CEDH (grande chambre), 19/02/2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §180.

²⁵⁸⁶ *Ib.* (italiques ajoutés).

²⁵⁸⁷ CIADH, 27/11/2013, *Case of J. v. Peru, Series C N°275*, §124 (souligné ajouté). V. sur ce point L. Hennebel, *The American Convention on Human Rights. A Commentary*, *op. cit.*, p. 810.

²⁵⁸⁸ L. Hennebel, *The American Convention on Human Rights. A Commentary*, *id.*, pp. 812-813.

²⁵⁸⁹ CPA, 25/07/2016, *Devas v. The Republic of India*, *op. cit.*, §245.

²⁵⁹⁰ *Ib.* (souligné ajouté).

²⁵⁹¹ CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, p. 58, §183 (italiques ajoutés).

²⁵⁹² *Id.*, p. 234, §74 (la sentence se réfère d'ailleurs à la jurisprudence de la CEDH).

²⁵⁹³ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.131 : « il appartient, en général, à chaque Membre de définir ce qu'il estime comme étant les intérêts essentiels de sa sécurité ». Puis, aussitôt après au § 7.132 : « [t]outefois, cela ne signifie pas qu'un Membre est libre d'élever toute préoccupation au rang d'« intérêt essentiel de sécurité » ».

certaines États parties de l'article 4 du Pacte de 1966. Lors de la rédaction dudit article, la délégation irlandaise faisait justement référence à une solution rendue par la Commission européenne des droits de l'homme afin d'en déduire que « (...) *the Government concerned would have to be left to decide for itself when such a situation (i.e. une menace sur la vie de la nation) existed* »²⁵⁹⁴. Le Comité des droits de l'homme n'a cependant pas retenu une interprétation aussi libérale dans son observation générale²⁵⁹⁵, puisqu'il estime que l'État doit « pouvoir justifier » que la situation qu'il invoque « représente une menace pour l'existence de la nation », cette qualification étant soumise à une « évaluation *objective* »²⁵⁹⁶.

953. Néanmoins, les solutions jurisprudentielles adoptent une approche casuistique qui s'éloigne clairement d'un critère objectif pour embrasser le subjectivisme inhérent à l'appréciation de circonstances particulières, cette fois-ci du point de vue de l'État concerné plutôt que d'un tiers impartial. L'affaire *Leifer* a ainsi permis à la CJCE d'indiquer que « *selon les circonstances, les autorités nationales compétentes disposent d'une certaine marge d'appréciation* » s'agissant des mesures qu'elles *estiment* nécessaires à la protection de la sécurité publique²⁵⁹⁷. Dans certaines hypothèses, la situation susceptible de provoquer l'application d'une clause dérogatoire justifierait de laisser l'État libre d'apprécier unilatéralement la menace qui pèse sur la conservation de son existence *lato sensu* – en l'espèce, la juridiction ne détermine pas, à notre connaissance, si la qualification de « menace à la sécurité publique » était adéquate, puisqu'elle se plonge plutôt sur une étude du critère de la nécessité²⁵⁹⁸. Même si le Groupe spécial de l'OMC considérait que l'article XXI du GATT était susceptible d'une évaluation par un tiers, il ne s'est pas empêché d'indiquer que les intérêts sécuritaires dépendent « de la situation et des *perceptions particulières de l'État en question* (...) »²⁵⁹⁹. La Cour interaméricaine, dont la jurisprudence présente des similitudes avec celles de la Cour européenne, ne remet parfois même pas en cause l'appréciation des

²⁵⁹⁴ R. Thomsen (rapporteur), *Report of the Third Committee*, A/5655, distr. le 10/12/1963, p. 11, §49. V. sur ce point, M. J. Bossuyt, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the international covenant on civil and political rights*, Dordrecht, Marinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 85-91.

²⁵⁹⁵ Quoique non obligatoire, les observations du Comité ont été mobilisées par la CIJ afin d'interpréter les obligations du Pacte, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 664, par. 66.

²⁵⁹⁶ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°29 - État d'urgence (art. 4)*, *op. cit.*, §§5-6.

²⁵⁹⁷ CJCE, 17/10/1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, Aff. C-83/94, *Rec. de jurisp.* 1995, p. 3250, point 35 (italiques ajoutés). Confirmé dans CJCE, 26/10/1999, *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence*, Aff. C-237/97, *Rec. de jurisp.* 1999, p. 7442, point 27.

²⁵⁹⁸ CJCE, 16/09/1999, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, Aff. C-414/97, *Rec. de jurisp.* 1999, p. 5606, §22.

²⁵⁹⁹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.131 (italiques ajoutés).

circonstances effectuées par les États – préférant se concentrer sur l’effet des mesures adoptées²⁶⁰⁰.

954. En ce qui concerne les clauses permettant de *restreindre* certains droits, on remarque que contrairement à ce qui est généralement observé pour les dérogations fondées sur des circonstances exceptionnelles liées à la survie de l’État, il n’est pas toujours pris soin de restreindre leur portée²⁶⁰¹. En effet, étant donné que ces restrictions sont destinées à s’appliquer « en tout temps »²⁶⁰², la pratique juridictionnelle démontre la volonté de se conformer à la définition donnée par un État plutôt que de se substituer à lui dans le processus de qualification. Lorsqu’elle a été saisie d’un recours alléguant qu’une restriction fondée sur une clause de sécurité nationale était contraire à la Convention EDH²⁶⁰³, la Commission européenne des droits de l’homme a admis sans difficulté qu’aucune définition précise de la notion n’était nécessaire et que les États jouissaient d’une certaine marge d’appréciation dans ce domaine²⁶⁰⁴. À la différence de la restriction relative à la sécurité nationale toutefois, la dérogation figurant à l’article 15 de la Convention européenne mobilise une situation et des pouvoirs d’une exceptionnalité telle qu’elle justifie de vérifier si les autorités étatiques sont effectivement confrontées à une menace existentielle. Il semble en effet que ce soit un critère de gravité qui explique tout l’intérêt d’une définition²⁶⁰⁵, ne serait-ce que minimal, de la menace existentielle.

b. Une exception aux prises avec une menace existentielle

955. Quelle que soit l’approche retenue, il n’existe que très rarement une définition précise des circonstances dans lesquelles une dérogation destinée à garantir l’existence d’un État est susceptible d’être appliquée. Cela découle certainement de l’impossibilité de définir à partir de *quand* un intérêt essentiel ou vital est menacé. Le P^r Le Bœuf remarquait ainsi

²⁶⁰⁰ L. Hennebel, *The American Convention on Human Rights. A Commentary*, op. cit., p. 812 : « [h]owever, the factual conditions (...) do not have a major place in the assessment of the Court, which is more focused on the other conditions that are developed further and, especially, related to the rights affected by the emergency measures and the proportionality of these measures with the dangers to address » (souligné dans l’original).

²⁶⁰¹ B. M. Metou, « Le contrôle international des dérogations aux droits de l’homme », *RCADI*, vol. 425, 2022, p. 48 : « [l]es dérogations ne sont donc autorisées que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque ‘la vie de la nation est en jeu’, alors que des restrictions aux droits peuvent être apportées pour servir certains objectifs légitimes ».

²⁶⁰² *Id.*, p. 47.

²⁶⁰³ Les articles 6(1) (droit à un procès équitable), 8(1) (droit au respect de la vie privée et familiale), 10(2) (liberté d’expression), 11(2) (liberté de réunion et d’association), 2(3) du Protocole n°4 (liberté de circulation) et 1(2) du Protocole n° 7 (expulsion des étrangers) permettent de restreindre les droits garantis pour des motifs relevant de la sécurité nationale. Contrairement à la dérogation, la restriction ne rend pas inapplicable la stipulation qui en fait l’objet, v. *infra*, p. 513, note 2734.

²⁶⁰⁴ CEDH (division de la recherche), *Sécurité nationale et jurisprudence européenne*, op. cit., p. 4, §3. Se réfère à Commission EDH, 02/04/1993, *Esbester c. Royaume-Uni*, n° 18601/91, qui ne semble pas avoir fait l’objet d’une publication.

²⁶⁰⁵ A. Balguy-Gallois, « Article 4 », op. cit., pp. 149-150.

l'« indétermination fonctionnelle de la notion de sécurité »²⁶⁰⁶ et observait avec le P^r Sur qu'« au-delà d'une 'conception étroite, la sécurité au sens militaire du terme', la notion peut être élargie 'à un certain nombre d'éléments non militaires (...)' »²⁶⁰⁷. Entreprendre la rédaction d'une définition exhaustive de la notion a été qualifiée en doctrine de « *fruitless and purely academic exercise* »²⁶⁰⁸ tant les circonstances susceptibles de menacer la sécurité d'un État sont nombreuses. Davantage encore, le P^r Christakis insistait sur les variations des définitions nationales de la sécurité nationale²⁶⁰⁹ ainsi que sur l'inexistante définition internationale de la notion²⁶¹⁰.

956. Même lorsque la législation nationale, comme celle de la France, spécifie ce que recouvre l'expression de « sécurité nationale », la description en ressort nécessairement abstraite et évoque la définition que l'on a assortie à la « conservation de l'État » en introduction. L'article L1111-1 du Code de la défense dispose en effet que :

« La stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République, et de déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter. L'ensemble des politiques publiques concourt à la sécurité nationale »²⁶¹¹.

957. En droit international également, la référence aux éléments constitutifs de l'État est inévitable. Le Groupe spécial de l'OMC a défini les « intérêts essentiels de (...) sécurité »

²⁶⁰⁶ R. Le Bœuf, *Le traité de paix*, *op. cit.*, pp. 217-219.

²⁶⁰⁷ S. Sur, *Relations internationales*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 429, cité *in id.*, p. 217, §224. V. ég., P.-F. Laval, « Les migrations face à l'exception de sécurité nationale. À propos de quelques apories du droit international, européen et français de l'asile », *in* SFDI, *Migrations et droit international, colloque de Paris-Saclay (UVSQ)*, *op. cit.*, p. 251 : « [a]yant longtemps disposé d'une résonance essentiellement militaire, elle (*i.e.* la notion de sécurité nationale) a progressivement acquis une dimension pénale, économique, environnementale ou sanitaire (...) ».

²⁶⁰⁸ M. J. Hahn, « Vital interests and the law of GATT : an analysis of GATT's security exception », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12(3), 1991, p. 579.

²⁶⁰⁹ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale', en droit international », *op. cit.*, pp. 10-12. V. par exemple la définition adoptée par la Chine en 2015 dans sa législation dédiée et reproduit *in Chinese Journal of International Law*, vol. 15, p. 647 : « [n]ational security means that the State regime, sovereignty, unity and territorial integrity, people's welfare, sustainable development of economy and society and State's other vital interests are relatively in the situation of being free from danger and threats from inside or outside, and the capacity of guaranteeing sustainable security situation ». Le Code of Federal Regulations des États-Unis d'Amérique définit la notion beaucoup plus largement au §1400.102(a)(4) : « [n]ational security refers to those activities which are directly concerned with the foreign relations of the United States, or protection of the Nation from internal subversion, foreign aggression, or terrorism ».

²⁶¹⁰ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale', en droit international », *id.*, pp. 12-15.

²⁶¹¹ V. l'analyse de B. Warusfel, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », *in* V. Cattoir-Jonville et J. Saison (dir.), *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecoq*, Lille, Imprimerie Centrale du Nord, 2011, pp. 463-466.

comme ceux qui sont « liés aux fonctions primordiales de l'État, à savoir la protection de son territoire et de sa population contre les menaces extérieures et le maintien de la loi et de l'ordre public à l'intérieur de cet État »²⁶¹². S'appuyant, une nouvelle fois, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un groupe d'experts a dégagé une série de principes encadrant les restrictions et les dérogations au Pacte de 1966 – les *Principes de Syracuse*²⁶¹³. Désireux de définir la « menace pesant sur l'existence de la nation », les experts ont établi qu'elle devait :

« a) [Ê]tre dirigée contre l'ensemble de la population et contre la totalité ou une partie du territoire de l'État, et b) menacer l'intégrité physique de la population, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État ou l'existence ou les fonctions essentielles des institutions qui sont indispensables pour assurer le respect et protéger les droits reconnus par le Pacte »²⁶¹⁴.

958. Il s'agissait-là d'une reformulation de la solution retenue par la Commission européenne des droits de l'homme en l'affaire *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, en 1996²⁶¹⁵. Il est courant de lire dans la pratique et la doctrine qu'une menace portée à l'ordre constitutionnel d'un État pourrait provoquer la disparition de ce dernier si elle venait à se matérialiser. Comme l'observe M. Dabire, l'État « n'opère matériellement que par ses institutions et ne vit juridiquement que par son ordre constitutionnel »²⁶¹⁶. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette conclusion ne nous éloigne pas d'une définition de la menace existentielle apportée sous le prisme des éléments constitutifs de l'État. Dès lors que le droit constitutionnel attribue aux « institutions le pouvoir d'édicter et de mettre en œuvre des règles

²⁶¹² Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.130.

²⁶¹³ Ces principes sont annexés à la *Note verbale datée du 24 août 1984, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent des Pays-Bas après de l'Office des Nations Unies à Genève*, « Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations », E/CN.4/1985/4, 14 p.

²⁶¹⁴ *Id.*, p. 8, §39.

²⁶¹⁵ Commission EDH, 01/07/1961, *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce (l'« Affaire grecque »)*, p. 72, §153 : « [s]uch a public emergency may then be seen to have, in particular, the following characteristics : (1) It must be actual or imminent. (2) Its effect must involve the whole nation. (3) The continuance of the organised life of the community must be threatened. (4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate ».

Disponible en ligne : [<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-167795%22%7D>] (consulté le 10/07/2023).

²⁶¹⁶ S. Dabire, *La dérogation aux droits de l'homme en Afrique*, *op. cit.*, p. 34.

de droit »²⁶¹⁷ et qu'il organise « la coexistence de ces institutions »²⁶¹⁸, il garantit en réalité l'exercice de la souveraineté par un gouvernement sur son territoire et sa population²⁶¹⁹.

959. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne démontre clairement le souci de vérifier si la situation exceptionnelle, justifiant l'application de l'article 15, est réellement présente dans chaque cas spécifique. Interprétant la notion de « menace sur la vie de la nation » en application des articles 30 et 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour a ainsi considéré que « *le sens normal et habituel* des mots [employés] (...) est suffisamment clair ; (...) ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent (...) »²⁶²⁰. En l'espèce, elle a admis l'existence d'un danger entrant dans le champ d'application de l'article 15 après avoir remarqué « la conjonction de plusieurs éléments constitutifs, à savoir, notamment, le fait qu'il existait, sur le territoire de la République d'Irlande, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs » (*i.e.* l'*Irish Republican Army*)²⁶²¹. Dans une autre affaire, c'est « l'ampleur et les effets particuliers de l'activité terroriste du Parti des travailleurs du Kurdistan dans le Sud-Est de la Turquie [qui] ont indubitablement créé, dans la région concernée, un 'danger public menaçant la vie de la nation' »²⁶²². Cette approche permet de comprendre que même si la menace doit avoir des répercussions à l'échelle nationale plutôt que locale, cela n'empêche pas que les faits à l'origine de la menace soient limités à une région géographique spécifique d'un État. Un auteur a remarqué que « [l]e danger peut avoir un impact local et pourtant avoir des répercussions nationales (...) »²⁶²³.

²⁶¹⁷ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2013, p. 4.

²⁶¹⁸ *Ib.*

²⁶¹⁹ V. le Chapitre 1 de la thèse, pp. 75-85.

²⁶²⁰ CEDH (chambre), 01/07/1961, *Lawless c. Irlande (n°3)*, *op. cit.*, §28.

²⁶²¹ *Ib.*

²⁶²² CEDH (chambre), 18/12/1996, *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, arrêt, §70. Par le passé, le délégué turc n'a pas hésité à assimiler les actes de terrorisme à des actes « *which not only endangered innocent lives, but also jeopardized the fundamental rights of States (...)* », v. l'intervention lors de la 1580^{ème} séance du 04/12/1975, A/C.6/SR.1580, p. 280, §27 (souligné ajouté).

²⁶²³ A. Balguy-Gallois, « Article 4 », *op. cit.*, p. 151. Quelques exemples issus de la jurisprudence de la CEDH suffiront à nous en convaincre. CEDH (chambre), 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §205 : « [l]a crise traversée à l'époque par les *six comtés* relève par conséquent de l'article 15 » (italiques ajoutés) ; CEDH (chambre), 18/12/1996, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §70, dont a vu plus tôt que c'étaient les activités d'un groupe qui menaçaient l'existence de la nation, alors même qu'elles étaient restreintes au sud-est de la Turquie. *Contra*, sans pour autant accorder une valeur décisive aux travaux préparatoires du Pacte de 1966, v. SGNU, *Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, distr. le 01/07/1955, A/2929, p. 73, §40 : « [o]n a estimé qu'en indiquant qu'il s'agit d'un danger public exceptionnel 'qui menace l'existence de la nation' on ne laisserait subsister aucun doute quant à l'intention de désigner la totalité, et non pas une fraction de la population (...) ».

960. Tout va dépendre, en définitive, d'une appréciation *in concreto* des faits pertinents, comme le confirme la jurisprudence de la Cour européenne²⁶²⁴. À propos d'un coup d'État initié en 2016 par une faction des Forces armées turques, la Cour a rejoint l'opinion du Gouvernement selon laquelle les circonstances étaient telles qu'elles posaient « de graves dangers pour l'ordre constitutionnel démocratique et les droits de l'homme, constituant une menace pour la vie de la nation »²⁶²⁵. Tout à l'inverse, l'occurrence de manifestations dans la capitale de l'Arménie (Erevan) n'était pas de nature à atteindre le degré de gravité suffisant pour justifier l'application de l'article 15 de la Convention, même si ces mouvements populaires présentaient une certaine intensité²⁶²⁶. Le Comité des droits de l'homme relève ainsi à raison que « [t]out trouble ou toute catastrophe n'entre pas automatiquement dans la catégorie d'un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation »²⁶²⁷. Un conflit armé, par exemple, même s'il présente forcément une certaine gravité, ne menace pour autant pas indubitablement la survie de l'État²⁶²⁸.

961. Il convient néanmoins de souligner que le critère de la gravité de la menace existentielle n'est pas une découverte imputable à la seule jurisprudence européenne. Au contraire, dès l'affaire des emprunts russes, la Cour permanente d'Arbitrage en faisait application. La Turquie avançait qu'en raison d'événements intérieurs et extérieurs troublant sa stabilité, elle était obligée de « donner des affectations spéciales à un grand nombre de ses revenus » et de ne pas régler la dette normalement due à la Russie²⁶²⁹. En cas de paiement de celle-ci, la Turquie indiquait qu'elle aurait été empêchée de lutter contre des événements menaçant son existence. La Cour, sans remettre en cause la défense de « force majeure » invoquée, en a refusé l'application au cas d'espèce. En effet, la dette turque correspondait à une « somme *relativement minime* d'environ six millions de francs », ne permettant pas au tribunal de

²⁶²⁴ Mais pas seulement, CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 76, §252 : « [t]hus, an interest's greater or lesser essential, must be determined as a function of the set of conditions in which the State finds itself under specific situations. The requirement is to appreciate the conditions of each specific case where an interest is in play, since what is essential cannot be predetermined in the abstract ».

²⁶²⁵ CEDH (deuxième section), 20/03/2018, *Şahin Alpay c. Turquie*, requête n°16538/17, §76. L'appréciation du danger n'ayant pas été remise en cause par les requérants, la Cour n'y est pas revenue. V. ég. une affaire quasiment identique de la CEDH (deuxième section), *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, requête n° 13237/17, §93 ; ou encore, CEDH (deuxième section), 19/01/2021, *Atilla Taş c. Turquie*, requête n° 72/17, §83.

²⁶²⁶ CEDH (quatrième section), 21/09/2021, *Dareskizb Ltd. V. Armenia*, Requête n°61737/08, arrêt, §62.

²⁶²⁷ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°29 - État d'urgence (art. 4)*, *op. cit.*, §3.

²⁶²⁸ *Ib.* V. les discussions intervenues au sein du Comité des droits de l'homme avant l'adoption de l'observation générale, lors de la 1901^{ème} séance du 20/03/2001, CCPR/C/SR.1901, p. 8, §§57 et 58, spéc. §58 : « [t]outes les guerres ne constituent pas des situations d'urgence, toutes les situations d'urgence ne sont pas le fait de la guerre, et tous les dangers publics exceptionnels ne menacent pas la vie de la nation ».

²⁶²⁹ Tribunal arbitral, 11/11/1912, *Affaire de l'indemnité russe (Russie c. Turquie)*, in *RSA*, vol. XI, p. 443.

considérer que son paiement « aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure »²⁶³⁰. *A contrario*, le paiement d'une somme considérable aurait permis la mise en œuvre de l'exception admise par la juridiction. C'est donc le critère de la gravité qui a permis à la juridiction de revenir sur l'appréciation initialement opérée par la Turquie.

962. Quoique la « gravité » constitue un critère manipulable par un tiers impartial, il n'échappe pour autant pas à une certaine subjectivité. Le contentieux relatif aux mesures adoptées par l'Argentine pour lutter contre la grave crise économique traversée au début des années deux mille en témoigne. Tous les tribunaux ont insisté sur la nécessité de démontrer l'existence d'une menace grave²⁶³¹, existentielle, sans toujours parvenir au même résultat. Le Tribunal de l'affaire *Continental* explique cette divergence d'appréciation en remarquant que les autres tribunaux « *have taken a different evaluation in concreto as to the gravity of the Argentine economic crisis* »²⁶³². Cette même juridiction considérait ainsi qu'il était impossible de nier « *that a crisis that brought about the sudden and chaotic abandonment of the cardinal tenet of the country's economic life (...) does not qualify as a situation where the maintenance of public order and the protection of essential security interest of Argentina as a state and as a country was vitally at stake* »²⁶³³. Alors que certaines décisions ont qualifié la crise économique en Argentine de menace existentielle²⁶³⁴, la considérant comme une atteinte à ses intérêts essentiels et invoquant la défense de l'état de nécessité ou la clause de dérogation

²⁶³⁰ *Ib.*

²⁶³¹ V., p. ex., CIRDI, 12/05/2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op. cit.*, p. 93, §319 : « [a]gain here the issue is to determine the gravity of the crisis. The need to prevent a major breakdown, with all its social and political implications, might have entailed an essential interest of the State in which case the operation of the state of necessity might have been triggered » (de même à propos de la clause d'exception de sécurité nationale du TBI, p. 104, §361). V. ég. d'autres affaires n'intéressant pas l'Argentine : CPA, 25/07/2016, *Devas v. The Republic of India*, *op. cit.*, §233 (la mesure adoptée en vertu de la clause de dérogation doit être dirigée « *not to any security interests but only to 'essential security interests'* ») ; CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, p. 75, §236 (paraphrasant la jurisprudence de la CEDH, le Tribunal considère que « *the natural meaning of the treaty terms requires the presence of interests concerned with security (as opposed to other public or societal interests) that are 'essential', i.e. that go to the core (the 'essence') of state security* »).

²⁶³² CIRDI, 05/09/2008, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 78, §178. Dans le même sens, CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 103, §346.

²⁶³³ CIRDI, 05/09/2008, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *id.*, pp. 78-79, §180.

²⁶³⁴ CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 77, §257 (l'Argentine était confrontée, de l'avis du Tribunal, à une « *extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services operation, and to the preservation of its internal peace* ») ; CIRDI, 06/06/2012, *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, Aff. N° ARB/04/4, sentence, p. 122, §451 (« (...) les mesures adoptées constituent le seul moyen de préserver des intérêts essentiels de l'État face à un grave danger de dissolution sociale et d'anarchie politique ») ; CIRDI, 10/04/2013, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 318, §1059 (reprend la solution retenue dans *Continental*)

conventionnelle liée à la sécurité nationale, d'autres décisions ont adopté une approche différente.

963. Avant de revenir sur ces dernières solutions, il faut bien comprendre l'origine du désaccord qui s'est manifesté sur la question. Ce désaccord est en réalité la résultante d'un débat qui porte sur la question de savoir si une crise économique est susceptible de relever des intérêts essentiels de *sécurité* d'un État, ces derniers étant traditionnellement définis selon une approche militaire. Sur ce sujet, les *Principes de Syracuse* précités semblent refléter l'état de la pratique internationale : « [d]es difficultés économiques ne peuvent pas, *en elles-mêmes*, justifier des mesures de dérogation »²⁶³⁵. La formulation retenue, même si elle est tournée négativement, n'exclut pas en des termes absolus qu'une crise économique puisse menacer l'existence d'un État ou l'un de ses intérêts vitaux. À condition de démontrer la gravité de ces difficultés économiques auprès du tiers impartial, celui-ci pourrait être enclin à se montrer d'accord avec la qualification réalisée par l'État. La question s'est par exemple posée à propos de l'ancien article 30 du Traité instituant la Communauté européenne – devenu l'actuel article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – qui stipule que « [l]es dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de (...) sécurité publique (...) ». Dans l'affaire *Campus Oil Limited*, la Cour de Justice des Communautés européennes a admis que la stipulation précitée visait essentiellement « à sauvegarder des intérêts de nature non économique »²⁶³⁶. « Toutefois, ajouta-t-elle, compte tenu de *l'ampleur* des conséquences que peut avoir une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers pour l'existence d'un État, il y a lieu de considérer que le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique »²⁶³⁷.

964. Pour s'en convaincre, la juridiction opérait une appréciation *in concreto* des circonstances propres à l'Irlande, un pays qui « ne dispose pas d'une source d'approvisionnement propre en pétrole brut »²⁶³⁸ :

²⁶³⁵ « Note verbale datée du 24 août 1984, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent des Pays-Bas après de l'Office des Nations Unies à Genève », *op. cit.*, p. 8, §41 (italiques ajoutés).

²⁶³⁶ CJCE, 10/07/1984, *Campus Oil Limited et autres c. ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres*, *op. cit.*, §32.

²⁶³⁷ *Ib.*

²⁶³⁸ *Id.*, p. 2731, §2.

« À cet égard il y a lieu de constater que les produits pétroliers, par leur importance exceptionnelle comme source d'énergie dans l'économie moderne, *sont fondamentaux pour l'existence d'un État dès lors que le fonctionnement non seulement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels et même la survie de sa population en dépendent*. Une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour l'existence d'un État peuvent dès lors gravement affecter sa sécurité publique que l'article 36 permet de protéger »²⁶³⁹.

965. Si la Cour insistait sur le fait que « la réglementation en question [était] justifiée par des circonstances *objectives* »²⁶⁴⁰, il semble que leur appréciation quant à la détermination d'une menace existentielle était quelque peu subjective. Autrement dit encore, la solution adoptée par la Cour dans cette affaire n'était pas évidente et aurait pu être bien différente. C'est pourtant à partir du critère de l'« évidence » que les juridictions admettent ou rejettent les défenses invoquées par les États pour justifier le non-respect d'une obligation internationale. Cela a un impact significatif sur la charge de la preuve imposée à ces États : ils doivent convaincre les tiers que le déclenchement de l'exception s'imposait à eux comme une évidence, que c'était inévitable en somme.

c. L'« évidente nécessité » de la menace existentielle et la charge de la preuve

966. C'est bien la divergence dans l'appréciation des circonstances de la crise économique en Argentine qui explique les différentes solutions adoptées par les tribunaux arbitraux, et surtout pourquoi l'étendue de la liberté d'appréciation de la menace existentielle varie en fonction de l'instance saisie. Dans deux hypothèses bien précises, les arbitres expliquent ne pas avoir obtenu de preuves suffisamment *convaincantes* s'agissant de la gravité de la menace à laquelle l'Argentine était confrontée²⁶⁴¹. Dans l'affaire *Sempra*, le Tribunal confirme ainsi que

²⁶³⁹ *Id.*, p. 2751, §33 (italiques ajoutés). Une solution similaire avait été retenue dans une affaire plus ancienne, *Regolo Attilio et autres navires*, entre l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique, résolue par une sentence arbitrale du 14/01/1945, reprod. in *RSA*, vol. XII, p. 10, §6 : « (...) *the abnormality of present-day conditions often makes it necessary to adopt a quota system for commodities vital to national survival, including fuel oils* ». L'Espagne pouvait donc refuser de fournir à l'Italie de l'essence pour certains de ses navires pendant la Seconde Guerre mondiale, et ce pour deux raisons : « [*both grounds for refusal are justified, the first by the international duties which neutral status imposes and the second by the right of self-preservation to which oil is now so vital, especially where the neutral State has no domestic deposits and must import oil at a time of universal shortage caused by war* ».

²⁶⁴⁰ CJCE, 10/07/1984, *Campus Oil Limited et autres c. ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres*, *op. cit.*, p. 2751, §36 (italiques ajoutés).

²⁶⁴¹ CIRDI, 22/05/2007, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 97, §306 : « [*y]et, the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence* ».

tout est fonction de la charge de la preuve qui pèse en principe sur l'État qui invoque la dérogation, celui-ci devant *persuader* les arbitres qu'une menace existentielle s'est matérialisée²⁶⁴². L'emploi indifférencié des notions « convaincre » et « persuader » à son importance, puisque celles-ci ne recouvrent pas le même objet : le premier invite à faire appel à la *raison* du destinataire d'un discours, tandis que le second mobilise ses *sentiments*²⁶⁴³. Il convient de revenir sur ces notions qui traduisent la charge de la preuve imposée aux États qui invoquent des exceptions fondées sur la préservation de leur existence, car cela permet de mieux comprendre la nature du contrôle opéré par le tiers impartial.

967. Bien que préférant recourir, *a priori*, à la première notion (« convaincre »)²⁶⁴⁴, la pratique semble correspondre à ce que le P^r Saint-Bonnet a qualifié d'« évidente nécessité »²⁶⁴⁵. La Russie considérait ainsi que le différend dont était saisi le Groupe spécial de l'OMC en 2019 portait sur « des questions évidentes et importantes de sécurité nationale dont les membres ont reconnu qu'elles devraient être traitées en dehors de l'OMC »²⁶⁴⁶. L'Ukraine contestait elle-même la conventionnalité des mesures adoptées par la Russie en arguant qu'elles ne présentaient aucun « rapport évident avec l'objectif » poursuivi²⁶⁴⁷. Au sein même de la CEDH,

so as to qualify as involving an essential interest of the State is not convincing ». La formulation est reprise dans CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 103, §348.

²⁶⁴² CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 103, §346 : « [w]hile the CMS and Enron tribunals have not been persuaded by the severity of the Argentine crisis as a factor capable of triggering the state of necessity (...) » (souligné ajouté).

²⁶⁴³ La distinction n'est évidemment pas absolue, v. les définitions retenues par la *Dictionnaire de l'Académie française*, disponible en ligne : convaincre, c'est « [a]mener quelqu'un, par le *raisonnement* pour des preuves tirées de l'expérience, à convenir de la vérité d'un fait, d'une affirmation ; emporter son adhésion, *le persuader* » (italiques ajoutés). Si la définition mobilise simplement la raison et non pas les sentiments, elle admet néanmoins que la persuasion serait le synonyme de « convaincre ». Ainsi, il n'est pas étonnant de lire à la définition de « persuader » : « [a]mener quelqu'un à penser ou à agir conformément à ses vœux et à ses vues, en faisant appel *au sentiment autant qu'à la raison* » (italiques ajoutés). Les deux notions sont cette fois mentionnées, même si l'apparition des sentiments dans l'unique définition de « persuader » pourrait être prise comme une confirmation de notre proposition.

²⁶⁴⁴ CIJ, 12/12/1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, pp. 179-180, §35 : « [p]our faire droit à la demande de l'Iran, la Cour doit être *convaincue* (...) que les actions des États-Unis dont se plaint l'Iran (...) n'étaient pas justifiées par la nécessité d'assurer la protection d'intérêts vitaux des États-Unis sur le plan de la sécurité (...) » (italiques ajoutés) ; Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.122 : « (...) le Groupe spécial est *convaincu* que la situation qui existe (...) » (italiques ajoutés) ; CEDH, 18/12/1996, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §84 : la Cour « n'est pas *convaincue* que la situation exigeait la détention au secret du requérant (...) » (italiques ajoutés) ; EDH, 19/02/2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §189 : « (...) le Gouvernement ne lui a présenté aucun élément propre à la *convaincre* » (italiques ajoutés).

²⁶⁴⁵ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, *op. cit.*, pp. 140-144, mais ég. *passim* dans l'ensemble de l'ouvrage (dès lors que la démonstration générale s'appuie sur ce concept). Du même auteur, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol. 6, 2008, pp. 30-31. La notion d'« évidente nécessité » a parfois été reprise par la doctrine internationaliste, v. B. M. Metou, « Le contrôle international des dérogations aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 146.

²⁶⁴⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.22 (italiques ajoutés).

²⁶⁴⁷ *Id.*, §7.204 (italiques ajoutés).

cette dernière a parfois considéré qu'un danger susceptible de justifier la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention « ressort[ait] à l'évidence des faits (...) »²⁶⁴⁸. Elle a parfois recouru à des synonymes, comme lorsqu'elle a jugé que l'existence d'un danger menaçant la vie de la nation au Royaume-Uni dans les années quatre-vingt-dix était « *hors de doute* »²⁶⁴⁹.

968. Appelant à être convaincu, ou plutôt persuadé, le tiers incite l'État qui invoque la défense à apporter la preuve que son existence était réellement menacée. Ainsi, c'est bien souvent une *défaillance* dans la charge de la preuve qui permet à une juridiction, par exemple, de considérer qu'une dérogation est inapplicable aux faits d'espèce : « [f]aute du moindre élément d'information indiquant comment les politiques suivies par le Nicaragua seraient devenues en fait une menace pour les 'intérêts vitaux de sécurité' en mai 1985 (...) »²⁶⁵⁰ ; « (...) *India has failed to establish that the CCS decision was necessary to protect those essential security interests* »²⁶⁵¹ ; « [t]he Court (...) *does not have sufficient evidence to conclude that the opposition protests (...) represented a situation justifying a derogation* »²⁶⁵², etc. Il n'est pas toujours aisé, à partir des solutions jurisprudentielles précitées, de déterminer les raisons pour lesquelles un tiers n'a pas été convaincu ou persuadé par les éléments de preuve rapportés par un État.

969. Il ne saurait sans doute en aller autrement dès lors qu'on accepte avec le P^r Saint-Bonnet que cette « évidente nécessité » constitue le « critère qui propulse du normal dans l'exception »²⁶⁵³ et qu'elle offre une justification aux mesures exceptionnelles en leur offrant une légitimité : le décideur *n'avait pas le choix*, celui-ci s'imposait *de toute évidence* à lui et à *tout autre observateur*²⁶⁵⁴. Partant, il ne reste au décideur, en l'occurrence l'État, qu'à démontrer cette « évidence », ce qui aboutit à mettre en lumière ce qui est *manifeste*. Autrement dit, « le moyen utilisé est celui du jaillissement, de la clarté, du truisme, de la vérité, bref, de l'évidence »²⁶⁵⁵. L'adjectif faisant « appel à la sensation (non au raisonnement), à l'immédiateté (non à la délibération médiate et plus lente), à l'universalité (tout homme voit) »²⁶⁵⁶, il semble

²⁶⁴⁸ CEDH, 18/01/1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §205 (italiques ajoutés).

²⁶⁴⁹ CEDH, 26/05/1993, *Brannigan et McBride c. RU*, *op. cit.*, §45.

²⁶⁵⁰ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 141, §282.

²⁶⁵¹ CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, p. 96, §285.

²⁶⁵² CEDH, 21/09/2021, *Dareskizb Ltd. V. Armenia*, *op. cit.*, §62.

²⁶⁵³ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 140.

²⁶⁵⁴ *Id.*, pp. 140-141.

²⁶⁵⁵ *Id.*, p. 141.

²⁶⁵⁶ *Ib.*

logique qu'un tiers ne puisse expliquer pourquoi il n'a pas été convaincu par la qualification opérée par un État : soit il adhère à l'argumentaire de ce dernier, soit il le rejette²⁶⁵⁷.

970. Le contrôle effectué semble tellement succinct qu'il faudrait sans doute adhérer à une observation formulée par le Tribunal arbitral dans l'affaire *LG&E* : « [w]ere the Tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here »²⁶⁵⁸. Il convient ainsi de vérifier la validité d'une telle assertion en examinant le standard minimum de contrôle appliqué par les tiers, qui pourrait remettre en cause la qualification effectuée par les États.

Paragraphe 2. Remise en cause des qualifications de menace existentielle

971. Une première définition de la « qualification » correspond à un synonyme du phénomène d'« appréciation » que l'on a étudié tout au long du chapitre, à savoir un « raisonnement consistant à faire entrer un élément (fait établi, institution, règle de droit) dans une catégorie juridique qui conditionne l'application du régime juridique correspondant à cette catégorie »²⁶⁵⁹. Les développements qui suivent ne cherchent pas à insister davantage sur cette première acception, mais plutôt à revenir sur la définition grammaticale de la notion : l'emploi d'un adjectif qualificatif permet de *caractériser* le concept qui se trouve, par conséquent, juridiquement *qualifié*²⁶⁶⁰. Chaque fois qu'une clause de dérogation recourt à un ou plusieurs adjectifs qualificatifs, la liberté d'appréciation de l'État en ressort immédiatement réduite. Afin de déterminer si le standard de contrôle qui en résulte diverge de celui qui a été décrit jusqu'ici, il convient de s'y arrêter un instant.

972. Bien souvent, les États ont le droit de déroger au droit applicable en certaines circonstances qui ne font l'objet d'aucune définition précise ni d'aucune qualification. Dans cette hypothèse, l'État devra nécessairement respecter certains principes qui gravitent autour d'une même idée : la bonne foi (2.1.). Il existe néanmoins d'autres cas où la règle permettant

²⁶⁵⁷ C'est notamment pour cette raison que le Pr Saint-Bonnet peine à saisir l'intérêt de l'adoption d'une législation nationale d'exception, alors que l'« évidente nécessité » suffit (ou non) à justifier certaines dérogations aux lois en situations exceptionnelles, *id.*, pp. 360-376. Enfin, c'est également ce qui permet d'expliquer les *équivoques* du contrôle de l'évidente nécessité en droit administratif et en droit constitutionnel, puisqu'il est difficile de parvenir à saisir *objectivement* cette « évidence », v. du même auteur, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, pp. 31-37.

²⁶⁵⁸ CIRDI, 03/10/2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 64, §214 (souligné ajouté).

²⁶⁵⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, « Qualification », p. 915.

²⁶⁶⁰ *Dictionnaire de l'Académie française*, « Qualification », disponible en ligne : « [c]aractérisation au moyen d'un adjectif qualificatif ».

de surmonter une situation menaçant la conservation d'un État est assortie d'une définition plus précise que celle évoquée dans le paragraphe précédent, alourdissant la charge de la preuve de celui qui l'invoque (2.2.).

2.1. L'hypothèse des menaces existentielles non qualifiées en droit international

973. Le P^r Kolb a magistralement démontré que la bonne foi pouvait recouvrir plusieurs réalités en droit international public : elle peut protéger un État qui aurait agi sur le fondement d'une mauvaise appréciation des faits – d'une erreur (la bonne foi subjective)²⁶⁶¹ ; elle peut ensuite correspondre à un standard juridique qui « permet d'abord la perméabilité d'un système juridique aux valeurs sociales », puis qui assure ensuite « l'adaptation du droit aux changements de la vie dont il est le reflet » (la bonne foi semi-objective)²⁶⁶² ; enfin, la bonne foi peut correspondre à un principe général de droit, « qu'il soit tiré par analogie des droits internes ou qu'il soit un principe général propre à tout ordre juridique par implication nécessaire »²⁶⁶³. Au regard des multiples visages de la notion, il n'est pas étonnant de lire qu'elle est régulièrement confondue avec d'autres concepts que la pratique internationale relative aux clauses de dérogation susmentionnées assimile également, à savoir le « raisonnable » ou encore l'« abus de droit »²⁶⁶⁴. À propos du premier, il correspondrait à ce que l'auteur qualifie de « bonne foi semi-objective »²⁶⁶⁵, tandis que le second, l'abus de droit, est un principe général qui « dérive du principe général de bonne foi en ce sens qu'il en constitue l'une des concrétisations »²⁶⁶⁶. En résumé, bien qu'il soit pertinent de distinguer ces trois notions qui produisent des effets remarquables et distincts, il ne faut pas oublier qu'elles sont toutes guidées par une même idée incarnée par le principe de bonne foi : encadrer les pouvoirs d'un État lorsqu'il invoque une exception.

974. Malgré la coloration absolutiste que certains ont voulu donner à la théorie des droits fondamentaux étatiques, il s'avère que les trois notions que l'on vient de mentionner y figuraient déjà. À titre d'exemple, Alphonse Rivier considérait que le respect du principe de bonne foi était une condition préalable indispensable pour que les États puissent jouir du droit

²⁶⁶¹ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, pp. 115-134.

²⁶⁶² *Id.*, p. 137.

²⁶⁶³ *Id.*, p. 143.

²⁶⁶⁴ *Id.*, p. 440.

²⁶⁶⁵ *Id.*, p. 140 : Lorsque la bonne foi est décrite comme un standard, alors elle « se dépouille de toute précision terminologique, de toute rigueur, de toute technicité. Elle remplace autant de termes interchangeables qui sont tantôt le 'raisonnable', tantôt le 'loyal', tantôt 'l'approprié' ».

²⁶⁶⁶ *Ib.*

de conservation : « celui qui violerait d'une manière persistante les règles du droit des gens, qui agirait contrairement à toute *bonne foi*, (...) se mettrait ainsi hors du droit des gens, hors la loi internationale »²⁶⁶⁷. Selon l'auteur, la sentence, irrévocable, devait être la déchéance du droit d'autoconservation. Cette hypothèse ne concerne cependant pas seulement l'exercice des compétences conférées à un État en vertu dudit droit fondamental, puisque Rivier entendait renvoyer au respect du droit des gens *en général*.

975. Dans un autre passage de son ouvrage, la bonne foi est implicitement invoquée pour décrire les limites du droit d'intervention accordé aux États dans l'intérêt de leur conservation : « [i]l convient (...) de recommander (...) aux Gouvernements d'agir *avec la plus grande sagesse*, et de ne point exagérer un péril chimérique, pour motiver une intervention (...) »²⁶⁶⁸. Autrement dit, la « sagesse » évoquée par l'auteur – que l'on pourrait assimiler au « standard de bonne foi » identifié par le P^f Kolb – régule la qualification opérée par l'État justifiant son intervention, c'est-à-dire une menace à sa conservation. C'est probablement pour cette raison que le « raisonnable » figure généralement sous la forme de cette hypothèse de la bonne foi semi-objective.

976. Toujours à propos de l'intervention en territoire étranger, Hall considérait qu'elle n'était possible que si le danger à son origine présentait une gravité telle qu'un État allié « *may reasonably be expected to consider it more important that the attacked state shall be protected than that its own rights of sovereignty shall be maintained untouched* »²⁶⁶⁹. Dans le même sens et sur un autre sujet cette fois, Westlake expliquait en ces termes les conditions dans lesquelles le droit d'autoconservation était susceptible de se manifester en pratique : « *[t]he rule (...) requires attack, the threat of attack, or preparations from which an attack may be reasonably inferred, before a right of self-preservation arises* »²⁶⁷⁰. La notion en italique est ici employée pour encadrer strictement l'hypothèse de légitime défense préventive, dont les ambiguïtés ont déjà pu être relevées dans la première partie de la thèse²⁶⁷¹.

977. En règle générale, la bonne foi, le raisonnable ou l'abus de droit poursuivent, au sein de la théorie, cette première finalité : celle d'encadrer le pouvoir de l'État de préserver son existence. Ainsi chez Burlamaqui, l'État pourvoit à sa conservation « sans faire aucun tort aux

²⁶⁶⁷ A. Rivier, *Principe du droit des gens*, op. cit., p. 256.

²⁶⁶⁸ A. Mérignac, *Traité de Droit public international*, op. cit., p. 292 (italiques ajoutés).

²⁶⁶⁹ W. E. Hall, *A treatise of international law*, op. cit., p. 323 (souligné ajouté).

²⁶⁷⁰ J. Westlake, *Chapters on the principles of International law*, op. cit., p. 119 (souligné ajouté).

²⁶⁷¹ V. le Chapitre 4, p. 256.

autres États, et même en procurant leur avantage, *autant qu'il le peut raisonnablement* »²⁶⁷². Quoique pertinente pour notre étude, cette observation ne concerne que les modalités d'*exercice* d'une action destinée à protéger l'existence d'un État et non pas la *qualification* des circonstances à même de justifier une telle action. Cela ne veut pour autant pas signifier que la bonne foi interviendrait uniquement dans la première hypothèse, au détriment de celle relative à l'appréciation des circonstances susceptibles d'autoriser un État de déroger à ses obligations internationales.

978. Faisant application d'une clause qui permettait de garantir les intérêts vitaux des États parties, la CIJ observait à raison que cette notion « a reçu dans l'histoire des interprétations fort extensives »²⁶⁷³. Afin d'endiguer un tel phénomène et restreindre la liberté d'appréciation des États, la Cour indiquait devoir « se prononcer sur le *caractère raisonnable* du péril encouru par 'ces intérêts vitaux en ce qui concerne la sécurité' »²⁶⁷⁴. Le Juge Kooijmans a cru pouvoir en déduire que cette solution devait signifier une chose : la détermination du caractère vital ou sécuritaire de certains intérêts correspondrait, « par définition, [à] une question politique qu'il n'est guère possible de remplacer par une appréciation judiciaire »²⁶⁷⁵. En effet, ce ne serait « qu'au cas où l'évaluation politique est *manifestement déraisonnable* (ce qui pourrait nous mettre au bord de l'abus de pouvoir)' qu'une interdiction judiciaire serait justifiée »²⁶⁷⁶. Rien ne permet *a priori* de contredire une telle solution que l'on retrouve explicitement dans la jurisprudence de la CEDH. L'existence du danger menaçant la vie de la nation, dans l'affaire *Lawless*, « a pu être *raisonnablement* déduite par le Gouvernement irlandais (...) »²⁶⁷⁷. Plus clairement encore, la même juridiction refuse, en vertu du principe de subsidiarité, de remettre en cause la solution d'une juridiction suprême qui aurait constaté le danger menaçant la vie de la nation, sauf si elle a « la certitude que les juridictions internes ont commis une erreur d'application ou d'interprétation de l'article 15 ou de sa jurisprudence ou que leurs conclusions sont *manifestement déraisonnables* »²⁶⁷⁸.

979. Cette dernière expression semble résulter d'une conception extensive d'un principe bien connu du droit international coutumier, codifié à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le

²⁶⁷² J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 189, §7 (italiques ajoutés).

²⁶⁷³ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 117, §224.

²⁶⁷⁴ *Ib.* (italiques ajoutés).

²⁶⁷⁵ Op. indiv. Kooijmans, sous CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 260.

²⁶⁷⁶ *Ib.*

²⁶⁷⁷ CEDH, 01/07/1961, *Lawless c. Irlande (n°3)*, *op. cit.*, §28.

²⁶⁷⁸ CEDH, 19/02/2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §174 (italiques ajoutés).

droit des traités, selon lequel il est possible de faire appel « à des moyens complémentaires d'interprétation (...) lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : (...) b) [c]onduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable »²⁶⁷⁹. Relevant le caractère *a priori* limité du « raisonnable » – réduit au *résultat* de l'interprétation –, le P^f Corten a démontré que le critère était en réalité constamment utilisé en pratique dans l'*opération* même d'interprétation²⁶⁸⁰. Par exemple, la détermination du « sens ordinaire » d'une notion interprétée, en vertu de l'article 31, premier alinéa, de la CVDT, aboutit bien souvent à rechercher son « sens raisonnable »²⁶⁸¹. Finalement, ce même auteur conclut que « [l]'activité de l'interprète consiste (...) essentiellement à dégager la volonté des parties à partir du texte », c'est-à-dire leur intention²⁶⁸². Non pas cependant « l'intention réelle et effective des parties, mais bien (...) la reconstitution, *a posteriori*, d'une 'intention raisonnable' »²⁶⁸³.

980. Ainsi, le Tribunal arbitral qui a tranché l'affaire *Deutsche Telekom* établissait que la notion de « sécurité nationale » ne devait pas être étirée « *beyond its natural meaning* », ce qui l'a amené à donner une « *reasonable definition of the term* »²⁶⁸⁴. Le standard permettait ainsi de vérifier si un État pouvait – raisonnablement – ranger les motifs avancés parmi ses intérêts de sécurité nationale. L'Ukraine a d'ailleurs cru déduire une méthodologie similaire des rapports adoptés par l'Organe de règlement des différends de l'OMC²⁶⁸⁵. Si le Groupe spécial n'a pas repris exactement cette approche, il a néanmoins considéré que le pouvoir d'appréciation d'un membre de l'Organisation est « limité par son obligation d'interpréter de bonne foi l'article XXI (...) »²⁶⁸⁶. Il est clair, partant, que la restriction apportée à la marge d'appréciation reconnue aux États découle de l'application du principe de bonne foi.

981. Ledit principe trouve un écho en dehors de la simple interprétation pour toucher l'application d'une clause de dérogation. Ces deux aspects, clairement distingués au sein de la

²⁶⁷⁹ CVDT, art. 32, *op. cit.*, p. 134.

²⁶⁸⁰ O. Corten, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 35-52.

²⁶⁸¹ *Id.*, pp. 40-41.

²⁶⁸² *Id.*, p. 47.

²⁶⁸³ *Ib.*

²⁶⁸⁴ CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, *op. cit.*, p. 75, §236. V. ég., *id.*, p. 94, §281 : le tribunal fait référence à une « *reasonable reading of Article 12 (...)* ».

²⁶⁸⁵ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.34 : le groupe spécial devra établir : « i) si les intérêts ou les raisons avancées par un défendeur en lien avec les mesures en cause peuvent raisonnablement être considérés comme relevant du sens de l'expression 'intérêts essentiels de sa sécurité' (...) ».

²⁶⁸⁶ *Id.*, §7.132. Il s'agit-là d'une observation tout à fait ordinaire et partagée à l'égard de toute organisation internationale, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 507 : « [l]a bonne foi commande surtout une certaine retenue dans l'auto-interprétation par les États membres des instruments constitutifs et des obligations qui en découlent ».

CVDT aux articles 26²⁶⁸⁷ et 31, semblent pourtant intrinsèquement liés tant il est difficile de concevoir l'application d'une règle sans que celle-ci ait fait l'objet d'une interprétation préalable. Affirmer, comme le fait la CIJ, que l'exercice d'un « très large pouvoir discrétionnaire (...) demeure soumis à l'obligation de bonne foi » pourrait signifier, par extension, que cette obligation va nécessairement influencer l'interprétation qui résulte de l'exercice de ce pouvoir²⁶⁸⁸. « Il doit ainsi être démontré, ajoutait la Cour, que les motifs du refus d'exécution de la commission rogatoire relevaient des cas prévus par l'article 2 [de la convention de 1986] »²⁶⁸⁹, à savoir une « atteinte à [la] souveraineté, à [la] sécurité, à [l']ordre public ou à d'autres (...) intérêts essentiels (...) »²⁶⁹⁰. Cela n'est pas bien différent de la solution retenue par le Groupe spécial qui appliquait *simultanément* les articles 31 et 26 de la Convention de Vienne précitée²⁶⁹¹.

982. Dès lors, il est pertinent de se référer à la définition de la bonne foi donnée par le Groupe : elle « exige que les Membres n'utilisent pas les exceptions prévues à l'article XXI *comme un moyen de contourner leurs obligations au titre du GATT de 1994* », ce qui leur impose « d'énoncer les intérêts essentiels de sécurité que le cas de grave tension internationale aurait fait naître *de façon suffisamment claire pour démontrer leur véracité* »²⁶⁹². L'« évidente nécessité » ressurgit ainsi puisque le rapport semble demander à l'État de faire « jaillir la vérité »²⁶⁹³. Dans cette perspective, le « raisonnable » trouve une nouvelle fonction entre les mains du tiers impartial : il lui permet de conclure que, *de toute évidence*, les faits avancés par l'État ne peuvent pas représenter un intérêt essentiel de sécurité ou, lorsque celui-ci est avéré, qu'il n'est pas réellement menacé en l'espèce. Une telle solution ne nous éloigne finalement pas de celle à laquelle on avait abouti dans le paragraphe précédent, voire à celle retenue par la sentence adoptée dans l'affaire *LG&E* précitée²⁶⁹⁴.

²⁶⁸⁷ CVDT, *op. cit.*, art. 26, p. 132 : « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

²⁶⁸⁸ CIJ, 04/06/2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *CIJ Rec. 2008*, p. 229, §145.

²⁶⁸⁹ *Ib.*

²⁶⁹⁰ *Id.*, cité p. 192, §28.

²⁶⁹¹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.132.

²⁶⁹² *Id.*, §7.133 (italiques ajoutés).

²⁶⁹³ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 141. P. ex., CIJ, 04/06/2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, *op. cit.*, p. 230, §148 : après avoir relevé les motivations avancées par la France pour appliquer la clause de dérogation, la Cour « estime (...) que les motifs qui ont été invoqués (...) entrent dans les prévisions de l'article 2, alinéa c), de la convention de 1986 ». La juridiction n'explique pas les raisons motivant sa propre solution, celle-ci relevant finalement de l'évidence. *Contra*, sur la possibilité d'opérer un contrôle bien plus poussé, v. la Décl. du Juge Keith, *id.*, pp. 280-282, §§7-9.

²⁶⁹⁴ V. le paragraphe précédent, p. 498.

983. Ainsi se pose nécessairement la question de l'utilité d'insister sur l'obligation d'apprécier de bonne foi ou raisonnablement une menace à l'existence d'un État. S'il n'en résulte aucun accroissement de l'emprise exercée par le droit international sur ce phénomène, on pourrait en effet arriver à la conclusion que les développements relatifs à la bonne foi sont superfétatoires. L'objection pourrait être surmontée après avoir identifié la fonction généralement attribuée à ce principe et ses corollaires : ils servent à garantir le caractère juridique du droit international. Si l'on admettait un pouvoir absolu en faveur de l'État d'agir à sa guise pour assurer sa conservation, il faudrait y voir la négation du droit international public en tant qu'ordre juridique²⁶⁹⁵. Des exemples issus de la jurisprudence offrent une illustration remarquable à cet égard.

984. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Deutsche Telekom* considérait ainsi qu'« *unreasonable invocations of Article 12 would render the substantive protections contained in the Treaty wholly nugatory* »²⁶⁹⁶. En des termes similaires, la sentence *Sempra* a conclu qu'admettre l'auto-appréciation de la clause de sécurité nationale serait incompatible avec l'objet et but du traité – un critère qui relève de l'interprétation et dont on a relevé la proximité avec la bonne foi – mais, surtout, que cela aurait pour effet de priver le traité « *of any substantive meaning* »²⁶⁹⁷. Le Groupe spécial est arrivé à la même conclusion à propos de l'article XXI du GATT : il serait contraire à l'objet et but dudit article de l'interpréter « comme une condition purement potestative, subordonnant ainsi l'*existence des obligations* d'un Membre dans le cadre du GATT et de l'OMC à une simple expression de la volonté unilatérale de ce Membre »²⁶⁹⁸. Le passage précité est une reformulation de la critique adressée par Lauterpacht aux réserves « automatiques » étudiées plus tôt²⁶⁹⁹, qui a elle-même été reprise dans les plaidoiries des États contestant la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire en faveur d'un État mettant la Cour « hors-jeu »²⁷⁰⁰.

985. Un moyen d'accroître l'emprise du droit international sur le déclenchement d'une exception consiste à qualifier les circonstances dans lesquelles elle peut être déclenchée. Le principe de bonne foi exercerait ainsi une contrainte plus forte sur le pouvoir d'appréciation des

²⁶⁹⁵ V. à la p. 35 de la thèse.

²⁶⁹⁶ CPA, 13/12/2017, *Deutsche Telekom v. India*, p. 75, §236 (souligné ajouté).

²⁶⁹⁷ CIRDI, 28/09/2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op. cit.*, p. 110, §374.

²⁶⁹⁸ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §7.79.

²⁶⁹⁹ V. le paragraphe précédent, p. 480. La notion de « condition potestative » est explicitement employée par Lauterpacht dans son *op. ind.*, *Certains emprunts norvégiens*, *CIJ Rec. 1957*, pp. 49-50.

²⁷⁰⁰ V. la plaidoirie du Pr Condorelli au profit de Djibouti dans *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, *op. cit.*, CR 2008/2, p. 19, §20.

États et démontrerait que ces exceptions ne leur confèrent en aucun cas un pouvoir *souverain* d'auto-appréciation.

2.2. L'hypothèse des menaces existentielles qualifiées en droit international

986. Trois degrés de qualification sont susceptibles d'exister au sein d'une clause de dérogation, même s'il n'est pas aisé d'en rendre compte sous la forme d'une systématisation exhaustive²⁷⁰¹. Dans le cadre qui nous intéresse – les menaces à la conservation des États –, il semble que deux catégories d'adjectifs qualificatifs peuvent être employées de façon alternative **(a)** ou cumulative **(b)** : le premier renvoie à un critère de *gravité* de l'intérêt protégé, tandis que le second se réfère à la *nature* de l'intérêt garanti. Un dernier degré de qualification de la menace, enfin, touche aux hypothèses où le droit en vigueur définit clairement l'intérêt protégé **(c)**.

a. Premier degré de qualification : détermination alternative de la gravité
ou de la nature de l'intérêt protégé

987. Par exemple, l'article 25 du Projet d'articles de 2001 permet à un État d'invoquer l'état de nécessité uniquement dans l'hypothèse où l'un de ses intérêts « *essentiels* » est menacé. Si l'on en apprend davantage sur l'importance de l'intérêt protégé, il est difficile d'en déduire quoi que ce soit quant au champ d'application de la clause : inclut-elle certains intérêts relatifs à la protection de l'environnement ou aux crises économiques ? Le commentaire de la CDI a répondu positivement à cette question en affirmant qu'il importait de démontrer la gravité et l'imminence du péril²⁷⁰². Encore trop général, l'adjectif qualificatif « *essentiel* » ou « *vital* » ne restreint que partiellement la liberté d'appréciation de l'État – uniquement du point de vue de la gravité et non pas du champ d'application matériel des intérêts menacés.

988. Dans le cas où l'intérêt en question relève de la « *sécurité nationale* », comme c'est le cas dans les clauses de dérogation des traités bilatéraux d'investissement, le contraire se produit. On a déjà relevé que la question s'est posée de savoir si des circonstances économiques pouvaient constituer un intérêt sécuritaire²⁷⁰³. Or, le doute subsiste car la définition traditionnelle de la « *sécurité* » évoque généralement des éléments militaires²⁷⁰⁴. Dépasser cette

²⁷⁰¹ V. une approche différente par S. Cassella, *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, pp. 203-211.

²⁷⁰² « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, art. 25, p. 217, §15.

²⁷⁰³ V. au paragraphe précédent de la thèse, p. 497.

²⁷⁰⁴ *Id.*, pp. 491-492 de la thèse.

conception traditionnelle suppose un effort de démonstration plus intense de la part de l'interprète, comme l'a démontré la jurisprudence de la CJUE²⁷⁰⁵.

989. Une logique similaire a parfois été proposée en droit international humanitaire, où la CIJ a eu l'occasion d'observer que cette branche du droit « comporte des dispositions permettant de tenir compte dans certains cas des *impératifs militaires* »²⁷⁰⁶. Par exemple, l'article 49, deuxième alinéa, de la convention de Genève apporte une exception à l'interdiction de principe des déplacements forcés de population dans les cas où « la sécurité de la population ou d'impérieuses nécessités militaires l'exigent »²⁷⁰⁷. La notion de « nécessité militaire » n'est pas définie de manière précise, mais elle restreint largement la défense de « nécessité » : celle-ci doit être « *militaire* ». Bien entendu, M. Henry observe à raison que la dérogation implique inévitablement une « appréciation [subjective] d'ordre militaire »²⁷⁰⁸. Certains auteurs ont ainsi défendu que la nécessité militaire était « un principe juridique supérieur autorisant d'écarter l'application de la règle »²⁷⁰⁹ contraire. Ces partisans, que l'auteur associe à la *Kriegsraison*, formulent cette conception « sur la base de diverses constructions théoriques telle que celle du prétendu 'droit à l'autoconservation' »²⁷¹⁰.

990. L'auteur considère néanmoins que l'interprétation des clauses de nécessité militaire « ne saurait en principe être considérée comme des clauses dont l'application serait soumise

²⁷⁰⁵ *Id.*, pp. 494-495 de la thèse.

²⁷⁰⁶ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *CIJ Rec. 2004*, p. 192, §135.

²⁷⁰⁷ Cité *in ib.*

²⁷⁰⁸ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, p. 62.

²⁷⁰⁹ *Id.*, p. 64. V. ainsi les affaires *German Requisitions* citées par l'auteur en ce sens (à la p. 344), *Reichsgericht in Civil Matters*, jugements du 01/11/1922 et du 05/11/1924, reprod. *in AD 1919-1922*, vol. 1, 1932, n°296, pp. 427-428 et *AD 1923-1924*, vol. 2, 1933, n°230, pp. 428-429. Dans la première affaire, on peut lire la juridiction allemande affirmer que la saisine de certains biens en territoires occupés, « *although contrary to the Hague Conventions, was lawful. For [i]t is a principle recognized in international law and which must be applied also to the Hague Conventions, that a State's right to self-preservation is superior to all obligations undertaken in treaties, and that in case of necessity a State may depart and go beyond the provisions of the Hague Convention concerning the Laws and Customs of War on Land* » (p. 428). Dans la seconde affaire, une solution semblable est retenue, p. 429 : « *[t]he Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land and its annexes left intact the principle of international law that a State's right of self-preservation has precedence over all international treaties. In case of necessity Germany was entitled to depart from the provisions of the Hague Conventions and to disregard them* ». Une solution similaire a pu être rendue en France, v. la Cour de Paris (1^{ère} Chambre), *Affaires Geoffroy, Delore, La Munich, La Bulgarie et autres*, jugement du 20/04/1914, reprod. *in Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 12, 1916, p. 492 : si l'article 23 du règlement de La Haye du 18/10/1907 « édicte qu'en temps de guerre 'il est interdit de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse' », la juridiction considère « que ce règlement, tout en décidant que ces droits sont intangibles dans leur jouissance, n'interdit pas d'en tempérer l'exercice, quand la sûreté de l'État l'exige (...) » (italiques ajoutés, ce passage soulève la question de la possibilité de dégager implicitement des exceptions favorables à la préservation de l'existence de l'État, v. le Chapitre 7 de la thèse, pp. 461 et s.). La solution ainsi rapportée ne constituait cependant pas une jurisprudence constante, v. une autre affaire tranchée par le Tribunal civil de la Seine, le 18/05/1916, reprod. *in id.*, pp. 494-499.

²⁷¹⁰ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, p. 62.

exclusivement à l'auto-appréciation des États »²⁷¹¹. Tout au contraire, les tiers sont susceptibles de vérifier si les mesures prises par un État qui invoque cette défense poursuivent réellement un objectif militaire. Pour reprendre l'*Affaire du mur*, Israël défendait une conception élargie de la nécessité militaire par opposition à la conception plus restreinte de la CIJ²⁷¹². L'État d'Israël fondait son argumentation sur le fait qu'il était confronté « à une menace de terrorisme distincte » qui représentait un danger pour son « existence même »²⁷¹³. La Cour s'est néanmoins contentée d'affirmer n'être « pas convaincue que les destructions opérées contrairement à l'interdiction édictée à l'article 52 de la convention de Genève aient été rendues absolument nécessaires par des opérations militaires »²⁷¹⁴.

991. Ainsi que le confirme cet exemple, les conditions d'application des clauses de nécessité militaire ont vocation à vérifier la simple « nécessité » de la mesure²⁷¹⁵ à la lumière d'un objectif de nature militaire. La thèse de M. Henry identifie ainsi des critères d'application tout à fait habituels : l'existence d'une situation de nécessité et d'urgence, l'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif et enfin le choix d'un moyen le moins dommageable²⁷¹⁶. L'unique différence avec la nécessité *in abstracto* réside dans la qualification de la nécessité : elle doit être *militaire*, c'est-à-dire qu'elle doit représenter un intérêt stratégique pour assurer la victoire de l'État²⁷¹⁷.

²⁷¹¹ *Id.*, p. 530.

²⁷¹² R. Kolb, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés. Essai de clarification conceptuelle », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 173-174.

²⁷¹³ Exposé écrit du Gouvernement de l'État d'Israël, 30/01/2004, dans le cadre de l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, p. 9, §1.13. V. ég., p. 38, §3.59, à propos du Front populaire de libération de la Palestine qui « s'oppose à toute négociation avec Israël et à l'existence même de celui-ci (...) ». Que la menace terroriste soit qualifiée de menace existentielle n'est pas inhabituel, v. la position du Président de la République française lorsqu'il explique la légitimité de l'intervention militaire au Mali (opération Serval) en 2013, in AFDI, vol. 59, 2013, pp. 557-558 : « [I]e Mali fait face à une agression d'éléments terroristes venant du nord (...). Il en va donc aujourd'hui de l'existence même de cet État ami (...) ». V. ég. la position de l'Inde, exposée le 09/10/2019 au sein de la Sixième commission de l'AGNU, reprod. in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2019, p. 242. Enfin, le projet de définition de l'« agression » par l'AGNU contenait un projet d'article 5 établissant « qu'un État contre lequel s'exercent des actes de subversion ou de terrorisme fomentés ou encouragés par un autre État peut 'prendre toutes les mesures raisonnables et appropriées pour préserver son existence et ses institutions », tout en insistant sur le critère de l'imputation, v. les débats y relatifs à la Sixième Commission, p. ex. le 20/11/1968, A/C.6/SR.1075, p. 5, §34 (intervention du Royaume du Dahomey) ; ou encore le 30/09/1968, A/AC.134/SR.1-24, p. 214 (intervention du Mexique).

²⁷¹⁴ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, p. 192, §135. La destruction des biens civils constitue effectivement l'exemple le plus fréquent de violations justifiées à partir d'impératifs militaires, v. E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 548-556.

²⁷¹⁵ S. Cassella, « Nécessité militaire (en droit de la guerre) », *op. cit.*, p. 907 : si « [I]es différentes clauses conventionnelles et la pratique des juridictions internationales révèlent » que le péril surmonté par l'État qui invoque la nécessité militaire atteint « une gravité particulière (...) menaçant, même indirectement, la survie de l'État », l'auteure admet que le contrôle opéré par un tiers porte sur le caractère approprié de la mesure adoptée « pour atteindre l'objectif recherché, c'est-à-dire l'avantage militaire attendu », ainsi que sur les conditions de nécessité et de proportionnalité.

²⁷¹⁶ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, *op. cit.*, pp. 582-604.

²⁷¹⁷ S. Cassella, « Nécessité militaire (en droit de la guerre) », *op. cit.*, p. 904 : « dans le langage militaire, [la nécessité militaire] recouvre, plus précisément, les moyens requis pour le succès de chaque opération armée ».

C'est donc cet intérêt stratégique qui fait l'objet d'une qualification susceptible d'être remis en cause par un tiers²⁷¹⁸.

992. Il existe ensuite un deuxième degré de qualification qui résulte de la juxtaposition des deux catégories d'adjectifs qualificatifs susmentionnés.

b. Deuxième degré de qualification : détermination simultanée de la gravité *et* de la nature de l'intérêt protégé

993. Lorsque la clause protège les « intérêts *essentiels* de sa *sécurité* », par exemple²⁷¹⁹, le standard propre à chaque adjectif doit être respecté par l'État qui l'invoque : partant, leur addition *double* la charge de la preuve qui lui incombe. Dit autrement encore, les exigences du tiers ou de l'État auquel on oppose la clause en ressortent indéniablement plus élevées.

994. Une clause est parfois interprétée de telle manière à considérer qu'elle contient implicitement le critère de gravité, comme c'est par exemple le cas avec l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui autorise le recours en légitime défense dans une circonstance faisant l'objet d'une qualification précise : en cas d'agression *armée*. C'est parce que la notion en italique est apposée à la première qu'il est aisé pour le P^r van Steenberghe d'en déduire qu'il en « ressort (...) *clairement* » que ladite agression doit être *armée*²⁷²⁰. À l'inverse, le recours à la force stipulé à l'article 2, alinéa 4, du même texte ne bénéficie pas de ce qualificatif, ce qui impose à l'auteur de démontrer pourquoi il faudrait interpréter cette notion comme faisant exclusivement référence à la force *armée*²⁷²¹. Cela ne résout pour autant pas toutes les questions, puisque contrairement à ce que l'on aurait imaginé, ce même auteur remarque :

« Il ne convient nullement ainsi de faire dépendre le caractère armé de la force de la *nature des moyens* utilisés pour son exercice. En ce sens, la nature non militaire des moyens à l'origine d'une violence, qu'elle soit étatique ou non, ne suffit pas à disqualifier cette violence comme n'étant pas armée »²⁷²².

995. En affirmant que c'est la « *nature des effets* occasionnés par cette force » qui permet de considérer une agression comme « armée »²⁷²³, le critère de « gravité » mentionné précédemment réapparaît dans le processus d'interprétation, même si l'adjectif qualificatif traduisant cette idée n'est pas explicitement mentionné à l'article 51 de la Charte. À cet égard,

²⁷¹⁸ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire*, op. cit., pp. 556-574.

²⁷¹⁹ L'exemple est issu de l'article XXI (b) du GATT, op. cit.

²⁷²⁰ R. van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public*, op. cit., p. 200 (italiques ajoutés).

²⁷²¹ *Id.*, pp. 197-200.

²⁷²² *Id.*, p. 201 (italiques dans l'original).

²⁷²³ *Id.*, pp. 201-202 (italiques dans l'original).

il a déjà été observé que la doctrine propose d'élargir la définition de l'agression armée en mettant l'accent sur le danger que certains moyens représentent pour l'existence d'un État²⁷²⁴.

996. Sans aller jusqu'à reprendre un tel critère relatif à la menace existentielle, la CIJ a relevé la nécessité de distinguer « entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) et d'autres modalités moins brutales », à savoir celles qui pourraient constituer une violation de l'interdiction du recours à la force mais qui ne correspondraient pas à une agression armée²⁷²⁵. En l'espèce, la Cour indiquait ne pas « souscrire à l'idée qu'en droit international coutumier la fourniture d'armes à l'opposition dans un autre État équivaudrait à une agression armée contre celui-ci »²⁷²⁶. Dans une autre affaire, les États-Unis indiquaient avoir détruit certaines plates-formes pétrolières iraniennes dans l'exercice de leur droit de légitime défense. La Cour, dans un premier temps, a considéré que « le minage d'un seul navire de guerre p[ouvait] suffire à justifier qu'il soit fait usage du 'droit naturel de légitime défense' »²⁷²⁷ à la condition que le mouillage « visait précisément (...) les États-Unis ». Enfin, on sait depuis une sentence publiée en 2005 que « des affrontements frontaliers localisés entre de petites unités d'infanterie entraînant des pertes humaines ne sont pas considérés comme une attaque armée donnant droit à la force ou d'invoquer la légitime défense »²⁷²⁸.

997. Les caractéristiques propres à l'agression armée permettent ainsi à un tiers de revenir sur l'appréciation réalisée par un État avant le déclenchement de son droit de légitime défense²⁷²⁹. Si le contrôle opéré est généralement approfondi²⁷³⁰, la CIJ continue d'exiger de

²⁷²⁴ On a déjà mentionné l'exemple des cyberattaques, au Chapitre 4 de la thèse, pp. 256-257.

²⁷²⁵ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 101, §191.

²⁷²⁶ *Id.*, p. 119, §230. Confirmé dans CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, p. 218, §127 : « (...) les affirmations selon lesquelles le Soudan entraînait et transportait des soldats des FAC à la demande du Gouvernement congolais ne sauraient donner à l'Ouganda le droit d'employer la force au titre de la LD, même si les faits allégués étaient prouvés ».

²⁷²⁷ CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, lecture combinée des pp. 191-192 (§64) et 195-196 (§72).

²⁷²⁸ Commission des réclamations Éthiopie-Erythrée, sentence partielle du 19 décembre 2005 (*jus ad bellum*), réclamations de l'Éthiopie n°1-8, *RSA*, vol. XXVI, p. 464, §11.

²⁷²⁹ Il n'est pas nécessaire de revenir sur le contrôle opéré par le Conseil de sécurité des Nations Unies : s'il peut en effet vérifier si les conditions d'exercice du droit de légitime défense sont réunies dans un cas d'espèce, ce n'est généralement pas sur ce fondement qu'il va adopter certaines résolutions. V., par ex., CSNU, résolution 95 (1951) adoptée à la 558^{ème} séance du 01/09/1951, préambule : afin d'exiger de l'Égypte qu'elle cesse d'adopter des mesures restrictives entravant la liberté de passage au sein du canal de Suez, le Conseil se contentait de relever qu'il était « impossible, dans les circonstances présentes, de justifier ces pratiques en alléguant que des raisons de légitime défense les rend[ai]ent indispensables ». Autrement dit, il n'est pas affirmé que les conditions propres au déclenchement du droit de légitime défense n'étaient pas réunies, mais bien plutôt que ledit droit ne saurait être invoqué pour maintenir ou restaurer les mesures égyptiennes.

²⁷³⁰ CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.*, pp. 213-223, §§106-146.

l'État qui invoque ledit droit de démontrer qu'il était victime d'une agression armée²⁷³¹. Ce n'est donc pas le rôle de la juridiction d'établir les faits à l'origine de la qualification d'une situation d'agression armée, mais celui de l'État qui s'en prévaut. La Juge Higgins, bien qu'étant d'accord avec l'essentiel du principe, regrette qu'aucun critère de preuve ne soit jamais défini²⁷³². Le silence de la Cour révélerait sa volonté « de garder une certaine liberté pour évaluer les preuves présentées, en se fondant sur les faits et les circonstances propres à chaque affaire »²⁷³³. Cette dernière assertion renvoie finalement à un contrôle *in concreto* mentionné précédemment²⁷³⁴. Cependant, il convient de noter que ce contrôle est davantage contraignant car il s'exerce dans un cadre restreint, en raison de la qualification spécifique (« armée ») énoncée à l'article 51 de la Charte.

998. Cet exemple permet de comprendre que le deuxième degré de qualification ne s'obtient pas nécessairement à la simple lecture du libellé d'une clause de dérogation : le critère de « gravité » peut découler d'une interprétation *contextuelle*. C'est parce que le recours à la force envisagé à l'article 51 de la Charte doit être distingué de celui prohibé à l'article 2, alinéa 4, que le critère trouve toute sa pertinence. En dehors même de la Charte, cette condition relative à la gravité peut résulter de la nature de l'exception : la pratique étudiée dans le présent chapitre assimile de « simples » intérêts sécuritaires à une menace existentielle lorsqu'il est question d'une clause de *dérogation* – et non pas de *restriction*²⁷³⁵.

999. Enfin, la liberté d'appréciation d'un État se trouve davantage réduite lorsque la clause de dérogation atteint un troisième et dernier degré de qualification, celui-ci correspondant à

²⁷³¹ CIJ, 27/06/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 189, §57 : « [L]a Cour doit en l'espèce simplement déterminer si les États-Unis ont démontré qu'ils avaient été victimes de la part de l'Iran d'une 'agression armée' de nature à justifier l'emploi qu'ils ont fait de la force armée au titre de la légitime défense ; or, c'est à eux qu'il revient de prouver l'existence d'une agression ».

²⁷³² Op. indiv. Higgins, sous l'affaire CIJ, 06/11/2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, pp. 233-235.

²⁷³³ *Id.*, p. 233, §31.

²⁷³⁴ V. le paragraphe précédent, pp. 492-495, mais ég. au Chapitre 1, pp. 90-96.

²⁷³⁵ Les restrictions, contrairement aux dérogations, apparaissent immédiatement dans la règle appliquée, comme à l'article 10, alinéa 2, de la Convention EDH : celui-ci restreint la liberté d'expression lorsque c'est nécessaire « à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique ». Un auteur qualifie en ces termes les stipulations de cette nature : ce sont des « *limited rights* » qui consacrent une *exemption*, et non pas une exception. L'exemption définit le champ d'application de la règle, tandis que les exceptions « *are primary rules which carve out a space that is free from the restrictions otherwise imposed by the rule* » (v. K. Trapp, « Exemptions, Qualifications, Derogations, and Excuses in International Human Rights Law », in *Exceptions in International Law*, *op. cit.*, pp. 305-306).

l'hypothèse d'une définition de l'intérêt en cause à partir de critères restreignant son champ d'application²⁷³⁶.

c. Troisième degré de qualification : définition de l'intérêt protégé

1000. C'est le cas, encore une fois, de l'article XXI, alinéa b, du GATT : non seulement il protège les « intérêts essentiels de [l]a sécurité » des États parties, mais il précise que ces intérêts doivent se rapporter « aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication » ; « au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériels destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées » ; ou enfin ils doivent être « appliqués en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ». Considérant que ces hypothèses « *qualifient* l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé aux Membres par le texte introductif », le Groupe spécial est arrivé à la conclusion que les intérêts essentiels de sécurité en cause devaient être strictement en rapport avec ces circonstances²⁷³⁷. En l'espèce, il a également considéré que le « cas de grave tension internationale » pouvait être déterminé « *objectivement* », contrairement au simple intérêt sécuritaire²⁷³⁸.

1001. Pourtant, le contrôle opéré n'échappe pas à une forme de subjectivité. En effet, le Groupe se dit convaincu de l'existence d'un cas de grave tension internationale²⁷³⁹ en s'appuyant sur le constat suivant : les « relations entre l'Ukraine et la Russie s'étaient détériorées à un point tel qu'elles ont préoccupé la communauté internationale »²⁷⁴⁰. Cette conviction est étayée par l'adoption d'une résolution par l'Assemblée générale des Nations Unies et par les sanctions imposées à la Russie par « un certain nombre de pays »²⁷⁴¹. Le caractère « objectif » de la détermination opérée par le Groupe spécial ne semble pas correspondre à un examen traduisant une certaine pureté scientifique : c'est plutôt l'addition des conceptions subjectives de la situation en Ukraine qui, au-delà d'une masse critique indéterminée, a permis d'identifier l'objectivité de la tension internationale aux yeux de la

²⁷³⁶ Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *RGDIP* 2008/1, pp. 22-24.

²⁷³⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, 05/04/2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, *op. cit.*, §§7.65 et 7.69.

²⁷³⁸ *Id.*, §7.71.

²⁷³⁹ *Id.*, §7.123.

²⁷⁴⁰ *Id.*, §7.122.

²⁷⁴¹ *Ib.*

communauté internationale²⁷⁴². Quoi qu'il en soit, il faut admettre que les adjectifs qualificatifs qui accompagnent l'article XXI restreignent le champ d'appréciation laissé aux États parties.

1002. La chose apparaît plus clairement encore dans la jurisprudence de l'actuel article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celui-ci autorise un État membre, rappelons-le, à « prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à *la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre* »²⁷⁴³. L'expression en italiques impose à la Cour de s'assurer que les faits de l'affaire intéressent l'industrie militaire. Le contrôle est exercé avec une rigueur remarquable, permettant d'asseoir l'approche restrictive qu'impose l'article précité²⁷⁴⁴. En effet, le second alinéa de l'article 346 précise que le Conseil a adopté, le 15 avril 1958, une liste « des produits auxquels les dispositions » du premier paragraphe s'appliquent et à laquelle la CJUE fait systématiquement référence. Selon une jurisprudence constante, l'article « n'a pas vocation à s'appliquer aux activités concernant des produits autres que les produits militaires identifiés sur [cette] liste »²⁷⁴⁵. Lorsque la juridiction est confrontée à un produit qui présente la possibilité d'être utilisé à la fois pour des fins civiles et militaires (*i.e.* on parle d'une marchandise à double usage), elle vérifie si la mesure adoptée « se prête[] *objectivement* à une utilisation militaire »²⁷⁴⁶. Dans une affaire plus récente, elle a précisé que cela impliquait de démontrer que le bien en question ne possède pas une « vocation civile certaine et une finalité militaire *éventuelle* »²⁷⁴⁷.

1003. L'emprise exercée par le droit international sur l'appréciation des circonstances destinées à menacer l'existence d'un État dépend d'une multitude de facteurs que l'on vient de systématiser. Qu'en est-il des modalités d'exercice d'un pouvoir destiné à garantir

²⁷⁴² On semble d'ailleurs retrouver une manifestation de l'« évidente nécessité » : constitue un cas de grave tension internationale ce qui saute aux yeux de *tout observateur*, celui-ci désignant, en l'espèce, la communauté internationale.

²⁷⁴³ Stipulation déjà rencontrée au paragraphe précédent de la thèse, pp. 486-487.

²⁷⁴⁴ S. Trombetta, « La protection des intérêts nationaux de la défense quand la défense devient européenne », *Revue de l'UE*, 2005/490, pp. 441 et s.

²⁷⁴⁵ TPI de l'UE, 30/09/2003, *Fiocchi munizioni SpA c. Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 3971, point 61. Confirmé dans CJUE, 07/06/2012, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, point 37 : il faut « vérifier si un produit tel que le système de plateforme tournante en cause au principal peut être classé dans l'une ou l'autre des catégories sur ladite liste ». V. ég., Commission des communautés européennes, 07/12/2006, « Communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense », COM/2006/0779, troisième partie, disponible en ligne :

[<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0779&qid=1668681986990>] (consulté le 14/06/2023).

²⁷⁴⁶ CJCE, 17/10/1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, Aff C-83/94, *Rec. de jurispr.* 1995, p. 3250, point 35.

²⁷⁴⁷ CJUE, 08/04/2008, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, Aff C-337/05, *Rec. des jurispr.* 2008, p. 2211, point 48 (italiques ajoutés).

l'existence de l'État ? Il convient donc de se demander si un État autorisé à prendre des mesures d'autoconservation en vertu de l'exception peut aller jusqu'à porter atteinte aux droits individuels.

Section 2. L'étendue de l'exception : les droits de l'homme et le droit humanitaire

1004. Qu'il existe une contradiction entre les mesures prises pour préserver l'existence de l'État et les droits détenus par les êtres humains n'a rien d'évident. Si l'on admet que l'institution étatique a pour responsabilité de garantir les droits individuels²⁷⁴⁸, il est difficile de concevoir comment un État pourrait préserver son existence tout en portant atteinte à ces droits. Cependant, l'avis de 1996 de la CIJ met en lumière une situation où la survie de l'État serait incompatible avec celle de la population d'un autre État. En ne donnant pas de réponse définitive à la question de savoir si un État est autorisé à violer le droit international humanitaire lorsque sa survie est en jeu, la Cour identifie une contradiction qui semble *insoluble*. La présente section vise à expliquer comment une telle impasse a pu émerger en droit international, alors que le cadre structurel décrit tout au long de la thèse semble favoriser la préservation des États.

1005. En réalité, l'avis rendu par la CIJ en 1996 reflète un changement progressif qui serait défavorable à l'État, renforçant le rôle des individus et de l'humanité en tant qu'acteurs et sujets du droit international. Si ce changement devait signifier que l'État n'est plus l'élément central autour duquel le droit international s'organise, cela remettrait en question l'importance de sa préservation au profit de la survie des êtres humains et de l'humanité. Pour vérifier cette hypothèse, il est nécessaire d'examiner comment les États garantissent ou portent atteinte aux droits individuels lorsqu'ils préservent leur existence en vertu d'une exception. Pour cela, une double perspective doit être adoptée : interne et externe. Ce à quoi un État est tenu envers sa propre population (**Paragraphe 1**) ne peut pas être automatiquement transposé au traitement qu'il doit réserver aux populations d'autres États (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Aspects internes : l'État vis-à-vis de sa propre population

1006. Depuis les années 2000, un mouvement a émergé pour rappeler que l'exercice de la souveraineté d'un État est conditionné par le respect des droits de sa population. Ce mouvement s'appuie sur le concept de « responsabilité de protéger », qui découle d'une approche dite « fonctionnelle » de la souveraineté. Selon cette perspective, la souveraineté ne se réduit pas à

²⁷⁴⁸ V. le Chapitre 1 de la thèse, *passim*.

un simple droit, mais implique également un devoir de garantir les droits individuels plutôt que de privilégier la survie de l'État à tout prix (1.1).

1007. Cette conception trouve un écho dans la pratique conventionnelle, qui cherche à restreindre autant que possible les situations dans lesquelles un État est susceptible de porter atteinte aux droits individuels (1.2.). Ainsi, il s'agit de trouver un équilibre entre la préservation de l'État et la protection des droits fondamentaux de la population. Cette approche reconnaît que la souveraineté de l'État n'est pas absolue et doit s'exercer dans le respect des normes internationales de protection des droits des personnes.

1.1. Popularité de la notion de « souveraineté fonctionnelle » : l'exercice de la souveraineté dans le respect des droits individuels

1008. Consacrée par le Document final du Sommet mondial de 2005, lui-même repris dans la résolution 60/1 de l'Assemblée générale la même année, la responsabilité de protéger établit que « [c]'est à chaque État qu'il incombe de protéger ses populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »²⁷⁴⁹. Strictement limitée, en principe, aux obligations particulières de droit international des droits de l'homme²⁷⁵⁰, la responsabilité de protéger prend comme point de départ une définition fonctionnelle de la souveraineté, c'est-à-dire une souveraineté définie à partir de sa finalité. Lavée de toute sa coloration interventionniste, la responsabilité de protéger n'a rien de particulièrement moderne. Le P^r Thouvenin observe que cette théorie se borne en effet à reprendre l'idée selon laquelle « les États peuvent être soumis par le droit international à des règles qui les obligent à assurer la protection de certaines des personnes qu'elles tiennent sous leur juridiction »²⁷⁵¹.

1009. C'est d'ailleurs sur ce point qu'il importe d'insister plutôt que sur la controverse entourant la notion²⁷⁵², en particulier son utilisation pour justifier l'intervention non consentie sur le territoire d'un État qui ne remplit pas sa responsabilité de protéger sa population. Les discussions tournent plutôt autour de la licéité d'une intervention humanitaire, c'est-à-dire sur ce qui est généralement présenté comme le troisième pilier de la théorie. Il ne semble pas que le premier pilier mentionné plus haut soit controversé. Au contraire, les arguments mobilisés à

²⁷⁴⁹ Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 septembre 2005 (A/RES/60/1), §138. Ce paragraphe a été repris dans diverses résolutions du Conseil de sécurité, notamment la résolution 1674 (2006), paragraphe 4 ; et résolution 1706 (2006), alinéa deux du préambule.

²⁷⁵⁰ Nations Unies, « La mise en œuvre de la responsabilité de protéger. Rapport du Secrétaire général », 12 janvier 2009, A/63/677, p. 4, §3.

²⁷⁵¹ J.-M. Thouvenin, « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », in Société Française pour le Droit International, *Colloque de Nanterre, la responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, 2008, p. 27.

²⁷⁵² V., *inter alia*, S. Szurek, « La responsabilité de protéger : du principe à son application. Quelques remarques sur les enjeux du *law making process* en cours », *AFRI*, vol. XII, 2011, pp. 913-931.

l'encontre de la responsabilité de protéger ont vocation à mobiliser les règles de droit international pertinentes pour démontrer l'illicéité de la mise en œuvre du troisième pilier, sans jamais paraître remettre en cause le premier²⁷⁵³.

1010. Le Secrétaire général des Nations Unies relève à raison que la responsabilité de protéger est présentée comme un *devoir* qui « découle du concept positif et affirmatif de la souveraineté en tant que responsabilité, et non de l'idée plus étroite d'intervention humanitaire »²⁷⁵⁴. Si l'État protège sa population, c'est parce qu'il *doit* la protéger. En reprenant les termes du rapport de la « Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États » de 2001, la souveraineté « implique que les autorités étatiques sont responsables des *fonctions* qui permettent de protéger la sécurité et la vie des citoyens et de favoriser leur bien-être »²⁷⁵⁵. Les propos rappellent en effet ceux d'Antoine Rougier dans son article relatif à l'intervention d'humanité, publié en 1910²⁷⁵⁶. Souhaitant démontrer la licéité d'une intervention réalisée par un État sur le territoire d'un autre État ne respectant pas les droits de l'homme, Rougier entreprend de surmonter le principal argument s'opposant à une telle possibilité : l'indépendance des États²⁷⁵⁷. En vertu du principe, aucun État ne peut être contraint à quoi que ce soit sans son consentement. Il découle en outre de l'indépendance des États, postulat que Rougier qualifie d'indémontrable²⁷⁵⁸, l'égalité des États ainsi que le principe de non-intervention.

1011. Afin de surmonter l'obstacle, l'auteur suggère que « [l]'État n'a d'autres droits que ceux nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions : comment donc admettre qu'il jouisse d'un prétendu droit d'indépendance, lui permettant de manquer à sa fonction de justice envers ses sujets ? »²⁷⁵⁹. Bref, l'approche retenue par l'auteur aboutit à nier que les États soient indépendants au point d'exercer librement leur souveraineté. Ainsi, en lieu et place du principe d'indépendance, Rougier défend ce qu'il appelle la « [t]héorie du droit humain et du pouvoir-fonction »²⁷⁶⁰ et qu'il définit comme une théorie imposant aux États de protéger les droits de

²⁷⁵³ V. p. ex., P. Dailler, « La 'responsabilité de protéger', corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », in SFDI, *Colloque de Nanterre, La responsabilité de protéger, op. cit.*, pp. 53-56. Plus largement, les discussions interrogeant la compatibilité de l'intervention humanitaire avec les règles interdisant le recours à la force, *id.*, pp. 297-344.

²⁷⁵⁴ « La mise en œuvre de la responsabilité de protéger », *op. cit.*, §10 a).

²⁷⁵⁵ Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, *La responsabilité de protéger*, 2001, §2.15, p. 14.

²⁷⁵⁶ A. Rougier, « La Théorie de l'intervention d'humanité », *RGDIP*, 1910, pp. 468-526. Il sera néanmoins fait référence au tiré à part des éditions Dalloz, Paris, 2014, 146 p, préface de M. Forteau.

²⁷⁵⁷ A. Rougier, *La théorie de l'intervention d'humanité*, préface de M. Forteau, Dalloz, Paris, 2014, pp. 22 et s.

²⁷⁵⁸ *Id.*, p. 29.

²⁷⁵⁹ *Id.*, p. 29.

²⁷⁶⁰ *Id.*, pp. 38 et s.

l'homme, en vertu d'une règle qui leur serait supérieure²⁷⁶¹. Le « pouvoir des gouvernants » étant « la contrepartie d'une fonction qu'ils ont à remplir », Antoine Rougier en « conclut que le gouvernement qui manque à ses fonctions, partiellement déchu de son pouvoir, peut subir le contrôle d'un État étranger »²⁷⁶². Le P^r Forteau observe à juste titre que « [l]a théorie de la souveraineté-fonction n'est pas en rupture totale avec le droit international XIXe siècle »²⁷⁶³. Cela semble confirmé par ce qui a été dit plus tôt à propos de l'importance de la finalité de l'État dans l'élaboration des droits fondamentaux étatiques²⁷⁶⁴.

1012. Dans tous les cas, c'est à partir d'une telle approche que la notion de « souveraineté fonctionnelle » s'est popularisée en doctrine ces dernières années²⁷⁶⁵. Plutôt que d'en tirer certains droits fondamentaux au profit de l'État, en particulier un droit d'autoconservation, la référence à la souveraineté fonctionnelle aboutit généralement à imposer des limites à l'exercice de la souveraineté. L'ensemble de ces éléments permet toutefois de percevoir l'importance de la finalité attribuée à l'État en droit international. On pourrait multiplier les exemples de ce que la doctrine interprète comme une manifestation de cette souveraineté fonctionnelle. Il est connu que la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité rappelle en son préambule « que les autorités libyennes ont la responsabilité de protéger le peuple libyen »²⁷⁶⁶. Cette observation est généralisable à un nombre important de résolutions du Conseil de sécurité, tellement important qu'il n'est pas judicieux de tenter d'en dresser un inventaire exhaustif²⁷⁶⁷.

²⁷⁶¹ *Id.*, p. 39.

²⁷⁶² *Ibid.*

²⁷⁶³ M. Forteau, « Le juriste face à la théorie de l'intervention d'humanité », in A. Rougier, *La théorie de l'intervention d'humanité*, *op. cit.*, p. 34.

²⁷⁶⁴ V. le Chapitre 1 de la thèse, *passim*. Plus généralement, F. Poirat, « État », *op. cit.*, p. 646 : « (...) l'étymologie comme la définition contemporaine de la souveraineté pointent non pas le caractère absolu de la puissance, mais le degré de celle-ci. Dire d'une puissance qu'elle est supérieure – *summa* – ne signifie jamais qu'elle est illimitée, mais simplement qu'elle n'admet aucune autorité au-dessus d'elle (...) ».

²⁷⁶⁵ P.-M. Dupuy, « Considérations élémentaires sur la 'vie privée' des États », *op. cit.*, p. 125. V. ég., A. N'Kolombua, « L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale des États en droit international contemporain », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1994, p. 440 ; A. A. Altief, « Les aspects juridiques de la crise de l'État libyen », in *Liber amicorum en hommage à Jean-Denis Mouton*, Paris, Pedone, 2020, p. 37.

²⁷⁶⁶ Alinéa 9 du préambule de la résolution 1970 (2011) (S/RES/1970(2011)).

²⁷⁶⁷ Citons quelques exemples : dans sa résolution 975 (1995), le Conseil de sécurité considère que « c'est au peuple haïtien qu'incombe en dernier ressort la responsabilité de la réconciliation nationale et de la reconstruction du pays » (préambule) ; plus récemment, la résolution 2119 (2013) mentionne, toujours à propos d'Haïti, « la responsabilité qui (...) incombe [aux autorités nationales] d'assurer le maintien de la stabilité et de la sécurité dans le pays » (§3) ; la résolution 2553 (2020), relative aux réformes de sécurité demandées par le Conseil de sécurité à certains membres des Nations Unies, présente ces réformes comme un moyen de permettre « aux institutions nationales de sécurité de s'acquitter durablement de leurs responsabilités en matière de protection de tous les civils » (préambule).

1013. L'idée que la souveraineté n'est pas une notion conférant un pouvoir arbitraire et absolu est devenue tellement populaire qu'elle ressurgit fréquemment pour encadrer l'exercice de droits essentiels à la préservation de l'existence de l'État. Ainsi, les membres de la CDI ont insisté sur le fait que l'inhérence du droit d'expulser les étrangers du territoire national²⁷⁶⁸ ne rimait pas avec pouvoir arbitraire : son exercice, ainsi que le relevait par exemple M. Kolodkin, devait être concilié avec les droits fondamentaux individuels de l'homme²⁷⁶⁹. Lors de la discussion du rapport préliminaire à la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, les représentants des États n'hésitaient pas non plus à insister sur ces deux points : si le droit d'expulser est qualifié de droit « souverain » ou « inhérent »²⁷⁷⁰, il doit être exercé « conformément aux règles et principes établis du droit international, en particulier les principes fondamentaux des droits de l'homme »²⁷⁷¹. L'affaire *Paquet* de la Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela conditionnait par exemple l'expulsion d'un étranger à l'existence de motifs raisonnables²⁷⁷². De nombreux exemples pourraient être cités : les affaires *Oliva*²⁷⁷³, *Tacna-Arica*²⁷⁷⁴, *Daniel Dillon*²⁷⁷⁵ ou *Chevreau*²⁷⁷⁶ – toutes espèrent encadrer le

²⁷⁶⁸ V. le Chapitre 2 de la thèse, pp. 106 et s.

²⁷⁶⁹ 2850^{ème} séance du 13/07/2005, in *ACDI 2005*, vol. I, *op. cit.*, §31, p. 138.

²⁷⁷⁰ On peut recenser, lors de la onzième séance du 24/10/2005 (A/C.6/60/SR.11) : Chine (§54, p. 11) ; République islamique d'Iran (§84, p. 16). Lors de la douzième séance du 25/10/2005 (A/C.6/60/SR.12) : Pays-Bas (§19, p. 4) ; États-Unis d'Amérique (§22, p. 5) ; Portugal (§39, p. 8) ; Biélorussie (§54, p. 10) ; Slovaquie (§57, p. 10) ; Fédération de Russie (§72, p. 12) ; Grèce (§87, p. 14). Lors de la treizième séance du 26/10/2005 (A/C.6/60/SR.13) : Mexique (§§1 et 3, p. 1) ; Jordanie (§15, p. 4) ; Suède (§21, p. 5) ; Allemagne (§36, p. 7) ; Pologne (§62, p. 12).

²⁷⁷¹ Déclaration du délégué iranien lors de la onzième séance, *ibid.* L'idée qui s'en dégage est reprise par de nombreuses, si ce n'est l'intégralité, des délégations.

²⁷⁷² *Paquet Case (Expulsion)*, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, *RSA*, vol. IX, p. 325. Relevons que la solution reprend peu ou prou l'argumentaire de l'arbitre belge. Ce dernier précisait ne pas disputer « *the right of expulsion invoked by Venezuela, so long as this right is a consequence of the right to protect the State* », p. 323.

²⁷⁷³ *Oliva Case*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, *RSA*, vol. X, 1903, p. 608 : « *[t]he umpire does not find it necessary to again discuss the principles governing the right of expulsion. The existence of this right was recognized and the dangers incident to its exercise were sufficiently pointed out (...)* ». La juridiction conclut que la seule *suspicion* que l'étranger ne suffit pas à justifier le recours à l'expulsion alors que le gouvernement n'avait aucun « *legal right* » d'agir ainsi.

²⁷⁷⁴ *Tacna-Arica Question*, Pérou c. Chili, 04/03/1925, *RSA*, vol. II, n°XXIV, p. 942 : le tribunal, saisi d'une expulsion collective de citoyens péruviens par le Chili, constate que seules 52 personnes avaient été exclues pour conspiration contre l'État. Elle semble admettre la licéité de ces mesures par rapport aux autres expulsions, qualifiées d'informelles, car réalisées « sous forme de menace » et non pas en application du droit interne. La requête est néanmoins rejetée par le tribunal qui estime qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, une expulsion de masse constituant une violation du traité liant les États parties.

²⁷⁷⁵ *Daniel Dillon*, États-Unis d'Amérique c. États-Unis du Mexique, 03/10/1928, General claims commission, *RSA*, vol. IV, p. 369. Admettant le pouvoir d'expulsion des étrangers au Mexique, il lui est reproché d'avoir infligé un mauvais traitement à l'individu avant son expulsion. Commentant l'affaire, l'arbitre Nielsen d'origine étatsunienne, approuve la solution en affirmant que « *[t]he sovereign right of expulsion is not denied by the United States* ». Seule la licéité de la méthode employée par le Mexique était remise en cause.

²⁷⁷⁶ *Affaire Chevrau*, France c. Royaume-Uni, 03/06/1931, *RSA*, vol. II, n°XXX, pp. 1137-1138 : le pouvoir d'expulsion préservé, la juridiction se contente de vérifier l'arbitraire de la mesure ainsi adoptée ainsi que le traitement accordé au citoyen français au moment de son expulsion.

pouvoir souverain de l'État dans certaines limites. Le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers finalement adopté par la CDI entreprend logiquement d'opérer un équilibre « entre ces deux pôles mettant en rapport le droit de l'État expulsant et les droits de l'expulsé, en sorte que le droit souverain de l'État s'exerce dans le respect de la dignité humaine »²⁷⁷⁷. On retrouvait déjà cette logique dans une résolution adoptée sur le sujet par l'Institut de droit international, en 1892²⁷⁷⁸.

1014. C'est certainement pour conférer une dimension positive à la responsabilité de respecter les droits de la personne humaine que de nombreuses conventions internationales précisent de quelle manière un État est autorisé ou empêché de porter atteinte à ces droits.

1.2. L'encadrement conventionnel des atteintes aux droits individuels

1015. Ainsi qu'il a déjà été relevé, l'intégralité des conventions régionales et universelles en la matière admet une clause de dérogation pour protéger « l'existence de la nation » en certaines circonstances²⁷⁷⁹. La mise en œuvre d'une exception de cette nature, on l'a vu, ne permet à l'État d'adopter que les mesures qui sont strictement nécessaires et proportionnées²⁷⁸⁰. Surtout, l'article 4 du premier pacte de 1966, par exemple, précise en son deuxième alinéa qu'un État n'est pas autorisé à déroger « aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 »²⁷⁸¹. Les droits garantis par ces articles correspondent généralement à ce que la doctrine qualifie de norme

²⁷⁷⁷ M. Kamto, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, CDI, A/CN.4/581, p. 4, §5. Cette perspective n'aura de cesse d'être soulignée par les États commentant le projet ainsi élaboré. Lors de la douzième séance du 25/10/2005 (A/C.6/60/SR.12) : États-Unis d'Amérique (§22, p. 5) ; Bélarus (§54, p. 10) ; Grèce (§87, p. 14). V. ég. les discussions de la dix-neuvième séance du 30/10/2007 (A/C.6/62/SR.19) : Sri Lanka (§56, p. 10) ; Japon (§96, p. 15). Enfin, v. les commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/669 : République de Corée (p. 7) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (p. 11) ; Canada (p. 49) ; la position du El Salvador est isolée (p. 49) ; États-Unis d'Amérique (p. 52).

²⁷⁷⁸ Établissant « le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement ou de les en expulser » comme « une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance », il était précisé « que l'humanité et la justice obligent les États à n'exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur ledit territoire, ou qui s'y trouvent déjà ». *AIDI*, tome 12, 1892/84, session de Genève, Paris, Pedone-Lauriel, pp. 219, préambule.

²⁷⁷⁹ V. la section précédente du présent Chapitre, pp. 481, 487 et 490-492.

²⁷⁸⁰ Comité des droits de l'homme, 16/06/2008, « Rapport initial du Tchad », CCPR/C/TCD, §120 : « [L]e Tchad est convaincu de la nécessité de protéger les droits fondamentaux énoncés dans le Pacte. C'est pourquoi, dans des situations d'urgence menaçant la vie du citoyen et la survie de l'État, le Gouvernement ne peut déroger aux obligations prévues que sous certaines conditions. La loi soumet la proclamation de la situation d'urgence à un acte officiel ; les mesures exceptionnelles ne doivent être prises qu'en cas de strictes nécessités et ces dernières ne doivent pas entraîner de discrimination ».

²⁷⁸¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *op. cit.*, art. 4(2), p. 189. Une stipulation similaire figure à l'article 15(2) de la Convention EDH, *op. cit.*, p. 234 : « [L]a disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 ». V. ég. à l'art. 27(2) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; à l'art. 4(b) de la Charte arabe des droits de l'homme.

impérative de droit international (*jus cogens*) : le droit à la vie ; l'interdiction de la torture, des peines et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ; l'interdiction de l'esclavage²⁷⁸².

1016. Sans se prononcer sur le caractère impératif des règles précitées, il faut néanmoins admettre qu'un État ne pourrait pas faire le choix de les ignorer en toute impunité, même pour préserver son existence. Cette obligation découle principalement de la nature coutumière de ces règles, plutôt que de leur éventuelle qualité de *jus cogens*. Par exemple, lorsque la Corée du Nord s'est retirée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme s'était appuyé sur la coutume afin d'établir « la *continuité* des obligations souscrites » par les États parties²⁷⁸³, même en cas de retrait. Selon l'observation générale du Comité, les deux pactes de 1966 visent à « codifie[r] sous forme de traité les droits de l'homme universels consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme, ces trois instruments formant ensemble ce que l'on désigne souvent par l'expression 'Charte internationale des droits de l'homme' »²⁷⁸⁴. Par conséquent, un État ne peut pas dénoncer un traité qui se contente de codifier le droit coutumier et prétendre qu'il n'est plus lié par celui-ci. Dès lors qu'un État ne peut pas se délier unilatéralement de ses engagements coutumiers, sauf dans le cas d'une violation répétée aboutissant à la création d'une nouvelle règle coutumière contraire²⁷⁸⁵, la Corée du Nord *continue* d'être liée par les obligations du Pacte. L'État est donc obligé de respecter certains droits individuels, y compris lorsqu'il entend préserver « l'existence de la nation ».

1017. La Corée du Nord semblait rejoindre la position du Comité puisqu'elle concluait sa notification de retrait en ces termes : « [t]he Government of our Republic has so far provided our people with fundamental freedoms and basic rights on level far higher than as required by the 'International Covenant on Civil and Political Rights' and so will it do in the future, too »²⁷⁸⁶. Au lieu de dénoncer les obligations relatives aux droits de l'homme, l'État se retirait

²⁷⁸² V. la liste non exhaustive des règles qualifiées d'impératives dans le projet de conclusion de la CDI, in *ACDI 2022*, vol. II(2), A/77/10, pp. 16-17.

²⁷⁸³ Comité des droits de l'homme, « Observation générale n°26 », *op. cit.* L'objet de ladite observation est démontré dès l'intitulé, qui ne mentionne pas la question du retrait : « Observation générale sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

²⁷⁸⁴ *Id.*, §3.

²⁷⁸⁵ On l'a rappelé plus tôt dans la thèse, v. au chapitre 6, p. 400. En outre, l'article 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise explicitement que la dénonciation ou le retrait d'un traité « n'affectent en aucune manière le devoir d'un État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité ».

²⁷⁸⁶ Nations Unies, « Notification de la République populaire démocratique de Corée », C.N.467.1997, p. 3 (souligné ajouté). Disponible en ligne : <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/1997/CN.467.1997-Frn.pdf> (consulté le 14/06/2023).

d'un Pacte dont certains organes étaient accusés d'avoir adopté des mesures « *which encroach upon the sovereignty and dignity* » de la Corée du Nord²⁷⁸⁷. Dit autrement encore, le retrait ne semblait concerner que les aspects institutionnels et non pas substantiels du Pacte.

1018. Un auteur a cependant cru pouvoir affirmer que la Corée du Nord aurait implicitement accepté l'illicéité de son retrait lorsqu'elle a transmis, au début des années deux mille, son deuxième rapport périodique au Comité des droits de l'homme²⁷⁸⁸. L'argument entend relever que si l'État s'estimait véritablement libre de ne plus respecter le Pacte, il aurait très bien pu ne pas transmettre le rapport plusieurs années suivant son retrait. L'auteur confond cependant deux choses : la date à laquelle le rapport a été effectivement transmis (*après* le retrait) et la date à laquelle il était dû (*avant* le retrait). Selon le site officiel Nations Unies²⁷⁸⁹, le deuxième rapport périodique devait être communiqué le 13 octobre 1987, conformément à l'article 40 du Pacte, soit dix ans avant le retrait. En adressant ledit rapport le 20 mars 2000 au Comité, la Corée du Nord semblait ainsi s'acquitter d'une obligation qui était à sa charge avant son retrait du Pacte. Le Comité attend d'ailleurs toujours le troisième rapport périodique qui devait lui être transmis par la Corée en 2004. Tant que ce rapport n'a pas été officiellement communiqué au Comité, il serait hâtif de considérer que la Corée s'estime toujours liée par les obligations organisant les relations des Parties avec ledit Comité. Quoi qu'on pense de l'intention manifestée par la Corée du Nord de continuer à respecter le droit international des droits de l'homme, il faut constater que cela permet d'identifier une *opinio juris* qui confirme la consécration des droits des personnes dans le droit international coutumier.

1019. La véritable difficulté, derrière le retrait de la Corée du Nord, portait plutôt sur cette déclaration émise dans la notification transmise au Secrétaire général : l'État indiquait avoir l'intention de garantir les droits des personnes « *on a level far higher than as required by the 'International Covenant (...)'* »²⁷⁹⁰. Si l'on met de côté le jugement relatif à la qualité des droits garantis par la Corée du Nord (« *level far higher* », donc qualitativement supérieure), elle semblait vouloir appliquer un standard de protection des droits individuels différent de celui stipulé dans le Pacte de 1966. Or, il semble que ce soit dans l'appréciation de ce standard que les considérations relatives à la survie de l'État ressurgissent. Ce fait a été relevé par M.

²⁷⁸⁷ *Ib.*

²⁷⁸⁸ A. Morelli, *Withdrawal From Multilateral Treaties*, *op. cit.*, p. 126.

²⁷⁸⁹ V. en ligne :

[https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=PRK&Lang=EN] (consulté le 14/06/2023).

²⁷⁹⁰ Nations Unies, « Notification de la République populaire démocratique de Corée », *op. cit.*, p. 3 (italiques ajoutés).

Muntarhorn en 2005, dans un rapport établissant la « [s]ituation des droits de l’homme en République populaire démocratique de Corée »²⁷⁹¹. Le Rapporteur spécial observe que la difficulté de maintenir une conception *universelle* des droits de l’homme se manifeste clairement en Corée du Nord²⁷⁹². Ce pays adopte plutôt une approche « fondée principalement sur la protection de la souveraineté nationale et des droits ‘collectifs’ (centrés sur l’État), les droits économiques et sociaux l’emportant sur les droits politiques, et les droits des autorités sur ceux des personnes et des groupes qui ne partagent pas les vues des premières »²⁷⁹³. En outre, les autorités mettent l’accent « sur le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures de l’État *et le droit à la survie, à savoir celle de l’État et des pouvoirs en place* »²⁷⁹⁴.

1020. Selon le Rapporteur, une telle compréhension des droits individuels a pour conséquence de provoquer « de gros écarts par rapport aux normes internationales relatives aux droits de l’homme, car pareille conception désavoue les revendications de la communauté internationale en faveur des personnes et des groupes aux droits desquels les autorités nationales portent atteinte »²⁷⁹⁵. Déclarer simplement son intention de continuer à respecter les droits des personnes, comme l’a fait la Corée du Nord lors de son retrait du Pacte, ne suffit pas à garantir que ces droits seront effectivement protégés conformément aux normes et aux directives établies par le Pacte et le Comité. Lorsque la conception nationale est ordonnée autour des droits de l’État, celui-ci pourrait considérer avoir le droit de préserver son existence sans avoir à respecter les droits individuels. M. Couveinhes Matsumoto remarquait ainsi que la théorie des droits fondamentaux de l’État continue d’être invoquée en Chine ou en Russie : « [s]elon la théorie chinoise des droits de l’homme, les deux droits les plus importants sont les droits à l’indépendance et au développement. Or, à bien suivre le discours chinois, ces droits apparaissent comme des droits des États et non des personnes privées »²⁷⁹⁶.

²⁷⁹¹ Commission des droits de l’homme, 10/01/2005, E/CN.4/2005/94, 23 p. Le Rapporteur postule d’ailleurs que la Corée continue d’être partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conformément à l’observation générale du Comité des droits de l’homme, p. 5, §9.

²⁷⁹² *Id.*, p. 8, §20 : « [o]n ne saurait essayer de comprendre la situation des droits de l’homme en République populaire démocratique de Corée sans tenir compte des difficultés que pose la défense de l’universalité et de l’indivisibilité des droits de l’homme, laquelle suppose la promotion d’une conception globale des droits de l’homme dans le pays, associant droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels ».

²⁷⁹³ *Id.*, p. 8, §20.

²⁷⁹⁴ *Ib.* (italiques ajoutés).

²⁷⁹⁵ *Ib.*

²⁷⁹⁶ F. Couveinhes Matsumoto, « De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des pratiques et des règles relatives à la dénonciation », *op. cit.*, p. 61, note 150. Dans un autre article auquel l’auteur renvoie, il ajoute : « [s]ur la base d’une critique largement relativiste, [la Chine] estime que, pour les États dont elle fait partie, les deux ‘premiers’ droits de l’homme sont le droit à l’existence ou à l’indépendance – un droit recoupant en vérité plus ou moins la souveraineté étatique – et le droit au développement – essentiellement compris comme économique ». V., F. Couveinhes Matsumoto, « La politique juridique extérieure de la République populaire de Chine », *AFRI*, vol. XVII, 2016, p. 258.

1021. Une telle perception est de toute évidence diamétralement opposée à celle que la pratique européenne se fait du droit international des droits de l’homme. Citons, à titre d’exemple, l’affaire *Streletz* que la CEDH a eu à trancher le 22 mars 2001, en Grande chambre²⁷⁹⁷. Entre 1949 et 1961, une partie de la population de la République démocratique allemande (RDA) fuyait vers la République fédérale d’Allemagne (RFA). Afin d’endiguer ce phénomène, on sait que la RDA a décidé de construire un mur dans la ville de Berlin le 13 août 1961²⁷⁹⁸. Les requérants à l’origine du recours dirigé contre l’Allemagne – réunifiée à l’époque des faits – étaient des fonctionnaires de la RDA chargés de contrôler la frontière et d’empêcher toute personne de la traverser, même si cela impliquait d’employer la force létale²⁷⁹⁹. À la suite de la chute du mur de Berlin, lesdits requérants ont fait l’objet de poursuites en RFA et ont été condamnés sur la base « du droit applicable en RDA à l’époque des faits, pour incitation à l’assassinat », puis en vertu « du droit pénal de la RDA, plus clément que celui de la RFA »²⁸⁰⁰. La solution, entérinée par la Cour fédérale de justice en 1994²⁸⁰¹, a été contestée par les fonctionnaires qui estimaient au contraire que « leurs agissements avaient été justifiés d’après le droit *alors* applicable en RDA et n’auraient pas dû être poursuivis pénalement »²⁸⁰². L’expression en italique permet de comprendre que les hauts fonctionnaires alléguaient une violation, par l’Allemagne, de l’article 7, alinéa 1, de la Convention européenne – établissant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. En outre, ils invoquaient également l’article 2, alinéa 2 du même texte et qui prévoit les conditions dans lesquelles « [l]a mort n’est pas considérée comme infligée en violation » du droit à la vie.

1022. Les motifs intéressant la conservation de l’État ont été invoqués au soutien des deux défenses que l’on vient de mentionner. Ainsi, les requérants ont soutenu qu’à l’époque des faits, leur comportement était licite et que la RDA poursuivait une finalité particulière : « l’instauration du régime de surveillance de la frontière aurait été *indispensable pour préserver l’existence de la RDA* »²⁸⁰³. Une fois encore, cette circonstance intervient pour *interpréter* le

²⁷⁹⁷ CEDH (Grande chambre), 22/03/2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, requêtes n° 35532/97, 34044/96 et 44801/98.

²⁷⁹⁸ *Id.*, point 13.

²⁷⁹⁹ *Id.*, points 15-16. Un lien théorique pourrait être fait avec la théorie des droits fondamentaux de l’État, car les internationalistes classiques « justifiaient les mesures qui prévenaient le dépeuplement » en vertu du droit de conservation de soi des États (E. Nys, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, Tome II, *op. cit.*, p. 276). Ainsi, un des moyens de sûreté légitime « est celui qui consiste à prévenir le dépeuplement du territoire de l’État, surtout en empêchant l’émigration des citoyens (...) » (V. ég., J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l’Europe, op. cit.*, p. 59, §39).

²⁸⁰⁰ CEDH (Grande chambre), 22/03/2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, id.*, point 19.

²⁸⁰¹ *Id.*, point 20.

²⁸⁰² *Ib.* (italiques ajoutés).

²⁸⁰³ *Id.*, point 47 (italiques ajoutés).

droit interne de la RDA²⁸⁰⁴, expliquant pourquoi la Cour « rappelle tout d’abord les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l’interprétation et l’application du droit interne »²⁸⁰⁵. Déterminant dans un premier temps que « les actions des requérants constituaient des infractions » en vertu du droit pénal de la RDA²⁸⁰⁶, elle recherche dans un second temps s’il existait certains faits justificatifs tirés du droit²⁸⁰⁷ *et de la pratique* de la RDA. C’est dans cette dernière catégorie que la défense déduite de la conservation de l’État est recherchée. En effet, la pratique vise le droit non écrit « qui se superposait aux règles du droit écrit à l’époque des faits »²⁸⁰⁸, et celle invoquée par les requérants aurait eu pour objectif « de protéger ‘à tout prix’ la frontière entre les deux États allemands afin de préserver l’existence de la RDA, menacée par l’exode massif de sa propre population »²⁸⁰⁹.

1023. La Cour européenne a rejeté la conception retenue par la RDA du droit international des droits de l’homme en insistant sur le fait que les pouvoirs d’un État sont généralement limités par les droits individuels :

« La Cour souligne toutefois que la raison d’État ainsi invoquée doit trouver ses limites dans les principes énoncés par la Constitution et les textes légaux de la RDA elle-même ; *elle doit surtout respecter la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution, la loi sur la police du peuple et la loi sur la frontière de la RDA, compte tenu du fait que le droit à la vie était, déjà à l’époque des faits, la valeur suprême dans l’échelle des droits de l’homme sur le plan international* »²⁸¹⁰.

1024. Assimilant ainsi la défense invoquée avec la « raison d’État », la CEDH établit une limite au pouvoir de conservation de l’État à partir de deux considérations : le droit interne de l’État (sa constitution et autres « textes légaux »), mais aussi et surtout l’importance du droit en cause en droit international, en tant que « *valeur suprême* ». L’arrêt souligne également le caractère disproportionné des mesures adoptées pour protéger les frontières, ces mesures étant absolues et incompatibles avec le respect du droit à la vie. Par exemple, la Cour reproche l’« effet automatique et aveugle » des mines et des mécanismes de tir automatique mis en place par la RDA, tout comme elle déplore le « caractère absolu des ordres donnés aux gardes-

²⁸⁰⁴ *Id.*, point 48.

²⁸⁰⁵ *Id.*, point 49.

²⁸⁰⁶ *Id.*, points 51-55.

²⁸⁰⁷ *Id.*, points 56-66.

²⁸⁰⁸ *Id.*, point 67.

²⁸⁰⁹ *Id.*, point 71.

²⁸¹⁰ *Id.*, point 72 (italiques ajoutés). Le *dictum* sera repris dans un arrêt du même jour, CEDH, *Affaire K.-H.W. c. Allemagne*, requête n° 37201/97, point 66.

frontières »²⁸¹¹. Lorsqu'elle s'intéresse à la possibilité offerte par l'article 2, alinéa 2, de porter atteinte à la vie des individus dans certaines hypothèses, la Cour rapporte que la nécessité de la mesure n'a pas été démontrée par la RDA : « [o]n ne saurait ensuite prétendre qu'une mesure générale empêchant la sortie de la quasi-totalité de la population d'un État était nécessaire pour protéger la sécurité de celui-ci, ni d'ailleurs les autres intérêts mentionnés »²⁸¹². L'arrêt aboutit, unanimement, à rejeter la requête formée par les requérants²⁸¹³.

1025. L'affaire que l'on vient d'étudier semble présager la réussite, au moins à l'échelle européenne, d'une certaine conception de la souveraineté et de l'État : au regard de la raison d'être de cette institution, celle-ci ne saurait exercer une souveraineté absolue²⁸¹⁴. Cela est manifeste dans une décision rendue par la Cour constitutionnelle turque, invoquée dans une autre affaire de la CEDH²⁸¹⁵. Après avoir affirmé que « [l]e principe de l'intégrité indivisible » du pays était une « caractéristique historique de la République de Turquie », la juridiction constitutionnelle partageait sa conception d'un droit qui pourrait être assimilé à celui d'autoconservation :

« Le droit de l'État de préserver l'intégrité du pays et l'unité de la nation ne se limite pas à la seule existence de l'État, mais s'étend, dans des pays démocratiques, à la protection des droits et libertés de l'homme, surtout lorsqu'il est question d'une attitude digne d'un État de droit »²⁸¹⁶.

1026. Sans avoir à vérifier la validité d'une telle appréciation, qui repose sur un postulat relatif aux fonctions de l'État qui a déjà été évoqué²⁸¹⁷, il convient d'admettre que l'une des principales

²⁸¹¹ *Id.*, point 73.

²⁸¹² *Id.*, point 100.

²⁸¹³ *Id.*, point 105.

²⁸¹⁴ Cette conception dépasse parfois le continent européen, ainsi qu'en témoigne le troisième rapport périodique d'El Salvador, présenté au Comité des droits de l'homme le 12/07/2002, CCPR/C/SLV/2002/3, p. 46, §194, commentant l'article 5 du PIDCP – en vertu duquel aucune « activité (...) visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte » ne peut être considérée admise en vertu du Pacte. El Salvador considère ainsi : « (...) l'État, considérant la personne humaine comme la source et la finalité de son action, déploie tous les efforts nécessaires pour que les différentes normes internationales ratifiées par El Salvador soient conformes aux règles constitutionnelles qui constituent le cadre de son action. C'est ainsi que (...) l'État considère la personne humaine comme sa raison d'être, ce qui lui garantit et lui confère une série de droits et de libertés fondamentales qui lui sont inhérents et qui ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction ni limitation de quelque nature que ce soit ».

²⁸¹⁵ V. en annexe de CEDH (quatrième section), 09/04/2002, *Affaire Yazar et autres c. Turquie*, requêtes n° 22723/93, 22724/93 et 22725/93. Disponible en ligne : [[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-64975%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-64975%22]})] (consulté le 14/06/2023).

²⁸¹⁶ *Ib.*

²⁸¹⁷ V. le chapitre 1 de la thèse, pp. 70-71. On en trouve parfois une trace dans les rapports soumis par les États au Comité des droits de l'homme, v. celui présenté par El Salvador le 12/07/2002, CCPR/C/SLV/2002/3, p. 46, §194, commentant l'article 5 relatif au droit à la vie : « [e]n outre, l'État, considérant la personne humaine comme la source et la finalité de son action, déploie tous les efforts nécessaires pour que les différentes normes internationales ratifiées par El Salvador soient conformes aux règles constitutionnelles qui constituent le cadre de

réalisations du droit international contemporain est d'avoir fait sortir le respect des droits de l'homme du domaine réservé des États²⁸¹⁸. Cependant, il ne semble pas que ce soit attribuable à une certaine conception de l'État, mais plutôt aux engagements internationaux des États. En effet, selon la jurisprudence des *Décrets* de la CPJI, seuls de tels engagements internationaux peuvent restreindre la compétence nationale des États²⁸¹⁹. Toutefois, en soulignant le succès de tels engagements, avec pratiquement tous les États étant liés d'une manière ou d'une autre au respect des droits individuels, on peut faire valoir que cela renforce en retour la conception de l'État mentionnée précédemment, qui est sous-jacente à la théorie du droit international des droits de l'homme.

1027. La situation actuelle ne permet donc pas à un État de recouvrer un pouvoir souverain qu'il aurait librement restreint dans ses engagements internationaux, même pour préserver son existence. Il faut ainsi mettre en perspective l'observation émise par les Philippines, au sein de la troisième commission de l'AGNU, lorsqu'elles expliquaient leur vote en faveur d'un projet d'amendement suggéré par Singapour²⁸²⁰, dans une résolution relative au « [m]oratoire sur l'application de la peine de mort »²⁸²¹. Selon la délégation, un État peut « décider de maintenir la peine de mort (...) [ou] décider de l'abolir », pour la simple raison qu'« [i]l s'agit uniquement d'une question de souveraineté, qui doit être respectée par tous les États (...) »²⁸²². La souveraineté y était encore une fois définie par les Philippines en lien avec la conservation de son existence, comme on a pu le relever dans la première partie de la thèse²⁸²³. En effet, la notion recouvre « la capacité d'un État à se démarquer de la norme générale, si tant est que celle-ci existe, et à prendre les mesures nécessaires pour assurer sa survie et maintenir la paix et à la sécurité »²⁸²⁴. Est-ce à dire qu'un État pourrait revenir sur son engagement en vertu

son action. C'est ainsi que, comme on l'a vu, l'État considère la personne humaine comme sa raison d'être, ce qui lui garantit et lui confère une série de droits et de libertés fondamentales qui lui sont inhérents et qui ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction ni limitation de quelque nature que ce soit ».

²⁸¹⁸ B. Conforti, « Humanité et renouveau de la production normative », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, p. 114.

²⁸¹⁹ V. au Chapitre 2 de la thèse, pp. 155-156.

²⁸²⁰ V. le projet d'amendement sous la cote A/C.3/73/L.57, distribué le 08/11/2018 : « [r]éaffirme le droit souverain de tous les pays d'élaborer leur propre système juridique et notamment de déterminer les peines appropriées, conformément aux obligations que leur impose le droit international ».

²⁸²¹ V. le projet sous la cote A/C.3/73/L.44, distribué le 31/10/2018.

²⁸²² Troisième Commission de l'AGNU, 47^{ème} séance du 13/11/2018, A/C.3/73/SR.47, p. 4, §17.

²⁸²³ On l'a relevé à propos de la jurisprudence relative au pouvoir d'expulsion des étrangers, dans le Chapitre 2 de la thèse, pp. 106 et s.

²⁸²⁴ *Ib.* Pour une référence similaire par les Philippines, v. Comité des droits de l'homme, *Deuxième rapport périodique des Philippines*, du 18/19/2002, CCPR/C/PHL/2002/2, pp. 153-154, §683, où l'affaire *Valmonte c. De Villa* de la Cour suprême des Philippines, datée du 29/09/1989. Afin de justifier la création de points de contrôle restreignant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, on peut lire ceci : « [e]ntre le droit inhérent de l'État à préserver son existence et à favoriser l'ordre public, et le droit d'un individu à ne pas subir de perquisitions sans

duquel il aurait aboli la peine de mort ? Si la réponse est possiblement positive, ce n'est aucunement en vertu de la « souveraineté » dudit État, mais plutôt en application des règles intéressant l'extinction et/ou la contestation d'une obligation²⁸²⁵.

1028. En outre, lorsqu'un État s'est obligé internationalement à garantir les droits des personnes, cela ne devrait pas signifier qu'il serait empêché d'apporter les restrictions qu'il estime nécessaires à la préservation de son existence. Pour autant, il s'engage à respecter les standards posés par ses engagements internationaux et à ne pas abuser de son pouvoir d'apporter certaines restrictions. Prenons l'exemple de la législation adoptée par la République de Corée pour protéger sa sécurité nationale²⁸²⁶, qui suscite de vives inquiétudes de la part des États parties au PIDCP²⁸²⁷. L'Espagne a recommandé à la Corée du Sud, au sein du Conseil des droits de l'homme, de « modifier la loi sur la sécurité nationale pour garantir que son application respecte pleinement la liberté d'expression »²⁸²⁸. En réponse, la Corée du Sud remarquait qu'« en raison de la division de la péninsule, la loi nationale relative à la sécurité est nécessaire pour assurer l'existence et la sécurité de l'État »²⁸²⁹. L'État insiste sur le fait que l'application de la loi fait l'objet d'un contrôle rigoureux de la part de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême, ce qui, selon lui, « prévient les abus »²⁸³⁰. Surtout, « [l]'application de la loi se limite aux cas de menace manifeste d'atteinte réelle à l'existence et à la sécurité de l'État ou à l'ordre démocratique fondamental, ce qui fait que la liberté d'expression et le droit de réunion et d'association sont garantis *au mieux* »²⁸³¹. Les conditions d'application rigoureuse et exceptionnelle de ladite loi permettraient ainsi à la République de Corée de préserver son existence tout en garantissant les droits des personnes.

1029. À l'inverse, lorsqu'un État n'est pas juridiquement contraint d'adopter un comportement particulier, il peut librement décider de donner la priorité à sa survie, du moins d'un point de vue du droit international. Lors de l'examen des deuxième et troisième rapports périodiques de l'Érythrée sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'État a indiqué

mandat même conduites de manière raisonnable, c'est le droit du premier qui doit l'emporter » (il s'agit d'un extrait issu de la solution rendue par la juridiction et non pas d'une simple reformulation).

²⁸²⁵ V. la section 2 du Chapitre 6 de la thèse.

²⁸²⁶ On parle du *National Security Act*, adoptée le 01/12/1948 et dont les articles 5-8 mentionnent l'hypothèse de la menace existentielle. Disponible en ligne :

[https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=26692&lang=ENG] (consulté le 14/06/2023).

²⁸²⁷ Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel. République de Corée », distribué le 12/12/2012, A/HRC/22/10, p. 26, §§124.55-124.56.

²⁸²⁸ *Id.*, p. 26, §124.57.

²⁸²⁹ Additif au rapport précité, « Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements exprimés et réponses de l'État examiné », distribué le 16/01/2013, A/HRC/22/10/Add.1, p. 5, §31.

²⁸³⁰ *Ib.*

²⁸³¹ *Ib.* (italiques ajoutés).

ne pas pouvoir entreprendre, pour l'heure, « la création d'une institution nationale de défense des droits de l'homme »²⁸³². En effet, toujours selon l'Érythrée :

« [T]out pays doit établir ses priorités. L'Érythrée est en situation de 'ni guerre ni paix'. Elle doit rester sur la défensive, protéger son intégrité territoriale, sa souveraineté et l'existence même de l'État. Il est certain que les droits de l'homme constituent une question très importante et les autorités feront tout leur possible pour créer, dans un avenir proche, un organe de contrôle du respect des droits de l'homme réellement indépendant. Elles doivent toutefois pouvoir choisir la forme qu'elles lui donneront. Les ressources dont elles disposent pour créer une telle institution sont limitées »²⁸³³.

1030. La création de ladite institution n'étant qu'une recommandation inscrite dans une résolution de l'Assemblée générale non contraignante²⁸³⁴, la Rapporteuse ne peut que souligner la mission du Comité « *d'encourager* les États à prendre le plus rapidement possible toutes les mesures visant à promouvoir et à protéger les droits de l'enfant »²⁸³⁵. En d'autres termes, tant que les États n'ont pas volontairement souscrit à de tels engagements ou que ceux-ci ne sont pas établis en tant que règles coutumières, ces États conservent leur liberté de prendre les mesures qu'ils jugent nécessaires pour préserver leur existence.

1031. En réalité, l'ensemble des développements qui tiennent à confronter la conservation de l'État au respect des droits individuels constitue simplement la réitération d'une querelle doctrinale plus large : celle opposant la souveraineté de l'État à l'être humain, voire à l'humanité. C'est en adhérant généralement à la seconde moitié de la proposition que la doctrine et certains États tentent de restreindre la souveraineté d'un État vis-à-vis d'une population qui n'est pas la sienne.

Paragraphe 2. Aspects externes : l'État vis-à-vis de la population des autres États

1032. La pratique confirme une protection croissante accordée à l'humanité, allant parfois jusqu'à considérer celle-ci comme un véritable sujet du droit international (2.1.). Cependant, il

²⁸³² Comité des droits de l'enfant, intervention de l'Érythrée lors de la 1334^{ème} séance du 02/06/2008, CRC/C/SR.1334, p. 8, §46.

²⁸³³ *Id.*, p. 8, §48.

²⁸³⁴ AGNU, « Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme », adoptée le 20/12/1993, A/RES/48/134. V. en annexe les « Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme », mais aussi et surtout le §12 de la résolution qui confirme bien le caractère non contraignant des principes : l'Assemblée « *[e]ncourage* la création et le renforcement d'institutions nationales s'inspirant de ces principes et reconnaissant qu'il appartient à chaque État de choisir le cadre le mieux adapté à ses besoins propres au niveau national » (italiques dans l'original).

²⁸³⁵ Comité des droits de l'enfant, intervention de la Rapporteuse pour l'Érythrée lors de la 1334^{ème} séance du 02/06/2008, CRC/C/SR.1334, p. 8, §48.

est difficile d'en conclure que la préservation de l'État cesse de primer celle de l'humanité (2.2.).

2.1. Accroissement de la protection reconnue à l'humanité

1033. *A priori*, rien ne devrait contraindre un État qui protège son existence de se préoccuper de la survie de la population d'un autre État. Si l'on raisonne du point de vue de la théorie de l'État, en particulier des buts de l'institution, il est entendu que celle-ci n'a été créée que pour répondre aux besoins exprimés par la population à son origine²⁸³⁶. Cette considération exclut des paramètres d'analyse la population de l'État voisin : porter atteinte à cette dernière en vue de protéger sa propre population ne semble donc pas impossible. Le XXI^{ème} siècle aurait été le théâtre, encore une fois à la suite des deux conflits mondiaux, d'un changement de paradigme qui devrait imposer de nuancer un tel constat : l'être humain et l'humanité seraient devenus des sujets de droit international concurrençant et, dans le même temps, encadrant le pouvoir souverain des États. En d'autres termes, le temps serait venu où l'humanité constituerait une véritable limite aux pouvoirs de l'État.

1034. Le fait se trouverait confirmé par la consécration du concept d'humanité en droit international, notamment dans les régimes des espaces qualifiés de « patrimoine commun de l'humanité ». René-Jean Dupuy, le principal auteur ayant décrit l'avènement de la notion à la suite de la Seconde Guerre mondiale, soulignait la « double signification » de la « notion d'humanité », confirmant par-là son caractère transfrontière :

« - [E]lle est interspatiale, elle regroupe tous les contemporains quel que soit le lieu de leur établissement ; - elle a une portée intertemporelle, parce que l'humanité, ce ne sont pas seulement les gens d'aujourd'hui mais aussi ceux qui vont venir. L'humanité se pense au-delà des vivants »²⁸³⁷.

1035. À considérer que ce concept existe en droit international, il faudrait assurément, au regard de sa portée, en déduire une série de conséquences sur les pouvoirs souverains d'un État. Dans sa thèse, le P^r de Frouville soutient que le droit international des droits de l'homme suit une logique distincte de celle du droit international et qu'il est autonome par rapport à ce dernier. Il explique que le droit international des droits de l'homme établit ses propres normes autour d'une logique qui lui est propre – *i.e.*, il trouve « en lui-même son propre

²⁸³⁶ V. le Chapitre 1 de la thèse, *passim*.

²⁸³⁷ R.-J. Dupuy, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », reproduit *in Dialectiques du droit international. Souveraineté des États, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité*, Paris, Pedone, 1999, p. 190.

fondement »²⁸³⁸. Cette branche du droit serait ainsi « en train de creuser, au sein du droit international général, un espace normatif qui, revendiquant sa propre identité, affecterait progressivement celle de l'ordre juridique qui lui a servi de matrice »²⁸³⁹. La proposition du P^f de Frouville suggère que le droit international des droits de l'homme, tout en influençant les objectifs du droit international général, n'affecte pas les structures fondamentales de cette discipline. Ainsi, elle permet de conceptualiser comment la souveraineté des États pourrait être restreinte par des considérations humanitaires au sein d'un ordre juridique qui demeure ancré dans les principes westphaliens traditionnels.

1036. Plus précisément encore, l'évolution – qualifiée de progrès²⁸⁴⁰ – révélerait que parler de « limite à la souveraineté » est une erreur : au contraire, toujours selon le même auteur, les droits de l'homme sont « plutôt une *condition de possibilité* de l'exercice du pouvoir constituant et du Droit en général »²⁸⁴¹. La portée de cette révélation est toutefois largement nuancée par la méthode utilisée par les auteurs qui souscrivent à une théorie cosmopolite du droit international. Cette notion de « cosmopolitisme » rejoint en effet le mouvement en faveur de l'humanité puisqu'elle aboutit à transcender les frontières en défaveur de l'État : un individu cosmopolite est une « [p]ersonne qui se considère comme citoyen du monde et non d'un État particulier »²⁸⁴². En s'appuyant sur l'expansion des garanties offertes aux êtres humains depuis la fin des deux guerres mondiales, ceux qui constatent une transformation du droit international ne font pourtant jamais autre chose que décrire un mouvement inachevé. Cette dernière circonstance présente une telle importance pour notre thèse qu'il convient de s'y arrêter un instant.

1037. La méthodologie employée pour démontrer l'évolution traversée par le droit international depuis la première moitié du XX^{ème} siècle est nettement marquée par les écrits de Kant – l'un des auteurs à l'origine de la popularité de la notion de « cosmopolitisme » à l'ère moderne. Deux temps doivent impérativement être distingués dans la théorie kantienne puisqu'ils vont nettement influencer la doctrine contemporaine. Selon le P^f de Frouville :

²⁸³⁸ O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 7.

²⁸³⁹ *Ib.*

²⁸⁴⁰ *Id.*, p. 8, où l'auteur cite Arangio-Ruiz qui considère qu'un « *saut de qualité* » est intervenu en droit international au regard des intérêts protégés, ces derniers n'étant plus profondément interétatiques.

²⁸⁴¹ O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 18 (italiques dans l'original). V. é.g., p. 25 : « (...) les droits de l'Homme ne constituent pas seulement des droits subjectifs comme les autres, mais sont intrinsèquement attachés à une théorie de fondation de la légitimité du droit et du pouvoir ».

²⁸⁴² Dictionnaire de l'Académie française, « Cosmopolite », disponible en ligne.

« Dans un premier texte écrit en 1784, Kant préconise la formation d'un État mondial, d'une *Société des Nations* qui engloberait tous les États et mettrait fin à leur souveraineté. Puis, en 1795, dans *Vers la paix perpétuelle* et, par la suite, en 1797, dans sa *Doctrine du droit*, Kant revient sur cette idée, de toute évidence par souci de réalisme (les États ne veulent pas abandonner leur souveraineté) mais aussi en suivant l'idée qu'un tel État mondial serait impossible à gérer »²⁸⁴³.

1038. Par souci de réalisme donc, Kant aurait abandonné son projet d'État mondial afin de proposer la création d'une Fédération d'États libres²⁸⁴⁴. En apposant un tel modèle au droit international public, le P^r de Frouville en tire une méthodologie reposant sur un « mouvement dialectique entre deux modèles antinomiques »²⁸⁴⁵ : au « droit de la Société humaine universelle » s'opposerait le traditionnel « droit de la Société des États souverains »²⁸⁴⁶. Le rôle joué par les droits individuels, dans cette dialectique, est de se servir « du droit et des structures de la Société des États souverains comme d'un moyen pour accomplir leur propre fin »²⁸⁴⁷. « Comme fondement réputé *intangible*, ajoute l'auteur, ils tendent sans cesse à imposer leurs exigences, autrement dit, à réaliser une *expansion* du droit de la Société humaine universelle au détriment du droit de la Société des États souverains »²⁸⁴⁸. Autrement dit, la marche de l'histoire ne serait plus en faveur de l'exclusivité de la souveraineté, mais de la garantie des droits individuels et de l'accomplissement du projet de Kant.

1039. À la différence de ce dernier qui insistait sur le *mouvement* qui était en cours, expliquant pourquoi son ouvrage était intitulé *Vers la paix perpétuelle*, la thèse du P^r de Frouville porte sur l'*intangibilité des droits de l'homme* – et non pas *vers* une telle intangibilité. La différence est considérable et s'éloigne nettement de la méthodologie adoptée par René-Jean Dupuy, autrement plus prudente. Afin de démontrer l'avènement croissant de la « communauté internationale » en droit international contemporain, l'auteur adopte également une méthodologie dialectique qui présente néanmoins la particularité d'être « ouverte »²⁸⁴⁹. En

²⁸⁴³ O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁸⁴⁴ Th. Fleury Graff, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, pp. 20-21 : « [s]i Kant dans la formulation qu'il propose du 'droit cosmopolitique', s'inspire assurément de cette philosophie morale, il ne prétend cependant nullement plaider pour sa transcription en droit positif. Le philosophe de Königsberg, pas davantage que les stoïciens d'ailleurs, ne songe à la réalisation d'un 'État universel englobant toute la planète (...) qui permettrait un mode de vie cosmopolite'. Son 'droit cosmopolite' est plutôt, et assez classiquement, une théorie de l'appréhension juridique de l'autre au sein d'une société internationale, déjà et encore animée par le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État ».

²⁸⁴⁵ *Id.*, p. 37.

²⁸⁴⁶ *Id.*, p. 48.

²⁸⁴⁷ *Ib.*

²⁸⁴⁸ *Ib.*

²⁸⁴⁹ R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, pp. 29-33.

vertu de celle-ci, le juriste pourrait « étudier les oppositions, les antagonismes qui travaillent la collectivité internationale sans [se] préoccuper du résultat auquel ces contradictions pourraient ou devraient aboutir »²⁸⁵⁰. Contrairement à la dialectique finaliste d'Hegel « qui oppose la thèse à l'antithèse pour produire la synthèse [qui] (...) apporte la promesse d'un progrès »²⁸⁵¹, la méthodologie de René-Jean Dupuy « ne fournit pas de synthèse » et elle « demeure ouverte parce qu'elle laisse à chacun le soin de dégager une synthèse s'il en éprouve le besoin, moral ou scientifique »²⁸⁵². L'analyse qui ressort de la confrontation – de la dialectique – entre la souveraineté et les droits de l'homme présente l'avantage de décrire le droit *tel qu'il est*.

1040. Or, il semble que les auteurs qui affirment que la transformation a déjà été opérée sont également ceux « qui ne voient le droit international qu'à travers le prisme (...) exclusif des droits de l'homme »²⁸⁵³ – *i.e.* ceux que le P^r Pellet qualifie de « droits-de-l'hommisme »²⁸⁵⁴. Considérant que le renforcement des droits individuels constitue dans le même temps un *progrès* du droit international, les auteurs ont ainsi tendance à surestimer les indices qui confirment qu'une dialectique est en cours entre la souveraineté des États et les droits de l'homme. Cela est manifeste lorsque le P^r de Frouville étudie les clauses de dérogation aux instruments conventionnels des droits de l'homme²⁸⁵⁵. L'auteur considère que la clause est susceptible d'être interprétée de deux façons : soit en tant que « clause de limitation 'aggravée' ou spécifique, [où] les droits conservent leur intangibilité de principe », soit en tant que clause mettant « les droits à la disposition des États », susceptibles d'être « déchus de leur intangibilité »²⁸⁵⁶. Toujours selon l'auteur, il ne serait pas possible de trancher en faveur de l'une ou l'autre des hypothèses en l'absence de pratique suffisamment abondante sur le sujet. Une objection se fait néanmoins entendre : si l'intangibilité des droits de l'homme était une réalité incontestable, ne devrait-on pas adhérer à la première interprétation suggérée sans attendre une confirmation par la pratique ultérieure ?

1041. Bien entendu, l'auteur démontre de manière convaincante comment le droit international des droits de l'homme imprègne le droit positif pour influencer la création,

²⁸⁵⁰ *Id.*, p. 30.

²⁸⁵¹ *Ib.*

²⁸⁵² *Ib.*

²⁸⁵³ A. Pellet, « L'unité ou la fragmentation du système juridique international ? », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 1998, p. 294.

²⁸⁵⁴ A. Pellet, « 'Droits-de-l'hommisme' et droit international », *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 2000, pp. 2-3, disponible en ligne : [https://www.alainpellet.eu/_files/ugd/90698f_8f11bdbc9a2a45628ab4c9c8c9775020.pdf] (consulté le 14/06/2023).

²⁸⁵⁵ O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, pp. 109-110.

²⁸⁵⁶ *Id.*, p. 109.

l'interprétation et l'application de nombreuses règles de droit international. La méthodologie employée présente ainsi de nombreuses similitudes avec celle relative à la conservation de l'État. Selon le Juge Cançado Trindade, « le principe fondamental d'humanité et les considérations d'humanité élémentaires (...) imprègnent tout le *corpus juris* du droit international (en précisant certains concepts) »²⁸⁵⁷. Plaidant en faveur d'une « humanisation » du droit international, l'auteur peine cependant à admettre que cette notion peut à la fois désigner un mouvement (*i.e.* l'« [a]ction d'humaniser »²⁸⁵⁸) ou un produit (*i.e.* l'« état qui en résulte »²⁸⁵⁹). Il n'échappe pas lui-même à la difficile distinction entre ces deux possibilités qui sont différentes. Même lorsqu'ils recourent aux principes généraux *du* droit international pour démontrer l'influence exercée par les considérations d'humanité²⁸⁶⁰, le Juge continue de démontrer un *mouvement* et non pas un *résultat*.

1042. Il serait néanmoins possible d'identifier une série d'indices démontrant que le mouvement ainsi décrit tourne à la faveur des droits des êtres humains et de l'humanité tout entière. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en interdisant de porter atteinte aux « conditions d'existence devant entraîner [l]a destruction physique totale ou partielle » d'un groupe²⁸⁶¹, aboutit à consacrer implicitement le droit d'exister de certains groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux²⁸⁶². La CIJ, ensuite, a très tôt reconnu que « certains principes généraux et biens reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité » était « applicable en temps de guerre (...) [et] plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre (...) »²⁸⁶³. Le droit international humanitaire, enfin, empêche les États « d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile (...) »²⁸⁶⁴. Il serait possible de multiplier les exemples dès lors

²⁸⁵⁷ A. Cançado Trindade, « Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international », in D. Alland et al. (éd.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 158-159.

²⁸⁵⁸ Dictionnaire de l'Académie française, « Humanisation », disponible en ligne.

²⁸⁵⁹ *Ib.*

²⁸⁶⁰ Op. indiv. de M. le Juge Cançado Trindade, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *CIJ Rec. 2010*, p. 209, §200.

²⁸⁶¹ Art. II(c) de la Convention, in *RTNU*, vol. 78, pp. 277 et s.

²⁸⁶² J. D. Ohlin, « The Right to Exist and the Right to Resist », in F. R. Tesón (dir.), *The Theory of Self-Determination*, Cambridge, CUP, 2016, p. 71 : « (...) the right of self-determination belongs to a cluster of legal rights, including the right to be free from aggression and genocide, which emerge from two natural rights : the right to exist and the right to resist autonomy-threatening attacks » (souligné ajouté). V. ég. l'intervention du Brésil à la 368^{ème} séance de la Sixième commission de l'AGNU, le 08/10/1953, A/C.6/SR.368, p. 44, §62 : « [a]s the French representative had correctly pointed out, the adoption of the Convention on Genocide was of great value in clearly establishing for the first time that genocide was a crime, and that groups, nations and races had a fundamental right to exist ».

²⁸⁶³ CIJ, 09/04/1949, *Affaire du Détroit de Corfou*, *CIJ Rec. 1949*, p. 22.

²⁸⁶⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 08/06/1977, art. 54(2). Disponible en ligne :

que, rappelons-le, l'ensemble du droit international humanitaire est construit à partir de deux considérations : les nécessités militaires (au travers desquelles on a pu identifier une manifestation de la conservation de l'État) et les considérations d'humanité²⁸⁶⁵.

1043. Il n'est pas étonnant de lire dans un projet de la CDI qu'en cas de conflit armé, les « traités relatifs au droit international humanitaire » et ceux « pour la protection internationale des droits de l'homme » « *continuent de s'appliquer, en tout ou en partie (...)* »²⁸⁶⁶. Si l'exercice du droit de légitime défense est susceptible de suspendre l'application d'un traité incompatible avec cet exercice²⁸⁶⁷, la CDI insiste largement sur le fait que cette possibilité ne concerne pas les traités précités²⁸⁶⁸. On serait logiquement tenté d'en déduire, avec les États-Unis, la solution suivante :

« (...) [*N*]ot even nation States were allowed, in the exercise of their inherent right of self-defence, to resort to any and all means. Even a State whose very existence was threatened was not entitled to ignore the laws of war »²⁸⁶⁹.

1044. La formulation présente la particularité d'avoir été émise par un État possédant l'arme nucléaire, à propos de laquelle la CIJ n'a pas retenu une solution aussi tranchée que celle des États-Unis. Il convient ainsi d'éclairer notre analyse à l'aune de l'avis de 1996, afin de mieux comprendre ce qu'il signifie concrètement pour notre sujet.

2.2. Incertitude quant à la préséance de la conservation de l'État sur celle de l'humanité

1045. Le silence de la Cour quant à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires²⁸⁷⁰, si l'on en croit le P^r Dupuy, est lourd de sens pour le sujet qui nous intéresse. La généralité de la question posée aurait matériellement empêché la Cour de se prononcer, puisque le constat d'illicéité ou de licéité en « *toutes circonstances* » l'aurait amené à choisir entre la protection de l'humanité ou celle des États. À la lumière de cette contradiction, le P^r Dupuy établit que l'avis « rend ainsi compte de cette tectonique des plaques, ou des fondements du droit international contemporain dont la rencontre et l'affrontement produiront encore bien des

[<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/WebART/470-750069>] (consulté le 14/06/2023).

²⁸⁶⁵ E. Henry, *Le principe de nécessité militaire, op. cit.*, p. 105.

²⁸⁶⁶ CDI, Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, in *ACDI 2011*, vol. II(2), lecture conjointe de l'article 7 et de l'annexe, aux pp. 108-109.

²⁸⁶⁷ *Id.*, projet d'article 14.

²⁸⁶⁸ *Id.*, commentaire, p. 119, §2.

²⁸⁶⁹ Intervention des États-Unis au sein de la Sixième commission de l'AGNU, à sa 1581^{ème} séance du 04/12/1975, A/C.6/SR.1581, p. 283, §3.

²⁸⁷⁰ V. le Chapitre 4 de la thèse, section 2, pp. 266-281.

mouvements telluriques à l'intérieur de l'ordre juridique international, ainsi dynamisé mais pas pour autant chaotique »²⁸⁷¹.

1046. L'invocation du « droit fondamental à la survie » ou de la « circonstance extrême de légitime défense » doit être comprise comme établissant clairement que l'État demeure aujourd'hui le sujet central du droit international. La réponse n'est toutefois pas définitive, comme on le sait : un glissement s'opère au profit de l'humanité, mais il n'est pas encore pleinement réalisé. Franchir le Rubicon pourrait s'avérer ardu en pratique, tant l'État intéresse l'existence même de l'ordre juridique international. L'État, après tout, est l'auteur des règles internationales, ces dernières gravitent logiquement autour du premier – en cela il est et demeure le sujet *originaire* du droit international, contrairement à l'humanité.

1047. Cependant, en reprenant cette logique, le P^r David parvient à une conclusion inverse en mettant en évidence une apparente contradiction dans l'avis de la Cour :

« Si le recours à l'arme nucléaire doit entraîner la disparition de toute vie sur la planète, et si l'on admet que le droit international résulte de la volonté des États, il serait curieux d'imaginer que les États aient pu admettre une règle qui conduirait à leur propre suicide, y compris celui de l'État qui voudrait se protéger »²⁸⁷².

Il serait en effet possible de résoudre la question posée à la CIJ en cessant de confronter la survie de l'humanité d'un côté et celle de l'État de l'autre, comme l'ont pourtant fait les juges dans leurs opinions²⁸⁷³. En d'autres termes, il convient de considérer la survie de l'humanité et celle des États comme étant étroitement liées et indissociables. Cela se manifeste parfois de manière très concrète en pratique. Ne serait-ce que succinctement, il faut mentionner le traitement particulier accordé aux ressources naturelles des fonds marins lors de la troisième conférence sur le droit de la mer. On sait que la Convention de Montego Bay dédie une partie XI à ce qui est qualifié de « zone internationale des fonds marins »²⁸⁷⁴ dont les ressources sont

²⁸⁷¹ P.-M. Dupuy, « Situation des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les fondements du droit international contemporain », *op. cit.*, p. 304. V. ég., P.-M. Dupuy, « Between the individual and the State : international law at a crossroads », in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, *op. cit.*, p. 461.

²⁸⁷² E. David, *Principes des droits des conflits armés*, 6^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 487, §2.194.

²⁸⁷³ C'est d'ailleurs là l'origine de l'incertitude selon la décl. du Président Bedjaoui, *op. cit.*, p. 273, §22 : « [i]l reste que l'emploi de l'arme nucléaire par un État dans des circonstances où sa survie est en jeu risque à son tour de mettre en danger la survie de l'humanité tout entière, précisément du fait de l'engrenage de la terreur et de l'escalade dans l'emploi de telles armes. On manquerait par conséquent de la plus élémentaire prudence si on plaçait sans hésitation la survie d'un État au-dessus de toutes autres considérations, et en particulier au-dessus de la survie de l'humanité elle-même ».

²⁸⁷⁴ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *op. cit.*, pp. 51-82.

érigées au rang de « patrimoine commun de l'humanité »²⁸⁷⁵. Cela signifie concrètement qu'« [a]ucun État ne peut revendiquer ou exercer de souveraineté ou de droits souverains sur une partie quelconque de la Zone ou de ses ressources (...) »²⁸⁷⁶. Le régime retenu étant *a priori* étranger à la logique qui a prévalu lors de l'élaboration de la mer territoriale ou du plateau continental²⁸⁷⁷, les arguments mobilisés par le Zaïre afin de défendre cette approche surprennent particulièrement. La délégation invoquait explicitement le droit à la survie en ces termes :

« *The international community must defend the right of every country to survival. The African countries advocated an instrument covering the whole international zone, which should not establish the right of the strongest or of the first comers but ensure that the general interest prevailed* »²⁸⁷⁸.

1048. La conservation de l'État, en tant que droit à la survie, n'a donc pas seulement été mobilisée pour soutenir la création de régimes juridiques garantissant les intérêts égoïstes des États, tout au contraire. Un dernier exemple appuyant cette observation concerne l'entrelacement des concepts de « compétence réelle »²⁸⁷⁹ et de « compétence universelle ». Cette dernière confère « à tout État le droit de poursuivre les crimes et délits internationaux contre l'humanité commis par des étrangers à l'étranger (comme par exemple la piraterie) »²⁸⁸⁰. Alors que cette compétence est généralement présentée comme un moyen de défendre les valeurs reconnues par la communauté internationale, comme les droits de la personne humaine, un auteur a récemment relevé que la poursuite pénale des actes de terrorisme, par exemple, sert également à protéger « *certain shared vital State interests* »²⁸⁸¹. L'exercice de la compétence réelle garantit précisément la protection de ces intérêts vitaux, ce qui explique la possible coïncidence entre certains crimes internationaux relevant de la compétence universelle et ceux relevant de la compétence réelle²⁸⁸². Cette convergence explique pourquoi le Code pénal de la

²⁸⁷⁵ *Id.*, art. 136, p. 52.

²⁸⁷⁶ *Id.*, art. 137(1), p. 52.

²⁸⁷⁷ V. le Chapitre 5 de la thèse, section 1, pp. 289-314.

²⁸⁷⁸ Zaïre, 13^{ème} séance du premier Comité, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Summary Records of Meetings of the First, Second and Third Committees, Second Session)*, A/CONF.62/C.1/SR.13, p. 65, §18.

²⁸⁷⁹ V. le Chapitre 2 de la thèse, pp. 130 et s.

²⁸⁸⁰ B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 25.

²⁸⁸¹ M. Garrod, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction and International Terrorism : Rethinking the Protective Principle*, *op. cit.*, p. 19.

²⁸⁸² B. Swart, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », in A. Cassese et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 573 : « [p]ar contre, il y a une certaine tendance dans un nombre de traités et de lois récentes à appliquer le principe [de protection] aux actes de terrorisme dirigé contre un État, y compris ses agents diplomatiques et ses locaux diplomatiques. Il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, ces actes coïncident avec des crimes internationaux dans le sens strict ».

République tchèque consacre simultanément les compétences réelles et universelles²⁸⁸³, ou pourquoi un ministre colombien invoquait le droit d'autoconservation et de légitime défense en 1885 pour justifier la lutte contre la piraterie²⁸⁸⁴ – un cas aujourd'hui associé à l'exercice de la compétence universelle.

1049. De la même manière, la compétence réelle a parfois été interprétée comme justifiant de réprimer les actes réalisés sur le territoire national qui menacent l'existence d'un État étranger. Ainsi, le Procureur général de Confédération suisse interprète le champ d'application de l'article 41 du Code pénal fédéral du 4 février 1853, qui permet à la Suisse de poursuivre les personnes responsables de violations du territoire d'un État étranger ou d'actes contraires au droit des gens²⁸⁸⁵, sous le prisme de la menace existentielle :

« Le lien entre la responsabilité internationale de l'État et l'article 41 du Code pénal fédéral, malgré la généralité du texte légal, n'est pas tel que toute violation individuelle des normes du droit des gens, écrites ou coutumières et entraînant la responsabilité internationale de l'État, doive également tomber sous le coup de la loi pénale. *Seuls sont en effet punissables les actes attentatoires à l'existence et à l'honneur de l'État étranger* »²⁸⁸⁶.

1050. Ainsi, la notion de menace existentielle peut revêtir un aspect solidariste qui influe sur la manière dont la conservation de l'État peut se manifester dans le droit international. Cette perspective demeure néanmoins profondément théorique et la réalité ne permet pas de dépasser la confrontation révélée par l'avis de 1996. L'accent mis sur le « droit fondamental qu'a tout État à la survie » semble démontrer que la résolution de la question dépendra des États, car ils sont, d'abord et avant tout, les principaux créateurs du droit international. C'est probablement

²⁸⁸³ Cité par Redress et FIDH, *La compétence extraterritoriale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 229.

²⁸⁸⁴ Communication du ministre Beccerra au secrétaire d'État Bayard, in J. B. Moore, *Digest of international law*, op. cit., vol. II, p. 1091 (souligné ajouté) : « [a]nd then the violations of international law, to the detriment of other nations, which, in such cases, is what constitutes the crime of piracy, naturally widens the jurisdiction of the judges who are to punish it. All civilized nations not only may, but ought, the case arising, to exercise that jurisdiction thus amplified, and with it their own right of self-preservation and self-defense ». V. ég. Un jugement de la Vice-Admiralty Court britannique du 15/12/1817, *Le Louis*, reproduit in *The English Reports, Ecclesiastical, Admiralty and Probate and Divorce*, vol. 165, 1923, p. 1467 : « [a]ll nations had a right to seize pirates, because they were general robbers, *hostes humani generis* ; their violence was not confined to one nation but was universal ; and the general law of self-preservation gave a right to all to seize persons so conducting themselves ».

²⁸⁸⁵ Il ne s'agit certes pas du chef de la compétence réelle au sens classique du terme, puisqu'il n'est pas question pour la Suisse de se déclarer compétente pour des faits réalisés à l'étranger, par des étrangers, menaçant son existence. L'article 41 précité prévoyait plutôt de protéger l'existence des États tiers sur son propre territoire, et pouvait être ainsi décrit comme une sorte de conception solidariste de la compétence réelle – non pas individualiste.

²⁸⁸⁶ « Étude du Procureur général de la Confédération, Stämpfli, du 6 août 1930 », in P. Guggenheim (dir.), *Répertoire suisse de droit international public*, vol. III, op. cit., pp. 1747-1748 (italiques ajoutées). Le Procureur général rapporte d'ailleurs que son interprétation de l'article 41 a été celle du Département de Justice et du Conseil fédéral, *id.*, p. 1748.

cette dernière considération qui permet de comprendre l'intérêt de la notion de « sujet *originnaire* » du droit international, généralement attribuée aux États. L'expression en italiques semble désigner les sujets qui sont à l'origine du droit international – de sa création²⁸⁸⁷ – ou, autrement dit, ceux sans qui cette branche du droit ne saurait exister. Dès lors que l'État continue de bénéficier de cette qualité, en l'état actuel du droit international²⁸⁸⁸, les considérations relatives à sa survie continueront d'irriguer le droit positif. Cela explique pourquoi les auteurs décrivant le mouvement susmentionné – en faveur de l'humanité – tendent à démontrer que la *création* du droit international ne relève plus du monopole de l'État et que l'importance de cette institution recule progressivement.

1051. À notre sens, il faudrait en effet que les individus et l'humanité soient les nouveaux sujets *originnaires* du droit international pour que l'on puisse envisager un monde où la CIJ aurait refusé de « conclure définitivement » à la question posée par l'AGNU, et où elle aurait commencé par rappeler le droit à la survie des individus ou de l'humanité – plutôt que celui des États²⁸⁸⁹.

Conclusion du Chapitre 8

1052. Que ce soit du point de vue du déclenchement des exceptions ou des mesures qui en découlent, l'État demeure l'élément central de l'analyse. Il dispose d'un pouvoir d'appréciation

²⁸⁸⁷ H. Ruiz Fabri, « Les catégories de sujets du droit international », in SFDI, *Colloque du Mans, Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 63. V. ég. la citation du Pr Verhoeven rapportée par la P^{re} Ruiz Fabri, *id.*, p. 64 : « [l']État est à la fois le sujet original et nécessaire du droit des gens. C'est lui qui, historiquement, a mis en place un ordre juridique dont, logiquement, sa personnalité propre est un nécessaire présupposé ». V. ég. l'intervention du Pr Eisemann à la suite de l'intervention du Pr Ruiz Fabri, *id.*, p. 73 : « (...) lorsque l'on dit que l'État est le sujet 'originnaire' ou 'naturel', c'est tout simplement pour signifier que le droit international a été initialement construit par les États et pour les États. Il ne faut sans doute pas aller chercher beaucoup plus loin ». Enfin, S. Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 103 : les institutions originaires « sont celles qui réalisent un ordre juridique non établi par d'autres institutions, donc indépendant quant à sa source » (italiques ajoutés).

²⁸⁸⁸ H. Kelsen, « Contribution à la théorie du traité international », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, reprod. in Hans Kelsen, *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 130 : « [l]e fait que les traités internationaux ne sont conclus que par des États ou des communautés juridiques qui leur sont assimilés à cet égard n'est pas une limitation qui résulte de l'essence du droit des gens, mais simplement de l'état actuel du droit des gens positif, de sa construction actuelle. Rien ne s'oppose à ce que cet état de choses change par voie de coutume, c'est-à-dire que le cercle des sujets capables de créer le droit international conventionnel se rétrécisse ou – ce qui est plus vraisemblable – s'élargisse (...) ».

²⁸⁸⁹ M. Kohen, « Article 2, Paragraphe 1 », *op. cit.*, pp. 414-415 : l'auteur propose un raisonnement similaire à propos d'un autre principe coextensif aux États et, *a fortiori*, au droit international. En effet : « [l]e principe de l'égalité souveraine, vue sa nature structurante, a pu coexister avec les uns et les autres, démontrant une vitalité qui seule serait remise en cause le jour où l'État souverain cesserait d'être le sujet de base des relations internationales. Tant qu'il existera des États indépendants, leurs relations seront alors régies par le principe de l'égalité souveraine » (italiques ajoutés). Plus proche de notre sujet, F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *op. cit.*, p. 266 : interprétant l'expression « en l'état actuel du droit international » de l'avis de 1996, l'auteur envisage une « modification du statut de l'État ». Ainsi, « [l']État auquel pourrait se substituer un autre modèle d'organisation du pouvoir qui assurerait, à la place du premier, les fonctions de protection de régulation. L'État qui deviendrait une personne morale ordinaire. Évidemment, la question de sa survie ne se poserait plus alors dans les mêmes termes » (italiques ajoutés).

étendu qui, à défaut d'être exclusif, est difficilement remis en cause. Bien que la marge d'appréciation de l'État soit réduite dans le cadre des exceptions qui restreignent sa liberté dans des circonstances bien précises, les tiers font preuve de prudence lorsqu'ils évaluent les faits à l'origine de la situation exceptionnelle. Face à l'incertitude entourant la qualification d'une menace existentielle, les tiers hésitent à remettre en question l'appréciation opérée par l'État directement concerné par cette menace. Cela peut s'expliquer par la gravité de la menace et la difficulté à se substituer à un État qui subit les effets d'une telle situation mettant en danger sa survie. Ainsi, les tiers se contentent de soumettre l'appréciation de l'État à un faisceau d'indices visant à démontrer « l'évidente nécessité » des mesures exceptionnelles ou dérogatoires adoptées.

1053. L'emprise du droit international sur la « conservation de soi » est évidente lorsque l'État doit invoquer une exception ou une dérogation dans le cadre du droit international public, acceptant de se soumettre aux réactions des tiers, qu'il s'agisse d'autres États ou de tiers impartiaux. Néanmoins, la marge d'appréciation reconnue à l'État dans l'exercice de ces pouvoirs exceptionnels souligne une fois de plus l'emprise de la « conservation de soi » sur le droit international. C'est précisément parce que la survie des États demeure cruciale pour le droit international qu'il ne peut renforcer davantage son emprise sur ce phénomène.

1054. Cela se reflète également dans l'étendue des mesures d'autoconservation adoptées grâce aux dérogations et aux exceptions. Bien que l'on puisse constater un glissement en faveur de l'humanité et de l'être humain, celui-ci est encore en cours et continue de s'opérer à partir de l'État, qui reste le principal repère pour apprécier l'évolution du droit international. En d'autres termes, l'État demeure un élément structurant du droit international. Cependant, comme l'illustre l'avis de la CIJ de 1996, il n'est pas certain qu'un État soit autorisé à violer le droit international humanitaire, par exemple, pour assurer sa survie. Bien qu'une incertitude subsiste, comme le reconnaît la CIJ, cette indécision est identifiée en prenant l'État comme point de départ – *i.e.* son droit à la survie. Cela démontre que cette incertitude favorise la préservation de l'État, démontrant l'emprise de ce phénomène sur le droit international. Néanmoins, le doute exprimé par la Cour révèle une éventuelle emprise du droit international sur l'autoconservation : en effet, il n'est pas sûr que ce « droit à la survie » puisse justifier la violation des droits de la personne humaine.

Conclusion du Titre 2

1055. L'argument de la « conservation de soi », considéré comme une exception ou une dérogation, met en évidence une fois de plus le rôle central de l'État en droit international. L'aménagement des obligations conventionnelle et coutumière autour de la survie des États démontre l'importance cruciale de cette question en droit international, ce qui souligne l'emprise de ce concept sur cette discipline. Cependant, il n'est plus question de considérer l'État comme étant si structurant au point que tout devrait céder devant une menace existentielle imminente. Une telle approche rendrait le respect du droit international optionnel : il suffirait à un État d'invoquer la préservation de son existence pour justifier le non-respect de ses obligations.

1056. Ainsi, cet argument a été *intégré* – ou *inscrit* – dans les obligations, sous la forme d'une exception ou d'une dérogation qui en régle l'invocation et les effets. En d'autres termes, la « conservation de soi » n'est plus perçue comme une notion extérieure au droit international, mais plutôt comme un concept appréhendé par le droit et qui intervient dans son application. Autrement dit encore, mettre en œuvre une exception fondée sur la « conservation de soi » n'est plus considérée comme une violation du droit international, mais plutôt comme son application. En effet, l'inscription de l'autoconservation dans les exceptions ou les dérogations aboutit à intégrer cette considération dans le champ d'application de la règle en question. Cela renforce finalement l'emprise du droit international sur la « conservation de soi » tout en préservant cette discipline juridique des effets dévastateurs de ce phénomène, comme la remise en question de l'existence du droit international ou du caractère obligatoire des obligations internationales.

1057. Bien que la « conservation de soi » pénètre la pratique étatique à travers un discours indéniablement juridique, elle ressurgit parfois sous la forme d'une exception capable de mettre en échec le droit international dans son ensemble. L'avis de la CIJ de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* en témoigne. Les juristes rencontrent des difficultés à mesurer précisément les conséquences de l'indécision de la Cour, ainsi que la possibilité éventuelle de violer le droit international humanitaire lorsque la « survie même de l'État serait en jeu ». Plutôt que de déplorer cette incertitude, nous considérons qu'elle révèle que la dynamique mise en évidence dans notre thèse est inhérente au droit international. Celui-ci renforce son emprise sur la « conservation de soi », mais cette dernière continue d'exercer une emprise sur le droit international. En d'autres termes, tant que l'État demeure le sujet structurant du droit international, sa survie continuera d'être prise en compte selon cette dynamique d'emprise réciproque.

Conclusion de la seconde partie

1058. La manière dont la « conservation de soi » se déploie en droit international confirme l'approche dialectique qui est au cœur de notre thèse. L'autoconservation permet de formuler des prétentions qui jouent un rôle considérable en droit international, révélant ainsi son emprise sur le processus normatif. Cependant, cette emprise est conditionnée au consentement des tiers, qui ont également un intérêt à voir ces revendications encadrées par le droit. En d'autres termes, bien que la conservation de l'État soit au cœur de la création et de l'application du droit international, ce dernier exerce également une emprise sur ce phénomène. En effet, il est essentiel de trouver un équilibre qui garantisse la *coexistence* de tous les États, plutôt que de définir le droit international comme une discipline préservant la survie d'*un* État au détriment de celle des autres.

1059. Néanmoins, en raison de la nature profondément individualiste de l'autoconservation, cet argument ressurgit parfois au prix d'une dénaturation des obligations contractées par un État. Pour lutter contre ce phénomène, des exceptions ou dérogations ont été mises en place, permettant d'intégrer juridiquement cette notion et de la prendre en compte dans l'application des règles. Ainsi, un État qui préserve son existence respecte ses obligations au lieu de violer le droit international, ce qui est un avantage indéniable pour les autres États.

1060. Par conséquent, contrairement à ce que suggérait le « récit de l'interdiction progressive de la conservation de soi », cette notion n'est pas en contradiction avec le principe *pacta sunt servanda*. Au contraire, en étant inscrite *dans* le droit international selon un régime qui tient compte des intérêts de tous les États, la « conservation de soi » renforce le respect du droit international²⁸⁹⁰. Dès lors que les États obtiennent, moyennant quelques concessions, ce qu'ils estiment indispensable à la préservation de leur existence, il ne leur est plus nécessaire de violer le droit international pour se conserver. Admettre que la « conservation de soi » exerce une emprise sur le droit international a donc un effet indéniable : celui de renforcer l'emprise du droit international sur ce phénomène, mais également de favoriser le respect de cette discipline juridique.

1061. Toute évolution dans le domaine du droit international semble dépendre de l'État. À moins qu'une autre entité puisse remplir les mêmes fonctions que l'État, ce sont les États qui ont le dernier mot sur la direction que prend le droit positif. Il est difficile d'imaginer que leur

²⁸⁹⁰ Il s'agit là d'une observation déjà formulée par la doctrine à propos de l'état de nécessité, S. Cassella, *La nécessité en droit international, op. cit.*, p. 10 : « l'effectivité du droit international dépend en effet en grande partie du fait que son application ne conduise pas au sacrifice d'intérêts jugés essentiels par la société des États ».

survie cesse d'être une donnée structurelle et structurante du droit international sans leur consentement. Le fait qu'ils aient le dernier mot sur cette question montre que la « conservation de soi » n'est pas une simple routine idéologique, mais bien une description du droit positif.

Conclusion générale

1062. La question de la conservation de l'État en droit international est complexe à résoudre de manière définitive, bien qu'elle soit facile à engager grâce aux références fréquentes à cette notion dans la pratique des États. Ces derniers, exerçant leur souveraineté pour garantir la continuité de leur existence, cherchent inévitablement à structurer le droit international autour de cette considération. Il est donc incorrect de considérer la « conservation de soi » comme une notion obsolète qui n'a pas sa place dans le droit international contemporain. Cela reviendrait à méconnaître l'influence exercée par la souveraineté des États sur le droit, tant au niveau interne qu'international. Étant donné que la souveraineté reste l'attribut exclusif des États et qu'ils sont les auteurs des règles juridiques, elle imprègne nécessairement le tissu juridique en tant qu'inhérence structurelle. À partir du moment où le pouvoir de préserver son existence est inhérent à la souveraineté, il n'est pas surprenant de reconnaître aux États certains droits inhérents qui remplissent cette fonction d'autoconservation.

1063. Malgré l'adoption de la Charte des Nations Unies et la disparition du lexique des « droits et devoirs des États », ces inhérences n'ont pas été remises en cause. Au contraire, cela a été l'occasion de consacrer un autre lien structurel entre la « conservation de soi » et le droit international, cette fois-ci sous la forme de principes fondamentaux visant à garantir la coexistence des États. La préservation de leur existence est apparue essentielle au maintien de la paix et de la sécurité internationales, notamment après les deux Guerres mondiales. C'est pourquoi ces « droits et devoirs étatiques » ont été redéfinis comme une obligation de respecter l'existence des autres États, leur indépendance politique, leur intégrité territoriale, *etc.* Ces obligations, consacrées dans la Charte de l'ONU, reflètent ainsi un droit à une existence libre et indépendante, confirmant la redéfinition du droit d'autoconservation qui en découle. Pour autant, la « conservation de soi » continue d'être invoquée dans ce cadre pour étendre la portée de certaines obligations, notamment pour obtenir d'autres États l'engagement de *garantir* l'existence de leurs pairs.

1064. De telles prétentions soulèvent la question de la portée de l'argument de « conservation de soi » en droit international : jusqu'où influence-t-il la création, l'application et la contestation des règles juridiques ? En d'autres termes, le droit international octroie-t-il un statut spécifique

et privilégié à l'autoconservation ? Répondre à cette question supposait d'interroger la portée des inhérences structurelles identifiées dans la première partie, c'est-à-dire de mettre en évidence comment elles se déploient en droit international. Il a été possible de démontrer que l'ensemble du processus normatif était imprégné par la préservation de l'existence des États.

1065. Toutes ces manifestations confirment l'emprise de la « conservation de l'État » sur le droit international. Cependant, l'élucidation de notre sujet est autrement plus complexe, car la « conservation de soi » est un concept rétif à la systématisation. Le droit international semble constamment lutter contre l'autoconservation, sans lui accorder un statut juridique précis, tout en cherchant à renforcer son emprise sur la notion. Cependant, cela ne permet pas de conclure définitivement quant à la nature de la « conservation de soi » en droit international. Elle peut être considérée comme un phénomène ou un instinct appréhendé par le droit, celui-ci cherchant à en restreindre la portée sans lui conférer un quelconque statut juridique. Dans cette hypothèse, il serait plus approprié de parler de notre sujet de la même manière que la nécessité : non pas un « droit de nécessité », mais un « état de nécessité ». Autrement dit, il serait question d'un *phénomène* factuel de « conservation des États » et non pas d'un « *droit* de conservation de soi ». Cette approche présente l'inconvénient de nier la relation entre notre sujet et la souveraineté, qui justifie l'exercice de certains pouvoirs qualifiés de « droits inhérents étatiques » et qui explique pourquoi il est parfois opportun de parler d'un « droit » d'autoconservation.

1066. Face à ces interrogations, on se trouve une nouvelle fois confronté aux définitions tautologiques du « droit de conservation » proposées par la doctrine des droits fondamentaux étatiques. Ces définitions servaient principalement à souligner l'impossibilité de concevoir le droit international en dehors de la nécessité de préserver l'existence des États. Selon nous, la solution à laquelle il convient d'aboutir reprend celle exprimée par la CIJ en 1996 concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Il n'est probablement pas possible, « en l'état actuel du droit international », de « conclure de façon définitive » quant à la nature de la « conservation de soi » en droit international. Entre un « *droit* à la survie des États » et une « *circonstance* dans laquelle la survie des États est en jeu », il n'est pas possible de choisir.

1067. Il est sans doute plus judicieux de refuser de choisir entre ces deux options et de considérer qu'elles démontrent le bien-fondé de notre thèse. En effet, l'appréhension de la « conservation de soi » par le droit international s'opère de différentes manières : soit en reconnaissant à l'État une compétence qui reflète l'exercice d'un « *droit* », soit en encadrant juridiquement les *situations* dans lesquelles un État préserve son existence. Cette solution, qui

reflète l'incertitude exprimée par la Cour, repose sur un postulat qui n'a toujours pas été renversé malgré les évolutions récentes : l'État demeure l'entité structurant le droit international. Tant que l'État reste le sujet originaire du droit international, c'est-à-dire l'auteur des règles juridiques, il continue de jouer un rôle central dans les règles internationales. Par conséquent, la préservation de son existence reste une préoccupation, voire la principale préoccupation, du droit international. Elle s'inscrit néanmoins dans un cadre plus large destiné à garantir la *coexistence* des États, ce qui permet de comprendre la dynamique d'emprise réciproque au cœur de notre thèse.

Bibliographie

I. Conventions

1. Conventions multilatérales

- *Convention concernant le partage de la Pologne*, conclue à Saint-Pétersbourg le 25 juillet 1772, in MARTENS (F.), *Recueil des traités et conventions conclus par la Russie avec les puissances étrangères*, Saint-Pétersbourg, A. Devrient, Tome II, 1875, pp. 21-29.
- *Protocole de Troppau*, signé le 19 novembre 1820, in MARTENS (F.), *Recueil des traités et conventions conclus par la Russie avec les puissances étrangères*, Saint-Pétersbourg, A. Devrient, 1878, tome IV, pp. 281-285.
- *Protocole n°19 de la Conférence de Londres*, adopté en 1831, in DE MARTENS (G. F.), *Nouveau Recueil de traités*, Goettingue, Librairie de Dieterich, 1836, Tome X, n°LII, pp. 197-204.
- *Convention destinée à garantir le libre usage du canal maritime de Suez*, signée à Constantinople le 29 octobre 1888, reprod. in *AJIL supplement*, vol. 3(2), pp. 123-127.
- *General Treaty of Peace and Amity*, conclu le 20 décembre 1907, reprod. in *AJIL Supplement*, vol. 2, 1908, pp. 219-229.
- *Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice*, conclue le 20 décembre 1907, reprod. in *AJIL Supplement*, vol. 2, 1908, pp. 231-243.
- *Convention et Statut sur la liberté du transit*, conclus à Barcelone le 20 avril 1921 et entrés en vigueur le 31 octobre 1922, *RTSDN*, vol. 7, 1921-1922, n°171, pp. 12-32.
- *Traité de paix entre les puissances alliées et la Turquie*, signé le 24 juillet 1923, [en ligne](#).
- *Convention des Détroits*, conclue à Lausanne le 24 juillet 1923 et entrée en vigueur le 30 août 1924, [en ligne](#).
- *Central American Convention for the Limitation of Armaments*, ratifiées par le Guatemala, El Salvador, Nicaragua et le Costa Rica en 1924, puis par le Honduras en 1925. Disponible [en ligne](#).
- *Traité de garantie mutuelle entre l'Allemagne, la Belgique, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie*, signé à Locarno le 16 octobre 1925, *RTSDN*, vol. 54, 1926, n°1292, pp. 290-300.
- *Pacte Briand-Kellogg*, [signé le 27 août 1928 à Paris](#).

- *Convention sur les droits et devoirs des États*, adoptée à Montevideo le 26 décembre 1933, entrée en vigueur le 26 décembre 1934, *RTSDN*, vol. 165, 1936, n°3802, p. 19.
- *Convention concernant le régime des détroits (Convention de Montreux)*, signée le 20 juillet 1936, [en ligne](#).
- *Charte des Nations Unies*, signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945, [en ligne](#).
- *Charte de l'Organisation des États Américains*, signée à Bogotá le 30 avril 1948 et entrée en vigueur le 13 décembre 1951, *RTNU*, vol. 119, n°1609, pp. 49-93. V. ég. son *Protocole de réforme de la Charte*, conclu à Buenos Aires le 27 février 1967 et entré en vigueur le 27 février 1970, *RTNU*, vol. 721, n°1609, pp. 325-381.
- *Traité de l'Atlantique Nord*, signé à Washington le 4 avril 1949 et entré en vigueur le 24 août 1949, *RTNU*, vol. 34, 1949, n°541, pp. 245-251.
- *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, *RTNU*, vol. 213, 1955, n°2889, pp. 223-255. Pour les déclarations et réserves émises par les États parties, v. [en ligne](#).
- *Convention sur la haute mer*, conclue à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 30 septembre 1962, *RTNU*, vol. 450, 1963, n°6465, pp. 83-103.
- *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*, conclue à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 septembre 1964, *RTNU*, vol. 516, 1964, n°7477, pp. 207-225.
- *Convention sur le plateau continental*, conclue à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 juin 1964, *RTNU*, vol. 499, 1964, n°7302, pp. 313-321.
- *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, conclue le 18 avril 1961 et entrée en vigueur le 24 avril 1964, *in RTNU*, vol. 500, 1964, n°7310, pp. 95-127.
- *Convention relative au commerce de transit des États sans littoral*, faite à New York le 08/07/1965 et entrée en vigueur le 09/06/1967, *in RTNU*, vol. 597, 1967, n°8641, pp. 43-63.
- *Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce de transit des pays sans littoral*, fait à New York le 08/07/1965 et entrée en vigueur le 09/06/1967, Nations Unies, *RTNU*, vol. 597, 1967, n°8641, pp. 3-9.

- *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, conclu à New York le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1974, *RTNU*, vol. 999, 1976, n°14668, pp. 187-201.
- *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, signé à Washington, Moscou et Londres le 1^{er} juillet 1968, entré en vigueur le 5 mars 1970, *RTNU*, vol. 729, 1970, N°10485, pp. 176-183. Les réserves et déclarations y relatives, *id.*, pp. 264-299.
- *Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *RTNU*, vol. 1155, 1980, n°18232, pp. 354-377.
- *Arrangement relatif à l'exercice de la pêche dans les eaux des îles Féroé*, signé le 18 décembre 1973 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1974, *in RTNU*, vol. 925, 1974, n°13185, pp. 18-21.
- *Accord sur la réglementation de la pêche à la morue du Nord-Est de l'Arctique (Arcto-norvégienne)*, signé à Londres le 15 mars 1974 et entré en vigueur le même jour, *in RTNU*, vol. 925, 1974, n°13184, pp. 10-11.
- *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, signée le 23 août 1978 et entrée en vigueur le 6 novembre 1996, *RTNU*, vol. 1946 (I), n°33356, pp. 29-56.
- *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, conclue à Nairobi le 27/06/1981 et entrée en vigueur le 21/10/1986, *in RTNU*, vol. 1520, 1988, n°26363, pp. 268-281.
- *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *RTNU*, vol. 1834A, 1994, n°31363, pp. 4-178.
- *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États*, signée le 8 avril 1983, jamais entrée en vigueur et [non publiée au RTNU](#).
- *Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne*, signé le 12 septembre 1990 à Moscou et entré en vigueur le 15 mars 1991, *RTNU*, vol. 1696, 1992, n°29226, pp. 129 et s.
- *Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe*, conclu à Paris le 19 novembre 1990 et entré en vigueur le 9 novembre 1992, *RTNU*, vol. 2441, n°44001, pp. 285-350. Pour le Protocole, *id.*, pp. 350-371.
- *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, conclue à New York le 9 mai 1992 et entrée en vigueur le 21 mars 1994, *RTNU*, vol. 1771, 1994, n°30822, pp. 191-215.

- *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, conclu le 15 avril 1994 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, *RTNU*, vol. 1867, 1995, n°31874, pp. 165-176.
- *Mémoire relatif aux garanties de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, signé à Budapest le 5 décembre 1994 et entré en vigueur le même jour, *RTNU*, vol. 3007, n°52241, pp. 181-182.
- *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, conclu le 11 décembre 1997 et entré en vigueur le 16 février 2005, *RTNU*, vol. 2303, n°30822, pp. 234-253.
- *Charte de sécurité européenne*, adoptée le 19 novembre 1999 lors d'un sommet de l'Organisation pour la sécurité et la coopération européenne, *ILM*, vol. 39(2), 2000, pp. 255-267.
- *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, signée à New York le 2 décembre 2004, elle n'est pas entrée en vigueur, [v. le site des Nations Unies relatifs aux traités](#).
- *Traité sur le commerce des armes*, signé à New York le 02/04/2013 et entré en vigueur le 24/12/2014, troisième paragraphe du préambule, in *RTNU*, vol. 3013, n°52373, pp. 332-347.
- *Accord de Paris*, conclu le 12 décembre 2015 et entré en vigueur le 4 novembre 2016, *RTNU*, vol. 3156 (à paraître).
- *Traité sur l'interdiction des armes nucléaires*, signé à New York le 7 juillet 2017 et entré en vigueur le 22 janvier 2021, [exemplaire certifié conforme par les Nations Unies](#).
- *Accord pour la création de la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, conclu à Édimbourg le 31 octobre 2021 et entré en vigueur le jour même, [disponible en ligne](#).

2. Conventions bilatérales

- *Déclaration réciproque entre les cours de Versailles et de Londres pour ne mettre en activité de part et d'autre que six vaisseaux de ligne*, donnée à Versailles le 30 août 1787, in VON MARTENS (G. F.), *Recueil de traités*, 2^e éd., Goettingue, Librairie de Dieterich, 1818, tome IV, p. 279.
- *Déclarations réciproques des cours de Londres et de Versailles pour faire cesser les armements faits à l'occasion des troubles en Hollande*, données le 27 octobre 1787, in

DE MARTENS (G. F.), *Recueil de traités*, 2^e éd., Goettingue, Librairie de Dieterich, 1818, tome IV, pp. 313-314.

- *Treaty of Friendship, League and Confederation, between Chile and Peru*, signé à Santiago le 23 décembre 1822, *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, pp. 813-817.
- *Treaty of Perpetual Union, League, and Confederation, between Colombia and the United Provinces of Central America*, signé à Bogota le 15 mars 1825, *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, pp. 802-811.
- *Treaty between His Most Faithful Majesty and His Imperial Majesty, concerning the Recognition of the Empire of Brazil*, signé à Rio de Janeiro le 29 août 1825, *British and Foreign State Papers. 1824-1825*, vol. XII, Londres, James Ridway and Sons, 1846, pp. 674-678.
- *Traité préliminaire de Paix entre les Républiques de Pérou et de Bolivia*, signé à Tiquina le 20 août 1831, in DE MARTENS (G. F.), *Nouveau recueil de traités*, Goettingue, Librairie de Dieterich, 1856, Tome X, pp. 405-409.
- *Traité définitif de paix et d'amitié entre les Républiques de Pérou et de Bolivia*, signé à Arequipa le 8 novembre 1831, in DE MARTENS (G. F.), *Nouveau recueil de traités*, Goettingue, Librairie de Dieterich, 1856, Tome X, pp. 421-431.
- *Treaty of Constantiople, of the 8th of July 1833, (called the Treaty of Unskiar Skelessi) between Russia and the Ottoman porte ; together with the Separate Article thereto, of the same date*, *British and Foreign State Papers. 1832-1833*, vol. XX, Londres, James Ridway and Sons, 1836, pp. 1176-1180.
- *Convention between Chile and the Argentine Republic respecting the Limitation of Naval Armaments*, signée le 28 mai 1902, reprod. in *AJIL*, vol. 1(3), supplément, 1907, p. 294.
- *Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba. Location de bases navales et charbonnières*, conclu le 2 juillet 1903 à La Havane et entré en vigueur le 6 octobre 1903, [disponible en ligne](#).
- *Conventions relatives au Marox et aux possessions des deux pays dans l'Afrique équatoriale* (France/Allemagne), signées à Berlin le 4 novembre 1911 et entrées en vigueur le 12 mars 1912, reprod. in DE MARTENS F., *NRG*, 3^{ème} série, Tome V, Leipzig, Librairie Dieterich, 1912, n°103, pp. 643-660.

- *Traité d'amitié et d'assistance mutuelle conclu entre la Pologne et la République tchèque*, signé le 10 mars 1947 à Varsovie et en vigueur jusqu'au 7 août 1989, reprod. in GIBLER (D. M.), *International Military Alliances 1648-2005*, Washington, CQ Press, 2009, pp. 366-367.
- *Traité concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques*, signé à Moscou le 26 mai 1972 et entré en vigueur le 3 octobre 1972, *RTNU*, vol. 944, 1974, n°13446, pp. 23-26.
- *Traité ciel ouvert*, signé le 24 mars 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, [disponible en ligne](#).
- *Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la République de Géorgie et l'Ukraine*, signé à Kiev le 13 avril 1993 et entré en vigueur le 7 septembre 1994, *RTNU*, vol. 2742, n°44370, pp. 28-34.
- *Traité d'amitié et de coopération entre la République de Hongrie et la Mongolie*, conclu à Budapest le 28 janvier 1998 et entré en vigueur le 10 novembre 1999, *RTNU*, vol. 2141, 2003, n°37349, pp. 15-18.
- *Traité destiné à adapter et à confirmer les rapports d'amitié et de coopération entre la République française et la Principauté de Monaco*, conclu à Paris le 24/10/2002, [en ligne](#).

3. Travaux préparatoires

Congrès de la paix

- **FACELLI (C.)**, *Troisième Congrès international de la paix : Rome, novembre 1891*, Rome, Imprimerie de l'Unione Cooperativa Editrice, 1892, vol. III, 219 p.
- *Bulletin officiel du VIIIe Congrès universel de la paix, tenu à Hambourg du 12 au 16 août 1897*, Berne, Imprimerie Michel & Büchler, 1897, 119 p.
- *Bulletin officiel du XIIe Congrès universel de la paix : tenu à Rouen et au Havre du 22 au 27 septembre 1903*, Berne, Imprimerie Michel & Büchler, 300 p.

Conférence internationale de navigation aérienne

- *Procès-verbaux des séances et annexes. Paris (18 mai-29 juin 1910)*, Paris, Imprimerie nationale, 1910, 454 p.

Conférence de Lausanne

- Ministère des Affaires étrangères, *Documents diplomatiques : conférence de Lausanne*, Paris, Imprimerie nationale, 1923, tome I, 616 p.

Projet de traité de garantie mutuelle de Lord Cecil

- Réponses communiquées par les États relativement au projet de traité, *in JO de la SdN*, Mars 1924, pp. 453-459.
- Réponses communiquées par les États relativement au projet de traité, *in JO de la SdN*, Octobre 1924, pp. 1689-1690.

Conférence de Montreux

- AGHNIDES (TH.), *Actes de la Conférence de Montreux, 22 juin-20 juillet 1936 : compte rendu des séances plénières et procès-verbal des débats du Comité technique*, Paris, Pedone, 1936, 310 p.

Charte des Nations Unies

- *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945*, XXI vol., New York, United Nations Information Organization, [disponibles en ligne](#).

Conférence sur l'aviation civile internationale

- *Proceedings of the international civil aviation conference*, Washington, Government Printing Office, 1948, vol. I, 774 p.

Amérique latine (conventions régionales)**Général**

- Pan American Union, *Codification of American International Law*, Washington, Government Printing Office, 1926, 76 p.
- SCOTT (J. B.) (ED.), *The International Conferences of American States 1889-1928*, New York, CUP, 1931, 551 p.
- *The International Conferences of American States. First Supplement (1933-1940)*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1940, 600 p.

Sixième Conférence

- International Commission of Jurists, *Projects to be Submitted for the Consideration of the Sixth International Conference of American States*, Washington, United States Government Printing Office, 1927, 40 p.
- Cuba, *Diario de la Sexta Conferencia Internacional Americana*, Havane, 1928, 569 p.
- États-Unis d'Amérique, *Report of the Delegates of the United States of America to the Sixth International Conference of American States*, Washington, Government Printing Office, 1928, 353 p.
- SCOTT (J. B.), « The Sixth International Conference of American States, Held at Habana, January 16-February 20, 1928 : A Survey », *International Conciliations*, vol. 12, pp. 277-352.
- SCOTT (J. B.) (ed.), *The International Conferences of American States, 1889-1928*, New York, OUP, 1951 551 p.

Septième conférence

- États-Unis d'Amérique, *Report of the Delegates of the United States of America to the Seventh International American Conference of American States, Montevideo, Uruguay, December 3-26, 1933*, Washington, United States Government Printing Office, 1934, 366 p.
- *Seventh international conference of American States, Plenary Sessions, Minutes and Antecedents*, Montevideo, 1933, 247 p.²⁸⁹¹
- *Seventh international conference of American States, First, second and eighth committees of Organization of peace, problems of international law, international conferences of American States. Minutes and antecedents*, Montevideo, 1933, 204 p.²⁸⁹²
- FARRAR (V. J.) ET BEERS (H. P.) (ed.), *Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1933, The American Republics*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1950, pp. 1-227.

Neuvième conférence

- *Project of Organic Pact of the Inter-American System*, Washington, Pan American Union, 1946, 33 p.

²⁸⁹¹ Disponible à la bibliothèque *La Contemporaine* (Nanterre).

²⁸⁹² *Ib.*

- États-Unis d'Amérique, *Handbook for Delegates to the ninth international conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30, 1948*, Washington, Pan American Union, 1947, 154 p.
- Conferencia Internacional Americana, *Diario de la IX Conferencia Internacional Americana*, Bogotá, Impr. Del Banco de la República, 1948, 830 p.
- *Draft Declaration of the Rights and Duties of American States, Formulated by the Committee on the Organization of the Inter-American System in accordance with Resolution IX of the Inter-American Conference on Problems of War and Peace (The comments of the governments are included)*, Washington, Pan American Union, 1948, 68 p.
- États-Unis d'Amérique, *Ninth International Conference of American State. Bogotá, Colombia. March 30-May 3, 1948*, Washington, Department of State, 1948, 317 p.
- Secretaria de relaciones exteriores, *Mexico en la IX Conferencia Internacional Americana*, Mexico, 1948, 557 p.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, *Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo 30 de 1948. Actas y documentos*, vol. III, Bogota, 1953, 661 p.

Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer²⁸⁹³

- *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Preparatory Documents)*, Genève, Nations Unies, 1958, 340 p.
- *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Plenary Meetings)*, Genève, Nations Unies, 1958, 147 p.
- *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Second Committee (High Seas : General Régime))*, Genève Nations Unies, 1958, 153 p.
- *United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records, Volume V (Third Committee (High Seas Fishing Conservation of Living Resources))*, Genève, Nations Unies, 1958, 162 p.
- *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VI (Fourth Committee (Continental Shelf))*, Genève, Nations Unies, 1958, 144 p.

²⁸⁹³ Pour des références plus exhaustives, v. le site des Nations Unies pour chacune des conférences. La première, de 1958 : [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/]
 La seconde, de 1960 : [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1960_los/]
 La troisième, de 1973 à 1982 : [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/] (consultés le 10/07/2023).

- *Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VII (Fifth Committee (Question of Free Access to the Sea of Land-locked Countries))*, Genève, Nations Unies, 1958, 87 p.
- *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session)*, Genève, Nations Unies, 1974, 238 p.
- *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume II (Summary Records of Meetings of the First, Second and Third Committees, Second Session)*, Genève, Nations Unies, 1974, 385 p.
- *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, Genève, Nations Unies, 1982, 268 p.
- Nations Unies, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral et depuis la mer et liberté de transit : historique de la Partie X, articles 124 à 132 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1988, 122 p.

Convention de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques

- Nations Unies, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques, Volume I (Compte rendu analytique des séances plénières et des séances de la Commission plénière)*, vol. I, New York, Nations Unies, 1962, 240 p.
- Nations Unies, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques, Volume II (annexes, Acte final, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Protocoles de signature facultative, résolutions)*, New York, Nations Unies, 1962, 90 p.

Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine

- *Conférence au sommet des pays indépendants africains, Addis-Abéba (Mai 1963)*, Paris, Présence africaine, 1964, 261 p.
- Secrétariat Général de l'Union Africaine et Malgache, *La conférence africaine au sommet d'Addis-Abéba : Juillet 1963. Discours des Chefs d'États. Charte de l'Organisation de l'Unité africaine. Résolutions*, Diloutremer, Paris, 1963, 155 p.

Convention de Vienne sur le droit des traités

- Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Première session. Vienne, 26 mars-24 mai 1968. Documents officiels (Compte rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière)*, vol. I, New York, Nations Unies, 1969, 537 p.
- Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, vol. II, New York, Nations Unies, 1970, 376 p.

Pacte relatif aux droits civils et politiques

- **BOSSUYT (M. J.)**, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International covenant on civil and political rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 851 p.
- **SGNU**, « Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Commentaire », distribué le 1^{er} juillet 1955, A/2929, 415 p.

II. Actes unilatéraux

1. La Société des Nations

A. Sur la réglementation et la limitation des armements

a. Communications des États

- « Réponse des Gouvernements à la suite de l'adoption de la Résolution XIV par l'Assemblée », in *JOSDN supplement*, vol. 16, 1923, pp. 125-152.
- « Exposé des différents gouvernements sur les exigences de leur sécurité nationale », *JOSdN*, vol. 16, février 1923, pp. 170-177 ; avril 1923, pp. 430-431 ; juillet 1923, pp. 720-722.

b. Conseil

- « Lettre circulaire aux membres de la Société des Nations » du Président du Conseil et qui appelait les États à émettre les observations requises en vertu de la résolution XIV, in *JOSDN*, vol. 4(2), 1923, pp. 174-175.

c. Assemblée

- Résolution XIV adoptée à la troisième session de l'Assemblée, reprod. *in JOSDN*, vol. 4(2), 1923, p. 174.

d. Divers

- « Avis de la Commission permanente consultative pour les questions militaires, navales et aériennes sur les résolutions N° XIV et XV de l'Assemblée, soumis au Conseil le 3 juillet 1923 », *in JOSDN*, vol. 4(8), 1923, pp. 969-978.
- *Enquête statistique sur les armements nationaux en temps de paix : situation au 1^{er} janvier 1923*, vol. I (*Forces militaires, navales et aériennes en temps de paix*), Genève, Société des Nations, 1923.

2. L'Organisation des Nations Unies**A. Sur le désarmement****a. Assemblée générale**

- Résolution S-10/2 adoptée le 30 juin 1978, « Document final de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale », A/RES/S-10/2. Pour les débats y relatifs, v. A/S-10/PV.1 jusqu'à A/S-10/PV.20.
- Résolution 46/36 adoptée le 6 décembre 1991, « Désarmement général et complet », A/RES/46/36.

b. Communications des États

- Débats au sein de la Première Commission de l'AGNU (désarmement et sécurité internationale), 16^{ème} séance du 18 octobre 2006, A/C.1/61/PV.16, 14 p.
- Débats au sein de la Première Commission de l'AGNU (désarmement et sécurité internationale), 284^{ème} séance du 7 avril 2008, A/CN.10/PV.284, 22 p.
- Débats au sein de la Conférence du désarmement, 1200^{ème} séance du 27 janvier 2011, CD/PV.1200, 23 p.
- Débats au sein de la Première Commission de l'AGNU (désarmement et sécurité internationale), 7^{ème} séance du 15 octobre 2012, [rapportés sur le site officiel des Nations Unies](#), « Devant la Première Commission, les responsables du désarmement des Nations Unies appellent les États à éliminer leurs divergences », AG/DSI/3458.

- « Lettre datée du 28 mars 2022, adressée au Secrétaire général et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République islamique d’Iran auprès de l’Organisation des Nations Unies », S/2022/270, 2 p.

B. Sur le commerce des armes

a. Conseil de sécurité

- Résolution 1209 (1998) adoptée le 19 novembre 1998, S/RES/1209.
- Déclaration du Président du Conseil faite le 19 mars 2010, S/PRST/2010/6.

b. Assemblée générale

- Directives relatives aux transferts internationaux d’armes dans le contexte de la résolution 46/36 H de l’Assemblée générale, en date du 6 décembre 1991 », in *Rapport de la Commission du désarmement*, A/51/42, annexe I, pp. 12-23.
- Débats de la 71^e séance plénière de l’AGNU, le 2 avril 2013, A/67/PV.71, 28 p.

c. Secrétaire général

- Rapport du Secrétaire général distribué le 17 août 2007, « Vers un traité sur le commerce des armes : établissement de normes internationales communes pour l’importation, l’exportation et le transfert d’armes classiques », A/62/278 (Part II), 256 p. V. ég. la première partie (A/62/278 (Part I), 25 p.) et les suppléments (A/62/278/Add.1 à 4).
- Document de travail préparé par le Secrétariat et distribué le 10 mai 2012, « Récapitulatif des vues exprimées sur les éléments qui pourraient être retenus dans le texte d’un traité sur le commerce des armes », A/CONF.217/2, 131 p.

d. Communications des États

- « Lettre datée du 22 novembre 1991, adressée au Président de la Conférence du désarmement par le chef de la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, transmettant le texte officiel du communiqué publié à l’issue de la réunion des représentants des cinq États membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies sur les transferts d’armes et la non-prolifération, qui s’est tenue à Londres les 17 et 18 octobre 1991 », voir la partie « Principes directeurs en matière de transferts d’armes classiques », CD/1113, 4 p.

C. Sur la non-prolifération des armes nucléaires

a. Déclarations des États

- « Lettre datée du 12 juin 1968 adressée au Président du Conseil de sécurité par les représentants permanents des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des républiques socialistes soviétiques », S/8630, 3 p.

b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité

- Résolution 255 (1968), adoptée à la 1433^e séance du 19 juin 1968, « Question relative aux mesures à prendre pour garantir la sécurité des États non dotés d'armes nucléaires parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires », S/RES/255(1968). Pour les débats y relatifs, v. les discussions tenues entre les 1430^{ème} et 1433^{ème} séances, S/PV.1430 jusqu'à S/PV.1433.
- Résolution 984 (1995), adoptée à la 3514^e séance du 11 avril 1995, S/RES/984(1995).
- V. les résolutions adoptées contre la Corée du Nord, à la suite de l'annonce de son retrait du Traité de non-prolifération : 1718 (2006), adoptée à la 5551^{ème} séance du 14 octobre 2006, S/RES/1718(2006) (v. ég. les débats, S/PV.5551, 9 p.) ; 1874 (2009), adoptée à la 6141^{ème} séance du 12 juin 2009, S/RES/1874(2009) ; 2087 (2013), adoptée à la 6907^{ème} séance du 22 janvier 2013, S/RES/2087(2013) ; 2270 (2016), adoptée à la 7638^{ème} séance du 2 mars 2016, S/RES/2270(2016) ; 2375 (2017), adoptée à la 8042^{ème} séance du 11 septembre 2017, S/RES/2375(2017) (et débats y relatifs, S/PV.8042, 14 p.). V. ég. les débats de la 8137^{ème} séance du 15 décembre 2017, S/PV.8137, 26 p.

D. Sur les mesures égyptiennes adoptées sur le canal de Suez (1951)

a. Communications des États membres

- « Lettre en date du 11 juillet 1951 adressée par le représentant permanent d'Israël au Président du Conseil de sécurité au sujet du passage des navires par le canal de Suez », S/2241, 3 p.

b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité

- Débats intervenus de la 549^{ème} jusqu'à la 558^{ème} séance, entre le 26 juillet et le 1^{er} septembre 1951, S/PV.549-558.
- Résolution 95 (1951), adoptée à la 558^e séance, le 1^{er} septembre 1951, S/RES/95(1951).

E. Sur le détournement d'un aéronef libanais par Israël (1973)

a. Communications des États membres

- « Lettre datée du 11 août 1973 adressée au Président du Conseil de sécurité par le représentant permanent du Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/10983, 1 p.

b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité

- Débats de la 1736^{ème} séance du 13 août 1973, S/PV.1736, 20 p.
- Débats de la 1737^{ème} séance du 15 août 1973, S/PV.1739, 2 p.
- Résolution 337 (1973) adoptée à l'unanimité le 15 août 1973, S/RES/337(1973).

F. Sur la destruction du réacteur Osirak par Israël (1981)

a. Communications des États membres

- « Lettre datée du 8 juin 1981, adressée au Président du Conseil de sécurité par le chargé d'affaires de la mission permanente de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/14509, 2 p.

b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité

- Résolution 487 (1981) adoptée le 19 juin 1981, à l'unanimité, S/RES/487(1981).
- Débats de la 2280^{ème} séance du 12 juin 1981, S/PV.2280, 25 p.
- Débats de la 2282^{ème} séance du 15 juin 1981, S/PV.2282, 14 p.
- Débats de la 2284^{ème} séance du 16 juin 1981, S/PV.2284, 11 p.

G. Sur les dénonciations du traité de non-prolifération et du Pacte de 1966 par la Corée du Nord (1996 et 2003)

a. Déclarations des États

- « Lettre datée du 1^{er} avril 1993, adressée au Président du Conseil de sécurité par les représentants permanents des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », S/25515, 3 p.
- « Notification de la République populaire démocratique de Corée », notification de retrait du PIDCS, le 23 août 1997, C.N.467.1997, [en ligne](#).
- « Lettre datée du 24 janvier 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République populaire démocratique de Corée auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2003/91, 12 p.

b. Débats et résolutions du Conseil de sécurité

- 3212^{ème} séance du 11 mai 1993, S/PV.3212, 61 p.
- Résolution 1718 (2006), adoptée à la 5551^{ème} séance, le 14 octobre 2006, S/RES/1874(2009).
- Résolution 1874 (2009), adoptée à la 6141^{ème} séance du 12 juin 2009, S/RES/1874(2009)

c. Réaction du Comité des droits de l'homme

- « Additif à l'observation générale n°26 touchant à la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », communiquée le 8 décembre 1997, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 2 p.

H. Sur le différend relatif au Grand barrage de la renaissance éthiopienne (depuis 2012)

a. Déclarations des États

- « Lettre datée du 29 juin 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2020/617, 8 p.
- « Lettre datée du 29 juillet 2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2022/586, 2 p.
- « Lettre datée du 29 juillet 2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Égypte auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2022/587, 4 p.

b. Débats au sein des organes de l'Organisation

- « Conseil de sécurité : l'Éthiopie, l'Égypte et le Soudan invités à trouver un accord mutuellement bénéfique sur le Grand Barrage de la Renaissance », publié le 29 juin 2020 sur le site officiel de l'ONU, [SC/14232](#).
- 8816^{ème} séance du Conseil de sécurité du 8 juillet 2021, S/PV.8816, 29 p.
- « Le Conseil de sécurité demande à l'Égypte, à l'Éthiopie et au Soudan de reprendre les négociations sur le Grand Barrage de la Renaissance éthiopienne », publié le 15 septembre 2021 sur le site officiel de l'ONU, [CS/14637](#).

c. Déclarations du Conseil de sécurité

- « Déclaration de la Présidente du Conseil de sécurité », faite à la 8860^{ème} séance du 15 septembre 2021, S/PRST/2021/18, 1 p.

I. Sur l'invasion de la Crimée puis de l'Ukraine par la Russie (depuis 2014)

a. Communications des États membres

- « Annexe à la lettre datée du 28 janvier 2022 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Ukraine auprès de l'Organisation des Nations Unies », à savoir l'« Appel de la Verkhovna Rada (...) concernant le caractère inacceptable du chantage militaire exercé par la défération de Russie (...) », S/2022/67, pp. 2-3.
- « Annexe à la lettre datée du 20 avril 2022 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Ukraine auprès de l'Organisation des Nations Unies », à savoir la « Déclaration de la Verkhovna Rada d'Ukraine (Parlement ukrainien) sur le génocide commis par la Fédération de Russie en Ukraine », S/2022/337, pp. 2-4.

b. Débats au sein du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale

- « Minsk Accords Have Been in 'Intensive Care', Secretary-General Notes, as General Assembly Discusses Eastern Ukraine Developments », publié le 23 février 2022 sur le site officiel des Nations Unies, [GA/12403](#).
- 58^{ème} séance plénière de la 76^{ème} Assemblée générale, le 23 février 2022, A/76/PV.58, 31 p.
- 8980^{ème} séance du Conseil de sécurité du 27 février 2022, S/PV.8980, 10 p.
- 9027^{ème} séance du Conseil de sécurité du 5 mai 2022, S/PV.9027, 36 p.
- 9069^{ème} séance du Conseil de sécurité du 21 juin 2022, S/PV.9069, 33 p.

J. Sur les travaux relatifs à l'élévation du niveau de la mer (depuis 2019 à la CDI)

a. Déclarations des États

- Représentant permanent des Seychelles aux Nations Unies, intervention à l'occasion de la Conférence des États parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, le 16 décembre 2008, [en ligne](#).
- République des Seychelles, « Report on Climate Change and its Possible Security Implications (General Assembly resolution 63(281) », communiqué le 10/08/2009, [12 p.](#)

- République des Maldives, « Information and examples of State practice on ‘Sea-level rise in relation to international law’. A Submission by the Republic of Maldives », communiqué à la CDI le 31 décembre 2019, [203 p.](#)

b. Organes des Nations Unies

- CDI, « Première note thématique établie par Bogdan Aurescu et Nilüfer Oral, coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », distribué le 28 février 2020, A/CN.4/740, 89 p.
- CDI, « Seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », distribuée le 31 mars 2022, A/CN.4/752, 120 p.

K. Divers

a. Conseil de sécurité

- Résolution 1970 (2011) adoptée par le Conseil de sécurité, le 26 février 2011, sur la situation en Libye, S/RES/1970 (2011).

b. Assemblée générale

- Résolution 2625 (XXV) adoptée par l'Assemblée générale le 24 octobre 1970, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », A/RES/2625(XXV). Pour les discussions y relatives, v. simplement la 33^{ème} séance du Comité spécial sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, première session, le 23 septembre 1964, A/AC.119/SR.33, 14 p.
- Résolution 3314 (XXIX) adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1974, « Définition de l'agression », A/RES/3314(XXIX). Pour les travaux préparatoires auxquels on a fait référence, v. *Rapport du Comité spécial de 1956 pour la question de la définition de l'agression. 8 octobre-9 novembre 1956*, A/3574, 37 p.
- Résolution 3281 (XXIX) adoptée le 14 décembre 1974, « Charte des droits et devoirs économiques des États », A/RES/3284(XXIX).
- Résolution 60/1 adoptée par l'Assemblée générale le 16 septembre 2005, « Document final du Sommet mondial de 2005 », A/RES/60/1.

c. Secrétaire général

- Rapport du Secrétaire général distribué le 12 janvier 2009, « La mise en œuvre de la responsabilité de protéger », A/63/677.
- Note du Secrétaire général distribuée le 17 août 2022, « Sanctions unilatérales dans le cyberspace : tendances et problèmes », A/77/296, 24 p.

d. Commission du droit international

- « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelle des États et de leurs biens et commentaires y relatifs », reprod. *in ACDI, 1991*, vol. II(2), pp. 13-64.
- « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », adoptée par la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 12 décembre 2001. Version commentée *in ACDI, 2001*, vol. II(2), pp. 26-154.

e. Comité des droits de l'homme

- « Observation générale n°29 - État d'urgence (art. 4) », distribuée le 31 août 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 17§. Pour les discussions relatives à l'élaboration de ladite observation, v. la 1901^{ème} séance du Comité, le 20 mars 2001, CCPR/C/SR.1901, 8 p.

3. L'Organisation des États Américains**A. Conseil permanent**

- Résolution adoptée le 5 mars 2008, « Convocatoria de la reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores y nombramiento de una comisión », CP/RES.930 (1632/08).

B. Assemblée générale

- Diverses résolutions adoptées depuis 1998 jusqu'en 2012, toutes intitulées « Préoccupations particulières des petits États insulaires en matière sécurité », v. AG/RES. 1567 (XXVIII-O/98) ; AG/RES. 1640 (XXIX-O/99) ; AG/RES. 1802 (XXXI-O/01) ; *etc.*
- Diverses résolutions adoptées depuis 2012, intitulées « Faire progresser la sécurité hémisphérique : une approche multidimensionnelle », v. AG/RES. 2735 (XLII-O/12) ; AG/RES. 2809 (XLIII-O/12) ; AG/RES. 2866 (XLIC-O/14) ; *etc.*

4. Divers

- Amérique latine, *Déclaration sur la zone maritime*, signée à Santiago le 18 août 1952 et entrée en vigueur le même jour, in *RTNU*, vol. 1006, 1976, n°14758, pp. 328-329.
- Égypte, *Déclaration sur le canal de Suez et sur les arrangements concernant sa gestion*, prononcée le 24 avril 1957, S/3818 et enregistré in *RTNU*, vol. 265, pp. 299 et s.
- Amérique latine, *Déclaration de Lima sur le droit de la mer*, signée le 8 août 1970, in *ILM*, vol. 10(1), 1971, pp. 207-208.
- États riverains du Nil, *Accord sur la Déclaration de Principes*, signé à Khartoum le 23 mars 2015, [en ligne](#).

III. Jurisprudence

1. Juridictions internationales

A. Cour Permanente de Justice Internationale

- Avis consultatif du 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *CPJI Recueil*, Séries B, n°4, pp. 7-32.
- Avis consultatif du 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie orientale*, *CPJI Recueil*, séries B, n°5, pp. 7-29.
- Arrêt du 7 août 1923, *Vapeur Wimbledon (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Empire allemand)*, *CPJI Recueil*, Séries A, n°1, pp. 15-34.
- Arrêt du 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, *CPJI Recueil*, Séries A, n°2, pp. 7-37.
- Arrêt du 7 décembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, *CPJI Recueil*, Séries A, n°10, pp. 4-33.
- Avis consultatif du 5 septembre 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (Protocole du 19 mars 1931)*, *CPJI Recueil*, Séries A/B, n°41, pp. 37-54.
- Avis consultatif du 15 octobre 1931, *Trafic Ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne (Section de ligne Landwarów-Kaisiadorys)*, *CPJI Recueil*, Séries A/B, n°42, pp. 108-123.
- Arrêt du 15 juin 1939, *Société commerciale de Belgique*, *CPJI Recueil*, Séries A/B, n°78, pp. 160-179.

B. Cour internationale de Justice

- Arrêt (fond) du 9 avril 1949, *Affaire du Détroit de Corfou*, *CIJ Recueil 1949*, pp. 4-169.

- Avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *CIJ Recueil 1949*, pp. 174-220.
- Arrêt du 18 décembre 1951, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *CIJ Recueil 1951*, pp. 116-144.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 6 juillet 1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, *CIJ Recueil 1957*, pp. 9-28.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 26 novembre 1957, *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, *CIJ Recueil 1957*, pp. 125-153.
- Arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, *CIJ Recueil 1958*, pp. 55-73.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 21 mars 1959, *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 1959*, pp. 6-32.
- Arrêt (fond) du 12 avril 1960, *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, *CIJ Recueil 1960*, pp. 6-46. V. surtout les mémoires des parties rapportés sur le [site officiel](#) de la CIJ.
- Arrêt (deuxième phase) du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain*, *CIJ Recueil 1966*, pp. 6-58.
- Arrêt du 20 février 1969, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *CIJ Recueil 1969*, pp. 3-56.
- Avis consultatif du 21 juin 1971, *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*, pp. 16-66.
- Arrêt du 25 juillet 1974, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *CIJ Recueil 1974*, pp. 3-44.
- Arrêt du 24 février 1982, *Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, *CIJ Recueil 1982*, pp. 18-94.
- Arrêt du 12 octobre 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, *CIJ Recueil 1984*, pp. 246-352.
- Arrêt du 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, *CIJ Recueil 1985*, pp. 13-58.
- Arrêt (fond) du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 1986*, pp. 14-150.

- Ordonnance en mesures conservatoires du 8 avril 1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Recueil 1993*, pp. 3-25.
- Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *CIJ Recueil 1996*, pp. 226-267.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 12 décembre 1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 1996*, pp. 803-821.
- Arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *CIJ Recueil 1997*, pp. 7-84.
- Arrêt (fond) du 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 2003*, pp. 161-219.
- Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *CIJ Recueil 2004*, pp. 136-203.
- Arrêt (fond) du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *CIJ Recueil 2005*, pp. 168-283.
- Arrêt du 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, *CIJ Recueil 2009*, pp. 177-247.
- Arrêt du 13 juillet 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *CIJ Recueil 2009*, pp. 213-272.
- Arrêt (fond) du 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *CIJ Recueil 2010*, pp. 639-694.
- Arrêt du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, *CIJ Recueil 2014*, pp. 226-300.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 6 juin 2018, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, *CIJ Recueil 2018*, pp. 292-339.
- Arrêt (fond) du 1^{er} octobre 2018, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, *CIJ Recueil 2018*, pp. 507-565.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 13 février 2019, *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 2019*, pp. 7-45.
- Arrêt (exceptions préliminaires) du 3 février 2021, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Recueil 2021*, pp. 9-43.

2. Juridictions régionales

A. Cour Européenne des Droits de l'Homme²⁸⁹⁴

- Arrêt du 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (n°3), requête n°332/57, chambre.
- Commission EDH, rapport du 5 novembre 1969, *Danemark, Suède et Pays-Bas c. Grèce* (« *Affaire grecque* »), requêtes 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67.
- Arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, requête n°5310/71, formation plénière.
- Arrêt du 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, requête n°14553/89 et 14554/89, formation plénière.
- Arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, requête n°21987/93, chambre.
- Arrêt du 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, requêtes n° 35532/97, 34044/96 et 44801/98, grande chambre.
- Arrêt du 22 mars 2001, *Affaire K.-H.W. c. Allemagne*, requête n° 37201/97, grande chambre.
- Arrêt du 9 avril 2002, *Affaire Yazar et autres c. Turquie*, requêtes n° 22723/93, 22724/93 et 22725/93, quatrième section.
- Arrêt du 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, requête n°3455/05, grande chambre.
- Arrêt du 20 mars 2018, *Şahin Alpay c. Turquie*, requête n°16538/17, deuxième section.
- Arrêt du 20 mars 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, Requête n°13237/17, deuxième section.
- Arrêt du 21 septembre 2021, *Dareskizb Ltd. V. Armenia*, Requête n°61737/08, quatrième section.

B. Cour de justice des Communautés européennes (ainsi que la CJUE depuis 2007)

- Arrêt du 12 juillet 1979, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, Aff. 153/78, *Rec. de la jurisprudence* 1979, pp. 2556-2568.
- Arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres contre ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres*, aff. 72/83, *Rec. de la jurisp.* 1984-02727, pp. 2730-2757.
- Arrêt du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, arrêt, aff n°224/84, *Rec. des jurisp.* 1986, pp. 1663-1694.

²⁸⁹⁴ Sauf exception, on renvoie parfois à une affaire de la Commission européenne des droits de l'homme.

- Arrêt du 17 octobre 1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, Aff C-83/94, *Rec. de jurisp.* 1995, pp. 3235-3255.
- Arrêt du 16 septembre 1999, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, Aff. C-414/97, *Rec. de jurisp.* 1999, pp. 5599-5611.
- Arrêt du 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence*, Aff. C-237/97, *Rec. de jurisp.* 1999, pp. 7432-7445.
- Tribunal de première instance, jugement du 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni SpA c. Commission des Communautés européennes*, Aff. T-26/01, *Rec. des jurisp.* 2003, pp. 3953-3985.
- Arrêt du 8 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, Aff C-337/05, *Rec. des jurisp.* 2008, pp. 2195-2216.
- Arrêt du 15 décembre 2009, *Commission européenne c. République de Finlande*, Aff. C-284/05, *Rec. des jurisp.* 2009, pp. 11753-11776.
- Arrêt du 7 juin 2012, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, Aff. C-615/10, [en ligne](#).

C. Cour interaméricaine des droits de l'homme

- Jugement du 27 novembre 2013, *Case of J. v. Peru*, Series C, n°275.
- Avis consultatif du 15 novembre 2017, *State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity : interpretation and scope of articles 4(1) and 5(1) in relation to articles 1(1) and 2 of the american convention on human rights*, aff. n°OC-23/17, [99 p.](#)

D. Cour de Justice d'Amérique centrale

- Jugement délivré le 9 mars 1917, *El Salvador v Nicaragua*, reprod. in *AJIL*, vol. 11, 1917, pp. 674-730.

E. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

- Communication du 11 octobre 1995, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Tchad*, n°74/92.
- Communications du 5 novembre 1999, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda v. Nigeria*, n°140/94, 141/94 et 145/95.
- Communication du 30 mai 2007, *Article 19 v. State of Eritrea*, n°275/2003.
- Communication du 27 mai 2009, *Sudan Human Rights Organization et al. v. Sudan*, n°279/03.

- Rapport publié le 3 juillet 2016, *Principes et directives sur les droits de l'homme et des peuples dans la lutte contre le terrorisme en Afrique*, [41 p.](#)

F. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

- *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye* (fond), *Recueil de Jurisprudence de la Cour Africaine*, vol. 1, 2006-2016, pp. 158-177.
- *Association pour le progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali* (fond), *Recueil de Jurisprudence de la Cour Africaine*, vol. 2, 2017-2018, pp. 393-414.

3. Arbitrage

A. Commission d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie

- Avis n°1 du 29 novembre 1991, reprod. in *RGDIP*, 1992, pp. 264-266.
- Avis n°8 du 4 juillet 1992, reprod. in *RGDIP*, 1993, pp. 588-590.

B. CIRDI

- Sentence du 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Aff. n°ARB/01/8, 147 p. V. ég. la décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007 quant à la requête en annulation de la sentence rendue, 44 p.
- Sentence du 3 octobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/02/1, 82 p.
- Sentence du 22 mai 2007, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/01/3, 139 p.
- Sentence du 28 septembre 2007, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Aff n°ARB/02/16, 139 p.
- Sentence du 6 juin 2008, *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. the Argentine Republic*, aff. n°ARB/03/5, 63 p.
- [Sentence du 5 septembre 2008](#), *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Aff. n°ARB/03/9, 148 p.
- Sentence du 22 avril 2009, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Aff. n°ARB/05/6, 50 p.
- Sentence du 27 décembre 2010, *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Aff. n°ARB/04/01, 219 p.

- Sentence du 6 juin 2012, *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, Aff n°ARB/04/4, 141 p.
- Sentence du 10 avril 2013, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, Aff. n°ARB/04/16, 348 p.
- Sentence du 25 juillet 2016, *Devas v. The Republic of India*, Aff n°2013-09, 141 p.

C. Cour permanente d'arbitrage

- Sentence du 28 avril 1928, *Affaire de l'île de Palmas (ou Miangas) (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)*, RSA, vol. II, pp. 831-871.
- Sentence provisoire du 13 décembre 2017, *Deutsche Telekom v. India*, Aff. Arb. N° 2014-10, 144 p.

D. Divers

- Commission des réclamations constituées en vertu de la Convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et le Venezuela le 5 décembre 1885, *Affaire concernant Amelia de Brissot, Ralph Rawdon, Joseph Stackpole et Narcisa de Hammer c. Venezuela (cas du vapeur Amelia)*, RSA, vol. XXIX, pp. 240-260.
- Sentence du 1^{er} juin 1903, *Paquet Case (expulsion)*, in RSA, vol. IX, pp. 323-325.
- Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, sentence rendue en 1903, *Oliva Case*, in RSA, vol. X, pp. 600-609.
- Commission mixte Pays-Bas-Venezuela, sentence rendue en 1903, *Maal Case*, in RSA, vol. X, pp. 730-733.
- Sentence du 7 septembre 1910, *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Royaume-Uni c. États-Unis d'Amérique)*, in RSA, vol. XI, pp. 167-226.
- Sentence du 11 novembre 1912, *Affaire de l'indemnité russe (Russie c. Turquie)*, in RSA, vol. XI, pp. 421-447.
- Sentence du 4 mars 1925, *Tacna-Arica Question (Pérou c. Chili)*, in RSA, vol. II, pp. 921-958.
- *General claims commission*, sentence du 3 octobre 1928, *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique c. États-Unis du Mexique)*, in RSA, vol. IV, pp. 368-371.
- T.A.M. germano-polonais, sentence du 1^{er} août 1929, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Pologne*, Rec. T.A.M., vol. IX, pp. 336-348.
- Sentence du 3 juin 1931, *Affaire Cehvrau (France c. Royaume-Uni)*, in RSA, vol. II, pp. 1115-1143.

- Sentence du 16 novembre 1957, *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, in *RSA*, vol. XII, pp. 281-317.
- Sentence du 19 janvier 1977, *Texaco c. Libye*, [disponible en ligne](#).
- Sentence du 9 décembre 1978, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, in *RSA*, vol. XVIII, pp. 417-493.
- Commission des réclamations Ethiopie-Erythrée, sentence partielle du 19 décembre 2005 (*jus ad bellum*), réclamations de l'Éthiopie n°1-8, *RSA*, vol. XXVI, pp. 457-469.

4. Organe de règlement des différends de l'OMC

- Rapport du Groupe spécial de l'OMC, publié le 5 avril 2019, *Russie-Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, 150 p.

5. Juridictions nationales

Afrique du Sud

- *Special Criminal Court* de l'Union d'Afrique du Sud (juridiction obsolète), *R c. Neumann*, jugement rendu en 1946 et reprod. in *ILR*, vol. 15, 1948, pp. 78-90.
- *Supreme Court, Orange Free State Provincial Division*, jugement du 7 mars 1980, *Nkondo v. Minister of Police and Another*, in *ILR*, vol. 82, 1990, pp. 358-375.
- *High Court*, jugement du 20 juillet 2005, *Van Zyl and Others v. Government of Republic of South Africa and Others*, in *ILR*, vol. 143, 2011, pp. 473-544.

Allemagne

- *Reichsgericht in Civil Matters*, jugement du 1^{er} novembre 1922, *German Requisitions*, in *AD 1919-1922*, vol. 1, n°296, pp. 427-428.
- *Reichsgericht in Civil Matters*, jugement du 5 novembre 1924, *Requisitions (German) Case*, in *AD 1923-1924*, vol. 2, n°230, pp. 428-429.

Belgique

- Cour de cassation, arrêt du 11 février 1919, *Pas.* 1919, I, p. 9, [disponible en ligne](#).

Bosnie-Herzégovine

- Cour constitutionnelle, décision du 3 novembre 2000, *Jedanaest članova Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine*, [disponible en ligne](#) à l'aide du moteur de recherche.

Botswana

- Cour d’appel, *Good v Attorney General of Botswana*, arrêt du 27 juillet 2005, reprod. in NOLLKAEMPER (A.) ET AL. (ED.), *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, [disponible en ligne](#).

Brésil

- Tribunal Suprême Fédéral, jugement du 29 juillet 1908, *Vicente Vacirca*, reprod. in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 5, 1909, pp. 65-636.
- Tribunal Suprême Fédéral, jugement du 8 novembre 1919, *In Re Everardo Diaz*, *AD 1919-1922*, vol. 1, pp. 255-257.

Canada

- Cour suprême, jugement du 3 août 1943, *Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, in *SCR* pp. 483 et s. et *ILR*, vol. 12, pp. 124 et s.
- *Quebec Court of King’s Bench (Appeal Side)*, jugement du 28/05/1946, *Rex v. Rose*, in *ILR*, vol. 13, pp. 161-167.
- *Court of Appeal of Ontario*, jugement du 28 février 1947, *Rex v. Lunan*, in *AD*, vol. 14, 1951, n°72, pp. 148-150.

Costa Rica

- Chambre civile de la Cour Suprême de Justice, sentence adoptée le 24 août 1938, *Ricardo Tinoco Gutiérrez*, in *Jurisprudencia constitucional, Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, Tome II, Sentencias de Corte Plena 1938-1982, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000, pp. 201-204.
- Cour Suprême de Justice, sentence du 3 septembre 1981, *Getulio Pederzano Vignali*, n°0190-8, in *Jurisprudencia constitucional, Recopilación de las sentencias de Constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena*, Tome II, Sentencias de Corte Plena 1938-1982, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000, pp. 474 et s.

- Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice, résolution du 5 juillet 2013, *X c. Director General de Aviacion Civil, Ministro de la presidencia, Presidenta de la Republica y Asamblea Legislativa*, aff. [n°09122-2013](#).
- Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice, résolution du 24 octobre 2014, *Consulta legislativa facultativa*, aff. [n°17413-2014](#).

Égypte

- Conseil des Prises d’Alexandrie, arrêt du 2 décembre 1950, *The Flying Trader*, reprod. in *Revue égyptienne de droit international*, vol. 7, 1951, pp. 127-135.
- Conseil des Prises d’Alexandrie, arrêt du 5 mai 1957, *Fedala*, reprod. in *Revue égyptienne de droit international*, vol. 13, 1957, pp. 131-136.
- Conseil des Prises d’Alexandrie, arrêt du 16 décembre 1959, *Lea Lott*, reprod. in *Revue égyptienne de droit international*, vol. 16, 1960, pp. 109-113.

Estonie

- Conseil d’État, arrêt du 14 octobre 1927, *George Talma et consorts c. ministre de l’Intérieur*, AD 1935-1937, vol. 8, n°142, p. 313.

États-Unis d’Amérique

- *Alabama Supreme Court*, jugement de janvier 1864, *Ex parte Tate*, in *Ala.*, vol. 39, pp. 255 et s.
- *United States Supreme Court*, jugement du 18 janvier 1892, *Nihimura Ekiu v. USA*, 142 U.S. 651, 1892.
- *United States Supreme Court*, jugement du 15 mai 1893, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).
- *United States Supreme Court*, jugement du 13 mai 1889, *The Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581, 1899.
- *United States Circuit Court of Appeals (Second Circuit)*, jugement du 21 avril 1919, *Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd. v. American Can Co.*, in *A.D. (1919-1922)*, vol. 1, n°14, pp. 30-31.
- *United States Supreme Court*, jugement du 16/01/1950, *United States ex Rel. Knauff v Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950).
- *United States Supreme Court*, jugement du 10 mars 1952, *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952).

- *United States Supreme Court*, jugement du 29 juin 1972, *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

France

- Cour de Paris (1^{ère} Chambre), *Affaires Geoffroy, Delore, La Munich, La Bulgaria et autres*, jugement du 20/04/1914, reprod. in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 12, 1916, pp. 492-494.
- Tribunal civil de la Seine (1^{ère} Chambre), *T... c. Préfet de la Seine*, jugement du 07/02/1917, reprod. in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 13, 1917, pp. 265-266.
- Conseil constitutionnel, décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.
- Conseil constitutionnel, décision n°85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*.
- Conseil constitutionnel, décision n°2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]*.
- Conseil d'État, arrêt du 7 août 1909, *Winkell*, n°37317, *Rec. CE 1919*, p. 826.
- Conseil d'État, arrêt du 28 juin 1918, *Heyriès*, n°63412, *Rec. CE 1918*, p. 651.
- Conseil d'État (assemblée), arrêt du 7 janvier 1944, *Lecoq*, *Rec. CE 1944*, p. 5.
- Conseil d'État (section), arrêt du 9 novembre 1945, *Société coopérative agricole « L'Union agricole »*, *Rec. CE 1945*, p. 229.
- Conseil d'État (assemblée), arrêt du 12 avril 2002, *Papon*, n°238689, *Lebon*.
- Conseil d'État (assemblée), arrêt du 13 avril 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits, société Aristophil*, n°410939, *Lebon*.
- Conseil d'État (assemblée), avis du 19 avril 2018, *Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*, n° 394641 et 394642.
- Conseil d'État (Juge des référés), ordonnance du 26 juillet 2021, n°454754.
- Cour de cassation (crim.), arrêt du 10 janvier 1873, *Raymond Fornage*, reprod. in *Journal du Palais*, 1873, pp. 302-303.

- Cour de cassation (crim.), arrêt du 20 février 1908, *Min. publ. c. Jacopini*, in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 4, 1908, pp. 654-655.
- Cour de cassation (crim.), arrêt du 28 janvier 1919, *Barbey*, in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, tome 5, 1909, pp. 574-576.
- Cour de cassation (crim.), arrêt du 15 janvier 1920, *Affaire Urios*, reprod. in *Revue de droit international privé*, vol. 16, 1920, pp. 436-437.
- Cour de cassation (crim.), arrêt du 22 février 1923, *Bayot*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Sirey, 1923, pp. 331-332.
- Haute Cour de justice, arrêt du 23 avril 1920, reprod. in *Revue de droit international privé*, vol. 16, 1920, pp. 430-432.

Ghana

- Cour suprême, jugement du 20 juin 2013, *Republic v High Court (Comm. Div.) Accra ex parte*, [36 p.](#)

Israël

- *Supreme Court as High Court of Justice*, jugement du 14 mai 2006, *Adalah (Legal Center for Arab Minority Rights in Israel) v Minister of Interior of Israel and ors*, reprod. in NOLLKAEMPER (A.) ET AL. (ED.), *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, [disponible en ligne](#).

Japon

- Cour suprême, 1919, *The Russian Roubles (Attempted Counterfeiting Case)*, in *A.D. (1919-1922)*, vol. 1, 1932, n°15, pp. 32-33.
- Cour suprême, *Japan v. Shigeru Sakata et. al.*, jugement du 16/12/1959, reprod. in *Japanese Annual of International Law*, vol. 4, 1960, pp. 103-109.
- Naha District Court, *Naha City v. Prime Minister*, jugement du 29/05/1990, reprod. in *Japanese Annual of International Law*, vol. 34, 1991, pp. 157-165.

Philippines

- Cour suprême, jugement du 30 juin 1967, *Esteban Morano, Chan Sau Wah and Fu Yan Fun v. Hon. Martiniano Vivo*, 20 SCRA 63 [1967].
- Cour suprême, jugement du 28 juin 1988, *Andrew Harvey et al., v. Honorable Commissioner Miriam Defensor Santiago, Commission on Immigration and*

Deportation, 162 SCRA 840 (1988), ég. reprod. in *Philippine Yearbook of International Law*, vol. 14, pp. 152-159.

Royaume-Uni

- *Vice-Admiralty Court* britannique du 15/12/1817, *Le Louis*, reprod. in *The English Reports, Ecclesiastical, Admiralty and Probate and Divorce*, vol. 165, 1923, pp. 1464-1481.
- *Privy Council*, jugement du 27 juillet 1906, *The Attorney General for the Dominion of Canada v. Everette Cain and James Raymond Gilhla (Ontario)*, [1906] UKPC 55.
- *House of Lords*, jugement du 12 juillet 1962, *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, in [1964] AC 763.
- *High Court of Justiciary* (Écosse), jugement du 30 mars 2001, *Lord Advocate's Reference (No. 1 of 2000)*, *ILR*, vol. 122, 2002, pp. 619-659.
- *Court of Appeal (civil division)*, jugement du 25 janvier 2002, *Marchiori v. Environment Agency*, in *ILR*, vol. 127, pp. 620-651.
- *House of Lords*, jugement du 31 octobre 2002, *Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex parte Saadi and others*, [2002] UKHL 41.
- *House of Lords*, jugement du 22 juillet 2004, *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26.
- *House of Lords*, jugement du 9 décembre 2004, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others*, [2005] UKHL 55.
- *Asylum and Immigration Tribunal*, jugement du 10 juin 2008, *Zq (Serving Soldier) Iraq v. Secretary of State for the Home Department*, in [2009] UKAIT 48.
- *Cour suprême*, jugement du 8 février 2018, *R (on the application of bancoult no 3) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2018] UKSC 3.

Singapour

- *High Court*, jugement du 24 octobre 1974, *Simon v. Taylor and Another*, in *ILR*, vol. 56, pp. 40-47.

Syrie

- *Cour d'appel de Beirut*, jugement du 16 juin 1926, *Syrien Capitulations (Denunciation by Turkey)*, in *AD 1927-1928*, vol. 4, n°126, pp. 192-193.

IV. Législations nationales et pratique de l'exécutif

Allemagne

- *Decree of the Fuehrer and Reich Chancellor concerning the Protectorate of Bohemia and Moravia*, [16/03/1939](#).

États insulaires (élévation du niveau de la mer)

- Tuvalu, « Statement at the high-level segment by Apisai Ielemia, Prime Minister of Tuvalu », lors de la COP14 et de la 4^e session de la Conférence des États Parties au Protocole de Kyoto (COP/MOP 4), le 11 novembre 2008, [en ligne](#).
- Groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la Convention, « Notes on sources for FCCC/AWGLCA/2009/Inf.1 – Part I », distribué le 14 août 2009, [109 p.](#)
- Groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la Convention, « Réorganisation et regroupement d'éléments du texte de négociation révisée – Note du secrétariat », distribué le 15 septembre 2009, FCCC/AWGLCA/2009/INF.2, 213 p.
- *Polynesia Against Climate Threats - Taputapuātea Declaration on Climate Change*, émise le 16 juillet 2015, [en ligne](#).
- *Smaller Island States Leaders' Port Moresby Declaration on Climate Change*, émise le 7 septembre 2015, [en ligne](#).
- *Suva Declaration on Climate Change*, émise les 2 et 4 septembre 2015, [4 p.](#)
- République des Îles Marshall, « Tile Til Eo 2050 Climate Strategy. 'Lighting the way' », septembre 2018, [76 p.](#)

États-Unis d'Amerique

- *The Magdalena Bay Resolution*, adoptée par le Sénat en 1912 afin de faire connaître la politique étrangère des États-Unis sur le sujet, v. *AJIL*, vol. 6(4), 1912, pp. 937-939.
- **DENNETT (T.)**, *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, With the Address of the President to Congress December 4, 1917*, Washington, United States Government Printing Office, 1926, 1242 p.²⁸⁹⁵

²⁸⁹⁵ Plus généralement, les ressources disponibles en ligne des *Papers relating to Foreign Affairs* ont été consultées : [\[https://history.state.gov/historicaldocuments/ebooks\]](https://history.state.gov/historicaldocuments/ebooks) (consulté le 10/07/2023).

- *Proclamation 2667 of September 28, 1945. Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf*, 10 Fed. Ref. 12.305 (1945), [Executive Order 9633](#).
- *Indochina - The Threat of Direct Chinese Communist Intervention in Indochina : Address by the Secretary of State*, le [11 juin 1954](#).
- *United States Navy Regulations 1990*, Washington D.C., Department of the Navy, [203 p.](#)
- *Public Law 108-188*, du 17/12/2003, in 117 STAT. 2781.
- *U.S. Withdrawal from the INF Treaty on August 2, 2019*, [disponible en ligne](#).
- *Department of Defense Statement on Open Skies Treaty Withdrawal*, le 21 mai 2020, [en ligne](#).

France

- « French Note to U.S. of March 10, 1966, and U.S. Reply of March 25, 1966 », in *ILM*, vol. 5(3), 1966, pp. 425-439.
- « Intervention de M. Yann HWANG. Ambassadeur, Représentant permanent de la France auprès de la Conférence du Désarmement. Chef de la délégation française », lors de la 74^{ème} session de l'AGNU, Première Commission, le 17 octobre 2019, [10 p.](#)

Japon

- Panel d'experts du Premier ministre, *Report of the Advisory Panel on Reconstruction of the Legal Basis for Security*, [communiqué le 15/05/2014](#).
- Ministère des Affaires étrangères, *Cabinet Decision on Development of Seamless Security Legislation to Ensure Japan's Survival and Protect its People*, communiquée le 1^{er} juillet 2014, [8 p.](#)

Portugal

- Ministère des Affaires étrangères, « 10 Russian officials declared *persona non grata* », [décision du 5 avril 2022](#).

Prusse

- « Communications du Gouvernement Prussien au Gouvernement Français pour annoncer l'Alliance entre la Prusse et la Russie », mars 1813, in *British and Foreign*

State Papers. 1812-1814, vol. I, part II, Londres, James Ridway and sons, 1841, pp. 1153-1160.

Royaume-Uni

- « Report made to the King of Sweden by his Minister of State and of Foreign Affairs, relative to the Relations between Sweden and France », communiqué le 7 janvier 1813, *in British and Foreign State Papers. 1812/1814*, vol. I(II), Londres, James Ridway and sons, 1841, pp. 1143-1153.

Russie

- « Réponse du Ministre des relations extérieures de la Russie », *in DE MARTENS (G. F.), Nouveau Recueil de Traités de l'Europe*, nouvelle série, tome XI (1850-1854), Librairie de Dietrich, Goettingue, 1837, n°43, p. 660-661.
- « Executive Order on Basic Principle of State Policy of the Russian Federation on Nuclear Deterrence », adoptée par le Président le 2 juin 2020, disponible sur le [site](#) de l'Ambassade de la Fédération de Russie en France.
- « Law on Denunciation of the Treaty on Open Skies », le 7 juin 2021, [en ligne](#).

Wurtemberg

- « Manifeste du Roi de Wurtemberg contre la France », communiqué le 6 novembre 1813, *in British and Foreign State Papers. 1812-1814*, vol. I, part II, Londres, James Ridway and sons, 1841, p. 1181.

V. Doctrine

1. Dictionnaires et encyclopédies

- ALLAND (D.) ET RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, XXV-1534 p.
- AVRIL (P.) ET GICQUEL (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, PUF, 2020, 128 p.
- BASDEVANT (J.) (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, XV-755 p.
- GARNER (B. A.) (ED.), *Black's Law Dictionary*, 10^e éd., 2014, 2052 p.
- *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford, OUP, [en ligne](#).

- **MBONGO (P.), HERVOUËT (F.) ET SANTULLI (C.) (DIR.)**, *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2015, 998 p.
- **SALMON (J.) (dir.)**, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI-1198 p.

2. Manuels et ouvrages relatifs à la théorie des droits fondamentaux de l'État

A. Les précurseurs

- **BODIN (J.)**, *Les six livres de la République*, rééd., Paris, Librairie Arthème Fayard, 1986, Tome I (341 p.) et IV (217 p.).
- **BURLAMAQUI (J.-J.)**, *Principes du droit de la nature et des gens, Avec la suite du Droit de la Nature, qui n'avait point encore paru ; le tout considérablement augmenté, par le M. le professeur de Félice*, Paris, B. Warée, 1820-1821, Tomes II (485 p.), IV (512 p.) et V (512 p.).
- **GROTIUS (H.)**, *Le droit de la guerre et de la paix*, rééd. de la trad. de PRADIER-FODERE (P.), Paris, PUF, 1999, 3 tomes, 868 p.
- **HOBBS (TH.)**, *De Cive ou les fondements de la politique*, trad. de S. Sorbière, rééd., Paris, Sirey, 1981, 393 p.
- **HOBBS (TH.)**, *Leviathan*, Londres, Penguin classics, 2017, 688 p.
- **SPINOZA (B.)**, *Ethique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1974, 156 p.
- **SPINOZA (B.)**, *Œuvres de Spinoza*, trad. par SAISSET (E.), Paris, Librairie Charpentier, 1861, Tome II, 471 p.
- **DE VATTEL (E.)**, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchâtel, Imprimerie de la Société Typographique, 1773, Tome I, 541 p.
- **DE VATTEL (E.)**, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, introd. de LAPRADELLE (A.) et préface de BROWN (J. B.), Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, LIX-541 p.
- **WOLFF (CH.)**, *Principes du droit de la nature et des gens*, rééd. de la trad. de FORMEY (J.-H.-S.), Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1988, Tome I (234 p.) et III (335 p.).

B. Les internationalistes classiques et leurs contradicteurs

- ACCIOLY (H.), *Traité de droit international public*, trad. de GOUDE (P.), Tome 1, Paris, Sirey, 1940, 652 p.
- BRIERLY (J. L.), *The Outlook for International Law*, 1^{ère} éd., Oxford, OUP, 1944, 142 p.
- CALVO (CH.), *Le droit international théorique et pratique*, 4^e éd., Paris, Guillaumin et Cie, 1887, Tome I, 605 p.
- CLAPHAM (A.), *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7^e éd., Oxford, OUP, 2012, 570 p.
- FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922, Tome I, ? p.
- LE FUR (L.), *Précis de droit international public*, 2^e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1933, 603 p.
- GÉNÉT (R.), *Principes de droit des gens*, Paris, LGDJ, 1944, 429 p.
- HALL (W. E.), *A treatise of international law*, 8^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1924, 952 p.
- HEFFTER (A. W.), *Le droit international public de l'Europe*, trad. de la 3^e éd. par J. Bergson, Paris, Cotillon, 1857, 488 p.
- LAUTERPACHT (H.), *The Functions of Law in the International Community*, 1^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1933, 469 p.
- DE LOUTER (J.), *Le droit international public positif*, Oxford, OUP, 1920, Tome I, 576 p.
- VON LISZT (F.), *Le droit international. Exposé systématique*, trad. d'après la 9^e éd. allemande par GIDEL (G.) (1913), Paris, Pedone, 1928, 400 p.
- KLÜBER (J.-L.), *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2^{nde} éd., Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1861, 516 p.
- KOROWICZ (M.), *Introduction to international law, present conception of international law in theory and practice*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1959, 433 p.
- DE MARTENS (G. F.), *Précis de droit des gens moderne de l'Europe*, trad. de VERGE (CH.), Paris, Guillaume et Cie Librairies, 1864, Tome I, 492 p.
- DE MARTENS (F.), *Traité de droit international*, trad. par A. Léo, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1883, ? p.

- **MERIGNHAC (A.)**, *Traité de Droit public international*, Paris, LGDJ, 1905, vol. I, 580 p.
- **NYS (E.)**, *Le Droit international. Les principes, les théories, les faits*, Paris, Marcel Rivière & Cie, 1912, Tome II, 612 p.
- **ORTOLAN (TH.)**, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Paris, Cosse et N. Delamotte, 1845, Tome I, 464 p.
- **PILLET (A.)**, *Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, 107 p.
- **POLITIS (N.)**, *The New Aspects of International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1928, 86 p.
- **PRADIER-FODERE (P.)**, *Droit international public européen & américain*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, Tome I, 691 p.
- **RIVIER (A.)**, *Principes du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, 1896, Tome I, 586 p.
- **SCELLE (G.)**, *Droit international public, Licence 3^{ème} année, 1941-1942*, Paris, Cours de Droit, 1942, 512 p.
- **SCELLE (G.)**, *Droit international public. Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Paris, Domat Montchrestien, 1944, 764 p.
- **SCELLE (G.)**, *Cours de droit international public*, Paris, Les Cours de droit, 1947, 793 p.
- **SCELLE (G.)**, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat Montchrestien, 1948, 1008 p.
- **SIBERT (M.)**, *Traité de droit international public. Le droit de la paix*, Paris, Librairie Dalloz, 1951, Tome I, 992 p.
- **SVARLIEN (O.)**, *Introduction to the Law of Nations*, Londres, McGraw-Hill Book Company, 1955, 478 p.
- **WESTLAKE (J.)**, *Chapters on the principles of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1894, 275 p.
- **WHEATON (H.)**, *Elements of International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1936, 642 p.

3. Cours de l'Académie de droit international

- **AGO (R.)**, « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, pp. 850-958.
- **ALFARO (R. J.)**, « The rights and duties of States », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 90-202.
- **ALLAND (D.)**, « L'interprétation du droit international », *RCADI*, vol. 362, 2013, pp. 47-394.
- **ASADA (M.)**, « International law of Nuclear Non-proliferation and Disarmament », *RCADI*, vol. 424, 2022, pp. 9-726.
- **BASDEVANT (J.)**, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 470-715.
- **BESSON (S.)**, « La *Due Diligence* en Droit International », *RCADI*, vol. 409, 2020, pp. 167-398.
- **BOISSIER (L.)**, « L'Union interparlementaire et sa contribution au développement du droit international et à l'établissement de la paix », *RCADI*, vol. 88, 1955, pp. 158-259.
- **BOURQUIN (M.)**, « Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers », *RCADI*, vol. 16, 1927, pp. 121-246.
- **CAHIN (G.)**, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 353, 2020, pp. 13-573.
- **CANSACCHI DI AMELIA (G.)**, « Identité et continuité des sujets internationaux », *RCADI*, vol. 130, 1970, pp. 1-94.
- **CAPOTORTI (F.)**, « L'extinction et la suppression des traités », *RCADI*, vol. 134, 1971, pp. 419-587.
- **DEGAN (V.-D.)**, « Création et disparition de l'État », *RCADI*, vol. 279, 1999, pp. 195-375.
- **DUPUIS (CH.)**, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 32, 1932, pp. 1-290.
- **ERICH (R.)**, « La question des zones démilitarisées », *RCADI*, vol. 26, 1929, pp. 589-691.
- **GIDEL (G.)**, « La mer territoriale et la zone contiguë », *RCADI*, vol. 48, 1934, pp. 135-275.
- **GIDEL (G.)**, « Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États », *RCADI*, vol. 10, 1925, pp. 541-617.
- **GIRAUD (E.)**, « La théorie de la légitime défense », *RCADI*, vol. 49, 1934, pp. 686-890.

- **HENKIN (L.)**, « International Law : Politics, Values and Functions », *RCADI*, vol. 216, 1989, pp. 9-416.
- **KELSEN (H.)**, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, pp. 231-326.
- **KELSEN (H.)**, « Théorie du Droit International Public », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 1-203.
- **LAUTERPACHT (H.)**, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937, pp. 94-422.
- **METOU (B. M.)**, « Le contrôle international des dérogations aux droits de l’homme », *RCADI*, vol. 425, 2022, pp. 21-294.
- **MCNAIR (A. D.)**, « La terminaison et la dissolution des traités », *RCADI*, vol. 22, 1928, pp. 461-576.
- **NAHLIK (S. E.)**, « Development of diplomatic law : selected problems », *RCADI*, vol. 222, 1990, pp. 191-363.
- **PELLA (V.)**, « La répression des crimes contre la personnalité de l’État », *RCADI*, vol. 33, 1933, pp. 673-868.
- **PELLET (A.)**, « Le droit international à la lumière de la pratique : l’introuvable théorie de la réalité », *RCADI*, vol. 414, 2021, pp. 13-547.
- **POLITIS (N.)**, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, pp. 1-121.
- **ROUSSEAU (CH.)**, « L’indépendance de l’État dans l’ordre international », *RCADI*, vol. 73, 1948, pp. 167-251.
- **SALMON (J.)**, « Quelle place pour l’État dans le droit international d’aujourd’hui ? », *RCADI*, vol. 347, 2011, pp. 13-78.
- **SCELLE (G.)**, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, pp. 326-703.
- **SCHWARZENBERGER (G.)**, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, vol. 87, 1955, pp. 191-385.
- **SEPÚLVEDA (C.)**, « The reform of the Charter of the Organization of American States », *RCADI*, vol. 137, 1972, pp. 91-140.
- **SØRENSEN (M.)**, « Principes de droit international public : cours général », *RCADI*, vol. 101, 1960, pp. 1-254.
- **SUR (S.)**, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2013, pp. 13-331.

- **VERHOEVEN (J.)**, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 334, 2008, pp. 15-434.
- **VIRALLY (M.)**, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI*, vol. 183, 1983, pp. 13-382.
- **WEIL (P.)**, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 11-369.
- **WILLIAMS (J. F.)**, « La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents », *RCADI*, vol. 44, 1933, pp. 198-314.

4. Ouvrages généraux et monographies

- **AKASHI (K.)**, *Cornelius van Bynkershoek : his role in the history of international law*, Leiden, Brill, 1998, 199 p.
- **ALLAND (D.)**, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2013, 200 p.
- **ALQUIE (F.)**, *Le rationalisme de Spinoza*, 3^e éd., Paris, PUF, 1998, 368 p.
- **ALVAREZ (A.)**, *Le Droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Pedone, 1959, 636 p.
- **ANZILOTTI (D.)**, *Cours de droit international*, éd. originale de 1929, rééd. de 1999, Paris, ed. Panthéon-Assas, 534 p.
- **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** ET **PELLET (A.)**, *Droit international pénal*, 2^{ème} éd. Paris, Pedone, 2012, 1280 p.
- **BARBATO (J.-C.)** ET **MOUTON (J.-D.) (DIR.)**, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 332 p.
- **BORCHARD (E. M.)**, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing co., 1915, 988 p.
- **BOWETT (D. W.)**, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, 294 p.
- **BROWNLIE (I.)**, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 532 p.
- **BURDEAU (G.)**, *L'État*, nouv. éd. préfacée par BRAUD (P.), Paris, Seuil, 2009, 204 p.
- **VAN BYNKERSHOEK (C.)**, *De Dominio Maris Dissertatio*, trad. de VAN DEMAN MAGOFFIN (R.), avec une introd. de SCOTT (J. B.), New York, OUP, 1923, 107 p.

- **CAMERON (I.)**, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Dartmouth, Dartmouth Publishing Company Limited, 1994, 395 p.
- **CARRE DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, réimpression par les éd. du CNRS, Tome I, 837 p.
- **CHENG (B.)**, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, réimp. 1994, Cambridge, CUP, 490 p.
- **COMBACAU (J.) ET SUR (S.)**, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, LGDJ, 882 p.
- **CORTEN (O.)**, **DUBUISSON (F.)**, **KOUTROULIS (V.) ET LAGERWALL (A.)**, *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, 608 p.
- **CORTEN (O.)**, *Le retour des guerres préventives : le droit international menacé*, Bruxelles, Labor éditions, 2003, 95 p.
- **CORTEN (O.)**, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2020, 904 p.
- **COSTELLOE (D.)**, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, CUP, 2017, 322 p.
- **COT (J.-P.)**, **PELLET (A.) ET FORTEAU (M.) (DIR.)**, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 2364 p.
- **CRAWFORD (J.)**, *The Creation of States in International Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2007, 870 p.
- **DE CUSSY (F. DE C.)**, *Phases et causes célèbres du droit maritime des nations*, Leipzig F.A. Brockhaus, 1856, 2 vol. (400 p. et 628 p.).
- **DAVID (E.)**, *Éléments de droit pénal international et européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, 2 vol., 1861 p.
- **DECAUX (E.) (DIR.)**, *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, 996 p.
- **DEGAN (V.-D.)**, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 564 p.
- **DEHAUSSY (J.)**, *Propos sur les sources du droit international. L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, 600 p.
- **DENZA (E.)**, *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4^e éd., Oxford, OUP, 2016, 453 p.
- **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Les principes modernes du droit pénal international*, rééd., Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, 470 p.

- **DUPUY (P.-M.) ET KERBRAT (Y.)**, *Droit international public*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, 960 p.
- **DUPUY (R.-J.)**, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, 182 p.
- **DUPUY (R.-J.)**, *Dialectiques du droit international. Souveraineté des États, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité*, Paris, Pedone, 1999, 371 p.
- **DWORKIN (R.)**, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, 371 p.
- **EAGLETON (C.)**, *International Government*, 3^e éd., New York, Ronald Press Company, 1957, XXII-665 p.
- **FISCHER (G.)**, *La non-prolifération des armes nucléaires*, Paris, LGDJ, 1969, 244 p.
- **FRANCK (TH. M.)**, *Recourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, CUP, 2009, 205 p.
- **FRIEDMANN (W.)**, *De l'efficacité des Institutions internationales*, Paris, Armand Colin, 1970, 200 p.
- **GOODRICH (L. M.) ET HAMBRO (E.)**, *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*, Boston, World Peace Foundations, 1949, 710 p.
- **GOYARD-FABRE (S.)**, *L'État, figure moderne de la politique*, Paris, Armand Colin, 1999, 192 p.
- **GROTE STOUTENBURG (J.)**, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, 486 p.
- **HARDY (M. J. L.)**, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, Manchester University Press, 1968, 150 p.
- **HENNEBEL (L.)**, *The American Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, OUP, 2022, 1541 p.
- **HENNEBEL (L.) ET TIGROUDJA (H.)**, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Paris, Pedone, 2018, 1721 p.
- **IMBART LATOUR (J.)**, *La mer territoriale au point de vue théorique & pratique*, Paris, Pedone, 1889, 380 p.
- **JESSUP (PH.)**, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, New York, G.A. Jennings Co., 1927, 548 p.
- **JOUANNET (E.)**, *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 351 p.

- **KELSEN (H.)**, *The Law of the United Nations, a Critical Analysis of its Fundamental Problems, with Supplement*, Londres, Stevens, 1951, 994 p.
- **KOLB (R.)**, *Théorie du droit international*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, 728 p.
- **KOLB (R.)**, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, 138 p.
- **KOLB (R.)**, *Peremptory International Law. Jus Cogens : a general inventory*, Oxford, Hart publishing, 2015, 148 p.
- **KOTUBY (CH.) ET SOBOTA (L.)**, *General Principles of Law and International Due Process, Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford, OUP, 2017, 304 p.
- **KRENZ (F. E.)**, *International Enclaves and Rights of Passage. With special reference to the case concerning right of passage over Indian territory*, Paris, Librairie Minard, 1961, 197 p.
- **KWIATKOWSKA (B.)**, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the Law of the Sea*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1989, 397 p.
- **MAREK (K.)**, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Librairie E. Droz, 1954, 616 p.
- **MORI (T.)**, *Origins of the Right of Self-Defence in International Law. From the Caroline Incident to the United Nations Charter*, trad. de BLOCH (J.), Leiden, Brill Nijhoff, 2018, 274 p.
- **MURCHINSON (J. T.)**, *The Contiguous Air Space Zone in International Law*, Ottawa, Department of National Defence, 1955, 113 p.
- **MVELLE (G.)**, *L'Union africaine. Fondements, organes, programmes et actions*, Paris, l'Harmattan, 2007, 467 p.
- **NORDQUIST (M. H.) (ED.)**, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, vol. II, 1040 p.
- **PANCRACIO (J.-P.)**, *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, 520 p.
- **PAUST (J.) (ED.)**, *International Criminal Law. Cases and Materials*, Durham, Carolina Academic Press, 1996, 1438 p.
- **PHELPS (E. M.) (ED.)**, *Selected Articles on the Monroe Doctrine*, New York City, The H. W. Wilson Company, 1915, 337 p.

- **RAY (J.)**, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations selon la politique et la jurisprudence des organes de la Société*, Paris, Sirey, 1930, 715 p. V. ég. les suppléments (1931-1935).
- **ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.
- **ROUSSEAU (CH.)**, *Droit international public*, vol. 1, Paris, Sirey, 1970, 465 p.
- **ROUSSEAU (CH.)**, *Droit international public*, vol. 2, Paris, Sirey, 1974, 797 p.
- **ROUSSEAU (CH.)**, *Droit international public*, vol. 3, Paris, Sirey, 1977, 635 p.
- **ROUSSEAU (CH.)**, *Droit international public*, vol. 4, Paris, Sirey, 1980, 671 p.
- **ROZAKIS (C. L.) ET STAGOS (P. N.)**, *The Turkish straits*, Boston, Martinus Nijhoff, 1987, 200 p.
- **SALMON (J.)**, *La reconnaissance d'État. Quatre cas : Mandchoukouo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Paris, Librairie Armand Colin, 1971, 286 p.
- **SCHWARZENBERGER (G.)**, *The Inductive Approach to International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965, 209 p.
- **SCOTT (J. B.)**, *The Hague Peace conferences of 1809 and 1907*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1909, 548 p.
- **SINHA (B. P.)**, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1966, 232 p.
- **SØRENSEN (M.)**, *Les sources du droit international, étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, 274 p.
- **SUONTAUSTA (T.)**, *La souveraineté des États*, trad. du finlandais par ENCKELL (A.), Helsinki, Akateeminen Kirjakauppa, 1955, 126 p.
- **TANAKA (Y.)**, *The International Law of the Sea*, 3^e éd., Cambridge, CUP, 2019, 584 p.
- **VAMVOUKOS (A.)**, *Termination of Treaties in International Law. The Doctrines of Rebus sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 325 p.
- **DE VISSCHER (CH.)**, *Le droit international des communications : cours professé à l'Institut des hautes études internationales de Paris (1921 et 1923)*, Paris, Libraire-éditeur Arthur Rousseau, 1924, 151 p.
- **DE VISSCHER (CH.)**, *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960, 534 p.
- **VOISSET (M.)**, *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 1969, 437 p.

- **WEHBERG (H.)**, *Limitation des armements. Relevés des projets pour la solution du problème, précédé d'une introduction historique*, Bruxelles, Mish & Thron, 1914, 104 p.
- **WEHBERG (H.)**, *The Limitation of Armaments*, Washington, Carnegie Endowment, 1921, 104 p.
- **DE WET (E.)**, *The Chapters VII Powers of the United Nations Security Council*, Londres, Hart Publishing, 2004, 432 p.
- **WHEATON (H.)**, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, 4^e éd., Leipzig, F. A. Brockhaus, Tome I, 403 p.
- **WYLER (E.)**, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 380 p.
- **YUSUF (A. A.) ET OUGUERGOUZ (F.) (DIR.)**, *L'Union Africaine. Cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l'Organisation Panafricaine*, Pedone, Paris, 2013, 491 p.

5. Recueils de pratique

A. Par la doctrine

- **AMERICAN LAW INSTITUTE**, *Restatement of the law third : the foreign relations law of the United States*, Saint Paul, American Law Institute Publishers, 1990, 561 p.
- **CROCKER (H. G.)**, *The Extent of the Marginal Sea. A collection of official documents and views of representative publicists*, Washington, Government printing office, 1919, 703 p.
- **GUGGENHEIM (P.)**, *Répertoire suisse de droit international public*, Bâle, Helbing & Lichtenhain, 1975, 4 vol., 2531 p.
- **HACKWORTH (G. H.)**, *Digest of International Law*, 8 vol., Washington D.C., United States Government Printing Office, 1940-1944, [en ligne](#).
- **KISS (CH.-A.)**, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, 7 vol., Paris, éditions du CNRS, 1962-1972.
- **VON MARTENS (K.)**, *Causes célèbres du droit des gens*, 2^e éd., Leipzig, F. A. Brockhaus, 1858, 499 p.
- **MANNING (W. R.)**, *Diplomatic Correspondence of the United States. Inter-american Affairs 1831-1860*, vol. II, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1932, 544 p.

- **MCNAIR (A. D.)**, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 789 p.
- **MOORE (J. B.)**, *A Digest of International Law*, 8 vol., Washington, Government Printing Office, 1906, [en ligne](#).
- **WHITEMAN (M. M.)**, *Digest of International Law*, 15 vol., Washington, Government Printing Office, 1963-1973, [en ligne](#).

B. Par les Nations Unies

- Secrétariat général des Nations Unies, « Expulsion des étrangers », distribué le 10 juillet 2006, A/CN.4/565, 616 p.

6. Theses

- **AKTYPIS (S.)**, *L'institution de la légitime défense en droit international : du droit naturel à l'ordre public international*, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, 642 p.
- **ALLAND (D.)**, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.
- **ANDRE (J.-M.)**, *La notion de continuité en droit public*, Université Jean Moulin Lyon 3, 1997, 550 p.
- **D'ARGENT (P.)**, *Les réparations de guerre en droit international public, – La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 904 p.
- **AYMAN (R.)**, *La dénonciation et la renégociation des traités*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2020, 364 p.
- **BADAWI (M. T.)**, *La continuité et l'extinction de la personnalité de l'État. Conséquences juridiques au point de vue international*, Université de Lyon, 1940, 160 p.
- **BALTALI (K.)**, *La Dénonciation par la Russie des clauses du Traité de Paris du 30 Mars 1856 relatives à la neutralisation de la mer noire (la circulaire de Gortchakoff du 31 Octobre 1870)*, Université de Paris, 1954, 186 p.
- **LE BŒUF (R.)**, *Le traité de paix. Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2019, 757 p.
- **CANYES (M. S.)**, « The Ninth International Conference of American States. Its Antecedents and the Juridical Relationship Between the Inter-American System and the United Nations », *Bulletin of the Pan American Union*, vol. 81(7), 1947, pp. 351-360.

- **CASSELLA (S.)**, *La nécessité en droit international, de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 577 p.
- **CORTEN (O.)**, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 696 p.
- **COUVEINHES MATSUMOTO (F.)**, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 718 p.
- **DABIRE (S.)**, *La dérogation aux droits de l'homme en Afrique. Le droit africain des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Zurich, Schultess, 2022, 526 p.
- **DETAIS (J.)**, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Université d'Angers, 2007, 547 p.
- **DROUBI (S.)**, *Resisting United Nations Security Council resolutions*, Londres, Routledge, 2014, 252 p.
- **DUPUY (R.-J.)**, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système américain vers le fédéralisme*, Paris, Pedone, 1956, 256 p.
- **DUURSMA (J.)**, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States. Self-Determination and Statehood*, Cambridge, CUP, 1996, 461 p.
- **DUVAL (J.)**, *Le concept d'États défaillants dans les relations internationales. Une étude politique*, Université Paris-Est, 2019, 459 p.
- **FABRE (P.-P.)**, *Des servitudes dans le droit international public*, Université de Paris, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901, 134 p.
- **FLORY (M.)**, *Le statut international des gouvernements réfugiés et le cas de la France libre (1939-1945)*, Paris, Pedone, 1952, 311 p.
- **DE FROUVILLE (O.)**, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droits des traités*, Paris, Pedone, 2004, 561 p.
- **GARROD (M.)**, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction and International Terrorism : Rethinking the Protective Principle*, Université de Sussex, 2015, [276 p.](#)
- **HENRY (E.)**, *Le principe de nécessité militaire. Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, Paris, pedone, 2016, 827 p.
- **KOHEN (M. G.)**, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, 579 p.

- **KOLB (R.)**, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, 756 p.
- **LABROUSSE (P.)**, *Des servitudes en droit international public*, Université de Bordeaux, Bordeaux, Imprimerie commerciale & industrielle, 1911, 359 p.
- **DE LAPRADELLE (P.)**, *La frontière. Étude de droit international*, Paris, Les éditions internationales, 1928, 368 p.
- **LECA (J.)**, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, LGDJ, 1961, 330 p.
- **LEMEY (M.)**, *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 2021, 477 p.
- **MONTAY (B.)**, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, Paris, PUF, 2021, 512 p.
- **MORELLI (A.)**, *Withdrawal from Multilateral Treaties*, Leiden, Brill, 2022, 266 p.
- **MOTSCH (P.)**, *La doctrine des droits fondamentaux des États : Vers un redéploiement fédéraliste ou étatiste ?*, Paris, Pedone, 2022, 623 p.
- **PARK (K-G.)**, *La protection de la souveraineté aérienne*, Paris, Pedone, 1991, 403 p.
- **RAULT (CH. J.)**, *Le cadre juridique de la gestion des dettes souveraines*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, 323 p.
- **ROBIN (D.-S.)**, *Actes unilatéraux des États et formation du droit international*, Paris, LGDJ, 2022, 600 p.
- **ROSENBERG (D.)**, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris, LGDJ, 1983, 395 p.
- **ROSS (N. J.)**, *Low-Lying States, Climate Change-Induced Relocation, and the Collective Right to Self-Determination*, Victoria University of Wellington, 2019, [295 p.](#)
- **SAAF (A.)**, *L'obligation de négocier en droit international public*, Thèse, Université de Paris II Panthéon-Assas, 1979, 485 p.
- **SAINT-BONNET (F.)**, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, 400 p.
- **SERRURIER (E.)**, *La résurgence du droit au développement : recherche sur l'humanisation du droit international*, Université Clermont Auvergne, 2018, 1148 p.
- **TZANAKOPOULOS (A.)**, *Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, OUP, 2013, 300 p.
- **SICILIANOS (L.-A.)**, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, 532 p.

- **VAN STEENBERGHE (R.)**, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, 608 p.
- **SOETE (A.)**, *The international legal personality of island States permanently submerged due to climate change effects*, Antwerpen, Maklu, 2021, 336 p.
- **VERDEBOUT (A.)**, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of 'Indifference'*, Cambridge, CUP, 2021, 387 p.
- **ZOLLER (E.)**, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 p.
- **ZOURABICHVILI (A.)**, *La sécurité nationale et le droit international*, Paris L'Harmattan, 2021, deux Tomes, 408 p. chacun.

7. Articles

- **AKEHURST (M.)**, « The use of force to protect nationals abroad », *International Relations*, vol. 5(5), 1977, pp. 3-23.
- **ALLAND (D.)**, « La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du droit international de la responsabilité », *JDI*, vol. 110, 1983, pp. 728-762.
- **ALLAND (D.)**, « Les représentations de l'espace en droit international public », *APD*, vol. 32, 1987, pp. 163-178.
- **ALLAND (D.)**, « International Responsibility and Sanctions: Self-Defence and Countermeasures in the ILC Codification of Rules Governing International Responsibility », in SPINEDI (M.) ET SIMMA (B.) (ED.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, Oceana Publications inc., 1987, pp. 143-195.
- **ALLAND (D.)**, « Argentine – Fin probable d'une longue histoire avec les 'fonds voutours' et limite à la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », in *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, vol. 2016/3.78, pp. 606-608.
- **ALLAND (D.)**, « Immunité des comptes bancaires des missions diplomatiques et préservation de la souveraineté de l'État étranger », *RCDIP*, 2018, pp. 315-323.
- **ALLAND (D.) ET FLEURY GRAFF (TH.)**, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *RDCIP*, 2016/1, pp. 1-20.
- **ALLAND (D.) ET KOLB (R.)**, « Le droit international c'est la force ? À propos d'une leçon d'Anzilotti en 1914 », *Droits*, n°58, 2013, pp. 197-202.
- **ALOUPI (N.)**, « The Right to Non-intervention and Non-interference », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 566-587.

- **ALTIEF (A. A.)**, « Les aspects juridiques de la crise de l'État libyen », in *Liber amicorum en hommage à Jean-Denis Mouton*, Paris, Pedone, 2020, pp. 35-52.
- **AMBOS (K.)**, « Les pays d'Amérique latine », in CASSESE (A.) ET DELMAS-MARTY (M.) (DIR.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 479-520.
- **ANDENAS (M.) ET CHIUSI (L.)**, « Cohesion Convergence and Coherence of International Law », in ANDENAS (M.), FITZMAURICE (M.), TANZI (A.) ET WOUTERS (J.) (ED.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, Brill, 2019, pp. 9-34.
- **ANDRADE (M. DE)**, « The Two-step Methodology for the Identification of General Principles of Law », *ICLQ*, vol. 71(4), pp. 983-1005.
- **ANZILOTTI (D.)**, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », en deux parties, *RGDIP* 1906, pp. 5-29 et pp. 285-309.
- **ANZILOTTI (D.)**, « Le concept moderne de l'État et le droit international », trad. in *Droits*, n°58, 2013, pp. 202-213.
- **ARDANT (PH.)**, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, pp. 37-62.
- **ARCIDIACONO (B.)**, « *Contra pluralitatem principatuum* : trois critiques du système dit westphalien (formulées avant la paix de Westphalie) », in DUPUY (P.-M.) ET CHETAIL (V.) (ed.), *Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Hagenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 465-485.
- **D'ASPREMONT (J.)**, « The international law of statehood : craftsmanship for the elucidation and regulation of birth and death in the international society », in D'ARGENT (P.), BONAFE (B.) ET COMBACAU (J.) (DIR.), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 267-292.
- **AUDIT (M.)**, « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », in PETERS (A.), LAGRANGE (E.), OETER (S.) ET TOMUSCHAT (CH.) (ED.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 70-84.
- **AUST (A.)**, « Treaties, Termination », *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- **AUST (H.)**, « Fundamental Rights of States : Constitutional Law in Disguise ? », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 521-546.
- **AUST (H. P.)**, « Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility : Observations in the Light of the Recent Work of the

- International Law Commission », in TLADI (D.) (ED.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden, Brill, 2021, pp. 227-256.
- **AVON-SOLETTI (M.-T.)**, « La continuité : réalité d'une cohérence issue de l'unité entre dynamisme et stabilité », in LE FLOCH (G.) ET GUGGLIEMI (G. J.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 37-52.
 - **BARBER (R. J.)**, « Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms », *ICLQ*, vol. 71(1), 2022, pp. 1-35.
 - **BARDONNET (D.)**, « La dénonciation par le Gouvernement sénégalais de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en date du 29 avril 1958 à Genève », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 123-180.
 - **BEAUD (O.)**, « État », *APD*, t. 35, 1990, pp. 119-141.
 - **BEAUD (O.)**, « L'État », in GONOD (P.), MELLERAY (F.) ET YOLKA (PH.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, Tome 1, pp. 207-267.
 - **BEAUMONT (J. S.)**, « Self-Defence as a Justification for Disregarding Diplomatic Immunity », *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 29, 1992, pp. 391-402.
 - **BENNOUNA (M.)**, « Réalité et imaginaire en droit international du développement », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international : mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 39-72.
 - **BEULAY (M.)**, « La mer territoriale », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 355-366.
 - **BIAD (A.)**, « Les arrangements pour garantir les États non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 227-252.
 - **BIAD (A.)**, « Le traité sur le commerce des armes classiques : entre accord de maîtrise des armements et instrument à dimension humanitaire », *AFDI*, vol. 60, 2014, pp. 195-215.
 - **BLANCHARD (C.)**, « Evolution or Revolution ? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise », *Annuaire canadien de droit international*, Volume 53, 2016, pp. 66-118.
 - **BOULOY (J.)**, « L'exploitation des ressources halieutiques (la pêche) », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 703-719.

- **BOURDONCLE (E.)**, « Articles 8 et 9 », in KOLB (R.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 385-423.
- **BRIERLY (J. L.)**, « The Draft Code of American International Law », *BYBIL*, vol. VII, 1924, pp. 14-23.
- **BROWN (J.)**, « Dipomatic Immunity : State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations », *ICLQ*, vol. 37(1), 1988, pp. 53-88.
- **BUCHAN (R.)**, « Non-Forcible Measures and the Law of Self-Defence », *ICLQ*, vol. 72(1), 2023, pp. 1-33.
- **CAFLISCH (L.)**, « La révision du droit international de la mer », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, 1973, pp. 49-81.
- **CAFLISCH (L.)**, « Land-Locked States and Their Access to and from the Sea », *BYBIL*, vol. 49(1), 1978, pp. 71-100.
- **CAMERON (I.)**, « First Report of the Foreign Affairs Committee of the House of Commons », *ICLQ*, vol. 34(3), 1985, pp. 610-620.
- **CANÇADO TRINDADE (A. A.)**, « Quelques réflexions sur l’humanité comme sujet du droit international », in ALLAND (D.) ET AL. (ED.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l’honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 157-173.
- **CASSELLA (S.)**, « Nécessité militaire (en droit de la guerre) », in DURIEUX (B.), JEANGÈNE VILMER (J.-B.) ET RAMEL (F.) (DIR.), *Dictionnaire de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2017, pp. 904-909.
- **CASSELLA (S.)**, « D’une excuse à une exception : la légitime défense depuis 1919 », *RBDI*, 2020/1, pp. 155-166.
- **CASSELLA (S.) ET DELABIE (L.)**, « Les îles face aux risques environnementaux », in J.-L. Iten (dir.), *Iles et droit international*, SFDI, Paris, Pedone, 2020, pp. 235-250.
- **CASSESE (A.)**, « Article 51 », in COT (J.-P.) ET PELLET (A.) (dir.), *La Charte des Nations Unies, commentaires articles par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 771-793.
- **CHARLIER (R.)**, « Résultats et enseignements des Conférences du droit de la mer (Genève 1958 et 1960) », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 63-76.
- **CHARPENTIER (J.)**, « Le retrait français de l’O.T.A.N. », *AFDI*, vol. 12, 1966, pp. 409-433.
- **CHAUMONT (CH.)**, « Les gardiens du temple », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, pp. 188-197.

- **CHETAIL (V.)**, « Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations : An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel », *EJIL*, vol. 27(4), 2017, pp. 901-922.
- **CHEVALLIER (J.)**, « Epilogue », in KOUBI (G.), LE FLOCH (G.) ET GUGGLIEMI (G. J.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 321-327.
- **CHRISTAKIS (TH.)**, « 'Nécessité n'a pas de loi' ? La nécessité en droit international », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 11-63.
- **CHRISTAKIS (TH.)**, « Convention de Vienne de 1969, Article 56 », in CORTEN (O.) ET KLEIN (P.) (DIR.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1951-2009.
- **CHRISTAKIS (TH.)**, « The State as a 'primary fact' : some thoughts on the principle of effectiveness », in KOHEN (M.) (DIR.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, CUP, 2006, pp. 138-170.
- **CHRISTAKIS (TH.)**, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in TOMUSCHAT (CH.) ET THOUVENIN (J.-M.) (DIR.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order – Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 127-166.
- **CHRISTAKIS (TH.)**, « L'État avant le droit ? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international », *RGDIP*, 2008/1, pp. 5-47.
- **COHEN-JONATHAN (G.)**, « Conclusions générales. La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 307-341.
- **COOPER (J. C.)**, « Backgrounds of International Public Air Law », *Yearbook of Air and Space Law*, vol. 1(3), 1965, pp. 3-38.
- **COMBACAU (J.)**, « Le droit international, bric-à-brac de normes ou système ? », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- **COMBACAU (J.)**, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.

- **COMBACAU (J.)**, « Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité », in *70 ans des Nations Unies : Quel rôle dans le monde actuel ? Journée d'études en l'honneur du Professeur Yves Daudet*, Paris, Pedone 2014, pp. 25-36.
- **COMBACAU (J.)**, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », in CASSELLA (S.) ET DELABIE (L.) (DIR.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'études en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 109-120.
- **COMBACAU (J.)**, « L'extension vers le large de l'emprise étatique », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 333-340.
- **COMBE (CH.)**, « Le pouvoir de dispense du Roi : la prérogative dans l'Angleterre des XIII^e-XVII^e siècles », *Droits*, 1997, n°25 (sur la dispense), pp. 47-58.
- **CONFORTI (B.)**, « Humanité et renouveau de la production normative », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, pp. 113-120.
- **CONSTANTINIDES (A.)**, « Statehood and Recognition », in NOLLKAEMPER (A.) ET REINISCH (A.) (ED.), *International Law in Domestic Courts*, Oxford, OUP, 2018, pp. 32-76.
- **CORTEN (O.)**, « La nécessité et le *jus ad bellum* », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 127-150.
- **CORTEN (O.)**, « Necessity », in WELLER (M.) (ED.), *The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 861-878.
- **CORTEN (O.)**, « Cyber-attaques et *jus contra bellum* », in GRANGE (M.) et NORODOM (A.-T.) (dir.), *Cyberattaques et droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 199-212.
- **CORTEN (O.) ET DUBUISSON (F.)**, « Histoire et actualité de l'ingérence : droit ou politique ? », in PEETERS (A.) ET STOKKING (D.), *Mondialisation - comprendre pour agir*, GRIP, 2002, pp. 141-152.
- **CORTEN (O.) ET KOUTROULIS (V.)**, « The *Jus Cogens* Status of the Prohibition on the Use of Force : What Is Its Scope and Why Does It Matter », in TLADI (D.) (ED.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden, Brill, 2021, pp. 634-653.
- **COTTEREAU (G.)**, « Vivre et penser le droit des relations internationales », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, pp. 3-185.

- **COTTEREAU (G.)**, « La souveraineté au risque de l'exclusivité », in D'ARGENT (P.), BONAGÉ (B.) ET COMBACAU (J.), *Les limites du droit international. Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 117-138.
- **COUVEINHES MATSUMOTO (F.)**, « De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des pratiques et des règles relatives à la dénonciation », in COUVEINHES MATSUMOTO (F.) ET NOLLEZ-GOLDBACH (R.) (DIR.), *La dénonciation des traités. Techniques et politiques*, Paris, Pedone, 2022, pp. 3-72.
- **CRAWFORD (J.)**, « State », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2011, 50§, en ligne.
- **CRAWFORD (J.) ET VILES (T.)**, « International law on a Given Day », in GINTHER (K.), HAFNER (G.), LANG (W.), NEUHOLD (H.) ET SUCHARIPA-BEHRMANN (L.) (ED.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 45-68.
- **CRAWFORD (J.) ET SANDS (PH.)**, « Legal Aspects of a Nuclear Weapons Convention », *Annuaire Africain de droit international*, vol. 6, 1998, pp. 153-179.
- **CZAPLINSKI (W.)**, « La continuité, l'identité et la succession d'États – Évaluation de cas récents », *RBDI* 1993/2, pp. 374-392.
- **DAILLIER (P.)**, « L'action de l'O.N.U. : élargissement et diversification de l'intervention des Nations Unies », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1994, pp. 121-157.
- **DEHAUSSY (J.)**, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 169-184.
- **DEMICHEL (F.)**, « Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines », in *Le pouvoir. Mélanges offert à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 1051-1071.
- **DIAZ ALBONICO (R.), INFANTE CAFFI (M. T.) ET ORREGO VICUNA (F.)**, « Les négociations entre le Chili et la Bolivie relatives à un accès souverain à la mer », *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 343-356.
- **DÖRR (O.)**, « Article 31 – General rule of interpretation », in DÖRR (O.) ET SCHMALENBACH (K.) (DIR.), *Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary*, 2nd éd., Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 2018, pp. 521-570.
- **DUPUY (R.-J.)**, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.

- **DUPUY (R.-J.)**, « Thème et variations sur le droit au développement », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international : mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 263-279.
- **DUPUY (R.-J.)**, « L'ingérence internationale, jusqu'où ? Le droit d'assistance humanitaire », *Etudes*, vol. 376, 1992/1, pp. 15-24.
- **DUPUY (P.-M.)**, « Humanité, communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, pp. 133-148.
- **DUPUY (P.-M.)**, intervention à la table ronde relative à la « situation des droits de l'homme et du droit humanitaire dans les fondements du droit international contemporain », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 302-307.
- **DUPUY (P.-M.)**, « Between the individual and the State : international law at a crossroads ? », in BOISSON DE CHAZOURNES (L.) ET SANDS (PH.) (ED.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 449-461.
- **DUPUY (P.-M.)**, « Sur les rapports entre sujets et 'acteurs' en droit international contemporain », in VORAH (L. C.) ET AL. (ED.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, pp. 261-277.
- **DUPUY (P.-M.)**, « L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tirés d'une étude de cas », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 223-235.
- **DUPUY (P.-M.)**, « Conclusions générales. Entre le Retour à Kant et son dépassement », in DE FROUVILLE (DIR.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 431-449.
- **DUPUY (P.-M.)**, « Considérations élémentaires sur la 'vie privée' des États », in D'ARGENT (P.), BONAGÉ (B.) ET COMBACAU (J.) (DIR.), *Les limites du droit international. Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 47-54.
- **DUPUY (P.-M.)**, « L'avenir des droits de la personne. Perte de sens ou oubli de l'essentiel ? », in *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 347-356.
- **EEK (H.)**, « International Law : The First Encounter », *Nordic Journal of International Law*, vol. 35, 1965, pp. 81-102.

- **EISENHUT (D.)**, « National security and international treaty law. The standard of review of international courts and tribunals with regard to ‘security exceptions’ », *Archiv des Völkerrechts*, 2010/4, pp. 431-466.
- **EUSTATHIADES (C. TH.)**, « La réserve des nécessités militaires et la convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », in *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 183-209.
- **EVATT (E.)**, « Democratif People’s Republic of Korea and the ICCPR : Denunciation as an exercise of the right of self-defence ? », *Australian Journal of Human Rights*, vol. 5(1), 1999, pp. 215-224.
- **EYFFINGER (A.)**, « Self-Defence or the Meanderings of a Protean Principle », in EYFFINGER (A.), STEPHENS (A.) ET MULLER (S.) (ED.), *Self-Defence as a Fundamental Principle*, La Haye, Hague Academic Press, 2009, pp. 103-138
- **FALK (R.)**, « Nuclear Weapons, International Law and the World Court : A Historic Encounter », *AJIL*, vol. 91(1), 1997, pp. 64-75.
- **FAWCETT (L.)**, « Alliances », *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- **FENWICK (CH. G.)**, « Intervention : Individual and Collective », *AJIL*, vol. 39(4), 1945, pp. 645-663.
- **FENWICK (CH. G.)**, « The Ninth International Conference of American State », *AJIL*, vol. 42(3), 1948, pp. 553-567.
- **FERRERO COSTA (E.)**, « Fundamento de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas », *Derecho*, n° 32, Pontificia Universidad Catolica del Peru, 1974, pp. 38-61.
- **FISCHER (G.)**, « La Conférence des Parties chargées de l’examen du Traité de non-prolifération des armes nucléaires », *AFDI*, vol. 21, 1975, pp. 9-43.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « La protection des droits de l’homme et les sources du droit inetrnational. Rapport général », in SFDI, *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 11-79.
- **FLEURY GRAFF (TH.)**, « Droit d’intervention et révolutions en droit international. Les enseignements de la Sainte Alliance », *Droits*, 2012/2, n°56, pp. 111-128.
- **FLEURY GRAFF (TH.)**, « L’appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », in SFDI, *Migrations et droit international, colloque de Paris-Saclay (UVSQ)*, Paris, Pedone, 2022, pp. 13-53.
- **LE FLOCH (G.)**, « Le difficile partage des eaux du Nil », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 471-496.

- **LE FLOCH (G.)**, « Continuité et discontinuité en matière de succession des États aux traités », in LE FLOCH (G.) ET GUGGLIEMI (G. J.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 197-215.
- **LE FLOCH (G.)**, « Le grand barrage de la renaissance éthiopienne ou un énième *remake* des antagonismes entre États d'amont et États d'aval », *AFDI*, vol. 66, 2020, pp. 733-763.
- **FORTEAU (M.)**, « La Palestine comme 'État' au regard du Statut de la Cour pénale internationale », *RBDI*, 2012, pp. 47-54.
- **FORTEAU (M.)**, « Le juriste face à la théorie de l'intervention d'humanité », in ROUGIER (A.) ET FORTEAU (M.), *La théorie de l'intervention d'humanité*, Paris, Dalloz, 2014, 41 p.
- **FORTEAU (M.)**, « Rescuing Nationals Abroad », in M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 947-961.
- **FORTEAU (M.)**, « Être ou ne pas être un État : le rôle du juge interne dans la détermination de la qualité étatique d'entités étrangères », *AFDI*, vol. 62, 2016, pp. 25-49.
- **FORTEAU (M.)**, « Les seuils de gravité d'une cyberattaque », in GRANGE (M.) et NORODOM (A.-T.) (dir.), *Cyberattaques et droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 23-44.
- **FRIEDMANN (W.)**, « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *RBDI*, 1970.1, pp. 1-9.
- **DE FROUVILLE (O.)**, « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-120, 2001, pp. 101-144.
- **DE FROUVILLE (O.)**, « Ouverture : Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? », in DE FROUVILLE (DIR.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 7-54.
- **GARCIA-MORA (M. R.)**, « Criminal Jurisdiction over Foreigners for Treason and Offenses against the Safety of the State committed upon Foreign Territory », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 19(3), 1958, pp. 567-590.
- **GARNER (J. W.)**, « Non recognition of illegal territorial annexations and claims to sovereignty », *AJIL*, vol. 30, 1936, pp. 679-688.
- **GARRAWAY (C.)**, « Foreword », in NYSTUEN (G.) et al., *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. xiv-xv.

- **GERVAIS (A.)**, « Affaire du Lac Lanoux. Étude critique de la sentence du Tribunal arbitral », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 372-434.
- **GICQUEL (J.)**, « Sur la continuité de l'État », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Doubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 571-580.
- **GILL (T. D.)**, « Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, pp. 33-138.
- **GILL (T. D.)**, « The Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court of Justice and the Fundamental Distinction Between the *Jus ad Bellum* and the *Jus in Bello* », *Leiden Journal of International Law*, vol. 12(3), 1999, pp. 613-624.
- **GIRAUDEAU (G.)**, « Chine – Iles Salomon. Signature d'un accord-cadre de coopération en matière de sécurité », in *Chronique des faits internationaux dir. par FLEURY GRAFF (Th.)*, *RGDIP*, 2022/3.35, pp. 512-515.
- **GREEN (J. A.)**, « Self-Preservation », *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- **GRIMAL (F.) ET MELLING (G.)**, « The Protection of Nationals Abroad : Lawfulness or Toleration ? A Commentary », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 16(3), 2011, pp. 541-554.
- **GROS ESPIELL (H.)**, « Le processus de la réforme de l'Organisation des États américains », *AFDI*, vol. 14, 1968, pp. 138-166.
- **GROS ESPIELL (H.)**, « La mer territoriale dans l'atlantique sud-américain », *AFDI*, vol. 16, 1970, pp. 743-763.
- **GROSS (L.)**, « Passage Through the Suez Canal of Israel-Bound Cargo and Israel Ships », *AJIL*, vol. 51(3), 1957, pp. 530-568.
- **HAGGENMACHER (P.)**, « Introduction », in CHETAİL (V.) ET HAGGENMACHER (P.) (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 3-48.
- **HAGGENMACHER (P.)**, « Self-Defence as a General Principle of Law and its Relation to War », in EYFFINGER (A.), STEPHENS (A.) ET MULLER (S.) (ED.), *Self-Defence as a Fundamental Principle*, La Haye, Hague Academic Press, 2009, pp. 3-48.
- **HAHN (M. J.)**, « Vital Interests and the Law of GATT : An Analysis of GATT's Security Exception », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12(3), 1991, pp. 558-620.

- **HAUPAIS (N.)**, « Le micro-État, État souverain ? Liberté, égalité, exigüité », in ROUVILLOIS (F.) (DIR.), *Les micro-États au XXIème siècle*, Paris, Ed. du Cerf, 2017, pp. 47-69.
- **HAYASHI (N.)**, « Using force by means of nuclear weapons and requirement of necessity and proportionality *ad bellum* », in NYSTYEN (G.), CASEY-MASLEN (S.) ET GOLDEN BESAGEL (S.) (ED.), *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 15-30.
- **HEATHCOTE (S.)**, « Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier ? », *RBDI*, 2007/1, pp. 53-89.
- **HEINZEN (B. G.)**, « The Three-Mile Limit : Preserving the Freedom of the Seas », *Stanford Law Review*, vol. 11(4), 1959, pp. 597-664.
- **HERDEGEN (M.)**, « The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Some Observations in the Light of Recent British Experience », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, 1986, pp. 734-757.
- **HILL (CH.)**, « The Doctrine of 'Rebus sic Stantibus' in International Law », *A Quarterly of Research*, vol. IX(3), 1934, 95 p.
- **HOWSE (R.)**, « The Concept of Odious Debt in Public International Law », United Nations Conference on Trade and Development, *Discussion Papers*, n°185, Juillet 2007, 27 p.
- **HUDSON (M. O.)**, « The Central American Court of Justice », *AJIL*, vol. 26(4), 1932, pp. 759-786.
- **IDA (Y.)**, « Le système impérial et l'article 9 de la Constitution », in J. Boudon (dir.), *L'irréductible originalité des systèmes constitutionnels à la lumière des expériences française et japonaise*, Société de législation comparée, Paris, 2021, pp. 329-334.
- **INOUE (T.)**, « Quelques particularités de la Constitution japonaise », in J. Boudon (dir.), *L'irréductible originalité des systèmes constitutionnels à la lumière des expériences française et japonaise*, Société de législation comparée, Paris, 2021, pp. 19-28.
- **IRIZARRY Y PUENTE (J.)**, « Exclusion and Expulsion of Aliens in Latin America », *AJIL*, vol. 36(2), 1942, pp. 252-270.
- **JEANNENEY (J.)**, « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État », *RGDIP*, 2014/1, pp. 95-130.

- **JENNINGS (R. Y.)**, « The Caroline and McLeod Cases », *AJIL*, vol. 32(1), 1938, pp. 82-99.
- **JEUTNER (V.)**, « Both the Rule and the Exception : The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State », in BARTELS (L.) ET PADDEU (F.) (ed.), *Exceptions in International Law*, Oxford, OUP, 2020, pp. 242-256.
- **JOUANNET (E.)**, « Les dualismes du *Droit des gens* », in CHETAU (V.) ET HAGGENMACHER (P.) (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXI^e siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 133-150.
- **KATZ (S. R.)**, « Issues Arising in the Icelandic Fisheries Case », *ICLQ*, vol. 22(1), pp. 83-108.
- **KELSEN (H.)**, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité : les principes ; leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, vol. 4, 1929, pp. 613-641, reprod. in *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 27-57.
- **KELSEN (H.)**, « La technique du droit international et l'organisation de la paix », *RDILC*, 1934, pp. 5-24, reprod. in *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 251-267.
- **KELSEN (H.)**, « The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin », *AJIL*, vol. 39(3), 1945, pp. 518-526.
- **KELSEN (H.)**, « Collective Security and Collective Self-Defense Under the Charter of the United Nations », *AJIL*, vol. 42(4), 1948, pp. 783-796.
- **KOHEN (M.)**, « The notion of state survival in international law », in BOISSON DE CHAZOURNES (L.) (dir.), *International Law, the International Court of Justice and nuclear weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 293-314.
- **KOHEN (M.)**, « La création d'États en droit international contemporain », in *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de Droit International*, vol. VI, Valence, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 543-636.
- **KOHEN (M.)**, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États », in KOHEN (M.) ET BENTOLILA (D.) (DIR.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 201-214.
- **KOLB (R.)**, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Annuaire Canadien de droit international*, vol. 39, 2002, pp. 69-115.

- **KOLB (R.)**, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés. Essai de clarification conceptuelle », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 151-186.
- **KOLB (R.)**, « La légitime défense des États au XIXe siècle et pendant l'époque de la Société des nations », in KHERAD (R.), *Légitimes défenses*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 25-70.
- **KOLB (R.)**, « The Construction of the *Rebus Sic Stantibus* Clause in International Law : Exception, Rule or Remote Spectator ? », in BARTELS (L.) ET PADDEU (F.) (ED.), *Exceptions in International Law*, Oxford, OUP, 2020, pp. 274-284.
- **KOLB (R.)**, « Peremptory Norms as a Legal Technique Rather than Substantive Super-Norms », in TLADI (D.) (ED.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden, Brill, 2021, pp. 21-43.
- **KORETSKY (V. M.)**, « A history of the declarations on the fundamental rights and duties of States », in DENISOV (V. N.) ET AL. (ED.), *V. M. Koretskii : izbrannye trudy* (parfois référencé en anglais, *V. M. Koretsky : Selected Works*), 2015, vol. 3, pp. 346-380.
- **KOSKENNIEMI (M.)**, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent : International Lawyers and Nuclear Weapons », *Leiden Journal of International Law*, vol. 10(1), 1997, pp. 137-162.
- **KULAGA (J.)**, « A Renaissance of the Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* ? », *ICLQ*, vol. 69(2), 2020, pp. 477-497.
- **KULOVESI (K.)**, « Legality or Otherwise – Nuclear Weapons and the Strategy of *Non Liqueat* », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 55-90.
- **KUNOY (B.)**, « La zone économique exclusive », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 384-399.
- **KUNZ (J. L.)**, « Identity of States Under International Law », *AJIL*, vol. 49(1), 1955, pp. 68-76.
- **KUROSAKI (M.)**, « The Legal Framework of Coming-to-Aid Duty : The Pluralism of the Concept of Self-Defense and its Multi-Layered Legal Grounds », *JYIL*, vol. 60, 2017, pp. 194-211.
- **KYTÖMÄKI (E.)** (expert de l'UNIDIR), « Supporting the Arms Trade Treaty Negotiations through Regional Discussions and Expertise Sharing : Final Report of the EU-UNIDIR Project », 2012, [97 p.](#)

- **LAGHMANI (S.)**, « Les origines du droit international public et le concept de discours fondateur », in DUPUY (P.-M.) ET CHETAIL (V.) (ed.), *Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Haggemacher*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 449-464.
- **LAGRANGE (E.)**, « Le conseil de sécurité des Nations Unies peut-il violer le droit international ? », *RBDI*, 2004/2, pp. 568-591.
- **LAMBERT (A.) ET BRACONNIER MORENO (L.)**, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux liberté fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ? », *La revue des droits de l'homme*, [mis en ligne le 22/01/2015](#).
- **LAUTERPACHT (E.)**, « Freedom of Transit in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 44, 1958, pp. 313-356.
- **LAVAL (P.-F.)**, « Les migrations face à l'exception de sécurité nationale. À propos de quelques apories du droit international, européen et français de l'asile », in SFDI, *Migrations et droit international, colloque de Paris-Saclay (UVSQ)*, Paris, Pedone, 2022, pp. 249-271.
- **LAVALLÉE (S.) ET MALJEAN-DUBOIS (S.)**, « L'Accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 2016, pp. 19-36.
- **LAVOREL (S.)**, « Les enjeux juridiques de la disparition du territoire de petits États insulaires », in BACOT (P.) ET GESLIN (A.) (DIR.), *Insularité et sécurité : l'île entre sécurité et conflictualité*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 19-45.
- **LEE (S.) ET BAUTISTA (L.)**, « Climate Change and Sea Level Rise. Nature of the State and of State Extinction », in BARNES (R.) ET LONG (R.) (ED.), *Frontiers in International Environmental Law : Oceans and Climate Challenges. Essays in Honour of David Freestone*, Leiden, Brill, 2021, pp. 194-214.
- **LISSITZYN (O. J.)**, « Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*) », *AJIL*, vol. 61(4), 1967, pp. 895-922.
- **LUSTGARTEN (L.)**, « The Arms Trade Treaty : Achievements, Failings, Future », *ICLQ*, vol. 64(3), 2015, pp. 569-600.
- **MALAURIE (PH.)**, « Ouverture », *Droits*, 1997, n°25 (sur la dispense), pp. 3-9.

- **MALJEAN-DUBOIS (S.)**, « La mise en route du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 433-463.
- **MALJEAN-DUBOIS (S.)**, « Au milieu du gué : le mécanisme de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux changements climatiques », in TABAU (A.-S.) (DIR.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de la Réunion*, Aix-en-Provence, DICE Editions, 2018, pp. 123-134.
- **MÄLKSOO (L.)**, « Professor Uluots, the Estonian Government in Exile and the Continuity of the Republic of Estonia in International Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, 2000, pp. 289-316.
- **MANN (F. A.)**, « The Present Legal Status of Germany », *International Law Quarterly*, vol. 1(3) (1947), pp. 314-335.
- **MANN (F. A.)**, « Germany's Present Legal Status Revisited », *ICLQ*, vol. 16, 1967, pp. 760-799.
- **MAREK (K.)**, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *RBDI*, 1970/1, pp. 44-78.
- **MAREK (K.)**, « Sur la notion de progrès en droit international », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXVIII, 1982, pp. 28-43.
- **MARION (L.)**, « La notion de 'pactum de contrahendo' dans la jurisprudence internationale », *RGDIP*, 1974(2), pp. 351-398.
- **MARKUS (J.-P.)**, « La continuité de l'État en droit public interne », *RDP*, n°4, 1999, pp. 1067-1107.
- **MATHESON (M. J.)**, « The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons », *AJIL*, vol. 91(3), 1997, pp. 417-435.
- **MAYER (B.)**, « International Advisory Proceedings on Climate Change », *Michigan Journal of International Law*, vol. 44, 2023, à paraître. La version non éditée est disponible en ligne, [97 p.](#)
- **MCDUGAL (M. S.)**, « The Societ-Cuban Quarantine and Self-Defense », *AJIL*, vol. 57(3), 1963, pp. 597-604.
- **MCNAIR (A.)**, « Stimson Doctrine of Non-Recognition », *BYIL*, vol. 14, 1933, pp. 65-74.
- **MCNAIR (A.)**, « Aspects of State Sovereignty », *BYBIL*, vol. 26, 1949, pp. 6-47.

- **MERKOURIS (P.)**, « Interpreting Customary International Law. You'll Never Walk Alone », in MERKOURIS (P.), KAMMERHOFER (J.) ET ARAJÄRVI (N.) (ED.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge, CUP, 2022, pp. 347-369.
- **MIVAHABI (F.)**, « The Rights of the Landlocked and Geographically Disadvantaged States in Exploitation of Marine Fisheries », *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, pp. 130-162.
- **MONNIER (J.)**, « La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État », *AFDI*, 1984, vol. 30, pp. 221-229.
- **MOUSSA (J.)**, « Nuclear weapons and the separation of *jus ad bellum* and *jus in bello* », in NYSTUEN (G.) et al., *Nuclear Weapons Under International Law*, Cambridge, CUP, 2022, 2014, pp. 59-87.
- **MULLERSON (R.)**, « Non-Threat and Non-Use of Force in the Modern World », in BUTLER (W. E.) (ED.), *The Non-Use of Force in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 29-38.
- **MULLERSON (R.)**, « Right to Survival as Right to Life of Humanity », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 19(1), 1990, pp. 47-54.
- **MULLERSON (R.)**, « The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia », *ICLQ*, vol. 42(3), 1993, pp. 473-493.
- **NAFZIGER (J. A.)**, « The General Admission of Aliens under International Law », *AJIL*, vol. 77(4), 1983, pp. 804-847.
- **NEFF (S. C.)**, « The Dormancy, Rise and Decline of Fundamental Liberties of States », *Cambridge Journal of International Comparative Law*, n°4(3), 2016, pp. 482-500.
- **NOLLEZ-GOLDBACH (R.)**, « Les paradoxes de l'humanité juridique », in DE FROUVILLE (DIR.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 127-135.
- **N'KOLOMBUA (A.)**, « L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale des États en droit international contemporain », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1994, pp. 433-463.
- **ODA (SH.)**, « Japan and the United Nations Conference on the Law of the Sea », *Japanese Annual of International Law*, vol. 3, 1959, pp. 65-86.
- **ODA (SH.)**, « The 1958 Geneva Convention on the Fisheries : Its Immaturities », *Die Friedens-Warte*, vol. 55, 1959-1960, pp. 317-339.

- **PACHA (A. S.)**, « Le Conseil des Prises Égyptien – Organisation, compétence et Procédure », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 6, 1950, pp. 24-32.
- **PARKER (S.)** (experte UNIDIR), « Analysis of States' Views on an Arms Trade Treaty », Octobre 2007, [41 p.](#)
- **PELLET (A.)**, « L'unité ou la fragmentation du système juridique international ? », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 294-298.
- **PELLET (A.)**, « 'Droits-de-l'hommisme' et droit international », *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 2000, 17 p., [en ligne](#).
- **PELLET (A.)**, « Cours général : le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, pp. 117-182.
- **PEREZ (A. F.)**, « The Passive Virtues and the World Court : Pro-Dialogic Abstention by the International Court of Justice », *Michigan Journal of International Law*, vol. 18(3), 1997, pp. 399-444.
- **PERRIN DE BRICHAMBAUT (M.)**, « Les avis consultatifs rendus par la CIJ le juillet 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (O.M.S.) et sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires (A.G.N.U.) », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 315-336.
- **PETIT-PREVOST-WEYGAND (E.)**, « Les îles en voie de submersion : le cas des petits États insulaires en développement », *Annuaire du droit de la mer*, Paris, Pedone, 2020, pp. 38-56.
- **PIOTROWICZ (R. W.)**, « The Status of Germany in International Law : *Deutschland Über Deutschland ?* », *ICLQ*, vol. 38(3), 1989, pp. 609-635.
- **POIRAT (F.)**, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'État », *Droits*, 1992, pp. 83-91.
- **POIRAT (F.)**, « État », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 642-648.
- **POIRAT (F.)**, « Les immunités des sujets de droit international (États et organisations internationales) », rapport à l'occasion de la journée d'études de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, in *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 11-60.

- **POIRAT (F.)**, « L'exercice des compétences de l'Etat en droit international », rapport, Colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique de Rennes 1, *in Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 203-238.
- **POIRAT (F.)**, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *in* J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 237-266.
- **PYANDEH (M.)**, « Modification of Peremptory Norms of General International Law », *in* TLADI (D.) (ED.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden, Brill, 2021, pp. 92-131.
- **QUÔC DINH (N.)**, « La revendication des droits préférentiels de pêche en haute mer devant les Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958 et 1960 », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 77-110.
- **RATON (P.)**, « Les enclaves », *AFDI*, vol. 4, 1958, pp. 186-195.
- **REUTER (P.)**, « De l'obligation de négocier », *in* AGO (R.) ET AL. (DIR.), *Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 711-733.
- **RIM (Y.)**, « State Continuity in the Absence of Government : The Underlying Rationale in International Law », *EJIL*, vol. 32(2), 2021, pp. 485-505.
- **ROGOFF (M. A.)**, « The Obligation to Negotiate in International Law : Rules and Realities », *Michigan Journal of International Law*, vol. 16(1), pp. 141-185.
- **ROMANOV (V. A.)**, « Concept of Fundamental Rights and Duties of States between Two Ages », *Moscow Journal of International Law*, vol. 4, 1996, pp. 175-179.
- **ROOT (E.)**, « The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law », *AJIL*, vol. 10(2), 1916, pp. 211-221.
- **ROSCINI (M.)**, « On the 'Inherent' Character of the Right of States to Self-defence », *CILJ*, vol. 4(3), 2015, pp. 634-660.
- **ROSENSTOCK (R.)**, « The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations : A Survey », *AJIL*, vol. 65(5), 1971, pp. 713-735.
- **ROUGIER (A.)**, « La Théorie de l'intervention d'humanité », *RGDIP*, 1910, pp. 468-526, reprod. *in* ROUGIER (A.) ET FORTEAU (M.), *La théorie de l'intervention d'humanité*, Paris, Dalloz, 2014, 103 p.
- **ROUSSEAU (CH.)**, « Le conflit italo-éthiopien », première partie *in* *RGDIP*, 1936, pp. 546-588 ; deuxième partie *in* *RGDIP*, 1937, pp. 5-42 ; troisième partie *in id.*, pp. 162-

198 ; quatrième partie *in id.*, pp. 291-329 ; cinquième partie *in id.*, pp. 681-728 ; dernière partie *in RGDIP*, 1938, pp. 53-123.

- **ROUSSEAU (CH.)**, « Irak et Pakistan – Expulsion de l’ambassadeur d’Irak à Islamabad après la découverte d’un stock d’armes dans les locaux de l’ambassade le 10 février 1973 (12 février 1973). Rappel de l’ambassadeur du Pakistan à Bagdad (13 février 1973). Reprise des relations diplomatiques au niveau des ambassadeurs (25 avril 1973) », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1974/2, pp. 511-512.
- **ROUSSEAU (CH.)**, « Expulsion pour espionnage de 13 agents diplomatiques soviétiques par le gouvernement canadien (9 février 1978) », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1978/4, pp. 1094-1095.
- **ROUSSEAU (CH.)**, « France et U.R.S.S. – 1° Expulsion de 47 agents diplomatiques et fonctionnaires soviétiques par le gouvernement français le 5 avril 1983 », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1983/3, pp. 865-870.
- **ROUYÈRE (A.)**, « La dispense en droit public », *Droits*, 1997, n°25 (sur la dispense), pp. 73-90.
- **RUIZ FABRI (H.)**, « Genèse et disparition de l’État à l’époque contemporaine », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 153-178.
- **RUIZ FABRI (H.)**, « Les catégories de sujets du droit international », *in SFDI, Colloque du Mans, Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, pp. 55-71.
- **RUYSSEN (TH.)**, « Les Droits et les Devoirs des Nations », *La Paix par le droit : revue de la paix*, vol. 29, 1919, pp. 137-142.
- **SACK (A. N.)**, « Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières », *Recueil Sirey*, Paris, 1927, pp. 46-157.
- **SAHOVIC (M.)**, « Quinze années de mise en oeuvre de la Déclaration relative aux principes du Droit international touchant les Relations amicales et la Coopération entre États », *AFDI*, vol. 31, 1985, pp. 527-533.
- **SAINT-BONNET (F.)**, « L’état d’exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, vol. 6, 2008, pp. 29-38.
- **SANTULLI (C.)**, « Le droit international par l’État, pour l’État, au-delà de l’État », *in MBONGO (P.), HERVOUËT (F.) ET SANTULLI (C.), Dictionnaire encyclopédique de l’État*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2015, pp. 25-27
- **SANTULLI (C.)**, « L’expansion de la souveraineté de l’État », *RGDIP*, 2019/2, pp. 355-361.

- **SANTULLI (C.)**, « La neutralité de l'analyse juridique, l'utilisation des concepts de 'droits de l'homme' et 'démocratie' à des fins militaires et l'extension de la souveraineté de l'État. Observations à partir du livre de Robert Charvin, *Répliques. Droit international. Relations internationales* », *RGDIP*, 2022/2, pp. 209-246.
- **SAVADOGO (L.)**, « Statuts juridiques des États sans littoral et des États géographiquement désavantagés », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 867-890.
- **SCHIANO DI PEPE (L.)**, « States, Fundamental Rights and Duties », *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- **SCOTT (J. B.)**, « The American Institute of International Law », *The Advocate of Peace (1894-1920)*, vol. 78(1), 1916, pp. 8-10.
- **SEGUR (PH.)**, « Approche généalogique de l'idée d'intangibilité de la protohistoire de l'Antiquité », in SIMONIAN-GINESTE (H.) (dir.), *La (dis)continuité en Droit - Colloque annuel de l'Institut Fédératif de Recherche en Droit*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, pp. 23-35.
- **SHAO (X.)**, « What We Talk about When We Talk about General Principles of Law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 20(2), 2021, pp. 219-255.
- **SICILIANOS (L.-A.)**, « Le Contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des nations unies. 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1994, pp. 70-95.
- **SLOANE (R. D.)**, « On the use and abuse of necessity in the law of State responsibility », *AJIL*, vol. 106(3), 2012, pp. 447-508.
- **SOREL (J.-M.)**, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in SFDI, *Le chapitre VII de la charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1994, pp. 4-57.
- **SPIROPOULOS (J.)**, « L'abus du droit de vote par un Membre du Conseil de Sécurité », *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 1, 1948, pp. 3-14.
- **STEIN (E.) ET CARREAU (D.)**, « Law and Peaceful Change in a Subsystem : 'Withdrawal' of France from the North Atlantic Treaty Organization », *AJIL*, vol. 62(3), 1968, pp. 577-640.
- **STERN (B.)**, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 7-52.
- **STERN (B.)**, « l'extra-territorialité 'revisitée' : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.

- **SUDRE (F.)**, « L’encadrement de l’exception terroriste par la Convention européenne des droits de l’homme », in MAISON (R.) ET MAMOUDY (O.), Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 209-229.
- **SUR (S.)**, « La résolution 687 (3 avril 1991) du Conseil de sécurité dans l’affaire du Golfe : Problèmes de rétablissement et de garantie de la paix », *AFDI*, vol. 37, 1991, pp. 25-97.
- **SUR (S.)**, « Sur quelques tribulations de l’État dans la société internationale », *RGDIP*, 1993/4, pp. 881-900.
- **SUR (S.)**, « Sur les États défaillants », *Commentaire*, n°112, 2005, [disponible en ligne](#).
- **SUR (S.)**, « L’inhérence en droit international », *RGDIP*, 2014/4, pp. 785-797.
- **SUR (S.)**, « Sources du droit international : faisons un rêve », *RBDI* 2015/1-2, pp. 585-594.
- **SUR (S.)**, « Réflexions sur la paix par le droit », *RBDI*, 2020/1, pp. 232-242.
- **SWART (B.)**, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », in CASSESE (A.) ET DELMAS-MARTY (M.) (DIR.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 567-587.
- **SZUREK (S.)**, « La responsabilité de protéger : du principe à son application. Quelques remarques sur les enjeux du *law making process* en cours », *AFRI*, vol. XII, 2011, pp. 913-931.
- **TALMON (S.)**, « The Constitutive Versus the Declaratory Theory of Recognition : *Tertium Non Datur* ? », *BYIL*, vol. 75(1), 2004, pp. 101-181.
- **TASSIN (V.)**, « Le plateau continental », in FORTEAU (M.) ET THOUVENIN (J.-M.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, pp. 400-415.
- **THIERRY (H.)**, « La nouvelle politique française du désarmement », *AFDI*, vol. 24, 1978, pp. 512-519.
- **THOUVENIN (J.-M.)**, « Genèse de l’idée de responsabilité de protéger », in SFDI, *Colloque de Nanterre, la responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, 2008, pp. 21-38.
- **TRAPPE (J.)**, « On the Jurisdiction of the Egyptian Prize Court, 1948-1960 », *Revue égyptienne de droit international*, 1960, vol. 16, pp. 60-67.
- **TRAVERS (M.)**, « La dénonciation des conventions de La Haye du 12 juin 1902 », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1914, pp. 364-395.
- **TREVES (T.)**, « La nécessité en droit de la mer », in SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 237-246.

- **TROMBETTA (S.)**, « La protection des intérêts nationaux de la défense quand la défense devient européenne », *Revue de l'UE*, 2005/490, pp. 441-450.
- **TSAGOURIAS (N.)**, « Necessity and the Use of Force : A Special Regime », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp. 11-44.
- **TUERK (H.)**, « The Landlocked States and the Law of the Sea », *RBDI* 2007/1, pp. 91-112.
- **VEC (M.)**, « Grundrechte der Staaten. Die Tradierung des Natur und Völkerrechts der Aufklärung », *Rechtsgeschichte*, vol. 18, 2011, pp. 66-94.
- **VIDIGAL (G.) ET SCHILL (S. W.)**, « International Economic Law and the Securitization of Policy Objectives : Risks of a Schmittean Exception », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 48(2), 2021, pp. 109-118.
- **VIÑUALES (J.)**, « Introduction. The Fundamental Principles of International law. An Enduring Ideal ? », in VIÑUALES (J.) (ED.), *The United Nations Friendly Relations Declaration at 50. An assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge, CUP, 2020, pp. 1-11.
- **VON VERDROSS (A.)**, « Forbidden Treaties in International Law : Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties' », *AJIL*, vol. 31(4), 1937, pp. 571-577.
- **VON VERDROSS (A.)**, « Les principes généraux de droit comme source du droit des gens », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1961, Tome III, pp. 382-388.
- **VERHOEVEN (J.)**, « Les 'étirements' de la légitime défense », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 49-80.
- **VIDMAR (J.)**, « The Concept of the State and its Right of Existence », *CJICL*, vol. 4(3), 2015, pp. 547-565.
- **VIGNES (D.-H.)**, « La place des pactes de défense dans la société internationale actuelle », *AFDI*, vol. 5, 1959, pp. 37-101.
- **VILLEY (M.)**, « La nature des choses », in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 38-59.
- **VIRALLY (M.)**, « Le rôle des 'principes dans le développement du droit international », in *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 195-212.

- **DE VISSCHER (CH.)**, « Contribution à l'étude des sources du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1961, pp. 389-399.
- **DE VISSCHER (CH.)**, « La contribution de l'Institut de Droit international au développement du droit international », in *IDI, Livre du Centenaire, 1873-1973. Evolutions et perspectives du droit international*, Bâle, Ed. S. Karger, 1973, pp. 128-161.
- **DE VISSCHER (P.)**, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *RGDIP*, 1958/3, pp. 400-445.
- **WALDOCK (H.)**, « The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf », *The Grotius Society Transactions for the year 1950*, 1951, pp. 115-148.
- **WARUSFEL (B.)**, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », in *CATTOIR-JONVILLE (V.) ET SAISON (J.) (DIR.), Les différentes facettes du concept juridique de sécurité. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecoq*, Lille, Imprimerie Centrale du Nord, 2011, pp. 461-476.
- **WECKEL (PH.)**, « Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 37, 1991, pp. 165-202.
- **WECKEL (PH.)**, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'arme nucléaire », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 178-197.
- **WEHBERG (H.)**, « La limitation des armements dans le passé et d'après le Pacte de la Société des Nations », *RGDIP*, 1921, pp. 504-519.
- **WOOD (M.)**, « The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 20(1), 2017.
- **WOOLSEY (L. H.)**, « The Unilateral Termination of Treaties », *AJIL*, vol. 20(2), 1926, pp. 346-353.
- **WONG (D.)**, « Sovereignty Sunk ? The Position of 'Sinking States' at International Law », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, 2013, pp. 346-391.
- **WRIGHT (Q.)**, « The Cuban Quarantine », *AJIL*, vol. 57(3), 1963, pp. 546-565.
- **WRIGHT (Q.), CHAYES (A.) ET ACHESON (D.)**, « The Cuban Quarantine », *Proceedings of the ASIL at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963, pp. 9-18.
- **WYLER (E.)**, « La CIJ lit-elle Shakespeare ? (...) », *JDI*, année 138, 2011/1, pp. 67-89.
- **WYLER (E.) ET PAPAUX (A.)**, « Le mythe structurant de l'humanité : la communauté internationale vivant », in *ALLAND (D.) ET AL. (ED.), Unité et diversité du droit*

international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy, La Haye, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 175-199.

- **YEPES (J. M.)**, « Le droit international américain : Charte et pacte de Bogota », Paris, IHEI, 1953-1954, fascicule I, 58 p. et fascicule 2, 74 p.
- **YOKOTA (K.)**, « Renunciation of War in the New Japanese Constitution », *Japanese Annual of International Law*, vol. 4, 1960, pp. 16-31.
- **YUAN (L.) ET JIANPING (L.)**, « Droit chinois », in CASSESE (A.) ET DELMAS-MARTY (M.) (DIR.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 345-365.
- **YUSUF (A. A.)**, « The Fragility of State Institutions », *Annuaire Africain de droit international*, vol. 2, 1994, pp. 3-8.
- **YUSUF (A. A.)**, « Government Collapse and State Continuity : The Case of Somalia », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 11-33.
- **ZALIMAS (D.)**, « Legal Issues of the Continuity of the Republic of Lithuania », *Hawaiian Journal of Law and Politics*, vol. 2, 2006, pp. 73-96.
- **ZAPPALÁ (S.)**, « Droit italien », in CASSESE (A.) ET DELMAS-MARTY (M.) (DIR.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 193-215.
- **ZIEMELE (I.)**, « Acceptance of a Claim for State Continuity : A Question of International Law and its Consequences », *Juridiskā zinātne*, vol. 9, 2016, pp. 39-47.
- **ZIMMERMANN (A.)**, « Continuity of States », *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- **ZOLLER (E.)**, « Le droit cosmopolitique, droit de la ‘fédération des États libres’ du monde. Une mise en perspective fédérale », in DE FROUVILLE (DIR.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 297-309.
- **ZOUREK (J.)**, « Enfin une définition de l’agression », *AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 9-30.
- **ZOUREK (J.)**, « La notion de légitime défense en droit international », *AIDI*, vol. 56, 1975, pp. 1-79.

8. Organisations scientifiques

A. Travaux en lien avec la codification des droits et devoirs des États

a. Institut Américain de Droit International

- J. B. Scott, *Institut Américain de Droit International. Sa Déclaration des Droits et Devoirs des Nations*, Washington D.C., Publications de l’Institut, 1916, 128 p.

- IADI, *Procès-verbaux de la première session tenue à Washington (29 décembre 1915 au 8 janvier 1916)*, Washington, Publications de l'Institut, 1916, 145 p.
- « États-Unis d'Amérique - Institut américain du droit international, session de Washington (décembre 1915-janvier 1916), propositions et résolutions », *Chronique des faits internationaux de la RGDIP*, 1917, pp. 117-134, spéc. pp. 127-134 pour une reproduction du « Commentaire officiel de la Déclaration ».

b. Union Interparlementaire

- Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXIIIe conférence tenue à Washington du 1^{er} au 7 Octobre et à Ottawa le 13 Octobre 1925*, Lausanne, Librairie Payot & Cie, 1926, 829 p.
- Bureau interparlementaire, *Compte rendu de la XXVme conférence tenue à Berlin du 23 au 28 août 1928*, Lausanne, Librairie Payot & Cie, 1928, 556 p.

c. Union juridique internationale

- *Séances et travaux de l'Union juridique internationale*, Paris, Pedone, 1920, tome I, 117 p.
- *Séances et travaux de l'Union juridique internationale. II, 2^e session de novembre 1919*, Paris, Pedone, 1920, 204 p.
- *Séances et travaux de l'Union juridique internationale, VI, 6^e session de décembre 1928*, Paris, Les éditions internationales, 1928, 82 p.

d. Institut de droit international

- *AIDI*, Tome 27, session extraordinaire de Paris (Mai 1919), Paris, Pedone, 359 p.
- *AIDI*, Tome 28, session plénière de Rome (Octobre 1921), Paris, Pedone, 1921, 294 p.
- *AIDI*, Tome 32, session de La Haye (Juillet-Août 1925), Paris, Pedone, 1925, 589 p.

e. Commission du droit international

- *Documents officiels de la seconde partie de la première session de l'AG, Première commission, Questions politiques et de sécurité, y compris la réglementation des armements, Procès-verbaux des séances (02/11 – 13/12/1946)*, New York, 1946, 364 p.
- *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale – Sixième Commission – Comptes rendus analytiques (16 septembre – 26 novembre 1947)*, New York, 1947, 377 p.

- Secrétariat général des Nations Unies, *Étude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des États*, New York, 1948, A/CN.4/2, 228 p.
- Résolution 178 (III) de l'Assemblée générale, « Projet de déclaration des droits et des devoirs des États », adoptée le 21 novembre 1947, A/RES/178(II).
- Résolution 375 (IV), « Projet de déclaration sur les droits et devoirs des États », adoptée le 6 décembre 1949, A/RES/375(IV). Pour les débats précédant et succédant le vote, v. la 270^{ème} séance, à la même date, A/PV.270, pp. 573-586.
- *Rapport de la CDI sur les travaux de sa première session du 12 avril au 9 juin 1949*, New York, 1949, A/925(SUPP), 15 p.
- *Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, sixième commission, questions juridiques, compte rendus analytiques des séances (20/09-29/11/1949)*, New York, 1949, 508 p.
- *Report of the International Law Commission. Report of the Sixth Committee*, distribué le 3 décembre 1949, A/1196, 21 p.
- CDI, *Yearbook of the International Law Commission 1949*, New York, Nations Unies, 1956, 312 p.
- Résolution 596 (VI) de l'Assemblée générale, « Projet de déclaration sur les droits et devoirs des États », adoptée le 7 décembre 1951, A/RES/596(VI).

f. En doctrine

- **ALVAREZ (A.)**, *La Codification du Droit International*, Bruxelles, Goamere Imprimeur du Roi, 1929, 159 p.
- **ALVAREZ (A.)**, *Exposé de Motifs et Projet de Déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du Droit International de l'avenir présenté à l'Institut de Droit International, à l'International Law Association, à l'Union Juridique Internationale et à l'Académie Diplomatique Internationale*, Paris, Les Éditions Internationales, 1931, 60 p.
- **ALVAREZ (A.)**, *Méthodes de la codification du droit international public. L'état actuel de ce Droit*, Paris, Les Éditions Internationales, 1947, 101 p.
- **BLUNTSCHLI (M.)**, *Le droit international codifié*, trad. de LARDY (C.), Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1870, 520 p.
- **COSENTINI (F.)**, *Code International de la Paix et de la Guerre. Essai d'une codification intégrale du droit des gens en 2029 articles*, Librairie de l'Institut Américain de Droit é de Législation Comparée, 1937, 353 p.

- **DE DOMIN-PETRUSCHEVECZ (A.)**, *Précis d'un Code du Droit International*, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1861, 133 p.
- **FIELD (D. D.)**, *Draft Outlines of an International Code*, New York, Diossy & Company, 1872, 463 p.
- **FIORE (P.)**, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, trad. de CHRÉTIEN (A.), Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1890, 610 p.
- **LA FONTAINE (H.)**, *The Great Solution. Magnissima Charta. Essay on Evolutionary and Constructive Pacifism*, Boston, World Peace Foundation, 1916, 177 p.
- **INTERNOSCIA (J.)**, *Nouveau Code de Droit International*, 1^{ère} éd., New York, The International Code Company, 1910, 1003 p.

B. Travaux relatifs à l'expulsion des étrangers

a. Commission du droit international

- M. Kamto, « Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers », distribué le 4 avril 2005, A/CN.4/554, 28 p.
- M. Kamto, « Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers », distribué le 19 avril 2007, A/CN.4/581, 46 p.
- « Expulsion des étrangers. Commentaires et observations reçus des gouvernements », distribué le 21 mars 2014, A/CN.4/669, 78 p.

b. Institut de droit international

- Résolution adoptée à la session de Genève (1892), « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », [en ligne](#).

C. Travaux relatifs à la compétence réelle

a. Académie internationale de droit comparé

- **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, « Application de la loi pénale d'un État aux infractions commises par des étrangers hors de son territoire », *Mémoires de l'Académie internationale de Droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, vol. II, Troisième partie, pp. 225-246.

b. Conférence internationale d'unification du droit pénal

- RAPPAPORT (E. S.) (DIR.), *Actes de la conférence. I. Conférence internationale d'unification du droit pénal (Varsovie, 1^{er}-5 Novembre 1927)*, Paris, Sirey, 1929, 186 p.

c. Congrès de droit comparé

- MALMSTRÖM (A.) ET STRÖMHOLM (S.) (DIR.), *Rapports généraux au VIIe Congrès international de droit comparé. Uppsala, 6-13 août 1966*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, 679 p.

d. Congrès pénal et pénitentiaire international de Bruxelles

- DE LATOUR (M. F.-C.) (DIR.), *Actes du congrès pénal et pénitentiaire international de Bruxelles, Août 1900, Procès-verbaux des séances*, vol. I, Berne, Imprimerie Staempfli & Cie, 1901, vol. I (596 p.) et II (728 p.).

e. Conseil de l'Europe, Comité européen pour les problèmes criminels

- *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, division des publications et des documents, 1990, 44 p.

f. Institut de droit international

- *AIDI*, vol. 3/4, 1879 et 1880, tome 1, Bruxelles, Librairie C. Muquardt, 1880, 421 p.

g. International Bar Association

- *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, Londres, 2009, [348 p.](#)

h. Université d'Harvard

- « Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime », *AJIL Supplement*, vol. 29, 1935, pp. 439-442. Pour le commentaire, *id.*, pp. 443-635.

D. Travaux de la CDI relatifs à l'identification du droit international coutumier

- WOOD (M.), « Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », distribué le 17 mai 2013, A/CN.4/663, 64 p.
- WOOD (M.), « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », distribué le 22 mai 2014, A/CN.4/672, 74 p.
- WOOD (M.), « Cinquième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », distribué le 14 mars 2018, A/CN.4/717, 61 p.

E. Travaux de la CDI relatifs aux règles impératives du droit international

- TLADI (D.), « Premier rapport sur le *jus cogens* », distribué le 8 mars 2016, A/CN.4/693, 48 p.
- TLADI (D.), « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », distribué le 12 février 2018, A/CN.4/714, 68 p.
- « Projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », in Nations Unies, *Rapport de la CDI. Soixante-treizième session (18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022)*, A/77/10, pp. 11-94.

F. Travaux de la CDI sur les principes généraux du droit international

- VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (M.), « Premier rapport sur les principes généraux du droit », distribué le 5 avril 2019, A/CN.4/732, 76 p.
- VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (M.), « Deuxième rapport sur les principes généraux du droit », distribué le 9 avril 2020, A/CN.4/741, 62 p.
- VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (M.), « Troisième rapport sur les principes généraux du droit », distribué le 18 avril 2022, A/CN.4/753, 58 p.
- « Texte consolidé des projets de conclusions 1 à 11 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction », distribué le 21 juillet 2022, A/CN.4/L.971, 3 p.
- *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-douzième session (26 avril – 4 juin et 5 juillet – 6 août 2021)*, New York, Nations Unies, 2021, A/76/10, 217 p.
- *Rapport de la CDI, Soixante-treizième session (18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022)*, New York, Nations Unies, 2022, A/77/10, 401 p.

G. Divers

a. Association de droit international

- « Co-Existence Report », *International Law Association Reports*, vol. 47, 1956, pp. 456 et s.
- « Land-Locked States », *Report of the the fifty-seventh conference held at Madrid, August 30th, 1976, to September 4th, 1976*, Cambrian News Ltd., Aberystwyth, 1978, pp. 541-563.
- HOSSAIN (K.), « Legal aspects of a new international economic order », *Report of the Sixtieth Conference held at Montreal (29/08 - 04/09 1982)*, vol. 64, 1990, pp. 251-281.

b. Commission du droit international

- **BEDJAOUI (M.)**, « Neuvième rapport sur la succession dans les matières autres que les traités », *ACDI 1977*, vol. II(1), pp. 49-126.
- **FITZMAURICE (G. G.)**, « Deuxième rapport sur le droit des traités », *ACDI 1957*, vol. II, pp. 17-80.
- **SUCHARITKUL (S.)**, « Septième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ACDI*, vol. II(1), 1985, A/CN.4/388, pp. 21-47.
- **WALDOCK (H.)**, « Deuxième rapport sur le droit des traités », *ACDI 1963*, vol. II, pp. 37-100.
- **WALDOCK (H.)**, « Cinquième rapport sur le droit des traités », *ACDI 1966*, vol. II, pp. 1-54.
- **AGO (R.)**, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago », in *ACDI 1980*, vol. II(1), A/CN.4/318/Add.5-7, pp. 13-68.

c. Institut de droit international

- Résolution adoptée à la session de Paris de 1894, « Règles sur la définition et le régime de la mer territoriale », [disponible en ligne](#).

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes

Index des noms communs

A

Admission des étrangers : v. Immigration

C

Climat : 367-370 ; 642 et s. ; 670 et s.

Coexistence : 73-74 ; 324-325 ; 371 ; 390 ; 400 ; 427-429 ; 434.

Commission du droit international : 28-29 ; 51 ; 66 ; 149 ; 219-221 ; 283-285 ; 368 ; 395 et s. ; 423 ; 448-451 ; 455 ; 458 ; 475 ; 592-593 ; 616-617 ; 672 ; 801 ; 807 ; 895 ; 987 ; 1013 ; 1043.

Compétence réelle : 172-176 ; **251 et s.** ; 1048-1049.

Conservation de soi :

Devoir et obligation de préserver son existence : 96-99 ; 124 ; **134-136** ; 139-141 ; 201 et s. ; 251 ; 488 ; 506 ; 567 ; 599.

Droit fondamental : 84-87 ; 133-144 ; 339-355.

Impossibilité de ne pas préserver son existence : 227 ; 230-231 ; 270 ; 277 ; 282 ; 506-509 ; 665-666 ; 900-902.

Obligation de préserver l'existence d'un autre État : 357-363 ; 458-471.

Principe : 62 et s. ; 384-393 ; 400 ; 406-407 ; 408-410 ; 414-417 ; 418 et s.

Continuité de l'État : 15 ; 93 ; **100-107** ; **108-132** ; 481.

Coutume : 55 ; 77 ; 253 ; **501 et s.** ; **609 et s.** ; 679 ; 712 ; 781 ; 890.

D

Déclaration sur les droits et devoirs des États :

Commission du droit international : 394 et s.

Institut américain de droit international : 330 ; 334-336 ; 347 ; 358 ; 372 ; 375 ; 380-381 ; 384.

Institut de droit international : 331 ; 372 ; 380.

Union interparlementaire : 332 ; 341-343 ; 359 ; 380 ; 385 ; 389.

Union juridique internationale : 330-331 ; 344 ; 391.

Dettes odieuses : 822-824.

Dénonciation : v. Traité

Disparition volontaire : 47 ; 259 ; **290 et s.** ; 524 ; 1047.

Domaine réservé : 26 ; 299-301 ; 723 et s. ; 939 ; 1026-1027.

Droit à la vie : 24 ; 498 ; 638 ; 701 ; 711 et s.

Droit à la survie : 24 ; 51 ; 519 et s. ; 642 ; 644 ; 670-671 ; 823 ; 1019 ; 1047 et s.

Droit d'autoprotection : 32-33.

Droit d'exister : 20-23 ; 238 ; 270 ; 325 ; 339 et s. ; 377 ; 389 ; 392 ; 399 et s. ; 431 ; 466 ; 625 ; 637 ; 729 et s.

E

Éléments constitutifs de l'État : v. Menace existentielle

Embargo sur les armes : 239 ; 535-536 ; 728-730 ; **736 et s.** ; 769-778.

État :

État défaillant : 766 et s.

État fédéral : 164 ; 291 ; 293-294.

État privé de littoral ou géographiquement désavantagé : 604 ; 634 et s. ; 653 et s. ; 808.

v. Petit État insulaire en développement

v. Raison d'État

État de nécessité : v. Nécessité

Existence : v. Droit d'exister et Menace existentielle

Expropriation : 208.

Expulsion des étrangers : v. Immigration

F

Fonds vautour : 281.

G

Garanties de sécurité : 288 ; 301-317 ; 400 ; 406-410 ; 414-417 ; 418 et s.

H

Humanité : 524 ; 620 ; 1005 ; 1008 et s. ; **1033 et s.**

I

Immigration :

Pouvoir d'expulsion et d'admission des étrangers : **210 et s.** ; 857 ; 886 ; 1013.

Immunités : **281 et s.** ; 866 ; 874-878 ; 885-890.

Inhérence : 44 ; 77-82 ; 121-123 ; 192-195 ; 199-200 ; 213 ; 217-219 ; 252-254 ; 483 ; 501-502.

Intérêts vitaux : 26-27 ; 237 ; 256 ; 524 ; 537-538 ; 595 ; 621 ; 629 ; 652 et s. ; 717 ; 719 ; 794 ; 803-804 ; 807 ; 844-845 ; 882 ; 907-908 ; 935 et s.

Interprétation : v. Traité

Intervention : 144 ; 335 ; 347-350 ; 364 ; 400 ; 434 ; **510-512** ; 692 ; **855** ; **867-873** ; 882-883 ; 975-976 ; 1008-1010.

L

Légitime défense : 2-3 ; 46 ; 50 ; 79 ; **224 et s.** ; 271-272 ; 283 ; 302 ; 315 ; 359 ; 362 ;

403-404 ; 450-452 ; **482 et s.** ; 572 ; 691 ;
735 et s. ; 759-764 ; 810-812 ; 860 et s. ;
 881-882 ; 888-891 ; 906 ; 919-921 ; 937 ;
 994-997.

M

Menace à la paix et à la sécurité internationales : 295 ; 305 et s. ; **463 et s.** ; **723 et s.** ; **735 et s.** ; 757-758 ; 766 et s. ; 811.

Menace existentielle :

Atteinte à la souveraineté : 157-164 ; 745.

(Auto-)Appréciation : 911 et s. ; 928 et s. 945 et s.

Caractère indéterminé : 167-176.

Circonstanciée : 186 et s. ; 964-965.

Éléments constitutifs de l'État : 12-13 ; 147-156 ; 957 et s.

Exemples : 211 et s. ; 567 et s. ; 580 et s. ; 590 ; 592-593 ; 588-600 ; 688 et s. ; 696 et s. ; 711 ; 729 ; 731.

Mer territoriale : 566 et s.

N

Nécessité :

Militaire : 908.

Critère de nécessité : 917 et s.

État de nécessité : 28-29 ; 375-378 ; 836 ; 849-850 ; 855 ; 867 ; 884 ; 895-897 ; 914-915.

O

Obligation de négocier : 675 ; **710 et s.**

Obligations erga omnes : 426.

Obligations jus cogens : 46 ; **444 et s.** ; 1015-1016.

Organisation de l'Unité Africaine : 435-436.

Organisation des États Américains : 345-346 ; 351-356 ; **360-370.**

Organisation des Nations Unies : 241 et s. ; 312 et s. ; **394 et s.** ; **418 et s.** ; 460 ; 547 ; 638 ; 711 et s. ; 721 et s. ; **755 et s.** ; 1016 et s.

Organisation du traité de l'Atlantique nord : 3 ; **688 et s.** ; 762 ; 820-821.

Organisation Mondiale du Commerce : 911-912 ; 937 ; 951 ; 957 ; 967 ; 980 ; 982.

P

Petits États Insulaires en Développement (PEID) : 51 ; 365-370 ; 643-651 ; 669-677.

Plateau continental : 590 et s.

Principe général du droit international : 62-69 ; 624 et s.

R

Raison d'État : 41 ; 115 ; 850 ; 1023-1024.

Renonciation : v. Immunités ; Disparition volontaire.

Retrait : v. Traité

S

Sécurité nationale : 30-31 ; 177-183 ; 276-277 ; 283 ; 582 ; 661 ; 697 et s. ; 805 ; 886 ; 903 ; 932 ; 935 et s. ; 954 et s. (*passim*, tout au long du Chapitre 8).

Sécession : 126 ; 164 ; 203 ; 724.

Société des Nations : **177-183** ; 359 ; **391-392** ; 477 ; 569 ; 817.

Souveraineté : 7-18 ; 47 ; 53-54 ; 80 : 82-90 ; 102-103 ; 122-123 ; 137 ; 139 ; 143 ; 154 et s. ; 157 et s. ; 194-196 ; 199-200 ; 213 ; 230 ; 258 et s. ; 290 et s. ; 298 et s. ; 562-565 ; 630 ; 683 et s. ; 796 ; 801 ; 843-844 ; 848 ; 936 ; 1008 et s. ; 1019 ; 1025 ; 1027 ; 1035-1040.

Suicide : v. Disparition volontaire

Survie : v. Droit à la survie.

T

Traité :

Changement fondamental de circonstances : 783 ; 795-796 ; 801-804.

Dénonciation : 782 ; 791-794 ; 797-798 ; 801 ; 807-809.

Interprétation : 18 ; 56 ; 65 ; 67 ; 116 ; **199 et s.** ; 213 ; 225 ; 228 ; 261 et s. ; 405 ; 424 ; 450 ; 455 ; 469 ; **492 et s.** ; 521 ; **527 et s.** ; **669 et s.** ; 872 ; 897 et s. ; 908 ; 911 ; 931 et s. ; **978 et s.** ; 990 ; 995 ; 998.

Retrait : 425-426 ; 727 et s. ; 782 ; 805 ; 809-812 ; 820-821 ; 1016-1020.

Violation substantielle : 786-788 ; 799-800 ; 805-807.

U

Union européenne : 45 ; 242 ; 462 ; 886 ; 897 ; 944 ; 963-965 ; 1002.

Z

Zone économique exclusive : 588 ; **598 et s.** ; 664.

Index des traités

A

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) (1947 et 1994) : 911-912 ; 935 ; 938 ; 942 ; 953 ; 980 ; 982 ; 1000 et s.

Accord sur le commerce et les relations entre le Tibet chinois et l'Inde (1954) : 434.

Acte constitutif de l'Union africaine (2000) : 436.

C

Central American Convention for the Limitation of Armaments (1924) : 180.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) : 897-903.

Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine (1963) : 435-436.

Charte de l'Organisation des États Américains (Bogota) (1948) : 248 ; 346 ; 351-355 ; 360-364 ; 366-369 ; 416 ; 512.

Charte de l'Organisation des Nations Unies (1945) : 2-4 ; 35 et s. ; 50 ; 78-79 ; 184 ; 226 ; 239 ; 248-249 ; 307 ; 315 ; 394 et s. ; 418 et s. ; 442 et s. ; 469 ; 691-692 ; 723 ; 735 et s. ; 881-883 ; 994 et s.

Charte de sécurité européenne (1999) : 244.

Convention-cadre sur les changements climatiques (1992) : 644-646.

Accord de Paris (2015) : 644 ; 646-648 ; 670-671 ; 674-675.

Protocole de Kyoto (1997) : 646-647 ; 649.

Convention concernant le régime des détroits (Convention de Montreux) (1936) : 231 ; 308 ; 817-818.

Convention des détroits (Convention de Lausanne) (1923) : 815 et s.

Convention de Barcelone (1921) : v. Convention sur la liberté du transit.

Convention de Chicago (1944) : v. Convention relative à l'aviation civile internationale.

Convention de Lausanne (1923) : v. Convention des détroits.

Convention de Montego Bay (1982) : v. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États (1933) : 13 ; 51 ; 148-155 ; 336 ; 345 ; 347-355 ; 399 ; 512.

Convention de Montreux (1936) : v. Convention concernant le régime des détroits.

Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (1978) : 824.

Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) : 447 ; 450 ; 494 ; 539 ; 669

et s. ; 718 ; 782-787 ; **798 et s.** ; 821 ; 903 ; 959 ; 979 ; 981.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961) : 885 et s.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982) : 571 ; 573-574 ; 577-579 ; 593-595 ; 604-605 ; 634-635 ; 641 ; 661-662 ; 664 ; 666-667 ; 672 ; 676 ; 1047.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004) : 284.

Convention destinée à garantir le libre usage du canal maritime de Suez (1888) : 268 et s.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) : 940-941 ; 954 ; 959-960 ; 967 ; 978 ; 1021 et s.

Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice (1907) : 334 ; **694 et s.**

Convention relative à l'aviation civile internationale (1944) : 584-585.

Convention relative au commerce de transit des États sans littoral (1965) : 659-661.

Convention sur la haute mer (1958) : 598 ; 640 ; 657-658.

Convention sur la liberté du transit (1921) : 654-657.

Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (1958) : 568 ; 573 ; 797.

Convention sur le plateau continental (1958) : 591.

Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (1992) : 302.

P

Pacte Briand-Kellogg (1928) : 225 ; 511.

Pacte de la SdN (1919) : 36 ; **177 et s.** ; 311 ; 359 ; **391-392** ; 401.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) : 670 ; 809 ; 812 ; 940 ; 947 ; 952 ; 957 ; **1015 et s.**

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (1977) : 1042.

T

Traité « Ciel ouvert » (1992) : 805.

Traité concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques (1972) : 805.

Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la République de Géorgie et l'Ukraine (1993) : 248.

Traité d'amitié et de coopération entre la République de Hongrie et la Mongolie (1998) : 434.

Traité d'amitié et de coopération entre la Roumanie et le Portugal (1975) : 437.

Traité de l'Atlantique Nord (1949) : 249 ; 691 ; 820.

Traité de non-prolifération sur les armes nucléaires (1968) : 304 ; 675 ; 727-730 ; 810-812.

Traité de paix conclu avec l'Italie et l'Éthiopie (1947) : 479.

Traité de Paris relatif à la neutralisation de la mer noire (1856) : 793 ; 819.

Traité destiné à adapter et à confirmer les rapports d'amitié et de coopération entre la République française et la Principauté de Monaco (2002) : 161.

Traité sur le commerce des armes (2013) : 239 et s.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2012) : 944 ; 963 ; 1002.

Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (1990) : 184.

Treaty between His Most Faithful Majesty and His Imperial Majesty, concerning the Recognition of the Empire of Brazil (1825) : 246.

Treaty of Constantinople, of the 8th of July 1833, (called the Treaty of Unskiar Skelessi) : 247.

Treaty of Friendship, League, and Confederation, between Chile and Peru (1822) : 246.

Treaty of Perpetual Union, League, and Confederation, between Colombia and the United Provinces of Central America (1825) : 246.

Index de la jurisprudence

A

A. et autres c. Royaume-Uni (2009) : 922 ; 949 ; 967 ; 978

Accra ex parte (2013) : 283.

Activités armées sur le territoire du Congo (2005) : 920 ; 996-997.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986) : 155 ; 433 ; 487 ; 502-504 ; 586 ; 919-920 ; 937-938 ; 968 ; 978 ; 996-997.

Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France (1978) : 918.

Ahmadou Sadio Diallo (2010) : 897.

Aksoy c. Turquie (1996) : 959 ; 967.

Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence (1999) : 953.

Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (1958) : 428.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1993) : 536.

Attorney General for the Dominion of Canada v Everett E. Cain and James Raymond Gilhula (1906) : 214.

Belilos c. Suisse (1988) : 941.

Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe (2009) : 943.

Brannigan et McBride c. Royaume-Uni (1993) : 948 ; 967.

C

Campus Oil Limited contre ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres (1984) : 30 ; 921 ; 937 ; 963-965.

Certains actifs iraniens (2019) : 942.

Certains emprunts norvégiens (1957) : 939 ; 984.

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (2008) : 982.

Chandler v. Director of Public Prosecutions (1964) : 202.

Chasse à la baleine dans l'Antarctique (2014) : 650.

Chevrau (1931) : 1013.

Chinese Exclusion Case (1889) : 211 ; 343.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (2005) : 912 ; 921-922 ; 943 ; 962.

Commission c. République fédérale d'Allemagne (1979) : 937.

B

Commission des Communautés européennes c. République italienne (2008) : 1002.

Commission européenne c. République de Finlande (2009) : 944.

Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) (1974) : 803.

Conférence pour la paix en Yougoslavie, Avis n°1 (1992) : 20 ; 129 ; 151 ; 426.

Conférence pour la paix en Yougoslavie, Avis n°8 (1992) : 159 ; 164.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (2004) : 430 ; 459 ; 989-990.

Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda v. Nigeria (1999) : 898-899.

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic (2008) : 921-922 ; 943 ; 962.

D

Dame Bonjean (1980) : 121.

Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce (l'« Affaire grecque ») (1961) : 958.

Daniel Dillon (1928) : 1013.

Dareskizb Ltd. v. Armenia (2021) : 960 ; 968.

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (1923) : 26 ; 299-300 ; 939 ; 1026.

Dehaene (1950) : 114-115.

Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (1984) : 429.

Détroit de Corfou (1949) : 32 ; 158 ; 1042.

Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Pologne (1929) : 152.

Deutsche Telekom v. India (2017) : 921 ; 937 ; 943 ; 951 ; 962 ; 968 ; 980 ; 984.

Devas v. The Republic of India (2016) : 921 ; 951 ; 962.

Droit de passage en territoire indien (1960) : 63-64 ; 608 et s.

Droits de navigation et des droits connexes (2009) : 262.

E

El Salvador v. Nicaragua, Central American Court of Justice (1917) : 334 ; 695 et s.

Emprunts brésiliens (1929) : 263.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (2007) : 912 ; 966.

Ex parte Tate (1864) : 204-208.

F

Fayed v. Al-Tajir (1987) : 878.

Fedala (1957) : 265 ; 272.

Fiocchi munizioni SpA c. Commission des Communautés européennes (2003) : 922 ; 944 ; 1002.

Flying Trader (1950) : 267 et s.

Fong Yue Ting v. United States (1893) : 213.

Forbes v. Tiaco (1910) : 215.

G

German Requisitions (1922 et 1924) : 908 ; 989.

H

Heyriès (1918) : 112.

I

Indemnité russe (1912) : 961.

Île de Palmas (ou Miangas) (1928) : 154.

Interhandel (1959) : 939.

Irlande c. Royaume-Uni (1978) : 922 ; 948-949 ; 959 ; 967.

J

J. v. Peru, Series C N°275 (2013) : 950.

Japan v. Shigeru Sakata et. al (1959) : 228 ; 937.

Jedanaest članova Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (2000) : 217-218.

Judgment concerning the legality of the General Security Service's interrogations methods (1999) : 208.

L

Lac Lanoux (1957) : 718.

Lawless c. Irlande (n°3) (1961) : 922 ; 959 ; 978.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic (2006) : 921-922 ; 943 ; 960 ; 962 ; 970 ; 982.

Licéité de la menace ou de l'emploi de la force (1996) : 50 ; 166-171 ; 514 et s. ; 673 ; 675 ; 1045 et s.

Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (1979) : 121.

Loizidou c. Turquie (1995) : 941.

Lotus (1927) : 53 ; 251 ; 261 ; 563 ; 565 ; 571 ; 936.

M

Maal Case (1903) : 218.

Marchiori v. Environment Agency (2002) : 202 ; 515.

Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) : 897.

Min. publ. c. Jacopini (1908) : 214.

Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic (2013) : 913 ; 943 ; 962.

N

Neshimura Ekiu (1892) : 212-213.

Nkondo v. Minister of Police and Another (1980) : 275-279.

North Atlantic Coast Fisheries Case (1910) : 261 ; 595.

O

Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (2018) : 714-717.

Oliva Case (1903) : 1013.

Operation Dismantle (1985) : 202.

P

Paquet Case (Expulsion) (1903) : 1013.

Pêcheries (1951) : 574 ; 595 ; 601.

Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne) (1982) : 596.

Plateau continental de la mer du Nord (1969) : 590-591 ; 593 ; 615 ; 617 ; 621 ; 717.

Plates-formes pétrolières (2003) : 537-539 ; 919-920 ; 942 ; 967 ; 978 ; 996-997.

Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer (1995) : 953 ; 1002.

Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983 (1985) : 120.

Q

La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne] (2016) : 174.

P

Projet Gabcikovo-Nagymaros (1997) : 787 ; 912-913.

R

R c. Neumann (1946) : 253.

R (on the application of bancoult no 3) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (2018) : 878.

Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts (1943) : 201.

Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (Protocole du 19 mars 1931) (1931) : 155.

Regina v. Dudley (1884) : 343.

Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others (2005) : 214.

Rex v. Lunan (1947) : 878.

Rose v. The King (1947) : 208 ; 877-878.

Russie-Mesures concernant le trafic en transit (2019) : 911 ; 922 ; 935 ; 937 ; 942 ; 951 ; 953 ; 957 ; 967 ; 980 ; 982 ; 984 ; 1000-1001.

S

Şahin Alpay c. Turquie (2018) : 960.

SAUR International SA v. Republic of Argentina (2012) : 962.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic (2007) : 912-913 ; 921 ; 943 ; 962 ; 966 ; 984.

State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity (2017) : 676.

Statut de la Carélie orientale (1923) : 155.

Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne (2001) : 1021-1024.

T

Tacna-Arica Question (1925) : 1013.

Total S.A. v. The Argentine Republic (2010) : 921.

V

Van Zyl and Others v. Government of Republic of South Africa and Others (2011) : 208.

Vapeur Wimbledon (1923) : 47 ; 259.

Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (2021) : 942.

W

Winkell (1909) : 110-111.

X

X c. Director General De Aviacion Civil, Ministro de la presidencia, Presidenta de la Republica y Asamblea Legislativa (2013) : 229.

Y

Yazar et autres c. Turquie (2002) : 1025.

Z

Zq (Serving Soldier) Iraq v. Secretary of State for the Home Department (2008) : 532-534.

Table des matières

| | |
|--|----|
| Introduction | 1 |
| Éléments de définition..... | 3 |
| Le cadre théorique de la conservation de l'État : la théorie des droits fondamentaux étatiques..... | 4 |
| La conservation de l'État et le droit à l'existence ou à la (sur)vie | 10 |
| Nécessité, intérêts vitaux, sécurité nationale et autoprotection..... | 13 |
| Cadre théorique de la thèse | 18 |
| Le récit de l'interdiction du recours à la force et du droit d'autoconservation | 18 |
| Réhabilitation et correction de la théorie des droits fondamentaux étatiques..... | 23 |
| L'inhérence structurelle de la conservation de l'État..... | 26 |
| Pertinence des principes généraux du droit international..... | 31 |
| Problématique..... | 35 |
| Thèse et annonce de plan | 36 |
| Première partie. Les rattachements structurels de la conservation de l'État au droit international | 38 |
| Titre 1. Inhérence du droit de conservation de l'État et de sa souveraineté..... | 42 |
| Chapitre 1. Inhérence simple : conservation et souveraineté de l'État | 44 |
| Section 1. Définition du droit d'autoconservation comme pouvoir souverain garantissant la continuité de l'État | 45 |
| Paragraphe 1. La souveraineté comme garantie de la continuité de l'État..... | 45 |
| 1.1. Du <i>conatus</i> de Spinoza à la continuité de l'État..... | 46 |
| 1.2. Le principe de continuité de l'État et la conservation de l'État | 53 |
| a. La continuité de l'État en droit interne..... | 53 |
| b. La continuité de l'État en droit international | 62 |
| Paragraphe 2. La continuité de l'État et le droit souverain d'autoconservation..... | 66 |
| 2.1. Chez les « précurseurs des droits fondamentaux » (Wolff et Vattel)..... | 66 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Chez les successeurs des fondateurs du droit international (les internationalistes classiques) | 69 |
| Section 2. Définition de la « menace existentielle » comme atteinte aux éléments constitutifs affectant l'exercice de la souveraineté | 74 |
| Paragraphe 1. Seuil de gravité d'une atteinte aux éléments constitutifs traduisant une menace existentielle | 74 |
| 1.1. L'atteinte à la population, au territoire, au gouvernement et à la souveraineté : seuil minimal de gravité d'une menace existentielle | 75 |
| 1.2. L'impossibilité d'exercer effectivement la souveraineté : seuil maximal de gravité d'une menace existentielle | 80 |
| Paragraphe 2. Imprécision et relativité de la notion de menace existentielle..... | 85 |
| 2.1. L'impossible détermination objective de la « menace existentielle »..... | 85 |
| 2.2. L'inévitable détermination circonstanciée de la « menace existentielle » | 90 |
| Conclusion du Chapitre 1 | 96 |
| Chapitre 2. Inhérence dérivée : conservation et droits souverains de l'État | 98 |
| Section 1. Identification des pouvoirs souverains essentiels à la préservation de l'existence de l'État..... | 100 |
| Paragraphe 1. Appréhension des droits inhérents en droit constitutionnel | 100 |
| 1.1. La théorie des pouvoirs induits et le droit d'autoconservation | 100 |
| 1.2. Origine constitutionnelle du pouvoir d'expulsion et de non-admission des étrangers | 106 |
| Paragraphe 2. Appréhension des pouvoirs inhérents en droit international | 114 |
| 2.1. L'inhérence des compétences souveraines de l'État en matière militaire... .. | 115 |
| a. Le droit de légitime défense | 115 |
| b. Le droit de sûreté, corollaire du droit de légitime défense..... | 120 |
| i. Le droit d'acquérir des armes dans la Charte des Nations Unies et la réglementation du commerce des armes..... | 121 |
| ii. Le droit de conclure des traités de défense collective | 126 |
| 2.2. L'inhérence des compétences souveraines de l'État en matière judiciaire . | 130 |

| | |
|---|-----|
| Section 2. Question de l'altération librement consentie des pouvoirs souverains essentiels à la préservation de l'existence de l'État | 136 |
| Paragraphe 1. La présomption favorable à la préservation des droits souverains.. | 137 |
| 1.1. Une présomption réfragable | 137 |
| 1.2. Une présomption favorable aux restrictions expresses des droits souverains | 147 |
| Paragraphe 2. Les garanties de sécurité et l'aliénation ou la restriction librement consentie de la souveraineté | 151 |
| 2.1. Le « droit de l'État de se suicider » et le droit d'autoconservation..... | 151 |
| 2.2. La restriction de la souveraineté et la redéfinition des modalités d'action des pouvoirs d'autoconservation | 154 |
| Conclusion du Chapitre 2 | 166 |
| Conclusion du Titre 1 | 167 |
| Titre 2. D'un droit fondamental d'autoconservation à un principe fondamental du droit international public..... | 169 |
| Chapitre 3. Redéfinition du droit d'autoconservation dans les projets de codification des droits et devoirs des États..... | 170 |
| Section 1. Les caractéristiques communes des diverses déclarations sur les droits et devoirs des États..... | 171 |
| Paragraphe 1. Objet du droit d'autoconservation : consacrer l'obligation négative de respecter l'existence des Etats | 176 |
| 1.1. Une définition strictement encadrée du droit d'autoconservation | 176 |
| 1.2. Une définition du droit d'autoconservation excluant le devoir de protéger l'existence d'un État..... | 184 |
| Paragraphe 2. Fonction du droit d'autoconservation : poser les fondations d'un « droit international nouveau » | 190 |
| 2.1. L'exercice du droit d'autoconservation conditionné au respect des devoirs des États..... | 191 |
| 2.2. Le droit d'autoconservation conçu comme un moyen de développer le droit international..... | 195 |

| | |
|---|-----|
| Section 2. Le rejet du droit d’autoconservation dans le projet de déclaration des Nations Unies..... | 201 |
| Paragraphe 1. Mutation de la conservation de l’État : d’un « droit » à une « prémisses » théorique garantie dans les principes de la Charte | 204 |
| 1.1. Suppression du droit à l’existence du projet de déclaration..... | 204 |
| 1.2. Un droit à l’existence reflétant les principes fondamentaux du droit international..... | 210 |
| Paragraphe 2. La conservation de l’État comme élément structurant des principes de la Charte des Nations Unies | 216 |
| 2.1. Des principes de la Charte organisant le droit international autour de la préservation de l’existence des États..... | 216 |
| 2.2. La violation des principes de la Charte qualifiée de menace existentielle.. | 223 |
| Conclusion du chapitre 3..... | 230 |
| Chapitre 4. La conservation des États et les règles et principes de la Charte des Nations Unies..... | 232 |
| Section 1. Violation des principes de la Charte des Nations Unies et conservation de l’État..... | 232 |
| Paragraphe 1. Impérativité des principes garantissant l’existence des États..... | 232 |
| 1.1. La conservation des États en tant qu’indice du caractère impératif des principes de la Charte..... | 232 |
| 1.2. Faible portée pratique du mécanisme de nullité des règles contraires | 237 |
| Paragraphe 2. Effet du caractère impératif des principes garantissant l’existence des États | 239 |
| 2.1. Portée limitée de l’obligation de coopérer pour mettre fin aux violations graves | 239 |
| 2.2. Portée limitée de l’obligation de ne pas « reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave »..... | 247 |
| Section 2. Caractère inhérent du droit de légitime défense et conservation de l’État | 253 |
| Paragraphe 1. Étirement de la portée du droit de légitime défense en faveur de la préservation de l’État..... | 254 |

| | |
|---|-----|
| 1.1. L'incertitude terminologique entourant le droit de légitime défense | 255 |
| 1.2. L'interprétation et la coutume comme moyen de préciser et d'étendre la portée du droit de légitime défense | 258 |
| a. Interprétation de l'article 51 de la Charte à la lumière de son objet et de son but : la préservation de l'existence de l'État | 258 |
| b. Application de l'article 51 et de son versant coutumier : conservation de l'État et légitime défense élargie | 262 |
| Paragraphe 2. La survie de l'État dans l'avis consultatif sur la <i>Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires</i> : élément de confusion ou d'harmonisation du droit positif ? | 269 |
| 1.1. Le droit à la survie, notion juridique autonome ou reflet du droit de légitime défense ? | 272 |
| 1.2. Le droit à la survie et l'interprétation du droit applicable | 276 |
| Conclusion du Chapitre 4 | 283 |
| Conclusion du Titre 2 | 284 |
| Conclusion de la première partie | 285 |
| Seconde partie. Le déploiement de la conservation de l'État en droit international | 287 |
| Titre 1. Les prétentions normatives fondées sur la conservation de l'État | 288 |
| Chapitre 5. Conservation de l'État et création du droit international | 289 |
| Section 1. Prétentions relatives à l'exercice de la souveraineté territoriale | 291 |
| Paragraphe 1. Une prétention liée au territoire de l'État qui émet la prétention | 292 |
| 1.1. Conservation de soi et exercice de la souveraineté pleine et entière | 292 |
| a. La mer territoriale et la nécessité de protéger les côtes | 293 |
| b. L'espace aérien surjacent au territoire et la nécessité d'en garantir l'intégrité | 301 |
| 1.2. Conservation de soi et exercice de droits souverains | 305 |
| a. Le plateau continental et la nécessité de préserver les ressources du sous-sol des fonds marins | 306 |

| | |
|---|-----|
| b. La zone économique exclusive et la nécessité de préserver l'ensemble des ressources naturelles..... | 311 |
| Paragraphe 2. Une prétention liée au territoire de l'État auquel on oppose la prétention | 316 |
| 2.1. La difficulté de déduire une règle coutumière de l' <i>opinio necessitatis</i> | 317 |
| 2.2. La difficulté de déduire une règle coutumière d'un principe général du droit international..... | 324 |
| Section 2. Prétentions relatives à la création d'obligations à la charge des tiers | 328 |
| Paragraphe 1. La préservation des États dans les négociations internationales | 329 |
| 1.1. La conservation de l'État en tant qu'élément contextuel de certaines règles | 329 |
| 1.2. La conservation de l'État en tant qu'objet et but de certaines règles | 333 |
| Paragraphe 2. Des régimes conventionnels traduisant un équilibre entre les intérêts vitaux des États parties | 339 |
| 2.1. Des règles consacrant un compromis entre l'État à l'origine de la prétention et ceux qui y donnent suite..... | 339 |
| 2.2. Le recours à l'interprétation pour dépasser le compromis obtenu | 347 |
| Conclusion du Chapitre 5 | 352 |
| Chapitre 6. Conservation de l'État et contestation du droit international | 354 |
| Section 1. Contestations de l'exercice d'une compétence souveraine ou souverainement dévolue | 354 |
| Paragraphe 1. L'obligation de ne pas menacer l'existence des États voisins dans l'exercice de la souveraineté | 354 |
| 1.1. Négation de certaines prérogatives souveraines dont l'exercice menacerait l'existence des États voisins..... | 355 |
| a. La conservation de l'État, motif de contestation d'une alliance défensive | 355 |
| b. La conservation de l'État, motif de contestation de la libre disposition du territoire | 360 |

| | |
|---|-----|
| 1.2. L'échec de telles prétentions en l'absence d'obligation de négocier en droit international..... | 368 |
| Paragraphe 2. L'obligation de ne pas menacer l'existence des États membres dans l'exercice de compétences souverainement dévolues à une organisation internationale | 373 |
| 2.1. La menace existentielle comme facteur empêchant une réaction du Conseil de sécurité | 374 |
| a. La conservation des États dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales | 374 |
| b. Le droit de légitime défense et le maintien de la paix et de la sécurité internationales | 380 |
| 2.2. L'exercice des pouvoirs du Conseil de sécurité dans le respect et la garantie de l'existence des États membres..... | 390 |
| a. Garanties de sécurité offertes à l'État ciblé par les mesures du Conseil de sécurité | 390 |
| b. La préservation des États défailants pour rétablir la paix et la sécurité internationales | 395 |
| Section 2. Contestations de l'opposabilité d'une règle internationale | 403 |
| Paragraphe 1. La théorie : impossibilité d'éteindre unilatéralement un traité en l'absence d'une clause contraire..... | 407 |
| 1.1. Les prétentions extinctives fondées sur la conservation de l'État..... | 407 |
| 1.2. Rejet de ces prétentions par le droit en vigueur | 411 |
| Paragraphe 2. La pratique : flexibilité des engagements internationaux..... | 421 |
| 2.1. L'ineffectivité des garanties de sécurité obtenues conventionnellement, condition du succès de la contestation | 421 |
| 2.2. La sécurité juridique, condition du succès de la contestation | 425 |
| Conclusion du Chapitre 6 | 429 |
| Conclusion du Titre 1 | 430 |
| Titre 2. La conservation de l'État comme exception ou comme dérogation..... | 432 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre 7. Inscriptions de la conservation de l'État comme exceptions conventionnelle ou coutumière | 433 |
| Section 1. La conservation de l'État comme prétexte à la violation du droit international | 433 |
| Paragraphe 1. La primauté de la conservation de l'État sur les droits des autres États | 434 |
| 1.1. La comparaison des intérêts en cause favorable à la conservation de l'État | 434 |
| 1.2. L'impossible comparaison des intérêts de conservation de deux États | 437 |
| Paragraphe 2. La conservation de l'État au cœur des violations du droit international | 442 |
| 2.1. L'histoire d'une confusion : l'autoconservation, la nécessité et la légitime défense..... | 442 |
| 2.2. Le maintien de la confusion : l'autoconservation comme exception générale et abstraite | 452 |
| Section 2. La conservation de l'État comme exception strictement encadrée | 460 |
| Paragraphe 1. Caractère implicite de la conservation de l'État en l'absence d'exception conventionnelle..... | 461 |
| 1.1. Possibilité de déroger à une obligation malgré l'absence de clause conventionnelle | 461 |
| 1.2. L'impossibilité d'exiger le respect d'une obligation en l'absence de moyens garantissant l'existence des États | 466 |
| Paragraphe 2. Caractère explicite de la conservation de l'État en présence d'une exception conventionnelle..... | 468 |
| 2.1. La conservation de l'État invocable selon les conditions établies par l'exception conventionnelle | 468 |
| 2.2. La conservation de l'État justifiant l'adoption de mesures strictement nécessaires à l'objectif poursuivi par l'exception conventionnelle..... | 471 |
| Conclusion du Chapitre 7 | 476 |
| Chapitre 8. Mise en œuvre des exceptions fondées sur la conservation de l'État..... | 477 |

| | |
|---|-----|
| Section 1. Le déclenchement de l'exception : (auto-)appréciation d'une menace existentielle..... | 477 |
| Paragraphe 1. Justiciabilité des qualifications de menace existentielle | 478 |
| 1.1. Mise en œuvre des exceptions et place laissée à l'appréciation par les tiers | 478 |
| 1.2. Liberté d'appréciation dans le déclenchement des exceptions..... | 487 |
| a. Marge d'appréciation reconnue aux autorités étatiques | 487 |
| b. Une exception aux prises avec une menace existentielle | 491 |
| c. L'« évidente nécessité » de la menace existentielle et la charge de la preuve | 498 |
| Paragraphe 2. Remise en cause des qualifications de menace existentielle..... | 501 |
| 2.1. L'hypothèse des menaces existentielles non qualifiées en droit international | 502 |
| 2.2. L'hypothèse des menaces existentielles qualifiées en droit international... .. | 508 |
| a. Premier degré de qualification : détermination alternative de la gravité <i>ou</i> de la nature de l'intérêt protégé..... | 508 |
| b. Deuxième degré de qualification : détermination simultanée de la gravité <i>et</i> de la nature de l'intérêt protégé..... | 511 |
| c. Troisième degré de qualification : définition de l'intérêt protégé..... | 514 |
| Section 2. L'étendue de l'exception : les droits de l'homme et le droit humanitaire. | 516 |
| Paragraphe 1. Aspects internes : l'État vis-à-vis de sa propre population | 516 |
| 1.1. Popularité de la notion de « souveraineté fonctionnelle » : l'exercice de la souveraineté dans le respect des droits individuels | 517 |
| 1.2. L'encadrement conventionnel des atteintes aux droits individuels..... | 521 |
| Paragraphe 2. Aspects externes : l'État vis-à-vis de la population des autres États | 530 |
| 2.1. Accroissement de la protection reconnue à l'humanité | 531 |
| 2.2. Incertitude quant à la préséance de la conservation de l'État sur celle de l'humanité..... | 536 |

| | |
|---|-----|
| Conclusion du Chapitre 8 | 540 |
| Conclusion du Titre 2 | 542 |
| Conclusion de la seconde partie | 543 |
| Conclusion générale | 544 |
| Bibliographie | 547 |
| I. Conventions | 547 |
| 1. Conventions multilatérales | 547 |
| 2. Conventions bilatérales | 550 |
| 3. Travaux préparatoires | 552 |
| Congrès de la paix | 552 |
| Conférence internationale de navigation aérienne | 552 |
| Conférence de Lausanne | 553 |
| Projet de traité de garantie mutuelle de Lord Cecil | 553 |
| Conférence de Montreux | 553 |
| Charte des Nations Unies | 553 |
| Conférence sur l'aviation civile internationale | 553 |
| Amérique latine (conventions régionales) | 553 |
| Général | 553 |
| Sixième Conférence | 554 |
| Septième conférence | 554 |
| Neuvième conférence | 554 |
| Conférences des Nations Unies sur le droit de la mer | 555 |
| Convention de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques | 556 |
| Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine | 556 |
| Convention de Vienne sur le droit des traités | 557 |
| Pacte relatif aux droits civils et politiques | 557 |
| II. Actes unilatéraux | 557 |
| 1. La Société des Nations | 557 |

| | |
|---|-----|
| A. Sur la réglementation et la limitation des armements | 557 |
| a. Communications des États..... | 557 |
| b. Conseil..... | 557 |
| c. Assemblée..... | 558 |
| d. Divers | 558 |
| 2. L'Organisation des Nations Unies | 558 |
| A. Sur le désarmement | 558 |
| a. Assemblée générale | 558 |
| b. Communications des États | 558 |
| B. Sur le commerce des armes | 559 |
| a. Conseil de sécurité..... | 559 |
| b. Assemblée générale..... | 559 |
| c. Secrétaire général | 559 |
| d. Communications des États | 559 |
| C. Sur la non-prolifération des armes nucléaires | 560 |
| a. Déclarations des États..... | 560 |
| b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité..... | 560 |
| D. Sur les mesures égyptiennes adoptées sur le canal de Suez (1951) | 560 |
| a. Communications des États membres | 560 |
| b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité..... | 560 |
| E. Sur le détournement d'un aéronef libanais par Israël (1973)..... | 561 |
| a. Communications des États membres | 561 |
| b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité..... | 561 |
| F. Sur la destruction du réacteur Osirak par Israël (1981) | 561 |
| a. Communications des États membres..... | 561 |
| b. Résolutions et débats du Conseil de sécurité..... | 561 |

| | |
|---|-----|
| G. Sur les dénonciations du traité de non-prolifération et du Pacte de 1966 par la Corée du Nord (1996 et 2003) | 561 |
| a. Déclarations des États..... | 561 |
| b. Débats et résolutions du Conseil de sécurité | 562 |
| c. Réaction du Comité des droits de l’homme..... | 562 |
| H. Sur le différend relatif au Grand barrage de la renaissance éthiopienne (depuis 2012) | 562 |
| a. Déclarations des États..... | 562 |
| b. Débats au sein des organes de l’Organisation | 562 |
| c. Déclarations du Conseil de sécurité..... | 563 |
| I. Sur l’invasion de la Crimée puis de l’Ukraine par la Russie (depuis 2014) | 563 |
| a. Communications des États membres | 563 |
| b. Débats au sein du Conseil de sécurité et de l’Assemblée générale | 563 |
| J. Sur les travaux relatifs à l’élévation du niveau de la mer (depuis 2019 à la CDI) . | 563 |
| a. Déclarations des États..... | 563 |
| b. Organes des Nations Unies..... | 564 |
| K. Divers | 564 |
| a. Conseil de sécurité..... | 564 |
| b. Assemblée générale | 564 |
| c. Secrétaire général | 565 |
| d. Commission du droit international | 565 |
| e. Comité des droits de l’homme..... | 565 |
| 3. L’Organisation des États Américains..... | 565 |
| A. Conseil permanent | 565 |
| B. Assemblée générale | 565 |
| 4. Divers | 566 |
| III. Jurisprudence..... | 566 |
| 1. Juridictions internationales..... | 566 |

| | |
|---|-----|
| A. Cour Permanente de Justice Internationale | 566 |
| B. Cour internationale de Justice..... | 566 |
| 2. Juridictions régionales..... | 569 |
| A. Cour Européenne des Droits de l’Homme | 569 |
| B. Cour de justice des Communautés européennes (ainsi que la CJUE depuis 2007)..... | 569 |
| C. Cour interaméricaine des droits de l’homme..... | 570 |
| D. Cour de Justice d’Amérique centrale | 570 |
| E. Commission africaine des droits de l’homme et des peuples | 570 |
| F. Cour africaine des droits de l’homme et des peuples..... | 571 |
| 3. Arbitrage..... | 571 |
| A. Commission d’Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie..... | 571 |
| B. CIRDI | 571 |
| C. Cour permanente d’arbitrage | 572 |
| D. Divers | 572 |
| 4. Organe de règlement des différends de l’OMC | 573 |
| 5. Juridictions nationales | 573 |
| Afrique du Sud | 573 |
| Allemagne | 573 |
| Belgique | 573 |
| Bosnie-Herzégovine | 573 |
| Botswana | 574 |
| Brésil | 574 |
| Canada..... | 574 |
| Costa Rica | 574 |
| Égypte..... | 575 |
| Estonie..... | 575 |
| États-Unis d’Amérique..... | 575 |

| | |
|---|-----|
| France | 576 |
| Ghana | 577 |
| Israël | 577 |
| Japon..... | 577 |
| Philippines..... | 577 |
| Royaume-Uni | 578 |
| Singapour | 578 |
| Syrie | 578 |
| IV. Législations nationales et pratique de l'exécutif..... | 579 |
| Allemagne | 579 |
| États insulaires (élévation du niveau de la mer)..... | 579 |
| États-Unis d'Amerique..... | 579 |
| France | 580 |
| Japon..... | 580 |
| Portugal | 580 |
| Prusse | 580 |
| Royaume-Uni | 581 |
| Russie | 581 |
| Wurtemberg..... | 581 |
| V. Doctrine | 581 |
| 1. Dictionnaires et encyclopédies..... | 581 |
| 2. Manuels et ouvrages relatifs à la théorie des droits fondamentaux de l'État..... | 582 |
| A. Les précurseurs..... | 582 |
| B. Les internationalistes classiques et leurs contradicteurs..... | 583 |
| 3. Cours de l'Académie de droit international | 585 |
| 4. Ouvrages généraux et monographies | 587 |
| 5. Recueils de pratique | 592 |

| | |
|--|-----|
| A. Par la doctrine..... | 592 |
| B. Par les Nations Unies..... | 593 |
| 6. Theses..... | 593 |
| 7. Articles | 596 |
| 8. Organisations scientifiques | 620 |
| A. Travaux en lien avec la codification des droits et devoirs des États | 620 |
| a. Institut Américain de Droit International | 620 |
| b. Union Interparlementaire | 621 |
| c. Union juridique internationale..... | 621 |
| d. Institut de droit international | 621 |
| e. Commission du droit international | 621 |
| f. En doctrine | 622 |
| B. Travaux relatifs à l’expulsion des étrangers | 623 |
| a. Commission du droit international | 623 |
| b. Institut de droit international | 623 |
| C. Travaux relatifs à la compétence réelle | 623 |
| a. Académie internationale de droit comparé..... | 623 |
| b. Conférence internationale d’unification du droit pénal..... | 624 |
| c. Congrès de droit comparé..... | 624 |
| d. Congrès pénal et pénitentiaire international de Bruxelles..... | 624 |
| e. Conseil de l’Europe, Comité européen pour les problèmes criminels | 624 |
| f. Institut de droit international..... | 624 |
| g. International Bar Association..... | 624 |
| h. Université d’Harvard..... | 624 |
| D. Travaux de la CDI relatifs à l’identification du droit international coutumier..... | 624 |
| E. Travaux de la CDI relatifs aux règles impératives du droit international..... | 625 |
| F. Travaux de la CDI sur les principes généraux du droit international | 625 |

| | |
|--|-----|
| G. Divers | 625 |
| a. Association de droit international..... | 625 |
| b. Commission du droit international..... | 626 |
| c. Institut de droit international | 626 |
| Index..... | 627 |
| Index des noms communs | 627 |
| Index des traités..... | 631 |
| Index de la jurisprudence | 634 |
| Table des matières | 639 |
| Annexe | 655 |
| I. Extraits de l’entretien réalisé par Yoshihisa Komori (YK) avec Charles Kades (CK), rédacteur de l’article 9 de la Constitution japonaise | 655 |
| II. Déclarations sur les droits et devoirs des États..... | 656 |
| A. Institut américain de droit international (1916)..... | 656 |
| B. Union juridique internationale (1919) | 658 |
| C. Institut du droit international (1921) | 658 |
| D. Union interparlementaire (1926) | 659 |
| E. Commission du droit international des Nations Unies (1949)..... | 661 |

Annexe

I. Extraits de l'entretien réalisé par Yoshihisa Komori (YK) avec Charles Kades (CK), rédacteur de l'article 9 de la Constitution japonaise

YK: Yes, I'm sure you would have. Mr. Kades, this so-called MacArthur note stated that Japan will renounce war not only as a means for settling of disputes but also as the means for maintaining the security of its own people which many people interpret as a denial of the inherent right of self-defense.

CK: Yeah, but doesn't it go on and say even for its own defense?

18

YK: No. "Renounce war for maintaining the security of its own people." Isn't that pretty much close to the denial . . .

CK: Yes, if it was that way. I don't recall it being that way. My recollection is that it went on to say "even for its own . . . even in its own defense", something of that sort. And I thought that didn't make sense. Every country has an inherent right of its own self preservation so when I wrote it I left that part out. That's why I don't think you have the complete version because I remember leaving it out. I was asked by General Whitney, "You haven't put that in." And I said, "it's not realistic" and "How can you say that a country can't defend itself if it's invaded, for example." And he agreed with me. And the constitution was approved by Gen. MacArthur and then we transmitted it to the Prime Minister. But you don't have the full version.

YK: No this is just -

CK: There's a phrase that says -- after that - what you read to me - even for its own defense, even for its own preservation even for its own security - maybe that's what it says - even for its own security of its people. It says something worse than what you have. And those words are the crux of the whole question because those words were omitted intentionally.

YK: By you.

CK: By me.

YK: By you, that was your decision initially.

II. Déclarations sur les droits et devoirs des États

A. Institut américain de droit international (1916)

Attendu que la loi nationale des États civilisés reconnaît et protège le droit à la vie, le droit à la liberté, le droit à la poursuite du bonheur, ajouté par la Déclaration d'Indépendance des USA, le droit à l'égalité légale, le droit à la propriété, enfin la libre jouissance de tous ces droits ; et

Attendu que ces droits fondamentaux, ainsi universellement reconnus, créent, à la charge des peuples de toutes les nations le devoir de les observer ; et

Attendu que, conformément à la philosophie politique de la Déclaration d'Indépendance des USA et à la pratique universelle des Républiques américaines, les nations ou gouvernements sont regardés comme des créations du peuple, tirant leurs justes pouvoirs du consentement des gouvernés, et sont établis parmi les hommes pour leur procurer la sûreté et le bonheur et leur assurer la jouissance de leurs droits fondamentaux ; et

Attendu que nous considérons que ces droits fondamentaux peuvent être transposés dans les termes du droit international et appliqués aux rapports des membres de la société des nations l'un avec l'autre, exactement de la même manière qu'ils sont appliqués dans les rapports des citoyens ou des sujets des États qui forment la société des nations ; et

Attendu que ces droits fondamentaux de jurisprudence nationale, notamment le droit à la vie, le droit à la liberté, le droit à la poursuite du bonheur, le droit à l'égalité devant la loi, le droit de propriété, et le droit à l'observation de tous ces droits, sont, exprimés dans les termes du droit international, le droit de la nation à l'existence, le droit d'indépendance et de liberté de se développer sans limitation ou contrôle d'autres nations, le droit d'égalité sous la loi et devant la loi, le droit au territoire dans des frontières déterminées et à l'exclusive juridiction dans ce territoire, et le droit à l'observation de ces droits fondamentaux ; et

Attendu que les droits et les devoirs des nations, à raison de leur qualité de membres de la société internationale, doivent être exercés et remplis conformément aux exigences de leur Interdépendance mutuelle exprimée dans le préambule de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux de la première

et deuxième Conférence Internationale de la Paix à la Haye, reconnaissant la solidarité qui unit les membres de la société des nations civilisées ;

En conséquence, l'Institut américain de DI, dans sa première session, tenue dans la ville de Washington, USA, le 6 janvier 1916, adopte les six articles suivants ;

Déclaration des droits et devoirs des Nations

I. Toute nation a le droit d'exister, de protéger et de conserver son existence, mais ce droit n'implique pas le pouvoir et ne justifie pas le fait, par un État, de commettre, pour se protéger ou conserver son existence, des actes injustes contre d'innocents États qui ne font aucun mal.

II. Toute nation a le droit d'indépendance, en ce sens qu'elle a le droit à la poursuite du bonheur, et qu'elle est libre de se développer sans immixtion ou contrôle d'autres États, pourvu qu'en agissant ainsi, elle ne commette ni intervention ni violation des justes droits des autres États.

III. Toute nation est, en droit et devant le droit, l'égale de tout autre membre de la société des nations, et tous les États ont le droit de proclamer, et, conformément à la Déclaration d'Indépendance des USA, de prendre, parmi les puissances du globe, la situation séparée et égale à laquelle les lois naturelles et divines leur donnent droit.

IV. Toute nation a le droit de posséder un territoire dans des limites déterminées, et d'exercer une juridiction exclusive sur son territoire, en même temps que sur toutes les personnes étrangères qui s'y trouvent.

V. Toute nation qui a un droit, en vertu de la loi des nations, a le droit de le voir respecté et protégé par toutes les autres nations, car le droit et le devoir sont corrélatifs, et, où il y a un droit pour l'un, il y a pour tous devoir de l'observer.

VI. Le droit international est, tout à la fois, national et international, national au sens qu'il est la loi du pays et s'applique comme tel à la décision des questions qui mettent en jeu ses principes, international dans le sens qu'il est la loi de la société des nations et, comme tel, s'applique à toutes questions entre les membres de la société des nations qui mettent en jeu ses principes.

B. Union juridique internationale (1919)

L'union juridique internationale, pénétrée de la nécessité d'affirmer les droits et devoirs fondamentaux des États dans les rapports internationaux, estimant que cette proclamation permet de mieux assurer le développement du droit international et de faciliter l'œuvre de la SdN, adopte la déclaration suivante :

Article premier : L'État a le droit de conserver et de perpétuer son existence.

Art. 2 : L'État est indépendant. L'indépendance de l'État doit s'entendre dans ce sens qu'il peut librement se développer sans qu'aucun autre État puisse s'immiscer, de sa propre autorité, dans l'exercice soit intérieur, soit extérieur, de son activité.

Art. 3 : Les États sont égaux devant le droit. L'égalité de droit implique une égale coopération à la réglementation des intérêts de la communauté internationale, sans conférer nécessairement une égale participation à la constitution et au fonctionnement des organes préposés à la gestion de ces intérêts. Ils sont limités dans leur droit par leur obligation de respecter le droit des autres États.

Art. 4 : Le droit de chaque État a pour limite le droit des autres États. Les États ont des devoirs les uns envers les autres. Ils en ont tous à l'égard de la communauté internationale.

Art. 5 : Les États doivent, notamment : a) Entretenir au grand jour des relations internationales fondées sur la base de la justice et de l'équité ; b) Observer rigoureusement les règles du droit international ; c) Respecter scrupuleusement les traités (coucou bonne foi) ; d) Exécuter de bonne foi les sentences rendues par les tribunaux d'arbitrage ; e) Ne pas recourir aux armes sans avoir épuisé tous moyens pacifiques de solution des conflits ; f) Unir leurs efforts pour prévenir, empêcher et, éventuellement, arrêter les guerres ; g) Participer à la création, au fonctionnement et au développement de tous les services internationaux.

Art. 6 : Dans l'accomplissement de leurs devoirs, comme dans l'exercice de leurs droits, les États doivent s'inspirer de l'idée qu'ils ont pour mission de poursuivre solidairement, par le progrès de la civilisation, le bonheur humain.

C. Institut du droit international (1921)

Article premier : Tout peuple qui s'est donné sur le territoire qu'il occupe un gouvernement capable, à l'intérieur, de maintenir l'ordre, à l'extérieur, de coopérer

à l'organisation de plus en plus développée de relation fondées sur l'utilité commune, la justice et la paix, a droit à la reconnaissance internationale de sa nation comme État.

Art. 2 : Sans distinction de race ou de religion, ni de puissance, les États sont, à parité de civilisation, c'est-à-dire de conscience de leurs devoirs internationaux, libres et égaux en droit.

Art. 3 : Nul d'entre eux n'est en droit, même pour sauver sa propre existence, de rien entreprendre contre celle d'un autre, qui ne le menace pas.

Art. 4 : Hors le cas de légitime défense, nul n'a le droit de recourir aux armes, avant d'avoir épuisé tous les autres moyens de faire reconnaître et respecter son droit. Dans une Société des États, la guerre ne peut être que la sanction, à l'intérieur, de la volonté séparatiste d'un peuple, à l'extérieur, d'une décision de la justice internationale.

Art. 5 : Tout préjudice causé, sans droit, par un État à un autre État, dans sa personne ou celle de ses ressortissants doit être intégralement réparé. Le respect des traités librement consentis s'impose aux États comme aux individus.

Art. 6 : Les États ont des devoirs, au regard, non seulement des autres États mais des hommes : il est des cas où le devoir au regard des individus et des groupes, de faire respecter leur vie, leur liberté, leurs croyances, prime celui de respecter la liberté des autres États.

Art. 7 : Une Société des États, dont les membres oublieraient que si l'individu est subordonné à l'État dans la Cité, l'État, dans le Monde, n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'Humanité, manquerait essentiellement à son devoir en cessant de répondre à son but.

D. Union interparlementaire (1926)

1. Les rapports entre les États sont régis par les mêmes principes de droit et de morale que les rapports entre les individus.
2. Les États sont solidaires les uns des autres et constituent une communauté de fait et de droit.

3. Les membres de la communauté des États sont égaux en droit. Chacun d'eux ne possède au sein de cette communauté que les droits qui lui sont dévolus par la loi internationale.

4. Les traités font loi entre les États. Ceux-ci ont le devoir strict de les respecter. Tout traité ne peut être annulé ou modifié que du consentement des États en cause ou conformément au droit international.

5. Tout différend entre États, non résolu à l'amiable, doit être réglé par une voie juridictionnelle : conciliatrice, arbitrale ou contentieuse. Tout État doit exécuter de bonne foi la sentence rendue.

6. Les États n'ont pas le droit de se faire justice eux-mêmes. Toute agression armée constitue un crime. Les coupables seront poursuivis conformément à la loi internationale.

7. L'État victime d'une agression armée a le droit de légitime défense et la communauté des États lui doit son appui. Cet appui lui est également dû s'il y a une méconnaissance ou violation d'un droit reconnu.

8. L'indépendance de tout État est inviolable. Il n'existe pas de droit de conquête.

9. Les peuples ont le droit inaliénable et imprescriptible de disposer librement d'eux-mêmes.

Les modifications d'ordre territorial ne peuvent avoir lieu que conformément au droit international.

10. Les États ne doivent pas exploiter à leur profit les populations ayant une civilisation différente et soumises à leur tutelle. Ils ont pour mission de coopérer à l'amélioration de leur sort matériel, moral et intellectuel, de manière à permettre le plus rapidement possible leur admission dans la communauté des États. Les territoires habités par ces populations doivent être ouverts, au point de vue commercial et industriel, aux ressortissants de tous les États.

11. Les États ont le devoir de collaborer dans toutes les branches de l'activité humaine et notamment dans celles qui ont pour objet le bien-être général de l'humanité.

La communauté des États doit assurer à chacun d'eux les conditions économiques absolument nécessaires à son existence et à son développement.

12. Dans tous les États il y a lieu de reconnaître aux citoyens, sans distinction de religion, de race ou de nationalité, l'exercice des droits assurant le libre développement de leur vie culturelle.

13. Les États doivent assurer, sur leurs territoires respectifs, à tous les êtres humains, sans distinction de race, de nationalité, d'âge ou de sexe et quelles que soient leurs convictions religieuses, philosophiques ou sociales, la pleine jouissance des droits reconnus à leurs ressortissants, à l'exclusion totale ou partielle des droits politiques.

14. Les membres de la communauté des États doivent assurer à tous les travailleurs manuels et intellectuels le respect de leur dignité, leur droit au travail, au repos et au loisir et la juste rémunération de leur labeur.

E. Commission du droit international des Nations Unies (1949)

Considérant que tous les États du monde forment une communauté régie par le droit international,

Considérant que le développement progressif du droit international exige que la communauté des États soit organisée de manière efficace,

Considérant que, en grande majorité, les États du monde ont, à cette fin, établi un ordre international nouveau sous l'égide de la Charte des Nations Unies, et que la plupart des autres États ont exprimé leur désir d'y conformer leur activité,

Considérant qu'un des buts fondamentaux des Nations Unies est de maintenir la paix et la sécurité internationales et que, pour atteindre ce but, il est essentiel de faire régner le droit et la justice, et

Considérant qu'il convient donc de formuler certains droits et devoirs fondamentaux des États à la lumière de la nouvelle orientation du droit international et en harmonie avec la Charte des Nations Unies,

L'Assemblée générale des Nations Unies adopte et proclame la présente Déclaration sur les droits et devoirs des États.

Article premier

Tout État a droit à l'indépendance et, par suite, le droit d'exercer librement, sans aucune pression de la part d'un autre État, toutes ses compétences juridiques, y compris le droit de la forme de son gouvernement.

Article 2

Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes et choses qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international.

Article 3

Tout État a le devoir de s'abstenir de toute intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État.

Article 4

Tout État a le devoir de s'abstenir de fomenter la guerre civile sur le territoire d'un autre État et d'empêcher que des activités ne s'organisent sur son propre territoire en vue de la fomenter.

Article 5

Tout État a droit à l'égalité juridique avec les autres États.

Article 6

Tout État a le devoir de traiter les personnes soumises à sa juridiction de telle sorte que les droits de l'homme et les libertés fondamentales soient respectés, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.

Article 7

Tout État a le devoir de veiller à ce que les conditions qui règnent sur son territoire ne menacent ni la paix ni l'ordre international.

Article 8

Tout État a le devoir de régler ses différends avec d'autres États par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

Article 9

Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à la guerre comme instrument de politique nationale et de s'abstenir de toute menace ou emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout autre État, soit de toute autre manière incompatible avec le droit ou l'ordre public international.

Article 10

Tout État a le devoir de s'abstenir de prêter assistance à un État qui contrevient à l'article 9, ou contre lequel les Nations Unies entreprennent une action préventive ou coercitive.

Article 11

Tout État a le devoir de s'abstenir de reconnaître toute acquisition territoriale faite par un autre État en violation de l'article 9.

Article 12

Tout État a le droit de légitime défense individuelle ou collective contre une agression armée.

Article 13

Tout État a le devoir d'exécuter de bonne foi ses obligations nées des traités et autres sources du droit international, et il ne peut invoquer pour manquer à ce devoir les dispositions de sa constitution ou de sa législation.

Article 14

Tout État a le devoir de conduire ses relations avec les autres États conformément au droit international et au principe que la souveraineté de l'État est subordonnée à la primauté du droit international