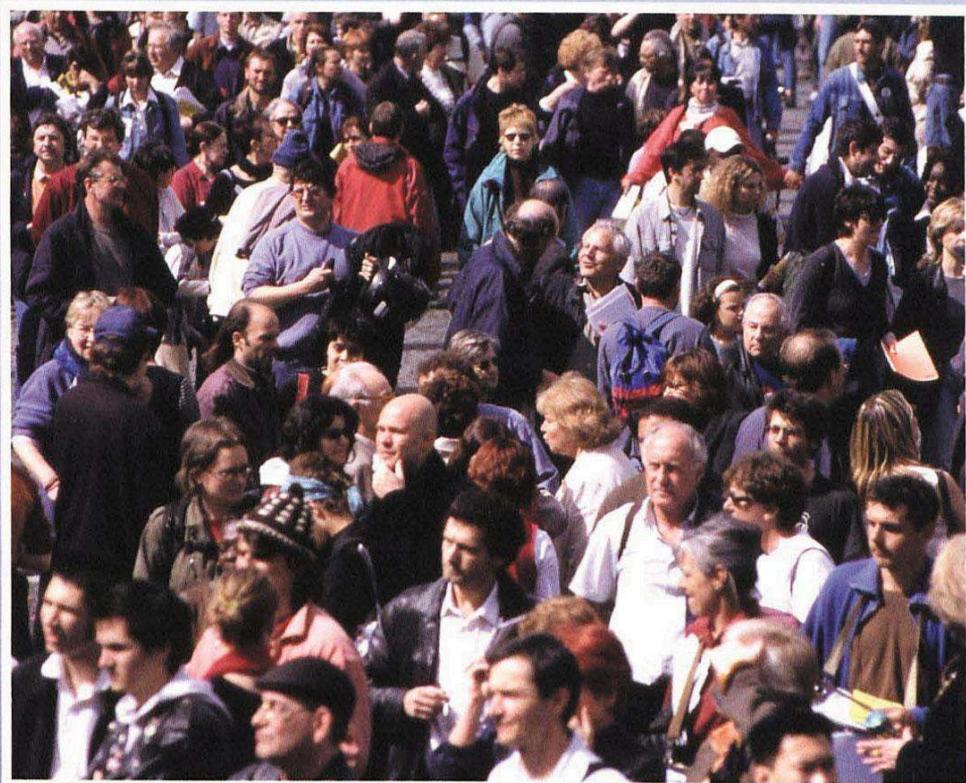


FRANÇOIS VOEFFRAY

L'*actio popularis* ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales

Prix Paul Guggenheim - 2004



THE
**GRADUATE
INSTITUTE
GENEVA**

INSTITUT DE HAUTES
ÉTUDES INTERNATIONALES
ET DU DÉVELOPPEMENT
GRADUATE INSTITUTE
OF INTERNATIONAL AND
DEVELOPMENT STUDIES

NOUVELLE ÉDITION

INTERNATIONAL

L'*actio popularis* ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales

François Voeffray

DOI : 10.4000/books.iheid.1185
Éditeur : Graduate Institute Publications
Lieu d'édition : Genève
Année d'édition : 2004
Date de mise en ligne : 1 septembre 2014
Collection : International
ISBN numérique : 978-2-940549-15-3



<https://books.openedition.org>

Édition imprimée

ISBN (Édition imprimée) : 978-2-13-054566-8
Nombre de pages : xxii-406

Fourni par Geneva Graduate Institute



RÉFÉRENCE NUMÉRIQUE

Voeffray, François. *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*. Graduate Institute Publications, 2004, <https://doi.org/10.4000/books.iheid.1185>.

Ce document a été généré automatiquement le 28 juillet 2025.



Le format PDF est diffusé sous licence Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International - CC BY-NC-ND 4.0 sauf mention contraire.



Le format ePub est diffusé sous licence Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International - CC BY-NC-ND 4.0 sauf mention contraire.

RÉSUMÉ

L'ouvrage de François Voeffray traite avec brio d'une question de droit international qui n'avait jamais fait l'objet jusqu'ici d'une enquête systématique et approfondie : celle de l'action populaire ou du droit d'agir en justice en défense de l'intérêt commun.

Dans la Rome antique, tout citoyen pouvait dénoncer devant un juge certaines atteintes à l'ordre ou aux biens publics. Connue sous le nom d'*actio popularis*, cet instrument faisait de chaque citoyen romain un gardien du bien public et permettait de suppléer ainsi aux faibles moyens de la police et des magistrats. Un tel droit de recours ne serait-il pas utile dans la société internationale contemporaine, pour assurer la défense de l'intérêt commun ? Qui doit être autorisé à agir : les États ou n'importe quel individu ? Doit-on craindre des abus, une politisation de la justice ou une avalanche de procédures ? L'ouvrage fait le point sur ces questions, et bien d'autres encore, en dressant un portrait tout en finesse de l'action populaire.

En 1966, la Cour internationale de Justice avait opposé un refus cinglant à l'*actio popularis* en dénier qualité pour agir à deux États africains désireux de contester devant elle la politique d'apartheid de l'Afrique du Sud dans l'ex-Sud-Ouest africain (Namibie). Mais depuis ce jugement controversé, beaucoup d'eau a coulé sous les ponts de la justice internationale. Aujourd'hui, sans que cela ait été clairement perçu, l'action populaire s'est établie dans différentes procédures contentieuses internationales.

Elle a été mise au service de la légalité internationale dans les domaines des droits de l'homme, de la protection de l'environnement, du droit économique et commercial ou du droit des espaces marins. C'est le mérite de cet ouvrage de rendre compte de cette évolution, en décrivant les fonctions de l'action populaire, mais aussi son ambiguïté et ses inévitables limites.

Prix Paul Guggenheim 2004

NOTE DE L'ÉDITEUR

Cet ouvrage a été publié pour la première fois en 2004, dans la collection *Publications de l'Institut de hautes études internationales*, Genève, aux Presses universitaires de France, Paris (ISBN 2-13-054566-1). Il a reçu le prix Paul Guggenheim 2004.

Les renvois de pages dans l'index se réfèrent aux numéros de pages de l'ouvrage d'origine.

Photo de couverture © Adrien Buchet.

FRANÇOIS VOEFFRAY

François Voeffray est titulaire d'un diplôme d'études supérieures et d'un doctorat de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Il a enseigné le droit international à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Il a été aussi *Visiting Scholar* à l'Université de Columbia à New York, où il a achevé la rédaction de cet ouvrage. Il travaille depuis 1996 en tant que diplomate au Ministère des affaires étrangères de la Suisse.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements

Abréviations et sigles

Avant-propos

Luigi Condorelli

Préface

Georges Abi-Saab

Introduction

Première partie. À la recherche d'une définition perdue

Introduction

Chapitre I. L'institution originelle : l'actio popularis dans la Rome antique

Section I - Les principales actions populaires romaines

Section II - La nature des actions populaires

Section III - Les actions populaires au sein des institutions romaines

Chapitre II. Les avatars modernes de l'actio popularis

Section I - Les actions en justice apparentées à l'action populaire

Section II - Les actions populaires proprement dites

Chapitre III. Quels enseignements pour l'étude du droit international ?

Section I - L'inévitable relativisme juridique

Section II - Les analogies

Section II - Délimitation du champ de l'étude

Deuxième partie. L'« actio popularis » devant les juridictions internationales

Titre I. La cour internationale de justice

Introduction au titre premier

Chapitre I. L'héritage de la cour permanente

Section I - Où l'on perçoit déjà une conception large de la qualité pour agir

Section II - Appréciation de l'attitude de la Cour permanente

§1^{er} - L'intérêt au respect de l'intégrité du Traité

Chapitre II. Les hésitations de la cour internationale de justice

Section I - De la bienveillance au refus

Section II - Le temps des incertitudes et des chassés-croisés

Chapitre III. Un navire resté à quai

- Section I – Une jurisprudence encore incertaine
 - Section II – Des titres juridictionnels se prêtant à une *actio popularis*
 - Section III – Les réticences des Etats
-

Titre II. Les procédures contentieuses spécialisées

Introduction au titre deuxième

Chapitre I. La protection des droits de la personne humaine

- Section I – Un mécanisme précurseur : La procédure de plaintes de l'OIT
- Section II – Les Conventions onusiennes relatives aux droits De l'homme
- Section III : Les Conventions régionales de protection des droits de l'homme

Chapitre II. Les autres domaines du droit international

- Section I – Le droit des espaces marins : L'exemple du Tribunal du droit de la mer
- Section II – Le droit du commerce international : La procédure de règlement des différends de l'OMC
- Section III – L'intégration économique régionale : L'exemple de la Cour de justice des Communautés européennes
- Section IV – Le droit de l'environnement : Les procédures de non-respect
- Section V – Le droit humanitaire : Le cas de la Commission d'établissement des faits
- Section V – La Cour pénale internationale

Chapitre III. Un bilan contrasté

- Section I – Une question laissée à l'appréciation du juge
 - Section II – Une conception erronée de l'*actio popularis*
 - Section III – Les réticences des Etats
-

Troisième partie. Mise en perspective de l'« *actio popularis* »

Titre I. Les fondements normatifs de l'« *actio popularis* »

Introduction au titre premier

Chapitre I. Un droit international en transformation

- Section I – Droit de coexistence et droit de coopération
- Section II – L'évolution de la structure de la règle de droit

*Chapitre II. Obligations erga omnes, jus cogens et *actio popularis**

- Section I – Le concept d'obligations *erga omnes*
- Section II – Obligations *erga omnes* et *jus cogens*
- Section IV – Obligations *erga omnes* et *actio popularis*

*Chapitre III. L'*actio popularis* au regard du droit des traités*

- Section I – L'invocation de la nullité du traité
- Section II – L'invocation de la violation du traité

Chapitre IV. L'actio popularis au regard du droit de la responsabilité

Section I – La responsabilité en tant qu'institution

Section II – La multilatéralisation de la responsabilité

Section III – Un cas particulier de multilatéralisation : Les crimes d'Etats

Titre II. L'« actio popularis » dans la procédure judiciaire

Introduction au titre deuxième

Chapitre I. Les conditions d'existence de l'actio popularis

Section I - L'accès à la juridiction

Section II - La compétence juridictionnelle

Section III - La qualité pour agir dans l'intérêt commun

Chapitre II. La contestation procédurale de l'actio popularis

Section I - Des exceptions préliminaires de nature diverse

Section II - Les exceptions relatives au titre juridique du demandeur

Section III - Les exceptions relatives à la justiciabilité

Section IV - Les exceptions liées au caractère consensuel de la justice internationale

Chapitre III. Les finalités de l'actio popularis

Section I - La constatation de la violation

Section II - Les autres finalités

Titre III. L'opportunité de l'« actio popularis » dans la communauté internationale contemporaine

Introduction au titre troisième

Chapitre I. L'opportunité d'un point de vue institutionnel

Section I - Politique législative et politique judiciaire

Section II - Les fonctions prêtées à l'*actio popularis*

Section III - Les motifs invoqués contre l'*actio popularis*

Chapitre II. L'opportunité à la lumière de la pratique

Section I - L'*actio popularis* intentée par un Etat

Section II - L'*actio popularis* intentée par un individu ou une ONG

Épilogue

Bibliographie

Index

Remerciements

p. V-VI

A Maria

Les mots ne parviennent pas à exprimer tout ce que je lui dois.

Caminante, son tus huellas
el camino, y nada mas ;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar,
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atras
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sinon estelas en el mar.

A. Machado

- 1 La rédaction d'une thèse est un long voyage jalonné d'épreuves, de doutes, mais aussi de nombreuses satisfactions et de belles rencontres. J'aimerais exprimer ma reconnaissance et mon amitié tout particulièrement :
- 2 A M. Luigi Condorelli, professeur honoraire à l'Université de Genève et professeur à l'Université de Florence, dont j'ai été l'assistant durant plusieurs années et qui m'a fait bénéficier généreusement de sa vive intelligence et de son grand cœur ;
- 3 A M. Georges Abi-Saab, président de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce et professeur honoraire à l'Institut de hautes études internationales (HEI), qui a dirigé cette thèse en me laissant partager son soucis constant de dépasser les idées reçues et de rechercher de nouvelles perspectives ;
- 4 A M. Lucius Caflisch, juge de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales (HEI), dont la rigueur intellectuelle et le sens des réalités m'ont encouragé à confronter sans cesse la théorie à la pratique ;

- 5 A M. Oscar Schachter, regretté professeur émérite à l'Université de Columbia, qui m'a accueilli à New York comme visiting scholar et m'a fait partager son immense expérience ;
- 6 A mon épouse, Maria, dont l'amour, les conseils et la patience ont permis à cette thèse d'arriver à bon port ;
- 7 A mes parents, mes enfants, ma famille, mes amis ainsi que mes collègues du monde académique et du Ministère des affaires étrangères de la Suisse qui ont été les témoins bienveillants de cette odyssée.

Abréviations et sigles

p. XVI

- 1 AFDI : Annuaire français de droit international
- 2 AJIL : American Journal of International Law
- 3 Annuaire CDI : Annuaire de la Commission du droit international
- 4 Annuaire IDI : Annuaire de l'Institut de droit international
- 5 ASDI : Annuaire suisse de droit international
- 6 Austrian J. Publ. Intl. Law : Austrian Journal of Public and International Law
- 7 BYIL : British Yearbook of International Law
- 8 EJIL : European Journal of International Law
- 9 GYIL : German Yearbook of International Law
- 10 Harv. ILJ : Harvard International Law journal
- 11 HRLJ : Human Rights Law journal
- 12 ICLQ : International and Comparative Law Quarterly
- 13 Israel YHR : Israel Yearbook on Human Rights
- 14 Italian YIL : Italian Yearbook of International Law
- 15 JDI : Journal du droit international (Clunet)
- 16 JWTL : Journal of World Trade Law
- 17 Max Planck UNYB : Max Planck Yearbook of United Nations Law
- 18 Mich. J. Int. L. : Michigan Journal of International Law
- 19 NILR : Netherlands International Law Review
- 20 NYIL : Netherlands Yearbook of International Law
- 21 Proc. ASIL : Proceedings of the American Society of International Law
- 22 RBDI : Revue belge de droit international
- 23 RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
- 24 RGDIP : Revue générale de droit international public

- 25 RICR : Revue internationale de la Croix rouge et du Croissant rouge
- 26 RTNU : Recueil des traités des Nations Unies
- 27 Yb Int'l Envtl. L. : Yearbook of International Environmental Law
- 28 ZaÖRV : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Avant-propos

Luigi Condorelli

- ¹ Parmi les avancées normatives les plus importantes du droit international contemporain, une place de choix doit être accordée à celles se rattachant à la prise en compte toujours plus marquée des intérêts collectifs des Etats et, en général, des sujets internationaux, voire de la « communauté internationale dans son ensemble ». Dès lors qu'ils sont reconnus comme collectifs et indivisibles, ces intérêts demandent une protection dont la logique juridique (une logique – remarquons-le en passant – influencée par des réflexes conditionnés puisant leur origine dans la culture des droits nationaux) voudrait qu'elle soit réalisée par le biais de mécanismes échappant au modèle habituel des relations bilatérales, au jeu de la réciprocité et à la maxime « à chacun de défendre ses intérêts ». En d'autres termes, la réaction contre une atteinte aux intérêts collectifs (et/ou « communautaires ») devrait être elle-même collective, c'est-à-dire centralisée ; c'est bien cela qui se passe en règle générale en droit interne.
- ² Cependant, chacun sait qu'il en va autrement en droit international. Dans une société d'Etats souverains organisée de manière horizontale, il est à peu près inévitable que la centralisation soit l'exception, et non la règle, y compris pour la riposte à des comportements portant préjudice à des intérêts collectifs. Certes, des organisations internationales existent et nombreuses sont celles (à commencer par l'ONU) auxquelles les Etats membres ont accordé le pouvoir de prendre des mesures de protection des intérêts communs. Mais la centralisation réalisée au travers des organisations internationales, basée comme elle l'est sur le « principe de spécialité » (pour reprendre le langage de la Cour internationale de justice), ne couvre pas tous les intérêts collectifs, ni non plus toutes les formes de réactions permises en cas d'atteinte à de tels intérêts collectifs. D'ailleurs, même face aux ébauches les plus accomplies de centralisation consensuelle, les Etats supportent mal l'idée qu'ils pourraient être spoliés de la faculté de réagir séparément aux violations du droit qu'ils ressentent comme graves pour eux. Dans la société internationale, l'instinct de l'unilatéralisme reste – on le sait – très fort et diffus, même si tout le monde ne peut pas se payer le luxe d'y céder. En somme, comme plusieurs observateurs avertis l'ont relevé, les avancées institutionnelles du système juridique international dans le développement de moyens de protection des intérêts collectifs restent singulièrement en retard sur les avancées

normatives réalisées dans la prise en compte de ces mêmes intérêts. Dès lors, il est presque inévitable qu'une telle protection finisse par pivoter bien souvent sur ce qui mérite d'être étiqueté comme la « philosophie de l'*actio popularis* », c'est-à-dire sur une action laissée à l'initiative de certains et reposant sur l'idée que l'intérêt collectif appartient en même temps à tous et à chacun.

- 3 Mais l'*actio popularis* présente de nombreux inconvénients et recèle aussi d'évidents dangers : d'où une attitude répandue de méfiance, voire d'hostilité, dans le milieu international, face à l'idée que chacun puisse s'ériger en défenseur du bien commun, avec toutes les dérives et les détournements qui peuvent en résulter. De plus, faut-il vraiment exposer sans limites celui qu'on accuserait d'atteintes à l'intérêt collectif à la réaction « atomisée » de n'importe qui ? Et, au vu des coûts politiques et autres que peut engendrer la décision de se « mouiller » pour les autres, comment éviter qu'une habilitation large à défendre l'intérêt collectif ne se traduise en réalité dans une large inaction lorsque personne n'est directement touché ? Quant aux exceptions à cette règle de l'inaction, comment ne pas comprendre qu'elles puissent éveiller les suspicions ? Voilà qui explique sans doute pourquoi, en droit international, tant d'ambiguïté et de flou artistique continuent d'entourer la définition des moyens de réagir à des comportements illégaux dans les cas où celui qui souhaite réagir n'est pas directement lésé et se présente simplement comme défenseur de l'intérêt collectif. Pour s'en convaincre, il suffit de songer aux âpres discussions qui ont amené la Commission du droit international à rédiger finalement le sibyllin article 54 de son Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Et faut-il rappeler que la Convention de Vienne sur le droit des traités, après avoir proclamé haut et fort, dans son article 53, qu'est radicalement nul tout traité contredisant un principe reconnu comme indérogeable par « la communauté internationale des Etats dans son ensemble », oublie ensuite tout simplement – dans les dispositions sur le règlement des différends – de souffler mot des possibilités ouvertes aux Etats non parties au traité litigieux pour faire valoir qu'un tel traité doit être mis à néant dans l'intérêt général ?
- 4 C'est sur cette toile de fond mouvante et contradictoire que la stimulante monographie de François Voeffray vient se placer. Elle traite en profondeur et tout en finesse la question de savoir dans quelle mesure les Etats, voire d'autres sujets internationaux, se voient reconnaître le droit d'actionner la justice internationale (au sens large) afin de défendre l'intérêt commun, c'est-à-dire dans quelle mesure le juge international peut être saisi au moyen d'une *actio popularis*. Ce travail riche, dense et brillamment rédigé – dont on admire la clarté et l'élégance de l'écriture autant que la structure irréprochable – a le mérite de combler une lacune béante. En effet, si tel ou tel aspect particulier du thème étudié n'avait pas manqué de susciter l'attention de la doctrine, personne en revanche n'avait jusqu'ici eu l'idée et le courage de mener une recherche systématique portant sur l'ensemble des cas dans lesquels des *actiones populares* sont possibles ou envisageables. L'auteur fait le tour des divers mécanismes de type judiciaire qui se prêtent à la logique de l'*actio popularis*, prend en compte toutes les données pertinentes de la jurisprudence et de la pratique internationales et met en perspective les résultats obtenus avec un admirable esprit de synthèse, marié à une maîtrise du droit international véritablement impressionnante. A travers cet ouvrage, il dévoile sans fards l'ampleur et les raisons du décalage sidérant qui persiste entre la richesse de

l'appareil normatif international consacrant des intérêts collectifs, d'une part, et la pauvreté des moyens judiciaires de protection de ces mêmes intérêts, d'autre part.

- 5 Il faut savoir gré à François Voeffray d'avoir, par ce bel ouvrage, longuement mûri, fourni aux chercheurs intéressés à la réflexion fondamentale une lecture d'ensemble du système juridique international tel qu'il est, tel qu'il se développe et aussi tel qu'il n'arrive pas à se développer.
-

AUTEUR

Luigi Condorelli

Professeur à l'Université de Florence

Préface

Georges Abi-Saab

p. XX-XXII

- 1 Autrefois moulé dans le carcan du bilatéralisme synallagmatique, le droit international contemporain, malgré un parcours en dents de scie, se présente de plus en plus comme le droit d'une communauté internationale en devenir, protecteur des valeurs et des intérêts communs qui sous-tendent cette communauté et favorisent son intégration progressive. On peut évoquer à ce propos le passage d'un « droit de coexistence » à un « droit de coopération », selon la fameuse classification de Wolfgang Friedmann. Faisant partie de cette mouvance, de nouvelles notions, telles les règles de « *jus cogens* », les obligations « *erga omnes* », le « patrimoine commun de l'humanité » et l'*« actio popularis »*, ont fait leur apparition dans le discours du droit international dès les années soixante.
- 2 Plus particulièrement, le débat autour de l'*actio popularis* reflète la prise de conscience grandissante de l'intérêt de chacun au respect des règles protectrices des valeurs et des intérêts communs. Institution qui remonte à la Rome antique, où tout citoyen pouvait dénoncer devant un juge certaines atteintes à l'ordre et aux biens publics, l'*actio popularis* faisait ainsi des citoyens les gardiens de la légalité, palliant par là même la faiblesse des moyens publics disponibles.
- 3 Cependant, évoquer l'*actio popularis* en droit international soulève nombre d'interrogations complexes et déroutantes : peut-on transposer une institution antique de droit romain, fondée sur le lien de citoyenneté, dans un système juridique international dont les sujets primaires sont non pas des individus mais des Etats ? Comment concilier la notion d'*actio popularis* avec le principe fondamental du caractère consensuel de la compétence judiciaire en droit international ? A cet égard, faudrait-il confiner l'*actio popularis* au règlement judiciaire, dont le rôle reste marginal en relations internationales, ou doit-on en rechercher la trace dans d'autres modes de règlement des différends internationaux ? Et dans ce dernier cas, s'agirait-il d'une institution juridique à part entière ou simplement d'une expression commode recouvrant, de façon plus ou moins convaincante, des procédures disparates ?

- ⁴ Par ailleurs, quelles sont la fonction et l'utilité réelles de l'*actio popularis* dans la pratique ? Car, si elle se justifie en l'absence d'un organe représentant la société, quelle serait son utilité là où un tel organe existe, sauf peut-être pour pallier les carences de celui-ci ? En revanche, lorsque le demandeur a un intérêt personnel, quelle est l'utilité de lui reconnaître une habilitation spéciale pour agir au nom de l'intérêt commun en la même matière ? Et comment palier les dangers d'un détournement de l'*actio popularis* par des Etats ou des individus qui, sous prétexte de défendre l'intérêt général, poursuivraient des fins plus personnelles inavouées ? Peut-on ouvrir l'*actio popularis* en droit international aux individus dans un monde qui compte plus de six milliards d'habitants, qui deviendraient ainsi autant de justiciables potentiels ?
- ⁵ Poser ces interrogations c'est démontrer à quel point la problématique de l'*actio popularis* touche les problèmes fondamentaux de l'ordre juridique international et participe à sa mutation, une problématique que François Voeffray embrasse à bras le corps dans cet excellent ouvrage.
- ⁶ Premier ouvrage monographique entièrement dédié au sujet, à ma connaissance, il est le fruit d'une vaste recherche et d'un long processus de réflexion et de mûrissement. L'ouvrage commence par une première partie, relativement courte, mais extrêmement riche, qui trace les origines et les contours de l'*actio popularis* en droit romain, ainsi que certaines de ses manifestations actuelles dans divers systèmes judiciaires internes, pour en dégager ce qui est pertinent au droit international. Elle est suivie, dans une deuxième partie, par une étude très fouillée de la pratique internationale, qui démontre que, malgré le rejet cinglant de l'*actio popularis* par la Cour internationale de justice dans les affaires du *Sud-Ouest Africain* en 1966, depuis lors beaucoup d'eau a coulé sous les ponts de la justice internationale. L'analyse approfondie de la jurisprudence ne se limite pas à la CPJI et à la CIJ, mais s'étend à une riche palette d'autres procédures contentieuses internationales. Sont couvertes aussi bien des juridictions à proprement parler qu'un large éventail de procédures « quasi-judiciaires », dans les domaines des droits de l'homme et du droit humanitaire, des espaces marins, de l'intégration économique et du commerce international ou encore de la protection de l'environnement.
- ⁷ Cette analyse approfondie et minutieuse de la pratique internationale révèle non seulement que les juridictions internationales sont de plus en plus réceptives à la notion d'*actio popularis*, mais également que la *rationale* de cette institution s'insinue progressivement dans des coins et recoins insoupçonnés du droit international.
- ⁸ En scrutant cette vaste fresque de la pratique internationale, l'auteur pèse les avantages et identifie les failles de chaque instance afin de jauger sa contribution réelle à la construction d'une *actio popularis* internationale. Mais c'est surtout à partir de cette pratique que François Voeffray développe, dans la troisième partie de son ouvrage, une conception approfondie et cohérente de l'*actio popularis* en droit international ; et cela en trois étapes successives. Il examine tout d'abord ses fondements normatifs, notamment ses rapports avec les notions des règles *jus cogens* et des obligations *erga omnes* ; il suit en deuxième lieu son évolution à travers les différentes phases de la procédure judiciaire internationale ; pour discuter enfin des fonctions de l'*actio popularis* et de son opportunité dans la communauté internationale contemporaine.

- 9 Tout au long de cette étude passionnante, l'analyse est fouillée, la réflexion stimulante et, fait suffisamment rare pour être relevé, elles sont servies par une plume alerte et élégante.
- 10 Nous devons savoir gré à François Voeffray d'avoir tracé, à la manière d'Ingres, un portrait fin et minutieux de cette institution juridique mal connue qu'est *l'actio popularis*, sur la toile des grandes évolutions du droit international.
- 11 Un ouvrage exemplaire et désormais incontournable pour tous ceux qui s'intéressent à la fonction juridictionnelle et à son rôle dans la société internationale, auquel vient d'être attribué le prix Guggenheim, l'une des récompenses les plus prestigieuses en droit international.
-

AUTEUR

Georges Abi-Saab
Professeur honoraire
Institut universitaire de hautes études internationales
Membre de l'Institut de droit international

Introduction

p. 1-2

- ¹ L'*actio popularis* fait partie des idées ou des termes qui éveillent des sentiments contrastés. Pour les uns, c'est l'incarnation d'un militantisme dangereux qui menace de surcharger les tribunaux et de pervertir leur fonction. Pour d'autres, c'est une revendication légitime, dont le rejet ne serait que l'expression d'un conservatisme judiciaire de mauvais aloi. Pour d'autres encore, peut-être la majorité, c'est simplement une institution ancienne dont on sait qu'elle est mal définie et controversée et à laquelle on préfère éviter de se référer. Il est vrai que l'on peut se demander en quoi la référence à un instrument d'un droit antique présente un quelconque intérêt pour l'étude du droit international. Ne s'agit-il pas là d'un nouvel exemple de cette pauvreté du vocabulaire et de la réflexion juridiques, qui empruntent au latin par manque d'imagination, comme le dénonçait en son temps Paul Reuter¹ ?
- ² Pour notre part, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un simple gadget terminologique. En revanche, le recours au latin est indéniablement une source de malentendus, car il n'a jamais été question de transposer telle quelle en droit international cette institution juridique de la Rome antique. Cependant, depuis la décision controversée rendue en 1966 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Sud-Ouest africain, le terme d'*actio popularis* s'est imposé progressivement dans la littérature et la pratique des tribunaux internationaux, au point de devenir aujourd'hui incontournable. Il faut reconnaître que l'on ne trouve guère dans le vocabulaire juridique moderne d'expression similaire, capable de traduire – avec la même brièveté – les différentes caractéristiques de ce type particulier d'action en justice.
- ³ Le débat sur l'*actio popularis* a pour toile de fond la prise de conscience, au sein de la communauté internationale, de l'existence d'intérêts collectifs et la recherche d'instruments juridiques capables de les incarner et de les protéger. L'*actio popularis* est une proche parente de ces concepts à succès du droit international contemporain que sont les obligations *erga omnes* et le *jus cogens*, deux concepts créés pour donner corps juridique à des intérêts collectifs et dont l'application est encore entourée de certaines incertitudes, mais dont l'existence même n'est plus guère contestée. Or, contrairement à ces deux concepts qui ont fait l'objet d'une abondante littérature, l'*actio popularis* est demeurée dans l'ombre. Curieusement, aucun ouvrage de droit international ne lui a jamais été consacré et les quelques articles écrits spécifiquement à son sujet ont

aujourd'hui plus d'une trentaine d'années. Ce désintérêt apparent de la doctrine est d'autant plus paradoxal que l'*actio popularis* continue à être régulièrement évoquée devant des tribunaux ou dans le cadre des travaux de codification du droit international.

- ⁴ L'objet de cette étude est de déterminer ce que constitue l'*actio popularis*, sur quels fondements normatifs elle prend appui et dans quelle mesure un tel droit d'action en justice est opportun. L'ouvrage se divise en trois parties. La première partie vise à établir ce que constituait l'*actio popularis* dans le droit romain antique et sous quelle forme elle s'est perpétuée dans certaines législations modernes, afin d'en dégager les enseignements pertinents pour l'analyse du droit international. Après cette investigation historique et comparative, la deuxième partie de l'ouvrage débroussaille la pratique internationale en passant en revue les principales procédures juridictionnelles dans le cadre desquelles une action populaire a été tentée et les réactions des juridictions saisies. La troisième partie de cette étude vise à approfondir certaines questions au sujet de l'*actio popularis* évoquées dans la deuxième partie en les abordant dans une perspective plus large et en les reliant ainsi à d'autres problématiques du droit international contemporain. Cette troisième partie traite en premier lieu des fondements normatifs de l'*actio popularis*, notamment du concept d'*obligation erga omnes*, ainsi que de l'intérêt à agir tel qu'il est défini par le droit des traités et par le droit de la responsabilité internationale. Sont également analysés les divers obstacles procéduraux utilisés pour entraver l'action populaire. Enfin, l'étude se termine par une réflexion sur l'utilité véritable de l'*actio popularis* et ses perspectives d'avenir.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Cf. P. Reuter, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », in : *Mélanges offerts au doyen Louis Trotabas*, Paris, 1970, p. 424 : « Quelle pauvreté dans le vocabulaire juridique, quelle ambiguïté, quelle absence d'imagination dont le recours au latin n'est pas le moindre signe ! »

Première partie. À la recherche d'une définition perdue

Introduction

p. 3-5

- ¹ L'expérience du droit comparé montre qu'il existe peu de notions universelles et de structures intangibles. Aujourd'hui encore, malgré le formidable développement des contacts de toute nature entre les sociétés contemporaines, le juriste doit se garder d'accorder trop facilement une valeur universelle ou permanente à certaines institutions ou de vouloir les transposer d'un système juridique à l'autre. Malgré les convergences et les influences mutuelles, certaines différences profondes subsistent entre les principaux systèmes juridiques des Etats modernes, et à plus forte raison entre ceux-ci et l'ordre juridique international. En d'autres termes, il existe un inévitable relativisme juridique. Un concept qui paraîtra aux premiers abords solidement établi ou universellement valable n'est peut-être simplement que celui qui nous est le plus familier. Dans le cadre de cette étude, la prudence dans la comparaison s'impose particulièrement puisque *l'actio popularis* est apparue, il y a plus de deux mille ans, dans un contexte historique et politique fort différent du nôtre. Si elle a survécu dans certains systèmes juridiques nationaux, elle revêt à chaque fois une dimension et des caractéristiques propres définies par le législateur et la pratique des tribunaux. Il ne saurait donc être question de transposer *l'actio popularis* dans le droit international comme s'il s'agissait simplement d'un principe universel de procédure.
- ² Ces réserves méthodologiques faites, il faut souligner l'intérêt indéniable que présente l'étude de *l'actio popularis* dans la Rome antique ainsi que des avatars de cette institution que l'on trouve dans les législations modernes. Cette étude est intéressante pour au moins trois raisons. Premièrement, parce que le terme d'*actio popularis* est passé dans le langage courant du droit international sans que l'on ait véritablement pris la peine de définir la nature exacte de cette institution. Deuxièmement, parce qu'on remarque, au-delà des évidentes différences, quelques analogies intéressantes entre l'organisation de la Rome ancienne et celle de la société internationale, analogies qui aident à comprendre pourquoi l'institution du droit antique a séduit les internationalistes. Troisièmement enfin, parce que de nombreuses incertitudes persistent en droit international sur l'admissibilité et la mise en œuvre de *l'actio*

popularis et qu'il est possible d'apporter quelques clarifications à travers l'analyse du droit romain et des droits nationaux modernes.

Chapitre I. L'institution originelle : *l'actio popularis dans la Rome antique*

p. 6-22

« La chose publique [...] est la chose du peuple »
(Cicéron, *La République*, Livre I, XXV)

- ¹ Dans la littérature du droit international – mais aussi dans les études consacrées au droit romain – on utilise souvent le terme d'*actio popularis* au singulier. Bien que répandu et commode, cet usage du singulier est trompeur. En effet, l'*actio popularis* ne constituait pas dans la Rome antique une institution unique, contrairement par exemple à l'*actio legis Aquiliae*, le célèbre remède du droit romain destiné à réparer les dommages illicites à la propriété. L'*actio popularis* était un terme générique s'appliquant à une série d'actions dont nous considérerions aujourd'hui qu'elles relèvent principalement du maintien de l'ordre public et de la police. Conformément à l'esprit pragmatique des Romains, ces diverses actions populaires furent établies au fil du temps, en fonction des besoins, les unes à travers des lois spécifiques, les autres par les magistrats chargés de rendre la justice. Ces diverses actions n'étant pas soumises à un régime juridique parfaitement uniforme, il convient d'éviter à leur propos des généralisations hâtives. Ce qui justifie néanmoins qu'on les rassemble dans une même catégorie est l'existence d'un important dénominateur commun : l'attribution d'une qualité pour agir à n'importe quel citoyen, indépendamment de tout intérêt personnel direct¹.

Section I - Les principales actions populaires romaines

- ² La doctrine classe usuellement les actions populaires en fonction de leur source, en distinguant celles organisées par une loi ou un sénatus-consulte (§ 1^{er}), de celles découlant d'édits adoptés par les magistrats chargés de la juridiction civile et de l'administration municipale (§ 2). Il faut ajouter à ces deux catégories d'actions la procédure apparentée des interdits, qui revêtait parfois un caractère populaire (§ 3).

§ 1^{er} - Les actions populaires établies par la loi

- ³ Les sources du droit romain dont nous disposons aujourd’hui sont lacunaires. Seuls certains textes ont résisté à l’épreuve du temps et ceux qui sont conservés ne le sont, le plus souvent, que sous forme de fragments. Cette constatation est valable pour toute la période antérieure au Code Théodosien et à la codification entreprise sous l’empereur Justinien, mais elle est particulièrement vraie pour les premiers siècles de l’histoire romaine. Si nos sources sur la période archaïque sont donc très fragmentaires, il semble néanmoins établi que des actions ouvertes à tous les citoyens existaient déjà dans l’ancien *jus civile*. L’exemple le plus ancien discuté dans la littérature est celui de la loi *Silia* sur les poids et mesures, qui remonte à la seconde partie du III^e siècle av. J.-C.² On peut mentionner aussi un fragment législatif d’une petite colonie romaine du Latium, l’inscription dite de *Luceria*, qui date du II^e siècle av. J.-C., mais qui imite sans doute une loi plus ancienne de la métropole romaine³. Cette inscription se rapporte à une forêt sacrée et donne le droit à chaque citoyen d’exercer la procédure de *manus injectio* contre ceux qui auraient jeté des immondices ou enterré des cadavres dans cette forêt sacrée. L’initiative de poursuivre le coupable est accordée également, par l’inscription de *Luceria*, aux magistrats. Datant de la même époque, la *lex Plaetoria* accordait, semble-t-il, à chaque citoyen la possibilité d’intenter une procédure contre toute personne qui aurait tiré indûment avantage d’un jeune homme de moins de vingt-cinq ans⁴.
- ⁴ La plupart des actions populaires légales dont nous avons connaissance datent cependant de la fin de la République et du début du Principat. On doit mentionner, en premier lieu, la Table d’Héraclée (dite parfois *lex Julia Municipalis*), datant de la première partie du I^{er} siècle av. J.-C.⁵, qui crée de nombreuses actions ouvertes à tout citoyen. Ces actions permettent notamment de punir ceux qui distribuent des céréales à des citoyens non-inscrits sur les listes, ceux qui occupent une magistrature alors qu’ils n’ont pas atteint l’âge de trente ans, ou encore ceux qui occupent des fonctions publiques alors qu’ils ont été condamnés pour vol ou frappés d’infamie. Un autre exemple est la *lex Maximilia* (ou *Julia agraria*), de l’an 59 av. J.-C., qui fait partie de la législation agraire adoptée sur l’initiative de Jules César pour distribuer des terres du domaine public aux vétérans de l’armée et aux chômeurs. Une action populaire y est en effet prévue contre celui qui déplace des bornes pour modifier les limites foncières⁶. S’agissant de l’approvisionnement en eau de la cité, on peut citer aussi la *lex Quinctia de aqueductibus*, datant de la période d’Auguste, qui offre à tout citoyen la possibilité d’intenter une action contre celui qui endommage des conduites ou canalisations servant aux aqueducs publics⁷.
- ⁵ Les conquêtes des légions romaines dans tout le bassin méditerranéen et la création de colonies donnèrent naissance à un droit provincial, colonial et municipal – inspiré souvent du droit applicable dans la métropole – qui fournit d’autres illustrations d’actions populaires⁸. Les lois des colonies et municipes de la péninsule ibérique, dont on a retrouvé d’importants fragments gravés sur des tables en bronze, sont particulièrement intéressantes. Ces lois datent soit de la fondation de la colonie, soit de la conversion en municipes latins d’anciennes cités ibériques. La loi de la colonie romaine d’Urso (Osuna, près de Séville), promulguée vers 44 av. J.-C. par Marc Antoine, contient un nombre particulièrement important d’actions de nature populaire. Parmi les délits visés figurent la crémation de cadavres ou l’érection de monuments funéraires à l’intérieur des fortifications de la colonie, la démolition d’un édifice sans

l'autorisation des décurions, la corruption électorale (par exemple, l'organisation par des candidats, durant la période des élections, de festins pour un nombre d'invités supérieur à onze), le non-respect des règles établies pour l'administration des cultes, ou encore l'occupation dans des spectacles publics des loges réservées aux magistrats⁹. Les lois des municipes de *Malaca* (Mâlaga) et de *Salpensa* (aux environs d'Utrera), qui datent toutes deux du règne de l'empereur Domitien (fin du 1^{er} siècle après J.-C.), créaient aussi une longue série d'actions de caractère populaire. Elles visaient des infractions tels que l'entrave à la réunion des comices municipaux, la démolition d'édifices sans l'autorisation des décurions, le retard dans la restitution d'une somme d'argent au trésor public, ou encore le manquement par un magistrat à son obligation de prêter serment avant son entrée en fonction¹⁰. Enfin, on trouve de nouvelles illustrations de ces actions populaires du droit municipal dans les tables de la loi réglementant le municipie d'*Irni*, qui ont été découvertes, il y a une vingtaine d'années, dans la province de Séville¹¹. Leur contenu est, dans l'ensemble, remarquablement similaire aux autres textes ibériques susmentionnés, ce qui suggère sinon l'existence d'un véritable modèle législatif commun, du moins d'une forme de base officielle expliquant ces parallélismes et similitudes¹². A l'instar des autres lois, ces actions sanctionnent autant des délits commis par des citoyens du municipie (par exemple l'organisation de réunions illicites ou des infractions à la police des constructions) que des délits commis par les magistrats eux-mêmes (tels qu'une extorsion ou un détournement de fonds publics).

§ 2 - Les actions populaires prétoriennes et édiliciennes

- 6 Pendant longtemps, les actions populaires les mieux connues étaient celles développées à travers le droit honoraire¹³, car les principales d'entre elles ont été commentées par les jurisconsultes romains et sont recensées dans le *Digeste* établi sous l'empereur Justinien. Au début de l'année, lors de leur entrée en fonction, les magistrats romains d'un certain rang avaient coutume de publier un édit, sorte de manifeste dans lequel ils se présentaient à leurs administrés et exposaient leur programme pour l'année en cours. Les édits des magistrats judiciaires (préteurs urbains et pérégrins ainsi qu'édiles curules à Rome¹⁴; gouverneurs et questeurs exerçant aussi des fonctions judiciaires dans les provinces) définissaient les voies de recours ouvertes aux plaideurs. Bien que chaque magistrat fût parfaitement libre de modifier l'édit de son prédécesseur, la coutume était de conserver l'essentiel de son contenu, en ne le modifiant que là où cela paraissait nécessaire. Renouvelés ainsi d'année en année, ces édits jouèrent un rôle essentiel dans le développement des institutions juridiques romaines. Dès la fin du II^e siècle av. J.-C., ce droit honoraire constituait une source de droit à part entière, qui permettait de compléter ou de corriger les effets de la loi lorsque celle-ci se révélait lacunaire, trop formaliste ou trop ancienne¹⁵.
- 7 Plusieurs des actions populaires prétoriennes et édiliciennes visaient à assurer la sécurité des passants sur les voies et lieux publics. Ainsi, l'édit du Préteur offrait une action de nature populaire contre le propriétaire ou la personne occupant une habitation du haut de laquelle un objet solide ou un liquide serait tombé sur la voie publique (*actio de effusis vel dejectis*¹⁶). Cette action était complétée par une action préventive, résultant d'un édit antérieur à Cicéron, dirigée contre toute personne qui placerait un objet sur l'avant-toit ou à la fenêtre de sa maison (par exemple, une plante verte) d'une manière dangereuse pour la sécurité des passants (*actio de positis et suspensis*¹⁷). Plus tardivement, on institua également une action populaire générale

ouverte contre celui qui entrave l'usage public des voies et chemins (*actio de via publica*¹⁸). Enfin, on peut mentionner une clause de l'édit des édiles curules insérée au sein d'une longue liste de dispositions relatives aux ventes d'animaux et d'esclaves. Cette clause de l'édit protégeait par une action populaire les passants dont la sécurité était menacée par les arrivages fréquents de bêtes féroces amenés pour les jeux du cirque (*actio de bestis ou de feris*¹⁹).

- 8 L'édit du Préteur protégeait également au moyen d'actions populaires d'autres biens ayant un caractère public, sacré ou religieux. On peut citer l'*actio de albo corrupto*, qui réprimait l'endommagement ou la falsification de l'*album*, c'est-à-dire des tablettes de bois exposées au Forum sur lesquelles était inscrit l'édit du Préteur²⁰; l'*actio de termino moto*, dirigée contre quiconque déplaçait ou enlevait des bornes foncières²¹; l'*actio de sepulcro violato*, qui punissait la profanation de tombes ou de monuments funéraires²²; l'*actio de tabulis apertis*, dont le but était de sanctionner celui qui avait irrégulièrement ouvert le testament d'un défunt²³; enfin, l'*actio si quis iudicent non obtemperaverit*, qui sanctionnait la désobéissance aux ordres d'un magistrat²⁴.

§ 3 - Une voie procédurale apparentée : Les interdits populaires

- 9 Si on se réfère souvent uniquement aux actions populaires, il semble que dès une époque assez ancienne n'importe quel citoyen pouvait aussi solliciter auprès du Préteur le prononcé de certains interdits. Contrairement à l'action, l'interdit ne supposait pas l'existence préalable d'un droit reconnu par la loi ou par l'édit d'un magistrat. L'interdit était prononcé par le Préteur (ou un gouverneur de province), en vertu de son *imperium*, lorsqu'un différend surgissait entre citoyens et qu'aucune action n'était ouverte. L'intervention du Préteur visait donc, du moins originellement, à garantir la paix publique. L'interdit se distinguait également de l'action par le fait qu'il ne débouchait pas sur une condamnation à verser une amende. Il faisait cependant naître une obligation, dont on pouvait par la suite, si nécessaire, demander le respect par la voie de l'action.
- 10 Les interdits populaires peuvent être classés en deux catégories principales. La première est celle des interdits de *rebus sacris*, qui visaient à protéger les lieux et biens sacrés et à obliger l'auteur d'une atteinte illicite à assurer leur remise en état. La seconde regroupe les interdits de *utilitatis publicae causa*, dont les plus importants se rapportaient aux voies et chemins publics, aux fleuves et rivières ainsi qu'aux égouts, c'est-à-dire à des biens non susceptibles d'une appropriation privée et sur lesquels chacun avait une sorte de droit d'usage.

Section II - La nature des actions populaires

§ 1^{er} - Le débat doctrinal au XIX^e siècle

- 11 La nature des actions populaires a fait l'objet d'une vive controverse doctrinale au XIX^e siècle. Une partie de la doctrine, emmenée par Savigny et Mommsen, affirmait que le demandeur populaire était un véritable représentant de l'Etat, qui faisait valoir des droits du peuple, et non des droits lui appartenant en tant qu'individu. Selon eux, le citoyen intentant une action populaire remplissait en quelque sorte le rôle d'un ministère public²⁵. A cette doctrine publiciste s'est opposée une autre thèse, développée

en particulier dans les travaux de Bruns et de Fadda. Ces auteurs distinguent deux catégories d'actions populaires en fonction du bénéficiaire de la condamnation pécuniaire. Ils ne contestent pas que le demandeur exerçait une fonction de représentant de l'Etat dans la plupart des actions instituées par des lois, car la condamnation y était prononcée en faveur du trésor public. En revanche, dans le cas des actions populaires prétoriennes et édiliciennes, la formule de la *condemnatio* portait généralement le nom de l'acteur populaire et le produit de l'amende lui était attribué intégralement. Selon Bruns et Fadda, cette seconde catégorie d'actions populaires ne se rapporterait donc pas à des droits collectifs, mais à des sortes de droits individuels exercés par chacun en son nom propre. Le courant doctrinal publiciste de Savigny admettait la possibilité que toute ou une partie de l'amende soit versée au demandeur populaire, mais l'interprétait comme la récompense financière d'un service rendu à la collectivité. Pour Bruns et Fadda, en revanche, si le produit de la condamnation est attribué au demandeur ce n'est pas à titre de récompense, mais comme indemnité pour la lésion de son droit subjectif²⁶.

¹² Comme il arrive souvent dans un débat doctrinal, les points de désaccord ont été amplifiés, alors que les convergences de vues passaient à l'arrière-plan. En fait, les divergences sont moins profondes qu'il n'y paraît. Tout d'abord, tous les auteurs s'accordent à reconnaître que les diverses actions populaires romaines n'avaient pas une finalité unique, ni un régime juridique parfaitement uniforme. Ensuite, nul ne conteste qu'il existait dans les faits un mélange d'intérêts public et privé à la répression de certains délits. Enfin, si les tenants de la conception publiciste affirment que le demandeur représentait l'Etat, ils ne nient pas que les actions populaires aient pu servir en pratique à la défense des intérêts personnels du demandeur. De leur côté, leurs contradicteurs soutiennent que les actions populaires prétoriennes étaient intentées par le demandeur en son nom propre, mais ils concèdent qu'elles touchaient en même temps à la protection d'intérêts collectifs et que le demandeur tirait son droit d'agir de sa qualité de membre de la collectivité.

¹³ Aujourd'hui, les positions extrêmes exprimées dans la doctrine au XIX^e siècle se sont atténuées au profit d'une conception médiane. Il n'est plus soutenu que l'acteur populaire représentait l'Etat, ni qu'il agissait, dans le cas des actions prétoriennes, pour défendre un droit privé subjectif. Ces théories opposées sont toutes deux fondées sur des notions – celles de l'Etat et du droit subjectif – qui étaient en réalité largement étrangères aux Romains²⁷. La tendance moderne de la doctrine est de mettre l'accent sur l'attribution de la qualité pour agir à n'importe quel citoyen et sur le postulat implicite qui sous-tend les différentes actions populaires : celui d'une convergence entre l'intérêt de chacun et l'intérêt collectif.

§ 2 - Une qualité pour agir fondée sur la citoyenneté

¹⁴ Le trait distinctif le plus essentiel des actions populaires est l'attribution générale d'une qualité pour agir. L'action est populaire, parce qu'elle peut être intentée par « n'importe qui au sein du peuple » (*quibus ex populo*²⁸) : les autres expressions latines utilisées pour désigner l'acteur populaire soulignent aussi ce lien entre la qualité pour agir et l'appartenance au peuple romain : « tous les citoyens » (*omnes cives*²⁹) ; « celui qui souhaite agir (*qui volet*³⁰) ; « quiconque souhaitant agir » (*quicumque agere volet*³¹) ; ou

- encore « celui qui agit comme s'il était seul au sein du peuple » (*quis quasi unus ex populo agit*³²).
- 15 Pour mieux comprendre la nature des actions populaires, il convient donc de s'interroger sur ce que représentait ce peuple romain. Or, dans la Rome antique, le *populus* était un concept à la fois politique, juridique et philosophique, dont le contenu a varié au fil de l'histoire de la cité³³ :
- Originellement, il est possible que le terme *populus* ait eu, comme d'autres expressions latines, une connotation militaire. Selon certains auteurs, il aurait désigné les citoyens servant sous les armes, d'où l'attribution, après la chute du dernier roi étrusque, du titre de *magister populi* au dictateur et chef militaire ;
 - Par la suite, sous la République, le pouvoir a été partagé entre le Sénat, le peuple et les magistrats et le peuple devint ainsi un organe à part entière des institutions républicaines. Réunie chaque année en comices, l'assemblée du peuple élisait les magistrats et votait certaines lois. Chez maints auteurs anciens, l'expression *populus romanus* désigne donc le peuple réuni en comices ;
 - Dans un sens plus large, le terme *populus* désigne les citoyens libres de Rome (*quintes* ou *cives romani*³⁴) ou l'ensemble des citoyens en tant que communauté. Sur le plan international, c'est le *populus romanus* qui déclare la guerre, conclut la paix ou s'engage par traité envers d'autres cités ou peuples. Sur le plan interne, les juristes romains lui conférèrent aussi une existence et des droits propres : le *populus romanus* pouvait être propriétaire, débiteur, créancier, légataire, héritier, acquéreur ou vendeur. On peut rapprocher à cet égard le concept de peuple de celui de *civitas*, la communauté des citoyens libres organisée à travers des institutions communes, et de celui de *respublica*, la chose ou le bien public, et par extension plus tardive l'Etat³⁵.
- 16 Il ressort de ces différentes acceptations que le terme de *populus* désigne non seulement les citoyens romains, mais aussi l'entité qu'ils forment collectivement. Cela étant, il faut se garder d'appréhender cette entité collective à l'aide de concepts modernes tels que ceux de nation ou d'Etat, qui demeurent largement étrangers au monde antique. Les juristes romains n'allèrent pas jusqu'à l'idée moderne d'un Etat abstrait et distinct de ses membres, doté d'une pleine personnalité juridique. Ainsi, les actes et transactions légales accomplis par le *populus romanus* – ou en son nom – n'étaient pas assimilés à ceux de simples particuliers et ne pouvaient pas être contestés à travers la procédure civile ordinaire³⁶. A Rome, la ligne de démarcation entre la communauté et les membres de cette communauté n'était pas clairement établie : le *populus* n'était pas conçu comme une entité abstraite distincte de ses membres, mais plutôt comme un ensemble concret de citoyens³⁷.
- 17 Il faut en retenir, en tout cas, que la qualité pour agir de l'acteur populaire est fondée sur l'appartenance au peuple romain, c'est-à-dire, en termes modernes, sur la citoyenneté. En engageant un procès, le demandeur populaire agit comme un défenseur à la fois de l'intérêt collectif et de son propre intérêt en tant que citoyen. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la célèbre formule de Paul figurant dans le Digeste de Justinien, qui définit l'action populaire comme « protégeant à la fois le droit du demandeur et du peuple³⁸. » Si la qualité pour agir est fondée sur la citoyenneté, il ne faut pas avoir une vision trop idéalisée du fonctionnement des institutions romaines. En pratique, il ne fait guère de doute que l'esprit civique n'était pas la seule motivation du demandeur populaire. Il est probable qu'il agissait souvent sur la base d'intérêts plus

prosaïques : attrait de la récompense promise, souhait de défendre ses intérêts privés (par exemple lorsqu'il avait subi lui-même un dommage en raison du fait illicite), ou encore des inimitiés personnelles ou familiales, dont on sait qu'elles constituaient l'une des motivations principales des dénonciations criminelles³⁹.

§ 3 - Intérêt collectif et intérêt individuel

- ¹⁸ Implicitement, les actions populaires sont fondées sur le postulat d'une convergence de l'intérêt collectif et de l'intérêt individuel à la répression de certains délits : les actions populaires permettaient à chaque citoyen non seulement de défendre l'intérêt général, mais aussi de se protéger lui-même en dénonçant des conduites délictuelles qui lui avaient été nuisibles personnellement ou qui pourraient l'être un jour.
- ¹⁹ L'idée d'une défense de l'intérêt public prédomine nettement dans la plupart des actions établies par la loi. Les citoyens sont invités à participer à la surveillance des lois adoptées pour régler la vie en commun au sein de la cité et assurer le respect de l'ordre social et religieux. Les finalités essentiellement publiques de ces actions sont confirmées, selon nous, par le fait déjà signalé que la condamnation était prononcée en faveur du trésor public, et non du demandeur populaire ; et si une moitié du produit de l'amende était versée à ce dernier, c'est à titre de récompense financière, comme l'ont souligné Savigny et Mommsen⁴⁰. L'intérêt privé nous paraît plus marqué dans certaines actions populaires prétoriennes, ce qui peut expliquer que la formule de la *condemnatio* indiquait généralement le nom de l'acteur populaire et que le gain de l'amende lui revenait intégralement. En pratique, il était probablement assez fréquent que l'action populaire prétorienne soit intentée directement par le lésé. Tel pouvait être le cas, par exemple, lorsque le demandeur avait été lui-même blessé par un objet tombé depuis une fenêtre ou lorsqu'il dénonçait une profanation des tombeaux de ses propres aïeux. Cela étant, l'attribution d'une qualité pour agir à tous les citoyens ne serait pas compréhensible s'il n'existait pas, là aussi, un intérêt public à la répression des délits concernés. Il s'agit, pour reprendre quelques exemples, d'assurer la sécurité des passants sur la voie publique (*actio de effusis vel deiectis, actio de positis et suspensis*), de veiller à la tranquillité des cimetières et au respect des règles religieuses sur le culte des morts (*actio de sepulchro violato*), ou de protéger le bon fonctionnement de la justice et l'autorité des magistrats (*actio de albo corrupto, actio si quis iudicenli non obtemperaverit*⁴¹).

§ 4 - Le problème de la concurrence d'actions populaires

- ²⁰ En droit romain, l'action populaire s'oppose à l'action privée, qui ne peut être intentée que par le lésé. Le demandeur populaire n'a pas à démontrer qu'il a été personnellement lésé par le fait illicite ; sa qualité de citoyen suffit. Cependant, lorsque plusieurs citoyens décidaient d'intenter une action populaire au sujet du même délit, le préteur devait déterminer lequel d'entre eux aurait la préférence, car il n'était pas concevable que plusieurs procès soient organisés simultanément. L'édit du Préteur prévoit dans un tel cas que la préférence sera accordée à celui qui est le plus directement intéressé, ou à celui que le magistrat considérera le plus apte à intenter l'action⁴².

²¹ Cette règle de l'édit du Préteur est intéressante à un double titre. D'une part, elle paraît viser à la réalisation d'un équilibre entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé du citoyen directement lésé. Ce dernier se voit reconnaître un statut privilégié en cas de concurrence d'actions, mais il ne jouit pas d'une priorité absolue. Le Préteur peut lui préférer une personne qui paraît plus apte par sa probité, son intelligence, ou ses connaissances juridiques, à conduire la procédure judiciaire à son terme et à défendre ainsi avec succès l'intérêt collectif. D'autre part, cette règle implique que, même lorsqu'elle est intentée par un citoyen directement intéressé, l'action continue à être considérée comme populaire. Cette règle souligne ainsi que l'objectif de protéger un intérêt collectif n'est pas effacé par la présence d'un intérêt privé direct du demandeur.

Section III - Les actions populaires au sein des institutions romaines

§ 1^{er} - Une confusion primitive entre l'Etat et la multitude des citoyens ?

²² Il est loisible de voir dans l'action populaire les traces d'une époque primitive où l'Etat n'avait pas d'identité propre, où il se confondait avec la masse des citoyens. Aux premiers temps de son histoire, alors que Rome n'était qu'une petite ville entourée de cités rivales, on ne faisait en effet guère de différence entre la collectivité et les citoyens qui la composaient. Par la suite, à l'époque classique, on se plut à évoquer cette osmose originelle comme une sorte d'idéal politique. Cette idée est exprimée dans la célèbre maxime de Cicéron : « La république (ou en termes plus modernes l'Etat), c'est la chose du peuple⁴³. » S'il faut se méfier de l'enjolivement historique, il n'en demeure pas moins qu'une certaine identité existait effectivement aux premiers temps de la cité entre l'Etat et la masse des citoyens. Le domaine public était conçu comme une sorte de copropriété indivise de l'ensemble des citoyens. Cette confusion primitive se retrouve dans d'autres institutions juridiques romaines, en particulier dans le droit accordé à chaque citoyen de Rome d'occuper les terres incultes appartenant à la collectivité, *l'ager publiais*⁴⁴.

²³ Il serait toutefois erroné de vouloir réduire l'action populaire à un instrument d'une société primitive, où ferait défaut une véritable conception juridique de l'Etat et du patrimoine commun. D'une part, dès les premiers temps de l'histoire romaine, la confusion entre l'Etat et la masse des citoyens fut limitée : le trésor public fut affecté aux besoins propres de l'Etat ; les magistrats reçurent le pouvoir d'agir au nom du peuple ; et les actes des magistrats produisirent des effets au profit ou à la charge de l'Etat. D'autre part, bien que les origines des actions populaires soient probablement anciennes, celles dont nous avons gardé des traces ont été instituées dans les deux derniers siècles de la République et sous l'Empire, c'est-à-dire à une époque relativement tardive où les institutions romaines s'étaient déjà considérablement développées et perfectionnées.

§ 2 - Aux confins du droit public et du droit privé

²⁴ A Rome, le droit pénal relevait à la fois de la justice criminelle (*judicia publica*) et de la justice civile ordinaire (*judicia privata*). La justice criminelle était plus limitée que dans

nos sociétés contemporaines. Elle ne concernait que les délits publics, c'est-à-dire certains actes illicites portant gravement atteinte à l'Etat (comme la haute trahison, *perduellio*) ou à l'ordre religieux (tel le parricide). Pour les autres délits (dits privés), dont la liste était beaucoup plus longue, on ne prenait en compte que l'intérêt privé lésé ; ils étaient donc traités comme des litiges entre particuliers et relevaient de la procédure civile ordinaire. En pratique, la différence peut-être la plus essentielle entre ces deux formes de justice résidait dans le déclenchement de la procédure. La justice criminelle ne connaissait pas, du moins à l'époque classique, de ministère public. En lieu et place, chaque citoyen avait non seulement le droit de dénoncer le crime, comme dans nos législations modernes, mais prenait directement part au procès en assumant lui-même l'accusation publique. Cette tâche étant périlleuse pour l'accusateur en cas d'échec, le zèle des citoyens était encouragé par l'octroi d'une récompense en cas de condamnation de l'accusé⁴⁵. En revanche, la poursuite des délits privés était laissée à l'initiative de la victime ou de sa famille et l'amende qui frappait le coupable leur était versée directement. Cette amende – dont le montant pouvait aller jusqu'à quatre fois celui du préjudice subi – représentait le rachat de la vengeance privée. Elle visait non seulement à assurer la réparation du préjudice, mais aussi à acheter la paix entre la victime et sa famille, d'une part, et le coupable et son propre groupe familial, d'autre part⁴⁶.

- 25 Les actions populaires constituent un genre intermédiaire entre la procédure criminelle et la procédure pénale des délits privés⁴⁷. L'octroi du droit d'agir à tout citoyen rappelle directement le rôle de l'accusateur public dans la justice criminelle. L'analogie entre l'accusation publique exercée par n'importe quel citoyen et les actions populaires est si évidente que certains jurisconsultes romains – ou une législation moderne comme celle de l'Espagne – tendront postérieurement à les assimiler⁴⁸. Ainsi, dans le Digeste, l'expression *quibus ex populo* est employée par les jurisconsultes pour désigner à la fois l'acteur populaire⁴⁹ et l'accusateur public⁵⁰. Toutefois, d'autres aspects des actions populaires traduisent une parenté avec les actions pénales découlant des délits privés. D'une part, il s'agit non pas d'une accusation donnant naissance à une procédure criminelle (*judicium publicum*), mais d'actions qui s'exercent dans le cadre de la procédure civile ordinaire⁵¹. D'autre part, la peine infligée au coupable ne peut prendre la forme que d'une amende.
- 26 Cette nature composite, ou intermédiaire, des actions populaires s'explique par leur objet même : elles se rapportent en effet à des questions relevant d'une zone grise entre la sphère publique et la sphère privée. Les délits visés ne sont pas aussi graves que la plupart des délits relevant de la justice criminelle, mais il existait un intérêt général suffisamment important à la poursuite de ces délits pour ne pas abandonner cette responsabilité à la seule diligence de la victime, ou laisser l'infraction impunie dans le cas où aucun citoyen n'aurait souffert de préjudice direct. Ce caractère composite est également le reflet du lent processus de séparation du droit public et du droit privé. Même dans le dernier siècle de la République, il n'existe pas encore de séparation claire entre droit public et droit privé, entre procédure pénale et procédure civile. En fait, bien que d'origine romaine, la distinction entre *ius publicum* et *ius privatum* est tardive. Si elle affleure déjà dans certains textes de Cicéron, elle n'est définie pour la première fois sous une forme systématique que par le jurisconsulte Ulpien, sous les règnes de Caracalla et d'Alexandre Sévère (fin du II^e siècle/début du III^e siècle après J.-C.⁵²).

§ 3 - La coexistence avec le pouvoir de poursuite des magistrats

- ²⁷ Les actions populaires équivalent à une sorte de délégation aux citoyens de certains pouvoirs de police. Comme nombre d'autres institutions romaines, elles sont motivées au premier chef par des considérations pragmatiques. Le nombre de magistrats à Rome fut longtemps réduit et les compétences et moyens dont ils disposaient, notamment en matière de police et d'investigation, étaient assez limités. Les actions populaires constituaient donc un remède commode pour pallier l'insuffisance des institutions étatiques. Elles permettaient d'associer et de faire participer le peuple à un maintien de l'ordre public dont il était, en définitive, le premier bénéficiaire. Elles ne visaient cependant pas à remplacer dans leurs tâches les magistrats ou la police. Leur fonction était d'offrir une assistance aux magistrats dans la poursuite de certains délits, et non de se substituer à l'autorité légalement constituée. Cela ressort clairement des nombreux textes législatifs qui instaurent simultanément une action populaire et un pouvoir de poursuite pénal des magistrats⁵³. Les actions populaires se rapportant aux agissements des magistrats répondent à une logique différente. L'objectif dans ce cas est de faire surveiller par les citoyens la diligence et l'intégrité de ces magistrats. Elles participent ainsi à l'affaiblissement progressif du pouvoir des autorités publiques et au renforcement du contrôle de leurs activités qui caractérisent l'évolution des institutions de la République romaine, une tendance qui sera arrêtée par la transformation du régime en Principat⁵⁴.
- ²⁸ Bien qu'il soit difficile d'évaluer la portée réelle des actions populaires dans le fonctionnement de la cité, il ne faut pas les surestimer. Alors que les textes historiques et littéraires font état d'une prolifération nuisible des délateurs et des procès criminels au cours du dernier siècle de la République, ils ne font guère mention des actions populaires, ce qui peut s'expliquer toutefois par leur moindre intérêt historique ou littéraire. Il semble en tout cas que l'importance des actions populaires a progressivement diminué à partir du 1^{er} siècle après J.-C. L'analyse statistique des avis de droits (*responsa*) recensés dans le *Digeste* montre qu'à l'époque des jurisconsultes, les actions populaires semblent assez rarement utilisées. Les nouveaux textes législatifs impériaux recourent aussi plus rarement à ce procédé. Ce déclin progressif peut s'expliquer par l'affermissement des institutions impériales et la création de nouveaux magistrats et fonctionnaires chargés de la police. Il est probable cependant qu'il est aussi alimenté par d'autres facteurs, tels que l'affirmation plus claire de l'Etat impérial comme une notion distincte de la communauté des citoyens, la dégradation de l'esprit civique ou encore l'affaiblissement de l'idée même – d'origine éminemment républicaine – de participation des citoyens aux affaires publiques.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Longtemps négligé par les commentateurs du droit romain, les *actiones populares* ont fait l'objet d'une forte attention au cours de la seconde moitié du xix^e siècle, époque à laquelle

plusieurs études majeures ont été consacrées. Cet intérêt doctrinal était alimenté par la découverte de nouveaux textes juridiques, mais aussi par le succès en Europe des idées démocratiques libérales qui entraînaient une réorganisation des rapports entre le citoyen et l'Etat. Chez plusieurs auteurs, on perçoit le désir manifeste de faire connaître et revivre dans la législation de leurs pays respectifs l'antique institution du droit romain. Au sein de l'abondante littérature consacrée aux *actiones populares* dans la Rome antique, voir en particulier : C. G. Bruns, "Die römischen Popularklagen", *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. 3, 1864, p. 341-415 (reproduit in : *Kleinere Schriften*, Berlin, vol. I, 1882, p. 313-375) ; F. Casavola, "Fadda e la dottrina delle azioni popolari", *Labeo*, vol. 1, 1955, p. 131-153 ; id., *Studi suite azioni popolari romane*, Naples, 1958 ; V. Colonieu, *Les actions populaires en droit romain*, Paris, 1888 ; J. Danilovic, « Observations sur les "actiones populares" », in : *Studi in onore di G. Grossi*, vol. VI, Turin, 1974, p. 13-43 ; C. Fadda, *L'azione popolare*, Turin, 1894 ; E. Lozano Corbi, *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Barcelone, 1982 ; R. Maschke, "Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 6, 1885, p. 226-259 ; J. L. Murga, "Las acciones populares en el municipio de Irni", *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. 88, 1985, p. 209-260 ; Th. Mommsen, "Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Beatica", *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften in Leipzig*, vol. 3, 1855, p. 363-507 (reproduit in : *Gesammelte Schriften*, Berlin, vol. I, 1905, p. 267-382) ; id., "Die Popularklagen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 24, 1903, p. 1-12 (reproduit in : *Gesammelte Schriften*, Berlin, vol. 1-3, 1907, p. 375-385).

2. Le texte de cette loi est reproduit in : S. Riccobono, V. Arangio-Ruiz (et al.) (éd.), *Fontes Iuris Romani Anteiusliniani*, Florence, 1940-1943 (cité ci-après sous son abréviation usuelle FIRA), vol. I, p. 79, n° 1.
3. *Lex Luci Lucerini*, FIRA, vol. III, p. 224, n° 71b.
4. *Lex Plaetoria de jurisdictione*, FIRA, vol. I, p. 80, n° 3.
5. FIRA, vol. I, p. 140, n° 13. En ce qui concerne la fonction et la date de cette loi, toutes deux incertaines, voir le résumé des discussions doctrinales établi in : P.F. Girard & F. Senn, *Textes de droit romain*, 7^e éd., Naples, 1978, tome II, n° 13.
6. FIRA, vol. I, p. 138, n° 12 ; Callistrate, *Dig.* 47, 21, 3 [pr.].
7. FIRA, vol. I, p. 152, n° 14.
8. Les municipes (*municipia*) étaient des villes annexées par Rome, qui avaient reçu le droit de cité incomplet (*civitas sine suffragio*). Leurs habitants jouissaient des droits civils attachés à la citoyenneté romaine, mais pas des droits politiques. Dans les colonies, qui avaient des liens plus étroits de dépendance vis-à-vis de Rome, les citoyens romains conservaient en revanche l'ensemble de leurs droits.
9. *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*, F.I.R.A., vol. I, p. 177, n° 21. Au sujet de cette loi, voir notamment J. L. Murga, "Las acciones populares en la *Lex coloniae Genetivae Iuliae*", in : *Seminarios complutenses de derecho romano*, Madrid, 1990, vol. I, p. 103 ss.
10. *Lex Municipii Malacitani*, FIRA, vol. I, p. 208, n° 24 ; *lex Municipii Salpensi*, ibid., p. 202, n° 23. Sur ces deux lois municipales, voir le commentaire détaillé établi au siècle passé par Th. Mommsen, "Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Beatica", *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften in Leipzig*, vol. 3, 1855, p. 363-507 (reproduit in : *Gesammelte Schriften*, Berlin, vol. 1-1, 1905, p. 267-382).
11. Au sujet de cette loi, voir J. L. Murga, "Las acciones populares en el municipio de Irni", *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. 88, 1985, p. 209-260.
12. J.L. Murga, "Las acciones populares en el municipio de Irni", préc. (note 11), p. 222.
13. Le « droit honoraire » (du latin *honos*, la magistrature) comprend les édits de tous les magistrats judiciaires, alors que l'expression de « droit prétorien », bien que d'usage plus courant en français, ne désigne (à proprement parler) que les édits des préteurs.

14. Le Préteur (*praetor*) détenait à Rome la juridiction civile, réglait la procédure et interprétrait la loi, mais jugeait rarement lui-même et renvoyait les causes à des jurés désignés par lui. Il n'y eut d'abord qu'un seul préteur, mais, en 242 av. J.-C., un second fut désigné pour s'occuper des litiges entre étrangers (préteur pérégrin, *praetor peregrinus*), tandis que l'ancien préteur prenait le nom de préteur urbain (*praetor urbanus*). Pour leur part, les édiles s'occupaient de l'administration municipale de Rome. A l'époque royale et au début de la République, les édiles étaient les représentants officiels de la plèbe. Mais lorsque les plébéiens obtinrent le droit d'accéder au consulat, les patriciens voulurent eux aussi avoir accès à l'édilité. Il y eut désormais deux édiles plébéiens et deux édiles patriciens (ces derniers portant le titre d'édiles curules). Les édiles curules disposaient de la police, assuraient la tranquillité des rues et la surveillance des édifices publics, organisaient la voirie et les jeux publics, et surveillaient les approvisionnements, les marchés, ainsi que les ventes de bétail et d'esclaves.

15. A ce sujet, voir en particulier P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, 1929, p. 42-46.

16. Ulprien au liv. 23 sur l'Edit, *Dig.* 9, 3, 5 [5]. Il n'était pas nécessaire de prouver une faute du propriétaire ou de l'occupant ; la négligence suffisait. Se basant sur le texte d'Ulprien, la doctrine a considéré longtemps que l'action de *effusis vel dejectis* n'était populaire qu'en cas de blessure ou de mort d'un homme libre. Dans les autres cas, elle n'aurait pu être intentée que par la victime ou une autre personne directement affectée (parent ou héritier). Cette interprétation est critiquée aujourd'hui ; elle est considérée comme le résultat d'une interpolation du texte d'Ulprien. Cf. F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane : Le "actiones populares"*, Naples, 1958, p. 20 ; E. Lozano Corbi, "Popularidad y régimen de legitimación en la *actio de effusis et deiectis*", in : *Studi in onore di Amaldo Biscardi*, Milan, 1982, vol. v, p. 315-322.

17. Ulprien au liv. 23 sur l'Edit, *Dig.* 9, 3, 5 [6, 10 et 13]. Dans le cadre de cette action, il n'était pas nécessaire de prouver ni une intention, ni même une négligence du propriétaire, ni de faire valoir un dommage effectif ; le risque de dommage suffisait.

18. Paul au liv. 23 sur l'Edit, *Dig.* 3, 3, 42 [pr.]. Il s'agit là d'une adaptation tardive de l'interdit garanti en la matière par le Préteur (cf. *infra* § 3).

19. Ulprien au liv. 2 sur l'Edit des édiles curules, *Dig.* 21,1, 40 [1-42].

20. Ulprien au liv. 23 sur l'Edit, *Dig.* 2, 1,7 [pr.].

21. *Dig.* 47, 21.

22. Ulprien au liv. 25 sur l'Edit, *Dig.* 47, 12, 3, [12].

23. *Dig.* 29, 5, 1, [25].

24. *Dig.* 2, 3, 1. Pour un examen du caractère populaire de ces différentes actions du droit honoraire, voir par exemple C. Fadda, *L'azione popolare*, Turin, 1894, p. 31-50.

25. F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, vol. II, § 73, p. 131-132 ("gleichsam als ein *Procurator* des Staats") ; *id.*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen romischen Rechts*, Berlin, 1853, vol. II, p. 314 ("jeder Bürger gleichsam einen Staatsanwalt vorstellte") ; Th. Mommsen, "Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Beatica", préc. (note 10), p. 352-356.

26. Voir C.G. Bruns, "Die romischen Popularklagen", in : *Kleinere Schriften*, vol. I, Berlin, 1882, p. 367-368 ; C. Fadda, *L'azione popolare*, Turin, 1894, p. 306-326.

27. En ce qui concerne le concept de « droit subjectif », on notera simplement ici qu'il a été développé par les grands pandectistes du XIX^e siècle (Savigny, Windscheid, Ihering), mais n'est guère présent dans les textes mêmes du droit romain. Voir à ce sujet l'étude de M. Villey, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 24-25, 1946-1947, p. 201-228 : « On s'est bien souvent étonné de constater l'extrême pauvreté du vocabulaire romain en matière de droit subjectif. Bien longtemps il n'a existé à Rome qu'un unique droit subjectif, exprimé par des périphrases vagues : *meum esse, habere* ; le même suivant qu'il porte sur des réalités très différentes : *filius, mulier, servus, fundus, usufructus* ou *jus itineris* ».

[...]. *Meum esse* n'indique qu'un vague rapport d'appartenance, le même pour toutes ces situations. Les Romains s'intéressent si peu à l'idée du droit subjectif qu'ils n'ont même pas de terminie générique pour le désigner » (p. 224). Au sujet de la notion d'Etat, voir *intra* § 2, p. 4.

28. L'expression *quivis* (ou *quilibet*) *ex populo* figure, par exemple, chez Ulprien au liv. 68 sur l'Edit, *Dig.* 43, 13, 1 [9] et *Dig.* 43, 8, 2 [2].

29. Ulprien au liv. 52 sur l'Edit, *Dig.* 39, 1, 3 [4].

30. Cette expression est utilisée souvent dans les lois coloniales et municipales. Elle figure aussi dans le *Digeste* À propos d'actions prétoriennes (Ulprien au liv. 25 sur l'Edit, *Dig.* 47, 12, 3 [6] ; Callistrate au liv. 3 des Examens, *Dig.* 47, 21, 3 [pr.]).

31. Ulprien au liv. 25 sur l'Edit, *Dig.* 47, 12, 3 [pr.].

32. Paul au liv. 9 sur l'Edit, *Dig.* 3, 3, 43 [2].

33. Sur les différentes significations du concept de *populus*, voir Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, 1876-1877, tome III-l, p. 3-8 et p. 300 ainsi que G. Lombardi, "Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: *civitas*, *populus*, *respublica*, *status rei publicae*", *Archivio giuridico*, vol. 126, 1941, p. 192-211. Sous l'angle plus spécifiquement terminologique, voir P.G.W. Glare, *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1982, p. 1404-1405.

34. Aux premiers temps de l'histoire de Rome, seuls les patriciens faisaient partie de l'assemblée du peuple et avaient la qualité de citoyens. Cependant, après les réformes démocratiques des ve et iv^e siècles av. J.-C., l'assemblée du peuple s'ouvrit aux plébéiens, leur donnant ainsi pleine citoyenneté.

35. Chez Cicéron, ces trois termes reçoivent des définitions très proches. Selon Cicéron, « Par peuple il faut entendre, non l'assemblage d'hommes groupés en troupeau d'une manière quelconque, mais un groupe nombreux d'hommes associés les uns aux autres par leur adhésion à une même loi et par une certaine communauté d'intérêts » (*populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multi-tudinisjuris consensu et utilitatis communione sociatus*, *De republica*, livre I, XXV ; traduction française de Ch. Appuhn). Cette définition du *populus* est très similaire à celle que Cicéron donne au terme *civitas*, décrit dans le même ouvrage comme « une société de citoyens unie par le droit » (*civitas est juris societas civium* ; *ibid.*, livre I, XXXII) ou comme « un assemblage d'êtres humains réunis en société par le droit » (*concilia coetusque hominum jure sociati quae civitates appellantur* ; *ibid.*, livre VI, XIII).

36. Sur ce point, voir Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, préc. (note 33), tome I, p. 234-257.

Voir aussi A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphie, 1953, p. 636.

37. Voir, en ce sens, Fadda qui affirme que le *populus* auquel se réfèrent les actions populaires est davantage un Etat se confondant avec la multitude des citoyens (*Stato-molteplictà dei cives*) qu'une entité distincte de ceux-ci (*Stato-unità distinto dei cives*) (*op. cit.* (note 24), p. 308).

38. *Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur* (Paul au liv. 8 sur l'Edit, *Dig.* 47, 23, 1 ; la traduction française est de nous). Le texte cité ici est celui du manuscrit du Digeste conservé à la bibliothèque Laurentienne de Florence. La construction latine de cette phrase est cependant bizarre, en raison peut-être de l'omission par les copistes d'un ou de plusieurs mots. Certains commentateurs ont donc corrigé ce texte, mais le font inévitablement en fonction de leur conception respective de l'action populaire, soit pour indiquer que celle-ci vise à défendre uniquement le droit du peuple, soit pour laisser entendre qu'elle protège le droit du demandeur, mais au bénéfice du peuple.

39. A ce sujet, voir J.-M. David, *Le patronal judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Rome, 1992, p. 171-223 et p. 508-525 ; et M. Humbert, « Le procès romain : approche sociologique », in : *Archives de philosophie du droit : Le procès*, tome 39, Paris, 1995, p. 77-80.

40. Le versement d'une partie de l'amende à l'acteur populaire n'est toutefois pas un principe absolu. Ainsi, dans le cas de l'*actio de termino moto* prévue dans la *lex Maximilia* (ou *Julia agraria*), de l'an 59 av. J.-C., l'amende était attribuée intégralement au trésor public (voir Callistrate au liv. 3 des Examens, *Dig.* 47, 21, 3)

- 41.** Voir *supra* § 2, p. 4.
- 42.** Ulprien au liv. 1 sur l'Edit, *Dig.* 47, 23, 3 [1] ; Paul au liv. I sur l'Edit, *Dig.* 47, 23, 2
- 43.** "Est igitur [...] respublica, res populi" (Cicéron, *De republica*, livre I, XXV). La formule de Cicéron constitue, en latin, une sorte de jeu de mots (voir en ce sens, G. Lombardi, *op. cit.* (note 33), p. 203). Elle doit être lue à la lumière du dessein général de l'ouvrage de Cicéron, qui cherche – à une époque de troubles politiques – à édifier ses contemporains sur le fonctionnement des institutions anciennes de Rome. Cette maxime est placée par Cicéron dans la bouche de Scipion Emilien, le vainqueur de la troisième guerre punique, incarnation de « l'honnête homme » romain du II^e siècle av. J.-C., en qui s'opérait la synthèse du meilleur des traditions romaines et de la civilisation hellénique.
- 44.** En ce sens, voir E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris, 1928, p. 115. Aux premiers temps de Rome, les terres conquises formaient une sorte de propriété collective, l'*ager publicus*, qui pouvait être utilisée par tous les citoyens. La conquête romaine étendit considérablement l'*ager publicus*, car toutes les terres des peuples vaincus devenaient propriété de l'Etat romain. Une partie de ces terres fut laissée en jouissance aux anciens propriétaires, contre paiement d'un impôt en nature ou en espèces. Le reste du domaine public fut distribué périodiquement à qui en voulait, à titre précaire, les détenteurs n'ayant pas le droit de borner (cf. M. Mourre, *Dictionnaire encyclopédique d'histoire*, Paris, 1996, p. 1695-1696).
- 45.** Le citoyen exerçant l'accusation dans un procès criminel prenait le nom de *delator* ou *l'accusator*. A l'origine, aucune réprobation ne s'attachait à cette délation, puisque Rome ne disposait ni de procureur général, ni de police suffisante pour la recherche des criminels. Cependant, comme les délateurs recevaient une récompense (la liberté pour les esclaves, le droit de cité pour les étrangers, des honneurs ou des primes d'argent pour les citoyens), certaines personnes firent profession de la délation. Les délations étaient en outre souvent animées par des inimitiés politiques ou familiales. Ces motivations autres que le simple souci du respect de la justice grossirent considérablement le nombre des dénonciations criminelles. On a calculé, par exemple, que les risques pour un sénateur de rang prétorien, dans le dernier siècle de la République, d'être accusé de crimes (brigue, corruption, malversation, abus de pouvoir, etc.) sont considérables : de l'ordre de un sur deux ; et les risques d'être condamné, bien que plus réduits, atteignent néanmoins une proportion d'environ un sur six (voir J.-M. David, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Rome, 1992, p. X-XI). On notera que la justice populaire athénienne de l'époque classique souffrait également des activités néfastes d'accusateurs, les sycophantes, qui cherchaient à intenter des procès aux riches Athéniens dans l'espoir d'obtenir la part de fortune du condamné que la loi accordait à l'accusateur.
- 46.** Le terme même d'action pénale (*actio poenalis*) vient étymologiquement du mot grec *poinè*, qui signifie la composition, la rançon. Pour les juristes romains, la *poena* désigne la somme d'argent, fixée par la loi ou négociée entre les parties, dont le paiement éteint la vengeance privée entre familles. Sur l'évolution historique du droit pénal romain et la distinction entre *iudica publiai* et *indictio privataa*, voir notamment Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 182-184 ; ainsi que P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, 1929, p. 418-427. Au sujet du fonctionnement de l'accusation populaire dans la justice criminelle, voir aussi A.H.M. Jones, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 45-48, et surtout J.-M. David, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Rome, 1992, p. 497-569.
- 47.** En ce sens, F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane*, Naples, 1958, p. 15.
- 48.** Cette assimilation de l'accusation criminelle et des actions populaires – présente par exemple chez Ulprien (*Dig.* 23, 2, 43, 10) – est dénoncée par Mommsen (*Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1889, p. 192, note 4). Pour Mommsen, il s'agit certes de deux tonnes semblables de représentation populaire de l'Etat. Mais les deux institutions se distinguent par la nature de la procédure au sein desquelles elles s'exercent, publique dans le premier cas, privée dans l'autre (cf. *ibid.*, p. 344 (note 2) et p. 366). Au sujet de l'action populaire en Espagne, voir *infra*, p. 29 ss.

49. Voir par exemple : *Dig.* 43, 13, 1, 9 ; *Dig.* 43, 8, 2, 2.
50. Voir notamment : *Dig.* 4, 18, 1, 1 ; *Dig.* 23, 2, 43, 10 ; *Dig.* 48, 10, 30, 1.
51. La doctrine récente privilégie l'hypothèse selon laquelle bon nombre d'actions populaires ne relevaient pas de la compétence du juge unique (*unus judex*), le mécanisme usuel dans la procédure formulaire, mais des tribunaux des récupérateurs (*recuperatores*). La compétence des tribunaux des récupérateurs pour connaître des actions populaires est attestée en particulier par la loi de la colonie romaine *d'Osuna*. Elle est mentionnée aussi expressément dans la *lex Maximilia*. S'agissant des actions prétoriennes, la question est plus controversée, mais l'opinion prédomine aujourd'hui que la procédure des récupérateurs s'appliquait en tout cas à l'*actio de sepulchro violato* et peut-être aussi à d'autres actions populaires. Les tribunaux des récupérateurs tiraient leurs origines des commissions d'arbitrage qui, la paix revenue, instruisaient les réclamations de citoyens romains dont les biens avaient été saisis par l'ennemi. Par la suite, ils devinrent compétents pour juger les différends de nature civile entre Romains et pérégrins ainsi qu'entre citoyens romains. Compte tenu de l'intérêt public que les actions populaires servaient à protéger, cette procédure était plus adaptée que la procédure de l'*unus judex*. Les tribunaux des récupérateurs étaient composés en effet de trois ou cinq juges, disposaient de plus amples pouvoirs et pouvaient statuer selon une procédure accélérée. Sur cette question, voit B. Schmidlin, *Das Rekuperalorenverfahren*, Fribourg, 1963, p. 19-83 ; J. Danilovic, « Observations sur les "actiones populares" », in : *Studi in onore di G. Grossi*, vol. vi, Turin, 1974, p. 26-38 (et les auteurs cités).
52. Ulpien au liv. des Institutions, *Dig.* 1, 1, 1 [2]. Certains auteurs ont vu une confirmation de cette nature intermédiaire des actions populaires dans le fait que, dans le *Digeste* de Justinien, le titre générique consacré aux actions populaires apparaît à la fin du livre consacré aux délits privés, juste avant celui relatif aux délits publics. La force probante de cet argument topographique ne doit cependant pas être surestimée, car l'organisation du *Digeste* est révélatrice de la manière dont les jurisconsultes de l'époque de Justinien, au v^e siècle de notre ère, voyaient les actions populaires, mais pas nécessairement de leur nature à l'époque classique.
53. Voir Fadda, *op. cit.* (note 24), p. 365-366.
54. Voir Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, préc. (note 33), tome III-1, p. 300 ; Fadda, *op. cit.* (note 24), p. 373-374.

Chapitre II. Les avatars modernes de l'*actio popularis*

p. 23-34

- ¹ Dans les ordres juridiques modernes, le ministère public ou ses équivalents – tel l'*Attorney General* dans les pays de *common law* – assurent une défense institutionnelle de l'intérêt public dans le procès pénal ainsi que dans la procédure civile. Ils sont les représentants officiellement désignés de la société. Pourtant, parallèlement à l'institution d'un ministère public, d'autres solutions ont été développées pour assurer une défense adéquate des intérêts généraux ou collectifs. Or, plusieurs d'entre eux présentent des analogies étroites avec l'*actio popularis* romaine.
- ² Nous proposons d'examiner d'abord brièvement les instruments présentant simplement des analogies avec l'*actio popularis* (section I), puis d'examiner ensuite ceux qui peuvent être considérés comme de véritables équivalents modernes de l'antique institution romaine (section II).

Section I - Les actions en justice apparentées à l'action populaire

§ 1^{er} - Les actions au nom du ministère public : les *relator actions*

- ³ Dans n'importe quel système juridique moderne, un individu peut en tout temps attirer l'attention du ministère public (ou de l'organe étatique remplissant un rôle équivalent) sur l'existence d'une atteinte illégale à un intérêt public. Celui-ci dispose toutefois d'un pouvoir largement discrétionnaire pour décider s'il souhaite intervenir. Une particularité du droit anglais est le fait que les particuliers – lorsque l'*Attorney General* refuse d'intervenir lui-même – peuvent lui proposer d'agir à sa place. Si celui-ci y consent, l'action en justice est intentée par le particulier non pas en son nom propre, mais au nom de l'*Attorney General*. Cette forme particulière d'action en justice est connue sous le nom de *relator action*. Formellement, la partie demanderesse ou plaignante est l'*Attorney General* et celui-ci conserve le contrôle de la procédure. S'il le souhaite, il peut interrompre la procédure ; son accord est également nécessaire pour

modifier la teneur originelle de la demande en justice ou pour conclure un règlement à l'amiable extrajudiciaire. En pratique cependant, la conduite de la procédure est laissée presque entièrement entre les mains du particulier qui l'a initiée. Il est très rare que l'*Attorney General* décide d'interrompre cette procédure. C'est au demeurant le particulier ayant intenté l'action qui répond des frais de justice en cas d'échec.

- 4 L'institution de la *relator action* est utilisée assez fréquemment en Angleterre et dans plusieurs autres pays de *common law*¹. En Angleterre, elle sert notamment à faire contrôler par le juge la légalité de projets immobiliers ou d'actes pris par les autorités locales en matière d'aménagement du territoire, à assurer la réduction de nuisances publiques, à prévenir des atteintes à la santé publique, ou à surveiller l'administration de fondations de caractère public ou charitable². Aux Etats-Unis, la *relator action* est en revanche peu utilisée ; cela est probablement dû à la place importante occupée dans la pratique judiciaire américaine par deux autres instruments ayant des finalités partiellement similaires : les *class actions* et les *citizen suits*³.
- 5 Le trait commun entre la *relator action* anglo-saxonne et l'*actio popularis* romaine est l'attribution d'un droit d'agir en justice à des individus qui n'ont pas nécessairement subis de préjudice personnel. Cependant, la *relator action* se distingue de son lointain ancêtre romain par deux aspects : d'une part, le demandeur doit obtenir l'aval préalable de l'*Attorney General* ; d'autre part, il agit au nom de ce dernier, et non en son nom propre. Le risque existe naturellement que l'*Attorney General* refuse de donner son accord à une action en justice pour des motifs politiques. Ce risque est d'autant plus important que les fonctions d'*Attorney General* échoient traditionnellement dans les pays de *common law* à des hommes politiques⁴.

§ 2 - Les actions au nom d'un groupe : les *class actions*

- 6 La défense en justice d'un intérêt collectif peut être également assurée à travers des actions intentées par un ou quelques individus au nom d'un groupe plus large de personnes. Ce procédé a été développé particulièrement aux Etats-Unis où il est connu sous les termes de *class actions* ou de *representative actions*. Ces actions de groupe trouvent leurs origines dans le droit anglais et sont reconnues – bien que sous une forme plus limitée qu'aux Etats-Unis – dans d'autres pays de *common law*⁵. Les *class actions* permettent à un seul plaignant ou à un groupe limité de plaignants de représenter, face au responsable d'un dommage touchant un cercle très large de personnes, l'ensemble des victimes et d'obtenir, le cas échéant, réparation pour toutes les victimes. Aux Etats-Unis, les règles de procédure civile fédérale prévoient qu'une *class action* peut être admise dans toute affaire en matière de droit civil pour autant que les conditions suivantes soient remplies : 1) les personnes concernées doivent être si nombreuses qu'il est « impraticable » d'agir par la voie d'actions en justice individuelles ; 2) il doit exister des éléments juridiques ou factuels communs à l'ensemble des membres du groupe ; 3) les demandes ou argumentations des personnes désireuses d'intenter une action de groupe doivent être représentatives de celles des autres membres du groupe ; 4) enfin, ces individus doivent paraître en mesure de défendre adéquatement les intérêts du groupe⁶. Les *class actions* admises par les tribunaux américains concernent des groupes aussi divers que des prisonniers protestant contre des conditions illicites de détention, des acheteurs d'actions boursières cherchant à récupérer une commission de courtage illicite, des femmes se

plaignant de discriminations dans le recrutement ou la promotion professionnelle, des écoliers essayant de mettre fin à la ségrégation raciale dans des écoles, des particuliers et des autorités publiques désireux d'obtenir des compensations financières de l'industrie du tabac, ou encore les titulaires ou héritiers de comptes bancaires demeurés en déshérence après la Seconde Guerre mondiale. Aux fins de la procédure, le groupe représenté est considéré par les tribunaux américains comme une seule entité requérante. Si la *class action* est victorieuse, l'ensemble des membres du groupe bénéficie de ses résultats, même si seules une ou quelques personnes ont participé activement à la procédure judiciaire. En vertu du même principe, si les demandeurs échouent, tous les membres du groupe sont affectés par cet échec ; ils ne peuvent plus intenter à leur tour une action visant au même objectif. Pour le meilleur ou pour le pire, tous les membres du groupe sont donc liés par le résultat obtenu par ceux que les tribunaux ont reconnus comme leurs représentants.

- ⁷ Les *class actions* constituent aux Etats-Unis un instrument privilégié de la défense en justice d'intérêts collectifs. A l'instar des actions populaires romaines, elles se situent aux confins des domaines du droit public et du droit privé. Les indemnisations pécuniaires auxquelles elles donnent matière attestent du fait qu'elles protègent d'abord des intérêts plus étroitement « privés » des membres du groupe. En pratique, elles ont été utilisées toutefois avec succès pour défendre aussi – parallèlement – des intérêts d'ordre plus général (telles que la non-discrimination ou la santé publique). De plus, l'impact collectif des jugements rendus leur confère inévitablement une certaine dimension « publique⁷ ». Les *class actions* ne doivent cependant pas être assimilées trop rapidement aux actions populaires romaines. Elles s'en distinguent par un élément essentiel : elles ne peuvent être intentées que par un membre du groupe des « victimes » de l'acte illicite dénoncé, et non par n'importe quel individu. En ce sens, elles ne sont pas une véritable exception à la règle selon laquelle le demandeur doit se prévaloir d'un préjudice personnel. Il s'agit plutôt d'un remède pragmatique pour régler les problèmes auxquels est confrontée la justice lorsqu'un grand nombre de victimes existe.

§ 3 - Les actions d'associations dans l'intérêt collectif

- ⁸ Dans les pays d'Europe continentale, les *class actions* n'ont pas de véritables équivalents. Une voie de droit remplissant cependant une fonction partiellement analogue est l'action en justice intentée par une organisation dans l'intérêt collectif de ses membres, voire dans l'intérêt plus général de la société. L'exemple de la France est particulièrement intéressant, car il est admis dans ces pays que des personnes morales, telles qu'un syndicat ou une association, agissent en défense des intérêts collectifs de leurs membres non seulement devant les juridictions administratives et civiles, mais aussi devant le juge pénal, à travers la possibilité de se constituer partie civile.
- ⁹ Le Code français de procédure pénale prévoit que la personne qui souffre d'un préjudice causé par un crime, un délit ou une contravention peut, à son choix, porter son action en réparation soit devant le juge civil compétent, soit devant la juridiction pénale, en se constituant partie civile⁸. L'avantage de cette seconde voie procédurale est de déclencher automatiquement l'action publique : le juge d'instruction est obligé d'instruire l'affaire et il est saisi à la fois de l'action civile et de l'action publique. La victime peut échapper ainsi à la négligence, voire à la mauvaise volonté, du ministère

public qui souhaiterait, pour une raison ou une autre, « étouffer » une affaire. Il ne s'agit toutefois pas d'autoriser n'importe quel particulier ou organisation privée à se substituer au ministère public. D'une part, seule la victime ou une organisation représentative de particuliers lésés peut se constituer partie civile. D'autre part, le ministère public n'est pas écarté pour autant de la procédure ; la victime ou l'organisation s'étant constituée partie civile devient simplement une partie supplémentaire au procès pénal.

- 10 Le législateur français a accordé expressément aux syndicats une qualité générale pour agir devant toutes les juridictions en réparation de tout préjudice, même indirect, « à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent⁹. » Bien qu'il n'ait pas reconnu aux associations un tel pouvoir général d'agir, les habilitations législatives spéciales en leur faveur se sont multipliées ces trente dernières années. L'article 2 du Code de procédure pénale ouvre ainsi la possibilité de se constituer partie civile à un nombre impressionnant d'associations œuvrant en faveur des causes les plus diverses : défense de l'enfance martyrisée, de la langue française, des personnes malades et handicapées, des victimes d'infractions ou d'accidents ; lutte contre les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité ; défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance, des déportés, des anciens combattants ou des victimes de guerre ; lutte contre le racisme et d'autres formes de discrimination, les violences sexuelles, l'exclusion sociale, la délinquance routière, la toxicomanie et le trafic des stupéfiants. D'autres lois spécifiques autorisent une action civile d'associations dans l'intérêt collectif, notamment en matière de lutte contre l'alcoolisme, de protection des familles, de défense des consommateurs¹⁰ ou de protection de l'environnement¹¹. Longtemps exceptionnel, le droit pour une association d'intenter une action en défense d'intérêts collectifs est devenu aujourd'hui si fréquent qu'il est en passe de devenir la règle¹².
- 11 La possibilité d'intenter une action collective sur la base de ces habilitations législatives spécifiques est subordonnée à certaines conditions. Les textes législatifs exigent généralement de l'association une certaine ancienneté et représentativité. Les juridictions vérifient en outre que le préjudice invoqué relève bien de la catégorie d'intérêts que les statuts de l'association visent à défendre. Parfois, l'action collective de l'association dépend aussi du déclenchement préalable de l'action publique par le ministère public ou la partie lésée, et/ou de l'accord écrit de la personne concernée. Il s'agit d'assurer à travers cette réglementation une sorte de « police des actions associatives¹³ », afin d'éviter que « ces collaborateurs du ministère public bénévoles et spontanés n'aient un zèle vindicatif excessif¹⁴ ».
- 12 Il faut relever que la Cour de cassation française a voulu restreindre ces diverses habilitations législatives en faveur d'associations en prétendant tracer une frontière entre la défense de l'intérêt général – qu'il appartient au seul ministère public de protéger – et la défense par une organisation des intérêts collectifs de ses membres. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'action civile n'est ouverte à des syndicats ou à des associations qu'à la condition que le préjudice invoqué soit distinct du trouble porté à l'intérêt général ou à l'ordre public¹⁵. L'action collective ne peut donc pas se fonder sur la seule atteinte à l'intérêt général, la protection de celui-ci étant réservée au ministère public¹⁶. Cette frontière n'est cependant pas toujours facile à distinguer dans la pratique : en quoi les intérêts de membres d'une association de protection de l'environnement se distinguent-ils, par exemple, de ceux du grand public ? Cette distinction est appréciée au demeurant différemment selon les

juridictions, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montrant plus restrictive que les Chambres civiles de ladite Cour ou que les juridictions administratives.

- ¹³ Cette possibilité de se constituer partie civile et ce droit de recours associatif sont des instruments judiciaires proches de l'*actio popularis* romaine, qui visent comme elle à assurer la protection d'intérêts collectifs. Ils s'en distinguent cependant sur un point essentiel : dans l'un, comme dans l'autre cas, on attend de celui qui prétend agir qu'il fournit la preuve d'un certain intérêt particulier, fusse-t-il diffus ou indirect.

Section II - Les actions populaires proprement dites

- ¹⁴ Les différentes techniques évoquées jusqu'ici apparaissent comme autant de moyens de protéger en justice des intérêts collectifs, mais sans pour autant constituer de véritables équivalents de l'action populaire romaine. Cependant, certains pays ont reproduit dans leur législation des formes d'actions en justice qui ressemblent étroitement à l'institution antique et empruntent parfois même son nom. Dans le cadre nécessairement limité de cette étude, il n'est pas possible de dresser un inventaire exhaustif de ces législations nationales. Notre choix s'est donc porté sur deux pays. Le premier est l'Espagne, en raison de l'importance qu'y revêt l'action populaire et de sa garantie au niveau constitutionnel (^{§ 1^{er}}). Le second des pays que nous avons choisis de retenir à titre d'exemple est les Etats-Unis où existent, dans l'ombre des célèbres *class actions*, une autre forme d'action en justice plus proche de l'action populaire romaine, celle des *citizen suits*¹⁷ (^{§ 2}).

§ 1^{er} - L'*acción popular* en Espagne

- ¹⁵ L'action populaire est apparue en Espagne au début du XIX^e siècle, pour partie en réaction à l'obscurantisme des siècles antérieurs et au poids de l'Inquisition. Un décret du Parlement libéral de Cadix de 1811 instaura une première forme d'action populaire pour la poursuite des délits commis par les juges et les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions : il s'agissait de mieux surveiller l'administration de la justice et de mettre fin aux diverses formes de contrainte à l'encontre des accusés qui avaient été héritées de l'Inquisition. Lors du rétablissement en 1820 de la Constitution libérale, une action populaire fut créée comme instrument de défense du nouvel ordre constitutionnel, en relation avec les délits de subversion et de sédition. Il fut également question, à cette époque déjà, de généraliser son usage en matière pénale : le projet de code de procédure criminelle de 1821 proposait en effet de l'établir pour tous les délits publics. L'écrasement par la Sainte-Alliance du mouvement libéral espagnol mit provisoirement un terme à ce projet. Cependant, dès la fin du XIX^e siècle, l'action populaire fut consacrée dans le système pénal espagnol sous une forme généralisée¹⁸.

- ¹⁶ Aujourd'hui, l'action populaire est reconnue en matière pénale sous la forme d'un droit constitutionnel. La Constitution espagnole du 29 décembre 1978 garantit expressément en matière pénale le droit pour les citoyens du pays d'intenter une action populaire¹⁹. De son côté, le Tribunal constitutionnel a jugé que l'action populaire formait partie du droit constitutionnel à une protection judiciaire²⁰. Si l'action populaire est garantie en Espagne directement par la Constitution, son champ d'application et ses conditions d'exercice doivent être déterminés par la loi²¹. La norme constitutionnelle est une sorte de chèque en blanc donné au législateur²². Celui-ci a conféré à l'action populaire une

portée variable selon les domaines : étendue en matière pénale ; plus limitée dans la procédure administrative.

- 17 S'agissant de la procédure pénale, la loi confère à tout citoyen le droit d'exercer l'accusation publique, et cela pour toutes les infractions pénales qui peuvent être poursuivies d'office²³. En revanche, l'action populaire ne s'étend pas aux délits « semi-publics » ou « privés », pour lesquels l'opportunité d'une poursuite pénale est laissée à l'appréciation de la victime²⁴. Cette restriction répond à des motifs compréhensibles de politique criminelle : il s'agit de délits pour lesquels l'intérêt public à la répression est limité ou s'incline simplement devant l'intérêt privé de la victime qui souhaiterait éviter une procédure pénale²⁵. En assumant l'accusation, l'acteur populaire exerce dans le procès pénal une fonction parallèle à celle du ministère public. Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres pays, le ministère public espagnol n'a donc pas de monopole quant à l'accusation publique ; il partage la responsabilité d'exercer l'accusation publique avec tous les particuliers qui le désirent²⁶. Dans le système pénal espagnol, l'action populaire répond en fait à un double objectif : d'une part, assurer la participation des citoyens au fonctionnement de la justice ; d'autre part, garantir l'application du principe de la légalité lorsque le ministère public, pour des raisons contestables, renonce à exercer l'accusation publique ou l'interrompt²⁷.
- 18 Si l'action populaire a été conçue originellement en Espagne comme un instrument de la justice pénale, elle est admise aujourd'hui d'une manière croissante en dehors de la procédure pénale, en particulier en matière de droit administratif. La loi régissant les juridictions administratives admet le principe d'une action populaire comme une exception à la règle selon laquelle le demandeur doit avoir un intérêt légitime pour former un recours administratif. Une telle action populaire n'existe toutefois que dans les cas expressément prévus par la législation²⁸. Elle est prévue notamment dans les textes légaux suivants : article 304 de la Loi sur le régime du sol et l'aménagement urbain, tel que modifié par le décret royal du 26 juin 1992 ; article 151 § 2 de la Loi sur le régime électoral général, du 19 juin 1985 ; article 8 § 2 de la Loi sur le patrimoine historique espagnol, du 25 juin 1985 ; article 109 de la Loi relative aux côtes maritimes, du 28 juillet 1988. On peut citer également d'autres exemples figurant dans diverses lois de réglementation des parcs nationaux, à l'article 16 du décret du 6 février 1975 relatif à la protection du milieu atmosphérique, ainsi que dans quelques lois adoptées par des provinces autonomes en matière environnementale²⁹. Dans les exemples précités, n'importe quel citoyen dispose du droit d'exiger le respect des dispositions de la loi concernée, y compris vis-à-vis de l'administration publique³⁰.
- 19 Il faut relever encore deux caractéristiques importantes de l'action populaire espagnole. Premièrement, son usage est réservé aux citoyens espagnols ; les ressortissants étrangers ne sont pas autorisés à l'exercer³¹. L'action populaire est donc étroitement liée à l'appartenance à la communauté nationale³². Deuxièmement, l'action populaire peut être intentée par n'importe quel citoyen, qu'il ait ou non été lésé par l'infraction³³. Dans la pratique, une distinction a parfois été établie par les tribunaux espagnols selon que l'action populaire est intentée par le lésé ou par un citoyen non directement concerné, le terme d'action populaire étant réservé alors au second cas de figure³⁴. Cette distinction n'a cependant pas de fondement légal : elle ne figure ni dans la loi sur la procédure pénale, ni dans les autres dispositions légales pertinentes. Les textes législatifs se réfèrent à l'action populaire pour désigner de manière générale l'action intentée par n'importe quel citoyen, sans distinguer selon que l'acteur

populaire a ou non été lésé. On retrouve ici une caractéristique déjà relevée à propos des actions populaires romaines : la possession par le demandeur d'un intérêt personnel ne l'exclut pas de la catégorie des acteurs populaires, et ne modifie pas non plus la nature de l'action.

- 20 Bien qu'elle soit solidement ancrée dans la Constitution espagnole, l'action populaire n'est pas pour autant incontestée. En fait, on semble assister à un double mouvement allant dans des directions opposées : dans le domaine pénal, où l'action populaire est reconnue sous une forme générale, la tendance est à la restriction de ses conditions d'utilisation ; en revanche, dans le droit administratif, les possibilités d'intenter une action populaire se multiplient.
- 21 En matière pénale, le principal mérite de l'action populaire est d'assurer le respect de la légalité lorsque l'inaction du ministère public paraît motivée par une intervention politique ou un manque d'impartialité. L'action populaire présente toutefois certains inconvénients : d'une part, elle risque d'être parfois utilisée comme un moyen de pression, comme une arme dirigée contre un adversaire politique, ou pour d'autres fins inavouables ; d'autre part, elle peut introduire un déséquilibre inéquitable dans le procès pénal, lorsque le prévenu se retrouve contraint de se défendre à la fois contre les accusations du ministère public et contre celles du lésé ou d'autres acteurs populaires³⁵. Dans le domaine du droit administratif, en revanche, l'action populaire est admise par le législateur dans un nombre croissant de cas. Elle est considérée en effet comme un instrument utile pour assurer le respect de la légalité dans des domaines où domine le souci de protéger un intérêt public ou collectif, comme par exemple celui de la préservation de l'environnement, de la sauvegarde du littoral ou de la conservation du patrimoine historique.

§ 2 - Les *citizen suits* aux Etats-Unis

- 22 Les *citizen suits* développées aux Etats-Unis constituent un autre exemple d'actions judiciaires modernes dont la nature est identique, ou du moins très similaire, à l'antique institution du droit romain. Contrairement au mécanisme mieux connu des *class actions*, qui sont réservées aux membres du groupe « victime » de l'acte illicite dénoncé, les *citizen suits* peuvent être intentées – comme leur nom l'indique – par n'importe quel citoyen, qu'il ait ou non été personnellement lésé.
- 23 De tels recours judiciaires ont été accordés explicitement dans divers textes législatifs adoptés dans les années septante, principalement en matière de protection de l'environnement. Ainsi une loi de l'Etat du Michigan datant de 1970 permet-elle à n'importe quel citoyen de dénoncer devant les tribunaux une entreprise ayant enfreint des règles relatives à la protection de l'environnement³⁶. Le plaignant n'a pas à démontrer qu'il a subi un préjudice personnel du fait du comportement dénoncé. Des législations similaires ont été adoptées à la même époque par d'autres Etats de l'Union, notamment par le Minnesota et la Floride³⁷. Au niveau fédéral, des amendements ont été introduits aussi au début des années soixante-dix dans la législation sur la préservation de l'air et de l'eau ainsi que dans celle relative au contrôle du bruit³⁸. Ces amendements permettent à n'importe quel citoyen américain d'intenter une procédure judiciaire au niveau fédéral contre des agences gouvernementales en alléguant qu'elles n'ont pas respecté les limites et règles de contrôle imposées par la législation. Là aussi, aucun dommage personnel n'est requis du plaignant.

- ²⁴ La création de ces recours ouverts à n'importe quel citoyen fut motivée par l'argument que les autorités gouvernementales sont parfois trop proches des industries dont elles doivent surveiller l'activité polluante et, en conséquence, ne montrent pas suffisamment de détermination dans la poursuite des infractions. La personne privée qui intente une *citizen suit* est souvent décrite comme un “*private Attorney General*”, ce qui souligne qu'il joue le rôle de suppléant du ministère public. Il faut relever d'ailleurs que les actes législatifs concernés prévoient que le demandeur peut solliciter du juge non seulement des interdictions de polluer ou d'autres prescriptions de comportement, mais aussi le paiement d'une amende dont le produit est versé au Trésor fédéral.
- ²⁵ Ces droits de recours ouverts à n'importe quel citoyen sont un instrument de politique législative et judiciaire. Leur opportunité est défendue ou contestée en fonction de lignes souvent partisanes³⁹. Ainsi, durant la décennie des années quatre-vingt-dix, la Cour suprême, devenue majoritairement conservatrice, a rendu plusieurs arrêts qui limitent la portée de certaines actions judiciaires ouvertes à tous les citoyens. Une décision emblématique est l'arrêt *Steel Co. V. Citizens for a Better Environment*, rendu en mars 1998, dans lequel la Cour suprême a débouté une association de protection de l'environnement qui accusait une entreprise industrielle d'avoir violé une législation fédérale visant à informer le public sur les activités chimiques potentiellement dangereuses⁴⁰. Bien que la législation en question prévoie expressément la possibilité de *citizen suits*, la Cour suprême a dénié qualité pour agir à l'association demanderesse. Elle a estimé que la demanderesse n'avait pas démontré l'existence d'une violation continue ou d'une violation future imminente. Selon la Cour, l'allégation de violations passées ne suffit pas à établir une qualité pour agir⁴¹.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Sur le rôle important joué par le mécanisme de la *relator action* en Australie, voir G. Taylor, *in* : M. Cappelletti & J. Weisner (éd.), *Access to Justice*, vol. I, Alphen Ann Den Rijn, 1979, p. 7-8.
2. Cf. M. Cappelletti, “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *in* : *Access to Justice*, préc. (note 1), vol. II, 1979, p. 828-829.
3. Au sujet des *class actions*, voir *infra* § 2. En ce qui concerne les *citizens suits*, cf. *infra*, p. 33-34.
4. C'est là une différence importante avec le ministère public français, même si ce dernier n'est pas pour autant à l'abri des « pressions » d'ordre politique. Pour remédier à ce problème, Lord Denning s'est déclaré prêt à laisser un individu agir en justice sans le consentement de l'*Attorney General*. Selon lui, le *relator* devrait simplement établir *prima facie* qu'il a de bonnes raisons pour introduire une action (*Attorney General (on the relation of McWhirter) v. Independant Broadcasting Authority*, [1973] 1 All E. R. 699). La Chambre des Lords a exprimé cependant un avis différent. Les Lords ont estimé que les tribunaux n'ont pas à substituer leur propre jugement à celui exprimé par l'*Attorney General* quant à l'existence d'un intérêt public (*Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1977] 3 W.L.R.315et326).
5. Pour un aperçu historique des origines et de l'évolution de l'action en justice au nom d'un groupe dans le droit anglo-saxon, voir S. C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, Yale, 1987.

6. Federal Rules of Civil Procedures, Rule 23.
7. Cf. A. Homburger, "Private Suits in the Public Interest in the United States of America", *Buffalo Law Review*, vol. 23, 1974, p. 387.
8. Art. 3, al. 1 et art. 4, al. 1 du Code de procédure pénale.
9. Article L.411-11 du Code du travail.
10. Article L. 421-1 et 2 du Code de la consommation.
11. Articles 5-11 et III de la loi n° 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement.
12. En ce sens, voir Ph. le Tourneau & L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2000, p. 335-336 : « L'action des associations dans un intérêt collectif, naguère conçue comme une faveur, tend à devenir si fréquente qu'on peut raisonnablement prédir que la possibilité pour une association d'agir dans un intérêt collectif deviendra bientôt le principe, ce qui serait une bonne chose. Le ministère public ne peut pourvoir à tout. Au surplus, ses décisions, fondées sur l'opportunité des poursuites, ne sont pas exemptes d'un certain arbitraire ; or, la raison d'Etat est une chose, les intérêts de la société civile en sont une autre. »
13. Le Tourneau & Cadet, *op. cit.* (note 12), p. 336.
14. Ph. Malaurie & L. Aynès, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, 1995, n° 226.
15. Si ce préjudice collectif doit être distingué selon la jurisprudence de l'atteinte à l'intérêt général, il ne doit pas être confondu pour autant avec une lésion des intérêts propres de la société, de l'association ou du syndicat. Dès lors qu'elle est dotée de la personnalité juridique, une personne morale peut subir des atteintes à ses intérêts propres (patrimoniaux ou extrapatrimoniaux). Dans un tel cas, l'action en justice est fondée cependant sur un intérêt personnel à agir de la personne morale, et non sur les intérêts collectifs de ses membres.
16. Voir, par exemple, l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 décembre 1989, *Bull. crim.*, n° 452. A ce sujet, voir S. Guinchard, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », in : *Mélanges, J. Vincent*, Paris, 1981, p. 137.
17. Sur le principe de droit islamique appelé "hisba" qui permet de présumer l'intérêt des requérants dans les matières touchant à l'islam et fonde donc une sorte d'*actio popularis*, voir *infra*, p. 371-372 ss. On notera que l'action populaire existe également au Portugal (article 52 de la Constitution) et dans divers pays d'Amérique latine.
18. Sur les origines historiques de l'action populaire en Espagne, voir C. Conde-Pumpido Ferreira & P. Diaz Martinez (éd.), *Enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1998, p. 582 ; V. Morena Catena (éd.), *El proceso penal*, vol. I, Valence, 2000, p. 394.
19. Article 125 de la Constitution.
20. Le droit à une protection judiciaire effective est garanti par l'article 24 § 1 de la Constitution. A ce sujet, voir notamment l'arrêt n° 113/84 du 29 novembre 1984.
21. La teneur de l'article 125 de la Constitution est la suivante : "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine [...]." Voir aussi l'article 19 § 1 de la loi-cadre sur l'organisation du pouvoir judiciaire, du 1^{er} juillet 1985 : "Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidas en la ley".
22. Cf. O. Alzaga Villaamil (éd.), *Comentario a la Constitución Española de 1978*, tome IX, Madrid, 1998, p. 568.
23. Article 101 de la Loi sur la procedure pénale. Voir aussi l'article 406 de la loi-cadre sur l'organisation du pouvoir judiciaire, du 1^{er} juillet 1985 (à propos de la responsabilité pénale des juges et des magistrats).
24. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 40/94, du 15 février 1994.
25. L'exclusion de l'action populaire est bien établie pour ce qui est des délits privés, dont la poursuite ne peut être entreprise que par la victime (en tant qu'"accusateur privé"). En fait,

seules la calomnie et l'injure à l'égard de particuliers (article 215 du Code pénal) entrent dans cette catégorie. En revanche, l'impossibilité d'intenter l'action populaire en ce qui concerne les délits « semi-publics » est contestée. Ceux-ci ont pour caractéristique de pouvoir être poursuivis par le ministère public (contrairement aux délits privés), mais seulement après une dénonciation de la victime (et non d'office, ce qui les différencie des délits publics). Le Code pénal espagnol de 1995 fait entrer notamment dans cette catégorie les délits suivants : reproduction assistée (article 162 § 2) ; agression, harcèlement et abus sexuels (article 191 § 1) ; découverte et révélation de secrets (article 201 § 1) ; abandon de membres de la famille, de mineurs et de personnes incapables de discernement (article 228). La possibilité d'intenter l'action populaire a été discutée, en particulier, au sujet des associations de protection des victimes de viols.

26. Ainsi, lorsqu'on dit en Espagne de l'action pénale qu'elle est « publique », cet adjectif a une signification profondément différente que dans d'autres pays européens comme la France, l'Allemagne ou l'Italie : dans ces pays, il signifie que l'accusation est portée par un organe étatique (le ministère public), alors qu'en Espagne cet adjectif implique qu'elle peut être exercée à la fois par le ministère public et par les citoyens.

27. V. Morena Catena, *op. cit.* (note 18), p. 395.

28. Article 19 § 1, lettre h, de la Loi sur la juridiction administrative, du 13 juillet 1998.

29. Par exemple, la loi de l'Andalousie du 29 juillet 1989 sur la protection des espèces naturelles ou la loi de l'Estrémadure du 29 juillet 1998 sur la conservation de la nature et des espaces naturels.

30. Sur l'action populaire en matière administrative, voir notamment : L. Morello Ocana, *Curso de Derecho Administrativo*, Pampelune, 1999, vol. II, p. 502-503 et p. 573 ; E. García de Enterría & T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, vol II, p. 610 et 722.

31. Article 19 § 1 de la loi-cadre sur l'organisation du pouvoir judiciaire. Voir aussi, par exemple, les articles 101 et 270 de la Loi sur la procédure pénale.

32. Une question restée longtemps ouverte était de savoir si les personnes morales pouvaient faire usage de ce droit. Du fait de l'utilisation dans les textes concernés de l'expression de « citoyen », l'action populaire fut initialement réservée par la jurisprudence aux personnes physiques, ce qui la privait d'une partie importante de sa portée. Il est cependant admis aujourd'hui qu'elle peut aussi être intentée par des personnes morales. Voir, par exemple, les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 241/92 du 21 décembre 1992, n° 34/94 du 31 janvier 1994, et n° 326/94 du 12 décembre 1994. Dans le domaine pénal, par exemple, l'action populaire peut être ainsi intentée par des syndicats (en relation avec les délits contre les droits des travailleurs - article 311 ss du Code pénal) ; des associations de protection de l'environnement (en relation avec les délits dits écologiques - articles 325 ss. et 332 ss. du Code pénal) ; des associations de consommateurs (en relation avec les délits prévus aux articles 281 ss.) ; des associations de victimes du terrorisme (en relation avec les délits contre l'intégrité physique) ; ou encore des associations anti-abortement (en relation avec l'article 146 du Code pénal).

33. Article 270 § 1 de la Loi sur la procédure pénale.

34. Voir notamment A. de la Oliva Santos (dir.), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, p. 142. Dans un arrêt du 26 septembre 1997, le Tribunal constitutionnel déclarait ainsi : "la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno, viniendo a asumir dentro del proceso un rol similar al del Ministerio Fiscal, cual es la protección de la legalidad y del interés social".

35. Dans un arrêt du 6 octobre 1997, le Tribunal constitutionnel espagnol a recommandé l'adoption d'une réforme législative qui rationaliserait et préviendrait les risques d'abus dans l'utilisation de l'action pénale populaire. En fait, une forme de limitation des abus résulte déjà du droit dont dispose le juge d'exiger de l'accusateur populaire le dépôt d'une caution (cf. article 280 de la Loi sur la procédure pénale). On relèvera toutefois que la nature et le montant de cette garantie doivent être fixés de manière adéquate, de sorte qu'elle n'empêche pas l'exercice de

l'action populaire (voir l'article 20 § 3 de la Loi sur la procédure pénale). A ce sujet, cf. C. Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.* (note 18), p. 586.

36. Michigan Environmental Protection Act (1970), § 691.1201 - 691.1207. Cf. Sax & Di Memo, "Environmental Citizen Suits: Three Years' Experience Under the Michigan Environmental Protection Act", *Ecology Law Quarterly*, vol. 4, 1974, p. 3.

37. Minnesota Environmental Rights Act (1971), Ch. 116B ; Florida Environmental Protection Act (1971), § 403, 412. Cf. A. Homburger, "Private Suits in the Public Interest in the United States of America", préc. (note 7), p. 54.

38. Clean Air Amendment Act (1970), § 1857-1858a ; Federal Water Pollution Control Act (Amendments of 1972), § 1365 ; Noise Control Act (1972), § 4911. Pour un exemple plus récent, voir le *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* (1986), § 326.

39. Sur l'influence du politique dans la décision de retenir ou au contraire d'écartier l'action populaire, voir *infra*, p. 394 ss.

40. *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* (1986).

41. *Steel Co. v. Citizen), for a Better Environment*, 118 S. Ct. 1003 (March 4, 1998).

Chapitre III. Quels enseignements pour l'étude du droit international ?

p. 35-41

Section I - L'inévitable relativisme juridique

- ¹ Les particularités propres à chaque ordre juridique limitent les possibilités d'une étude comparative. Chaque société a des caractéristiques propres qui influencent le contenu de ses institutions juridiques. Il est évident que l'*actio popularis* romaine ne peut pas être transposée telle quelle en droit international, ne serait-ce que parce que la société internationale, composée à titre primaire d'Etats, n'est pas comparable au peuple romain, ni à aucune société interne. Si le préambule de la Charte des Nations Unies commence par les termes fameux « Nous, peuples des Nations Unies », ce sont les Etats qui demeurent les entités constitutives principales de la communauté internationale contemporaine. Ainsi, l'*actio popularis* ne peut pas avoir la même portée, ni les mêmes contours, en droit international qu'en droit romain ou que dans un système juridique national. Il existe, nous l'avons dit, un inévitable relativisme juridique¹.
- ² Cela étant, l'essence de l'*actio popularis* romaine – à savoir l'attribution d'une qualité pour agir à tout citoyen – se retrouve incontestablement dans plusieurs formes contemporaines d'actions en justice. Il est donc erroné de prétendre – comme cela a été fait parfois – que l'*actio popularis* romaine constitue un phénomène unique dans l'histoire du droit, une institution sans aucun équivalent dans les ordres juridiques modernes.

Section II - Les analogies

- ³ Il est indéniablement possible de dégager certaines analogies entre l'antique *actio popularis* romaine, ses avatars modernes et ce que l'on désigne en droit international par le terme d'*actio popularis*.

§ 1^{er} - Les analogies conceptuelles

- 4 Certaines similitudes existent tout d'abord quant à la conception même de l'action populaire.

- *La défense d'intérêts communs* : Une première analogie concerne l'objectif poursuivi. Réduites à leur plus petit dénominateur commun, les différentes actions populaires du droit romain et celles qui leur sont comparables dans les législations modernes se caractérisent par une attribution à tous du droit de défendre en justice des intérêts collectifs ou communs. La même finalité est à l'origine du recours en droit international à l'*actio popularis*.
- *Une légitimation à agir attribuée à chaque membre de la communauté* : Une seconde caractéristique, étroitement liée à la première, est l'attribution de ce droit d'agir en justice à tous les membres de la communauté, qu'ils aient ou non été directement lésés. Cette problématique est abordée par chaque ordre juridique à travers les concepts de procédure qui lui sont familiers. En France, elle est traitée sous l'angle de la qualité ou de l'intérêt pour agir. Dans les pays de *common law*, on considère que cette question se rapporte au *locus standi* (*injudio*) ou au *standing* (*to sue*), c'est-à-dire au droit d'engager une procédure judiciaire². Dans d'autres pays, on parle à ce propos – peut-être plus simplement – de « légitimation » pour agir en justice (*legitimación* en Espagne ; *legitimazione* en Italie) ou de « capacité procédurale » (*Prozessfähigkeit* en Allemagne). Quelle que soit la terminologie employée, la question qui se pose est cependant toujours la même : faut-il autoriser n'importe quel membre d'un groupe à agir en justice en défense d'intérêts collectifs, et cela même s'il n'a subi aucun préjudice direct et personnel ? Là aussi, une évidente similitude existe avec le débat à ce sujet en droit international.
- *Le postulat d'une convergence entre l'intérêt collectif et l'intérêt de chacun* : Une troisième analogie est le postulat implicite d'une certaine convergence entre l'intérêt collectif et l'intérêt de chaque membre de la communauté. Dans le droit romain antique, ce rapprochement, cette convergence supposée entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel trouvait ses racines dans une ambiguïté terminologique. Le terme *populus* désignait en effet à Rome non seulement le peuple en tant qu'entité collective, mais aussi simplement l'ensemble des citoyens romains. En d'autres termes, il couvrait à la fois le tout et les parties individuelles qui le composent. On retrouve cette forme de confusion volontaire dans le concept moderne de communauté internationale auquel est fréquemment rattaché en droit international l'idée d'une *actio popularis*. A l'instar de la notion de peuple, le terme de communauté internationale désigne à la fois les Etats membres de cette communauté et une entité distincte de ceux-ci, supposée les transcender, mais qui n'existe pas en réalité autrement que sous la forme d'une fiction juridique³.

§ 2 - Les analogies institutionnelles

- 5 Des analogies existent également par rapport aux conditions dans lesquelles s'est développée l'*actio popularis* dans la Rome antique, dans certains ordres juridiques modernes et dans la société internationale.

- *Un palliatif de l'absence ou des insuffisances du ministère public* : Une première analogie porte sur le fait que l'action populaire a été développée souvent en réaction à la

faiblesse des institutions collectives. C'est faute d'un ministère public et d'une police dotée d'effectifs suffisants que l'on a délégué dans la Rome antique un droit d'agir à tous les citoyens⁴. Cette situation rappelle celle existant dans la communauté internationale, qui n'est pourvue ni d'un ministère public, ni d'une force de police. C'est cette faiblesse institutionnelle qui contribue à une bonne partie de l'attractivité en droit international de l'*actio popularis*. A l'inverse, c'est l'existence d'un ministère public et d'un appareil policier sophistiqué qui diminue son attractivité dans les sociétés internes modernes. Toutefois, le dogme selon lequel le ministère public serait l'unique représentant légitime de la société paraît se craqueler. Le monopole du ministère public dans le déclenchement de la poursuite judiciaire est contesté, car il n'assure pas toujours au mieux la représentation des intérêts réels de la société civile. Dans le cas des ordres juridiques modernes, le recours à l'action populaire s'explique ainsi non par l'absence d'institutions collectives, mais par le constat que celles-ci ne suffisent pas tout le temps pour représenter la société d'une manière pleinement adéquate.

- *L'absence de délimitation claire entre l'action publique et l'action civile* : Une deuxième analogie porte sur la conception même de l'action en justice. Les législations modernes distinguent généralement l'action publique de l'action civile. La première a pour fondement le préjudice social ; elle est intentée au nom de l'Etat par le ministère public ou son équivalent. La seconde repose sur un dommage particulier souffert par la victime et est intentée par celle-ci. D'autre part, l'action publique aboutit à la prononciation d'une peine ; l'action civile à une réparation. Cette distinction n'est cependant pas toujours aussi absolue que l'on veut bien le prétendre. Elle est en outre le résultat d'une évolution progressive de la science juridique⁵. Les actions populaires romaines se sont développées à une époque où la distinction entre le droit public et le droit privé n'était pas clairement établie. Elles constituent une sorte de genre intermédiaire entre l'action publique et l'action civile. Il est intéressant de relever là aussi une analogie avec la société internationale, puisque la distinction entre action publique et action civile est inexistante en droit international. En lieu et place, le droit international a développé principalement l'instrument de la responsabilité qui emprunte aux techniques de l'une et de l'autre.

Section II - Délimitation du champ de l'étude

§ 1^{er}- Essai de définition de l'*actio popularis* en droit international

- 6 La seule définition de l'*actio popularis* faite jusqu'à présent sur le plan international est celle donnée dans l'arrêt du *Sud-Ouest africain*, où la Cour internationale de Justice parle d'« un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public⁶. » Cette définition nous paraît insuffisante et peut conduire à une perception erronée de la problématique. Elle capture certains éléments essentiels de l'*actio popularis* romaine, mais omet d'autres caractéristiques importantes, en particulier la nature judiciaire de l'action et le fait que le demandeur n'agit pas toujours exclusivement pour la défense de l'intérêt public.

- ⁷ En lieu et place, nous proposons la définition suivante : *une action en justice, qui peut être intentée par chaque membre d'une communauté, en vue de la protection d'un intérêt totalement ou partiellement commun.*

§ 2 - Commentaire de la définition

- ⁸ Prenons chacun de ces éléments de définition séparément, en les commentant dans la perspective particulière du droit international.

A. Une action en justice

- ⁹ Il arrive dans la doctrine et la pratique internationales que l'on parle *l'actio popularis* pour désigner n'importe quelle action entreprise en vue de la défense de l'intérêt général. Le terme *d'actio popularis* vise alors non seulement l'action judiciaire, mais aussi d'autres types de démarches, comme la saisine du Conseil de sécurité des Nations Unies ou des sanctions unilatérales adoptées par n'importe quel membre de la communauté internationale pour réagir à un fait illicite grave. Cet emploi de la locution latine nous paraît contestable, car en droit romain ainsi que dans les droits nationaux qui la connaissent, *l'actio popularis* s'inscrit dans un contexte exclusivement judiciaire⁷. Cette utilisation extensive du terme *d'actio popularis* présente en outre l'inconvénient de créer un lien entre une démarche judiciaire visant à la constatation du droit et d'autres formes de réaction à l'illicite, dont certaines demeurent aujourd'hui fortement controversées. Reconnaître le droit de dénoncer une infraction devant un juge est une chose ; affirmer le droit de tout un chacun de se transformer en gendarme de la communauté internationale en est une autre. Il s'agit de deux problématiques clairement distinctes⁸.

- ¹⁰ La diversité des procédures internationales existant en matière de règlement des différends et leur caractère souvent hybride pose aussi la question de la délimitation du champ d'investigation. Ne poser aucune limite conduirait à embrasser un large spectre de mécanismes, dont certains n'ont aucun des traits fondamentaux d'une procédure judiciaire. A l'inverse, limiter trop strictement et artificiellement le champ d'investigation aux procédures débouchant sur une décision obligatoire pour les parties au litige aboutirait à écarter certains des mécanismes les plus intéressants pour notre étude. Nous avons donc retenu une définition large de la notion de « juridiction » en incluant – conformément aux origines étymologiques de l'expression – tous les organes spécifiquement chargés de « dire le droit⁹ ». Aux fins de cette étude, nous considérons donc comme des juridictions tous les organes qui sont indépendants des parties au litige, rendent une décision à l'issue d'une procédure contradictoire et énoncent dans cette décision des constatations en droit¹⁰.

- ¹¹ Enfin, notre étude traite du droit d'agir en justice en tant que demandeur. Elle ne couvre pas l'intervention dans une procédure pendante, dont la finalité est différente, plus limitée, et qui est régie par des conditions généralement moins sévères. Dans le cas par exemple d'une procédure contentieuse devant la Cour internationale de Justice concernant l'interprétation ou l'application d'un traité multilatéral, l'intérêt à intervenir est reconnu de manière générale à tous les Etats parties, qu'ils aient ou non été directement affectés¹¹. La reconnaissance de cet intérêt de tous à intervenir dans une procédure pendante montre que l'interprétation donnée à un traité multilatéral et

son respect peuvent intéresser d'autres Etats que ceux directement affectés¹². Cet intérêt de tous les Etats parties en matière d'intervention ne suffit cependant pas à légitimer un droit de tout un chacun à déposer en son nom propre une requête. Or, seul un tel droit d'agir de tous en tant que demandeur équivaut véritablement à une *actio popularis*.

B. Une action ouverte à tout membre d'une communauté

- ¹² La seconde caractéristique de l'*actio popularis* est l'attribution du droit d'agir à n'importe quel membre d'une communauté, indépendamment de tout préjudice personnel. Cette caractéristique représente en fait la quintessence de l'institution de l'*actio popularis*. En droit romain, le cercle des personnes autorisées à agir est défini par l'appartenance au *populus*, c'est-à-dire par la citoyenneté. En droit international, ce sont les Etats – en tant qu'entités constitutives primaires de la communauté internationale – qui sont concernés au premier chef. Cependant, il faut d'emblée apporter plusieurs précisions. Premièrement, la justice internationale étant basée sur le consentement des Etats, il n'existe pas de système de justice obligatoire s'imposant de manière universelle à tous les Etats membres de la communauté internationale. Même lorsque l'*actio popularis* est envisagée devant la Cour internationale de Justice, sa portée est inévitablement limitée aux Etats ayant accepté – sous une forme ou sous une autre – la juridiction de la Cour. Deuxièmement, il est parfaitement envisageable que l'*actio popularis* soit instituée par le biais d'un traité, étant entendu que dans un tel cas elle ne peut être intentée qu'au sein du groupe formé par les Etats parties audit traité. Troisièmement, il arrive dans quelques cas exceptionnels qu'une *actio popularis* puisse être intentée non seulement par les Etats, mais aussi par des individus. Le cas le plus net est celui de la procédure de plaintes de l'OIT qui peut être déclenchée par tout Etat membre de l'organisation, mais aussi par n'importe quel délégué à la Conférence internationale du travail¹³.

C. Une action en défense d'un intérêt (totalement ou partiellement) commun

- ¹³ La troisième caractéristique de l'*actio popularis* est la finalité qui l'inspire : la protection d'intérêts (totalement ou partiellement) communs. La défense de l'intérêt général distingue l'*actio popularis* d'autres formes d'action en justice. Cependant, il n'est nullement exclu que le demandeur ait également un intérêt particulier dans l'affaire faisant l'objet de sa requête. Ce point de vue n'est pas unanimement partagé dans la doctrine internationale. Selon certains auteurs, il n'y aurait de véritable *actio popularis* que si le demandeur agit de manière purement désintéressée, sans avoir aucun intérêt direct en jeu. Lorsqu'une procédure ouverte à tous est utilisée par un Etat ayant subi un préjudice propre ou des intérêts particuliers dans l'affaire en cause, cette action est considérée comme « impure », comme contraire à la nature et à l'esprit de l'*actio popularis*. C'est faire preuve cependant de candeur dans l'analyse des relations internationales que de croire qu'une action désintéressée peut être entreprise autrement que dans des cas exceptionnels. Il n'est pas exclu que le souci de défendre l'intérêt général soit l'unique motivation d'un Etat à agir, mais ce cas est rare. Cette « idéalisation » de l'*actio popularis* est surtout le produit d'un malentendu. Les actions populaires romaines ne servaient pas seulement à la défense de l'intérêt public ; elles visaient souvent à protéger parallèlement des intérêts individuels. Comme nous l'avons vu, elles étaient fondées sur le postulat implicite d'une convergence entre l'intérêt

général et l'intérêt des particuliers à la répression de certains délits. Il n'était pas exigé de l'acteur populaire qu'il agisse uniquement par esprit civique. Il était au contraire parfaitement admis qu'il soit motivé aussi par des intérêts personnels au succès de l'action, soit parce qu'il avait souffert lui-même un préjudice, soit par attrait pour la récompense promise, soit encore pour d'autres raisons (inimitiés familiales, etc.).

NOTES DE BAS DE PAGE

- 1.** Voir les remarques sur la relativité des institutions juridiques faites *supra* p. 5.
- 2.** Le premier terme est plus ancien et d'usage plus fréquent au Royaume-Uni, alors que le second a été développé principalement aux Etats-Unis. D'après le *Black's Law Dictionary*, le terme "standing" désigne "*a party's right to make a legal claim or seek judicial enforcement of a duty or right*", alors que celui de "locus standi" est défini comme "*the right to bring an action or to be heard in a given forum*" (cf. B. Gardner (éd.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, 1999, p. L413et 952).
- 3.** A ce sujet, voir *infra*, p. 249 ss.
- 4.** Cf. *supra* p. 17 ss.
- 5.** Cf. H. Donnedieu de Vabres, « L'action publique et l'action civile dans les rapports du droit pénal international », *RCADI*, vol. 26, 1929-1, p. 212.
- 6.** *CJ Recueil*, 1966, p. 32. Au sujet de l'affaire du Sud-Ouest africain, voir la partie consacrée à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, *infra*, p. 65-73.
- 7.** On pourrait arguer que cette comparaison n'est pas valable, car en droit international – contrairement au droit interne – le recours au système judiciaire n'est pas la voie royale, ou prééminente, pour exiger le respect du droit. C'est un moyen parmi d'autres. Nous ne contestons naturellement pas ce fait. Mais nous pensons qu'il convient – pour des raisons de clarté – de garder au concept d'action populaire sa signification originelle : celle d'une *actio*, c'est-à-dire d'une action en justice.
- 8.** Sur la confusion entre l'*actio popularis*, instrument judiciaire, et la faculté de tous de prendre des contre-mesures, voir *infra*, p. 296-297.
- 9.** On notera que c'est l'un des sens possibles du terme « juridiction » évoqués dans le *Dictionnaire de la terminologie en droit international* de Basdevant (Paris, 1960, p. 354-355).
- 10.** Voir *infra*, p. 107.
- 11.** Article 63 du Statut de la Cour internationale de Justice.
- 12.** Sur l'intérêt à l'intégrité d'un traité multilatéral, voir *infra*, p. 95 et p. 273-277.
- 13.** Cf. *infra*, p. 108 ss.

Deuxième partie. L'« actio popularis » devant les juridictions internationales

Titre I. La cour internationale de justice

Introduction au titre premier

p. 45-46

- ¹ Le Statut de la Cour internationale de Justice pose d'emblée deux limites bien connues à l'*actio popularis*. Premièrement, seuls les Etats ont qualité pour saisir la Cour d'un différend¹. Les organisations internationales, d'autres entités ou les individus ne sont pas admis à titre de demandeurs dans la procédure contentieuse. Deuxièmement, la Cour ne peut exercer sa juridiction qu'avec le consentement des Etats concernés². Les Etats peuvent naturellement exprimer ce consentement à l'avance par le biais d'une clause juridictionnelle insérée dans un traité ou par la formulation de déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faites conformément à l'article 36 § 2 du Statut, mais ce consentement est toujours nécessaire³. Ainsi, seul un Etat peut intenter une *actio popularis* devant la Cour internationale de Justice et il ne peut le faire que s'il est en mesure de se prévaloir d'un titre de juridiction approprié.
- ² Ces limites statutaires rappelées, l'*actio popularis* est-elle permise devant la Cour internationale de Justice ? Soulever cette question oblige à évoquer inévitablement l'affaire du Sud-Ouest africain. Le refus de l'*actio popularis* constituait, en effet, un étandard de bataille des juges qui décidèrent en 1966 - grâce à une majorité technique obtenue à travers la voix prépondérante du Président - de rejeter les requêtes déposées par l'Ethiopie et le Liberia au sujet de l'administration du territoire du Sud-Ouest africain. La portée de cet arrêt ne doit cependant pas être surestimée. Formellement, l'arrêt ne traite de l'admissibilité d'une action en défense de l'intérêt général que dans le cadre spécifique du régime des mandats de la Société des Nations. De plus, les divergences entre les juges de la Cour au sujet de la qualité pour agir des deux Etats demandeurs n'étaient pas les plus importantes. C'était sur le rôle de la justice et la nature du processus de création du droit international que s'opposaient véritablement les deux camps au sein de la Cour. Enfin et surtout, l'arrêt de 1966 n'est qu'une étape, la plus hostile à l'*actio popularis*, de l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Quelques années plus tard, un revirement jurisprudentiel s'est dessiné dans le célèbre passage de l'arrêt de la *Barcelona Traction* qui affirme l'existence en droit international d'obligations *erga omnes*, c'est-à-dire d'obligations au respect desquelles tous les Etats ont un intérêt juridique. L'étendue de ce revirement jurisprudentiel demeure encore incertaine. Mais c'est incontestablement ce prononcé de la Cour internationale de Justice - bien plus que celui de l'affaire du Sud-Ouest

africain - qui constitue aujourd’hui le principal point d’ancrage jurisprudentiel de toute discussion relative à l’*actio popularis*.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Article 34 du Statut.
2. Article 36 du Statut.
3. Sur les différents titres juridictionnels se prêtant à une *actio popularis*, voir le chapitre III *infra*, p. 95 ss.

Chapitre I. L'héritage de la cour permanente

p. 47-54

- ¹ La Cour internationale de Justice a hérité de la Cour permanente de Justice internationale une riche jurisprudence développée sur près de 18 ans (de 1922 à 1940) dans laquelle apparaît à plusieurs reprises le problème de la qualité pour agir. Bien qu'aucune requête contentieuse portée devant la Cour permanente puisse être assimilée pleinement à une *actio popularis*, l'attitude de la Cour se caractérise par une conception large de la qualité pour agir. Deux affaires traitées par la Cour permanente sont particulièrement intéressantes à ce sujet : la première est l'affaire du Vapeur Wimbledon ; la seconde concerne le statut du territoire de Memel.

Section I - Où l'on perçoit déjà une conception large de la qualité pour agir

1^{er} - L'affaire du vapeur Wimbledon

- ² Affrété par une société française, mais battant pavillon britannique, le vapeur *Wimbledon* s'était vu refuser par les autorités allemandes le libre passage à travers le canal de Kiel, alors qu'il était en route vers le port de Dantzig avec une cargaison de matériel de guerre destinée à la Pologne. L'Ambassadeur de France à Berlin demanda au Gouvernement allemand de lever cette interdiction en invoquant l'article 380 du Traité de Versailles, qui instaurait un régime de libre passage en faveur de tous les Etats en paix avec l'Allemagne⁴. Mais l'Allemagne fit valoir que cette disposition ne l'empêchait pas d'interdire, par le biais d'ordonnances de neutralité, le transit de matériel militaire à destination d'un pays en guerre. La France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon portèrent le litige devant la Cour permanente de Justice internationale en se fondant sur une clause juridictionnelle contenue dans le Traité de Versailles⁵.
- ³ Les quatre Etats agissaient en tant que Puissances Alliées victorieuses de la Première Guerre mondiale et avaient déposé une seule requête signée conjointement. La nature de leurs intérêts affectés n'était cependant pas identique. Alors que la Grande-

Bretagne, Etat du pavillon, et la France, Etat national de la société qui avait affrété le navire, pouvaient prétendre être directement concernés par l'interdiction de passage signifiée au navire *Wimbledon*, tel n'était en revanche pas le cas de l'Italie et du Japon. L'Allemagne souleva devant la Cour la question de la qualité pour agir des Etats requérants mais sans faire de ce point un axe central de son argumentation ; elle déclara expressément s'en remettre à l'appréciation de la Cour et ses conclusions écrites ne portèrent que sur le fond du litige. En réponse cependant à cette objection allemande, les quatre Etats requérants affirmèrent expressément leur intérêt à agir. Ils déclarèrent qu'ils étaient « intéressés au respect du *principe* du libre passage dans le canal de Kiel et à *l'exakte exécution* des clauses du traité de Versailles⁶. » Cette argumentation revenait donc à affirmer que tout Etat partie à un traité possède un intérêt légitime au respect de l'intégrité du traité, qu'il soit ou non directement affecté. On notera que cette argumentation en droit correspondait à un axiome central de la politique étrangère menée par la France et certains de ses alliés au lendemain de la Première Guerre mondiale : veiller à une stricte exécution par l'Allemagne du Traité de Versailles.

- ⁴ Dans son arrêt, la Cour permanente estima qu'avant d'aborder le fond du litige, elle devait vérifier la qualité pour agir des Etats requérants. Elle affirma cependant n'avoir « aucun doute » dans le cas d'espèce quant à son existence et motiva brièvement son point de vue de la manière suivante :

[...] il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesses a un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon ; elles rentrent donc, sans qu'il soit besoin pour elles de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé, dans les prévisions de l'article 386⁷.

- ⁵ La Cour permanente met en avant le fait que les quatre Etats requérants avaient tous des flottes marchandes susceptibles d'emprunter le canal de Kiel, de sorte qu'on peut considérer qu'elle ne s'écarte pas de l'exigence usuelle selon laquelle le demandeur doit justifier d'un intérêt direct ou personnel⁸. Cela étant, la Cour relativise considérablement la portée de cette règle. D'une part, elle affirmait expressément que la qualité pour agir de l'Etat demandeur ne dépend pas de l'invocation d'un préjudice matériel donnant droit à réparation pécuniaire. D'autre part et surtout, elle considère comme suffisant un simple intérêt futur ou potentiel du demandeur. Sur cette base, la Cour permanente affirme clairement que n'importe quel Etat partie peut exiger le respect des dispositions d'un traité, et cela même dans le cas où la victime serait un autre Etat partie. Ce n'est pas encore l'affirmation d'un intérêt général au respect de la légalité conventionnelle, mais on est très proche d'une telle notion, surtout si l'on tient compte du fait que le Japon, pour des raisons d'éloignement géographique, n'avait guère d'intérêt réel à utiliser le canal de Kiel.

- ⁶ On notera que la nature de la norme en cause n'est peut-être pas étrangère au libéralisme dont a fait preuve la Cour permanente dans l'appréciation de l'existence de la qualité pour agir. En interprétant plus loin dans son arrêt le texte de l'article 380 du traité de Versailles, la Cour déclare en effet que le canal de Kiel est « devenu une voie internationale destinée à rendre plus facile, sous la garantie d'un traité, l'accès de la Baltique, dans l'intérêt de toutes les nations du monde⁹. » Ce passage de l'arrêt de la Cour constitue une forme de reconnaissance avant l'heure de la notion d'obligations *erga omnes*, même s'il s'agit d'une reconnaissance embryonnaire, puisque le texte de l'arrêt ne précise pas si l'engagement pris par l'Allemagne consiste en une obligation unique

dont la violation affecte simultanément tous les autres Etats, ou s'il s'agit d'une série d'obligations parallèles mais distinctes existant à l'égard de tous¹⁰. Il est vraisemblable en tout cas que cette caractéristique prêtée par la Cour au régime du canal de Kiel l'a conduite à admettre plus facilement l'intérêt à agir des Etats requérants¹¹.

§ 2 - L'affaire de l'interprétation du statut du territoire de Memel

- 7 Une seconde affaire portée devant la Cour permanente de Justice internationale, celle de l'Interprétation du statut du territoire de Memel, confirme l'impression d'une attitude libérale de la Cour quant à la qualité pour agir. L'objet du différend était en l'occurrence le régime international applicable au territoire de Memel, autrefois allemand, qui avait été placé sous souveraineté de la Lituanie par la convention de Paris conclue le 8 mai 1924 entre ce pays, d'une part, et la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon, d'autre part. Bien que le territoire ait été cédé à la Lituanie, il avait été convenu qu'il jouirait d'un régime d'autonomie dont les termes généraux étaient fixés dans un Statut annexé à la Convention de Paris. Celui-ci prévoyait notamment que les affaires qui n'étaient pas placées spécifiquement sous la juridiction des autorités du Territoire relevaient de la compétence des autorités centrales lituaniennes¹². Un gouverneur était nommé par le président de la Lituanie, mais le pouvoir exécutif sur le Territoire était exercé par un Directoire de cinq membres, qui avait à sa tête un président¹³.
- 8 En février 1932, suite à un voyage en Allemagne entrepris à l'insu des autorités lituaniennes, le Président du Directoire fut révoqué dans des circonstances douteuses par le gouverneur du Territoire de Memel. L'affaire fut portée par l'Allemagne devant le Conseil de la Société des Nations. Celui-ci adopta un rapport qui recommandait, pour normaliser la situation, qu'un nouveau Directoire soit désigné et présenté à l'approbation de la Chambre de Memel. Le rapport ne discutait pas de la légalité de la révocation du Président du Directoire, mais rappelait aux quatre Principales Puissances qu'elles avaient la possibilité de saisir la Cour de cette affaire, conformément à l'article 17 § 2 de la Convention de Paris¹⁴. Le 11 avril 1932, celles-ci portèrent effectivement l'affaire devant la Cour en l'invitant notamment à dire si le Gouverneur du Territoire de Memel avait le droit de révoquer le Président du Directoire, et dans l'affirmative, dans quelles conditions ou circonstances ce droit devait être exercé¹⁵.
- 9 La Lituanie ne contesta pas la qualité pour agir des quatre Puissances requérantes, mais souleva une exception préliminaire à l'égard des deux derniers points de la requête en faisant valoir que ceux-ci portaient sur des faits postérieurs à la procédure devant le Conseil. Selon la Lituanie, l'article 17 de la Convention de Paris devait être interprété comme exigeant que tout différend, avant d'être déféré à la Cour, soit soumis aux délibérations du Conseil. Les quatre Puissances demanderesses firent valoir en réponse à cette exception que la procédure devant le Conseil et la procédure devant la Cour remplissaient des fonctions distinctes, la première ayant pour objet l'examen d'une « infraction », alors que la seconde porte sur toute « divergence d'opinions », ce qui peut amener la Cour à prononcer un arrêt déclaratoire. L'agent du Gouvernement britannique ajouta :

En l'espèce, les Etats requérants ne sont pas ici pour défendre leurs intérêts particuliers ou des droits propres, à la suite d'infractions commises à leurs dépens. Leur seul intérêt est de veiller à ce que la Convention à laquelle ils sont parties soit

exécutée par la Lituanie conformément à ce qu'ils estiment être la bonne interprétation¹⁶ [...].

- 10 Comme dans l'affaire du Vapeur Wimbledon, la requête introduite devant la Cour était ainsi fondée sur une conception large de l'intérêt au respect de la légalité conventionnelle. Les quatre Puissances requérantes agissaient en tant que gardiennes du respect d'un traité.
- 11 La Cour ne se montra nullement indisposée d'avoir été saisie par le biais d'une requête dans laquelle les Etats demandeurs ne faisaient pas valoir de préjudice propre et sollicitaient un arrêt purement déclaratoire. Elle constata simplement que l'article 17 de la Convention de Paris instituait effectivement deux procédures distinctes – l'une devant le Conseil, l'autre devant la Cour – et que la requête introduite en l'espèce entrait dans le cadre des prévisions de la clause juridictionnelle :

La procédure devant le Conseil – affirma-t-elle – a pour objet l'examen d'une « infraction aux dispositions de la convention », ce qui présuppose un fait déjà accompli, tandis que la procédure devant la Cour a pour objet une « divergence d'opinions sur des questions de droit ou de fait ». Cette divergence d'opinions peut se produire sans qu'aucune infraction ne soit relevée¹⁷.

- 12 La Cour ne discuta même pas spécifiquement de la qualité pour agir des Etats demandeurs. Certes, la Lituanie n'avait pas contesté directement cet aspect, mais la Cour aurait pu soulever cette question d'office, si elle avait estimé qu'il y avait là motif à refuser de statuer. Apparemment, la teneur claire de la clause juridictionnelle lui a paru suffisante pour justifier la qualité pour agir des demandeurs. On peut déduire de cette décision que – pour la Cour permanente – ce qui importe principalement est le contenu de la clause attributive de compétence. Si la formulation de la clause juridictionnelle le permet, rien ne paraît empêcher une action judiciaire par laquelle un Etat non directement affecté chercherait à déterminer le contenu d'un traité. Dans un passage de son arrêt relatif au fond du litige, la Cour permanente souligna d'ailleurs que les demandeurs avaient simplement pour intention « d'obtenir une interprétation du Statut qui puisse à l'avenir servir de guide¹⁸. »

Section II - Appréciation de l'attitude de la Cour permanente

§1^{er} - L'intérêt au respect de l'intégrité du Traité

- 13 Dans les deux affaires examinées, la Cour permanente traite rapidement de la qualité pour agir. La brièveté avec laquelle cette question est traitée dans les considérants des deux arrêts – pour ne pas dire la nature sommaire de l'argumentation – est étonnante. On ne peut manquer d'être frappé par cette apparente facilité avec laquelle la Cour permanente a tranché la question de la qualité pour agir, alors que la même problématique donnera lieu au milieu des années soixante à de vifs affrontements au sein de la Cour internationale de Justice. Manifestement, il n'existait pas de divergences à ce sujet au sein de la Cour permanente. Preuve en est le passage du premier de ces deux arrêts dans lequel la Cour affirme que la qualité pour agir des Etats requérants ne fait « aucun doute » (ce qu'elle n'a pas coutume de dire, par égard pour les juges dissidents, lorsqu'il existe en son sein des opinions opposées) ainsi que le fait qu'aucune des opinions dissidentes n'aborde cette question. L'impression qui prévaut à la lecture

des deux arrêts est que la question de savoir si des Etats parties peuvent agir en défense de l'intégrité du traité, même lorsqu'ils ne sont pas directement affectés, n'était pas considérée comme un problème aux débuts de la juridiction internationale permanente. Dans les deux affaires, la Cour permanente paraît admettre cet intérêt au respect de l'intégrité du traité comme allant de soi.

- ¹⁴ Estimer que tous les Etats parties à un traité multilatéral peuvent avoir un intérêt à ce que celui-ci soit intégralement respecté n'est pas la même chose qu'affirmer l'existence d'une *actio popularis*. Cet intérêt au respect de l'intégrité du régime conventionnel se fonde sur le fait que la survenance de violations affaiblit le régime conventionnel, porte atteinte à sa crédibilité et concerne à ce titre l'ensemble des Etats parties. Il peut se justifier aussi par l'intérêt de chacun à connaître le sens des dispositions du traité et à empêcher que des violations répétées aboutissent à une modification de leur interprétation. Pour sa part, l'*actio popularis* se fonde sur l'idée d'une défense des intérêts communs. On ne peut donc pas dire que la Cour permanente admet l'*actio popularis*, mais elle fait un pas important dans sa direction.

§ 2 - Les liens entre la qualité d'agir, le titre juridictionnel et l'obligation de fond

- ¹⁵ Il est intéressant également de relever le lien établi entre la qualité pour agir, la teneur du titre juridictionnel et la nature de l'obligation violée. Dans les deux affaires, la lecture faite par la Cour du texte de la clause juridictionnelle paraît avoir été à chaque fois déterminante pour apprécier si les Etats requérants étaient autorisés à porter devant elle le litige. A la première lecture, la clause juridictionnelle paraît même le seul élément déterminant. Cependant, il est vraisemblable que la Cour a tenu également compte de la nature des obligations concernées. Le passage de l'arrêt du Vapeur Wimbledon admettant un intérêt potentiel du Japon et de l'Italie doit être lu, selon nous, en conjonction avec cet autre passage du même arrêt dans lequel la Cour affirme que la libre navigation à travers le canal de Kiel a été instituée en faveur de toutes les nations du monde ; le second est l'explication complémentaire du premier. D'autre part, la Cour a probablement tenu compte dans les deux affaires du fait que les traités en cause faisaient partie du règlement institué au lendemain de la Première Guerre mondiale et de l'intérêt politique, autant que juridique, de chaque puissance victorieuse à leur exécution.

- ¹⁶ Selon nous, il est probablement hâtif d'affirmer que la Cour permanente reconnaît déjà une forme d'*actio popularis*. En effet, il ne s'agit pas dans les deux affaires d'un droit d'agir offert à l'ensemble des membres de la communauté internationale, ni même à l'ensemble des Etats parties à un traité. Seul un cercle restreint d'Etats était susceptible d'introduire une action judiciaire : dans le premier cas, ce droit était limité aux puissances alliées victorieuses ; dans le second cas, il était réservé aux principales puissances victorieuses, et pour autant seulement qu'elles siègent en qualité de membre au sein du Conseil de la Société des Nations. On peut arguer que cette spécification constitue une manière d'établir à l'avance quels Etats possèdent un intérêt particulier au respect des dispositions du traité, de sorte que l'exigence d'un intérêt direct et personnel ne serait pas écartée, mais simplement présumée. Il n'empêche que le demandeur n'a pas à justifier dans un tel cas d'un intérêt personnel et direct par

rapport au litige. Sa qualité pour agir est clairement affirmée comme indépendante de l'existence d'un préjudice propre¹⁹.

NOTES DE BAS DE PAGE

4. L'article 380 était ainsi conçu : « Le Canal de Kiel et ses accès seront toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne. »
5. La clause juridictionnelle invoquée par les quatre puissances était l'article 386 § 1 du traité de Versailles, dont la teneur était la suivante : « En cas de violation d'une des dispositions des articles 380 à 386, ou en cas de désaccord sur l'interprétation de ces articles, toute Puissance intéressée pourra faire appel à la juridiction instituée dans ce but par la Société des Nations. » La « juridiction » dont il est question est la Cour permanente de Justice internationale, qui ne sera créée que postérieurement, en 1922.
6. *CPJI Série C*, n° 3, vol. supp., p. 65 ; les italiques sont de nous.
7. *CPJI Série A*, n° 1, p. 20 ; les italiques sont de nous.
8. Nous reviendrons plus tard sur la question de savoir si cette exigence constitue véritablement une règle du droit international général. Voir en particulier la section relative à l'affaire du Sud-Ouest africain (p. 70 ss) ainsi que le chapitre III *infra* (p. 91 ss).
9. *CPJI Série C*, n° 2, p. 22 ; les italiques sont de nous.
10. Pour une analyse approfondie du concept d'obligations *erga omnes*, voir *infra*, p. 239 ss.
11. Sur le rapport étroit existant entre la qualité pour agir et le droit invoqué dans la demande en justice, voir les chapitres ci-dessous consacrés aux fondements normatifs de l'*actio popularis* (p. 229 ss.) et à la qualité pour agir (p. 322 et p. 328 ss).
12. Article 7 du Statut.
13. Article 2 et 17 du Statut.
14. L'article 17 de la Convention de Paris avait la teneur suivante : « 1. Les Hautes Parties contractantes déclarent que tout Membre du Conseil de la Société des Nations aura le droit de signaler à l'attention de ce Conseil toute infraction aux dispositions de la présente Convention. 2. En cas de divergence d'opinions sur des questions de droit ou de fait concernant ces dispositions, entre le Gouvernement lithuanien et l'une quelconque des Principales Puissances alliées, membres du Conseil de la Société des Nations, cette divergence sera considérée comme un différend ayant un caractère international selon les termes de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. Le Gouvernement lithuanien agrée que tout différend de ce genre sera, si l'autre Partie le demande, déféré à la Cour permanente de Justice internationale. La décision de la Cour permanente sera sans appel et aura la force et la valeur d'une décision rendue en vertu de l'article 13 du Pacte. »
15. Cette requête soulevait le problème de la délimitation entre la fonction contentieuse et celle de l'avis consultatif. Le rapporteur du Conseil de la Société des Nations, M. Colban, estimait qu'une demande d'avis consultatif à la Cour permanente ne recueillerait pas l'approbation unanime des membres du Conseil. Or, on doutait à l'époque qu'une demande d'avis consultatif puisse être valablement votée à la majorité simple. En invitant les quatre puissances à agir au titre de la procédure contentieuse, M. Colban cherchait donc à contourner cet obstacle. Bien que la formulation par les demandeurs de six questions était effectivement plus proche d'une

demande d'avis consultatif que d'une requête de nature contentieuse, la Cour permanente n'y vit pas pour autant une manière illicite de contourner l'article 34 de son Statut dont la teneur - identique à celle de l'article 34 du Statut actuel - réserve la voie contentieuse aux seuls Etats. Le juge Anzilotti refusa cependant de s'associer à la décision de la Cour sur le fond en invoquant un mauvais usage de la procédure contentieuse.

16. *CPJI Série C*, n° 59, p. 173.

17. *Interprétation du statut du territoire de Memel*, *CPJI Série A/B*, n° 49, p. 248.

18. *CPJI Série A/B*, n° 49, p. 337. Sur l'admissibilité d'un contrôle judiciaire « abstrait » de la légalité, voir *infra*, p. 341 ss.

19. Dans son arrêt relatif à la seconde phase de l'affaire du Sud-Ouest africain, la Cour internationale de Justice se refusa à établir un parallèle entre une action judiciaire, qui serait ouverte dans le cadre du système des mandats à tous les membres de la Société des Nations, et un droit d'agir conféré à un cercle restreint d'Etats faisant partie de l'organe de surveillance, à titre permanent ou à titre électif : « En pareil cas [c'est-à-dire dans un système comme celui prévu par le traité relatif au territoire de Memel], le droit conféré était en fait un élément du mécanisme institutionnel ou conventionnel de contrôle et son existence ne pouvait entraîner de difficulté ni prêter à confusion » (*Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, *CIJ Recueil*, 1966, p. 32). Telle n'était pas en revanche l'opinion des juges dissidents Koretsky et Jessup qui ont souligné les similitudes de ces deux régimes (cf. *ibid.*, p. 247 et p. 375-377).

Chapitre II. Les hésitations de la cour internationale de justice

p. 55-90

- ¹ Alors que sa devancière n'avait pas eu de difficultés particulières à reconnaître qualité pour agir à un Etat qui n'a pas subi de préjudice personnel, la Cour internationale de Justice s'est montrée plus hésitante. Au gré des majorités passagères et des compromis qui se sont formés en son sein, la Cour internationale de Justice a adopté des attitudes variant d'une franche bienveillance à une sourde hostilité. On a parlé à ce propos de la « démarche oscillante de la Cour, tantôt affirmant un nouveau principe, tantôt effectuant un retour en arrière¹ », ou d'une « sinusoïde marquant des avancées téméraires mais aussi des reculades ou de simples attitudes de prudence² ».
- ² L'évolution de la position de la Cour internationale de Justice peut se diviser en deux phases principales. La première paraît s'ouvrir sous des auspices favorables avec l'arrêt de 1962 relatif au Sud-Ouest africain dans lequel la Cour rejette les diverses exceptions préliminaires soulevées par l'Etat défendeur. Cependant, les réticences de certains juges apparaissent déjà en 1962 dans l'étroitesse du vote et les nombreuses opinions dissidentes. Ces réticences seront réaffirmées l'année suivante dans certains considérants de l'arrêt du Cameroun Septentrional et culmineront - à la suite de changements dans la composition de la Cour - dans l'arrêt de 1966 relatif à la deuxième partie de l'affaire du Sud-Ouest africain. La seconde phase dans la jurisprudence de la Cour s'ouvre avec la polémique créée par cet arrêt et l'incertitude qui en résulte quant à la possibilité d'intenter une *actio popularis* devant la Cour. Le célèbre *obiter dictum* de l'arrêt rendu quatre ans plus tard dans l'affaire de la Barcelona Traction paraît une manière de se départir subtilement de la décision controversée de 1966. Cependant, l'étendue véritable de ce revirement jurisprudentiel demeure malaisée à déterminer.

Section I - De la bienveillance au refus

§ 1^{er} - L'affaire du sud-ouest africain : Le premier acte

A. L'origine des requêtes de l'Ethiopie et du Liberia

- ³ En novembre 1960, l'Ethiopie et le Liberia introduisirent deux requêtes parallèles contre l'Afrique du Sud à propos de l'administration par cette dernière du territoire de l'ancien Sud-Ouest africain (Namibie³). L'Ethiopie et le Liberia ne cherchaient pas à obtenir à travers cette action judiciaire réparation d'un préjudice matériel dont ils auraient été personnellement victimes, mais à faire constater la persistance du Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain, avec toutes les obligations correspondantes que cela entraînait pour le Gouvernement sud-africain. Ils demandaient en outre à la Cour de constater que l'Afrique du Sud avait violé son obligation de transmettre aux Nations Unies les pétitions des habitants du territoire, avait modifié les termes de son mandat sans l'autorisation des Nations Unies et avait mis en place une politique d'apartheid⁴.
- ⁴ Ces requêtes s'inscrivaient dans le temps comme un prolongement du différend apparu depuis 1946 entre l'Afrique du Sud et l'Organisation des Nations Unies à propos du mandat de celle-ci sur le Sud-Ouest africain. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le Gouvernement sud-africain, arguant de la dissolution de la Société des Nations, avait annoncé sa volonté de procéder à l'annexion du territoire qui lui avait été confié par mandat. L'Organisation des Nations Unies s'opposa résolument à cette annexion et invita en vain l'Afrique du Sud à placer le territoire du Sud-Ouest africain sous le nouveau régime de tutelle créé par le chapitre XII de la Charte des Nations Unies. A la demande de l'Assemblée générale, la Cour internationale de Justice rendit, en 1950, un premier avis consultatif dans lequel elle affirmait qu'en dépit de la dissolution de la Société des Nations, le Sud-Ouest africain demeurait un territoire sous mandat et qu'il était soumis désormais au contrôle de l'Organisation des Nations Unies⁵. Deux autres avis consultatifs furent donnés par la Cour, en 1954 et 1955, pour préciser les modalités d'exercice de ce contrôle, mais tous restèrent inappliqués en raison du refus de l'Afrique du Sud de s'y conformer.
- ⁵ Devant ce constat d'échec, l'Assemblée générale chargea le Comité du Sud-Ouest africain d'étudier les possibilités d'introduire une demande au contentieux⁶. Une telle procédure présentait l'avantage, par rapport aux demandes précédentes d'avis consultatifs, d'être susceptible d'aboutir à une décision obligatoire s'imposant sans équivoque à l'Afrique du Sud. L'utilité d'une telle démarche judiciaire résidait aussi dans l'application possible de l'article 94 de la Charte, qui permet au Conseil de Sécurité de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des arrêts de la Cour⁷. D'emblée, il apparut évident pour le Comité chargé d'examiner la question que l'Organisation ne pouvait pas agir elle-même directement devant la Cour, et cela en raison de l'article 34 § 1 du Statut qui prévoit que seuls les Etats ont qualité pour ester devant la Cour. En revanche, rien ne s'opposait à ce que d'anciens membres de la Société des Nations intentent une action sur la base de l'article 7 § 2 du Mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain⁸. C'était là du moins l'opinion du Comité⁹. L'Assemblée générale entérina les conclusions du Comité. Par voie de résolution, elle appela l'attention des Etats membres sur la possibilité offerte par l'article 7 du Mandat

d'introduire une requête devant la Cour et souligna l'intérêt d'une telle action judiciaire¹⁰.

- 6 Parmi les Etats africains, seuls l'Ethiopie et le Libéria avaient été membres de la Société des Nations et étaient donc susceptibles de se prévaloir de la clause juridictionnelle du Mandat. Les autres Etats africains encouragèrent l'Ethiopie et le Liberia à saisir la Cour internationale de Justice¹¹. Ainsi, en ouvrant une procédure contentieuse contre l'Afrique du Sud, l'Ethiopie et le Liberia agissaient en leur nom propre, mais avec l'aval implicite de l'Organisation des Nations Unies¹² et les encouragements de leurs pairs africains. Ils agissaient donc clairement en défense de l'intérêt général, en tant que porte-parole officieux de la communauté internationale¹³.

B. L'arrêt de 1962 sur les exceptions préliminaires

- 7 Dans son avis de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, la Cour avait estimé, par un vote unanime, que l'article 7 § 2 du Mandat attribuant compétence à la Cour permanente était encore en vigueur, de sorte que l'Afrique du Sud était tenue de reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice dans les termes prévus par cette disposition¹⁴. L'Afrique du Sud souleva cependant des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour. La première d'entre elles, qui visait précisément à contester que le Mandat était une convention en vigueur au sens de l'article 37 du Statut, fut rejetée logiquement par la Cour. Il en alla de même de la deuxième exception préliminaire, qui prétendait dénier à quiconque qualité pour agir, en faisant valoir qu'aucun Etat ne pouvait plus prétendre être membre de la Société des Nations. Plus délicate apparemment était la question soulevée par la troisième exception préliminaire, selon laquelle la clause juridictionnelle du Mandat ne serait pas invocable en l'espèce, car le différend soumis à la Cour n'affecterait aucun intérêt concret des Etats demandeurs, ni de leurs ressortissants. L'Etat défendeur soutenait que les obligations instituées dans le Mandat au bénéfice des habitants du territoire étaient dues à l'égard de la Société des Nations et d'elle seule ; les Etats membres n'auraient donc pas eu de droit ou d'intérêt juridique propre à l'observation par le mandataire de ses devoirs envers les habitants¹⁵.
- 8 Le débat, à vrai dire, était ancien. Il n'avait pas trouvé de réponse judiciaire à l'époque de la Société des Nations car durant l'entre-deux-guerres une seule affaire, celle des *Concessions Mavrommatis*, avait été portée devant la Cour permanente à propos de la gestion mandataire. Or, l'Etat demandeur, la Grèce, y faisait valoir un dommage subi par l'un de ses ressortissants ; il ne prétendait pas exercer une surveillance générale des devoirs de la puissance mandataire. Les juges Bustamante et Oda avaient néanmoins affirmé à cette occasion que les membres de la Société des Nations étaient en droit de porter devant la Cour des questions d'un intérêt général relatives à l'interprétation ou à l'application d'un mandat¹⁶. Dans la doctrine, les avis étaient partagés. Les uns considéraient que le bon fonctionnement du système des mandats nécessitait un contrôle judiciaire étendu des devoirs du mandataire¹⁷. Les autres doutaient qu'on ait voulu soumettre la puissance mandataire à un contrôle judiciaire qui puisse être déclenché par n'importe quel membre de la Société des Nations, en dehors de tout intérêt personnel¹⁸. La question resurgit en 1950 dans le cadre de la procédure d'avis consultatif relative au *Statut international du Sud-Ouest africain*. Dans son opinion individuelle, le juge McNair souligna que « tous les Etats qui faisaient partie de la Société des Nations à l'époque de sa dissolution ont encore un intérêt

juridique à ce que le Mandat soit exercé comme il convient¹⁹. » Dans une opinion individuelle, le juge Read estima, quant à lui, à propos des obligations imposées au mandataire : « Les premières et les plus importantes, étaient les obligations tendant à assurer et à défendre le bien-être des habitants. Elles ne bénéficiaient pas aux Membres de la Société des Nations, encore que chacun des Membres individuellement eût le droit d'en exiger l'exécution²⁰. »

- 9 Dans son arrêt du 21 décembre 1962, la Cour reconnut à l'Ethiopie et au Liberia qualité pour invoquer la clause judiciaire du mandat. Rappelant que l'article 7 § 2 du Mandat se réfère à « tout différend quel qu'il soit » qui viendrait à s'élever entre le mandataire et un autre membre de la Société des Nations, la Cour déclara :

Les termes employés sont larges, clairs et précis : ils ne donnent lieu à aucune ambiguïté et n'autorisent aucune exception. [...] La portée et l'objet manifestes de cet article indiquent [...] qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou intérêt juridique à ce que le Mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres²¹.

- 10 Le raisonnement de la Cour était fondé principalement sur la formulation de la clause judiciaire du Mandat. Il n'était cependant pas exempt de toute autre considération. La Cour souligna en effet dans son arrêt le rôle essentiel qui était imparti à sa devancière dans le système des mandats. Lorsque la règle de l'unanimité empêchait le Conseil de la Société des Nations d'imposer ses vues au mandataire, le seul moyen de défendre les intérêts des habitants du territoire et d'assurer le respect de la mission sacrée de civilisation était qu'un ou plusieurs Etats invoquent l'article 7 du Mandat et soumettent le différend à la Cour permanente. De l'avis de la Cour, la mise en œuvre d'une procédure judiciaire était l'ultime moyen de protection contre tout abus ou violation par le mandataire de sa mission sacrée de civilisation²². Ainsi à l'argument textuel fondé sur la formulation large de la clause judiciaire s'ajoutaient des considérations d'efficacité juridique.

C. Les opinions individuelles et dissidentes

- 11 L'arrêt avait été adopté cependant par une majorité étroite de huit voix contre sept, ce qui surprit nombre d'observateurs qui s'attendaient à une victoire judiciaire facile des deux pays africains. Les membres de la Cour se divisaient essentiellement sur la réponse à apporter à la troisième exception préliminaire. L'essentiel de l'argumentation des uns et des autres portait sur l'interprétation à donner à la clause judiciaire insérée dans les accords de mandat. Défendant ainsi la voie suivie par la majorité, le juge Bustamante ne prétendit pas établir une théorie générale légitimant l'*actio popularis*, mais mit en lumière les caractéristiques particulières de l'institution du mandat, dont le respect « intéresse par ses buts humains » à la fois la Société des Nations et chacun de ses membres²³. Partant d'un état d'esprit assez semblable, l'opinion individuelle du juge Jessup illustre, à l'aide d'exemples, le fait que des Etats puissent avoir, dans certains cas, « un intérêt juridique dans des questions n'affectant pas leurs intérêts financiers, économiques ou autres intérêts "concrets" ou, pourrait-on dire, "physiques" ou "tangibles"²⁴ ». Selon Jessup, les conventions relatives à la traite des esclaves, de protection des minorités, la Constitution de l'Organisation internationale du travail, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, sont autant de textes consacrant un intérêt juridique général à l'observation des règles du droit international. L'exégèse de l'établissement du système mandataire

confirme d'après le juge américain que l'intention des rédacteurs des mandats en 1920 était bel et bien de reconnaître et de protéger un intérêt juridique général des membres de la Société des Nations, indépendamment de tout intérêt concret des Etats ou de leurs ressortissants²⁵.

- ¹² Du côté des membres en désaccord avec le contenu de l'arrêt de la Cour, le juge Winiarski estima que rien dans l'historique de la création des mandats n'établissait une volonté de créer une action populaire ouverte à tous les Membres de la Société des Nations. Il fit valoir que le texte des mandats avait été arrêté par les Principales Puissances alliées et associées, c'est-à-dire par celles-là même qui, hormis les Etats-Unis, s'étaient partagées les territoires sous mandat. Il était par conséquent douteux que lesdites Puissances aient voulu s'imposer à elles-mêmes une responsabilité judiciaire envers tout membre de la Société des Nations : « Cette *actio popularis* aurait constitué une telle nouveauté dans les rapports internationaux [...] que si les auteurs de ces textes avaient été tous d'accord pour s'imposer à eux-mêmes une pareille charge, ils n'auraient pas manqué de le dire expressément, comme ils l'ont fait à l'endroit de quelques Etats soumis au régime des minorités²⁶. » Dès lors qu'une telle *actio popularis* n'avait pas été expressément spécifiée, il y avait lieu d'appliquer, selon Winiarski, la « règle générale de procédure d'après laquelle l'Etat demandeur doit avoir qualité pour introduire l'instance, c'est-à-dire un droit subjectif, un intérêt individuel, réel, actuel et juridiquement protégé²⁷. » En somme, Winiarski ne contestait pas la possibilité de créer une action populaire par le biais d'une clause juridictionnelle, mais niait que telle ait été l'intention des parties dans le cas d'espèce.
- ¹³ Dans leur opinion dissidente commune, les juges Spender et Fitzmaurice élevèrent des objections d'une autre nature. Ils concédaient en effet que « des Etats parties à des traités ou conventions, ou jouissant des droits d'Etats tiers découlant de traités ou conventions, ont dans certains genres d'affaires un intérêt juridique à ce que ces instruments soient dûment observés, même si l'infraction alléguée ne les a pas, ou ne les a pas encore, affectés directement²⁸. » Cependant, constatant que l'affaire soumise à la Cour trouvait ses origines directes dans un différend opposant l'Assemblée générale au Mandataire, Spender et Fitzmaurice affirmèrent qu'il n'existant pas de différend véritable entre les demandeurs et le défendeur²⁹. A leurs yeux, les dispositions du Mandat pouvaient être divisées en deux catégories principales : les premières concerneraient l'administration du Mandat et auraient été insérées au bénéfice des populations du territoire ; les secondes protégeraient des droits ou intérêts particuliers et auraient été instituées au bénéfice des Etats membres de la Société des Nations et de leurs ressortissants. Seule cette seconde catégorie serait concernée par la clause judiciaire du Mandat³⁰.
- ¹⁴ Au-delà des arguments plus étroitement liés à l'interprétation de la clause judiciaire du Mandat, les juges Spender et Fitzmaurice firent valoir également que le principe de l'autorité relative de la chose jugée, inscrit à l'article 59 du Statut de la Cour, empêchait un règlement définitif et valable *erga omnes*. L'arrêt ne pourrait lier ni l'Assemblée générale des Nations Unies, ni les autres Etats membres de la défunte Société des Nations, de sorte que l'Etat défendeur pourrait être attrait à nouveau devant la Cour par un Etat mécontent de la décision rendue³¹. Plusieurs juges dissidents paraissaient aussi contrariés par la nature du différend soumis à la Cour, estimant que le respect par le Mandataire de sa « mission sacrée de civilisation » se prêtait mal à un contrôle judiciaire. Ainsi, le juge Winiarski admit que la surveillance exercée par le Conseil de la

Société des Nations sur l'Administration mandataire visait bien à assurer un contrôle de la légalité « mais, la matière étant éminemment politique, [le Conseil] agissait avec toute la souplesse nécessaire³². » Spender et Fitzmaurice déclarèrent pour leur part n'être « ni aveugles, ni insensibles quant aux différentes considérations de caractère non juridique, social, humanitaire, ou autre, qui soulignent cette affaire ; mais ce sont là des questions qui ressortissent à l'arène politique plutôt que juridique³³. » La question de l'adéquation du règlement judiciaire à certains types de différends allait se poser avec plus d'acuité encore dans l'affaire du Cameroun Septentrional.

§ 2 - L'affaire du Cameroun septentrional

- 15 Ancien protectorat allemand, le territoire du Cameroun avait été divisé après la Première Guerre mondiale en deux mandats confiés respectivement à la France et au Royaume-Uni. Après la dissolution de la Société des Nations et la création des Nations Unies, ces mandats furent remplacés par des accords de tutelle. Le 1^{er} janvier 1960, le territoire sous administration française accéda à l'indépendance sous le nom de République du Cameroun. Conformément au voeu des Nations Unies, des plébiscites séparés furent organisés dans les deux parties qui componaient le territoire sous administration britannique : le Cameroun méridional et le Cameroun septentrional. La population du Cameroun méridional se prononça en faveur d'un rattachement à l'ancien Cameroun français, alors que celle du Cameroun septentrional préféra une incorporation à la Fédération voisine du Nigeria. L'Assemblée générale avalisa le résultat des plébiscites dans sa résolution 1 608 (XV) du 21 avril 1961. La République du Cameroun vota cependant contre cette résolution, estimant que le Royaume-Uni, en administrant le Cameroun septentrional durant la tutelle comme partie intégrante du Nigeria, avait faussé l'évolution politique du territoire.
- 16 Le 30 mai 1961, à la veille de la date d'expiration de la tutelle britannique sur le Cameroun septentrional, la République du Cameroun déposa une requête devant la Cour internationale de Justice, dans laquelle elle fit valoir que le Royaume-Uni n'avait pas respecté certaines obligations découlant de l'Accord de tutelle. Introduite alors que l'instance relative au Sud-Ouest africain était pendante, la requête camerounaise présentait certaines analogies avec celles de l'Ethiopie et du Liberia. En effet, le Cameroun fondait la compétence de la Cour sur l'article 19 de l'Accord de tutelle, dont le libellé était à peu près semblable à l'article 7 du Mandat sur le Sud-Ouest africain. Les deux parties ne manquèrent pas, bien sûr, de se référer à l'arrêt du 21 décembre 1962 pour déterminer si et dans quelle mesure les conclusions de la Cour à propos du système des mandats instauré dans le cadre de la Société des Nations étaient applicables au régime de tutelle tel qu'organisé par la Charte des Nations Unies.
- 17 Formulé en termes larges, l'article 19 de l'Accord de tutelle prévoyait que la Cour était compétente par rapport « à tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre l'Autorité chargée de l'administration et un autre Membre des Nations Unies³⁴. » Le Cameroun ne pouvait-il pas dès lors prétendre, à l'instar de l'Ethiopie et du Liberia, que tous les Etats membres de l'Organisation avaient un intérêt juridique individuel au respect des dispositions de l'Accord de tutelle ? Dans sa plaidoirie, le professeur Weil fit effectivement valoir, au nom du Cameroun, que l'intérêt commun que la Cour avait décelé dans l'institution du mandat était présent de manière analogue dans le régime de tutelle. En conséquence, dit-il, même si le Cameroun n'invoquait que sa qualité de

membre de l'Organisation des Nations Unies, il aurait déjà un intérêt suffisant pour porter le litige devant la Cour³⁵. Le Cameroun avait indéniablement un intérêt plus personnel et plus direct que sa seule qualité de membre des Nations Unies. En effet, sa proximité géographique et ses liens historiques avec le Cameroun septentrional lui permettaient d'espérer, avant les plébiscites, un rétablissement de ce qu'il percevait comme une unité perdue et la réunion de toutes les populations camerounaises en un seul et même Etat. Mais cet espoir frustré était-il juridiquement protégé ? Rien n'est moins sûr. Il aurait fallu pour cela établir l'existence dans l'Accord de tutelle d'un droit particulier institué au bénéfice de la République du Cameroun. Or, cette démonstration tenait de l'impossible, puisque le Cameroun, pays fraîchement indépendant, n'était pas membre de l'Organisation lors de l'élaboration de l'Accord de tutelle. Ainsi, c'est de son appartenance à l'Organisation, et d'elle seule, que le Cameroun pouvait dériver sa qualité pour agir.

- ¹⁸ La Cour n'eut cependant pas à faire l'exégèse de l'institution de la tutelle pour déterminer la portée exacte de la clause judiciaire. Par dix voix contre cinq, elle décida que statuer dans le cas d'espèce dépasserait les « limitations inhérentes à la fonction judiciaire³⁶ ». Le Cameroun désirait que la Cour rende un arrêt déclaratoire dans lequel elle constaterait les violations de l'Accord de tutelle commises par l'autorité administrante lorsque cet accord était en vigueur. Il ne demandait cependant à la Cour ni d'annuler le plébiscite, ni de remettre en cause le rattachement du Cameroun septentrional au Nigeria. Le Cameroun évitait même dans ses conclusions toute référence au lien de cause à effet - allégué pourtant lors des débats - entre les comportements reprochés à l'autorité administrante et les résultats du plébiscite. Dans ces conditions, la Cour estima qu'il était douteux que l'arrêt qu'elle était invitée à rendre puisse avoir des conséquences pratiques :

La fonction de la Cour - affirma-t-elle - est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques³⁷.

- ¹⁹ La Cour observa que si elle pouvait, dans des cas appropriés, prononcer un jugement déclaratoire, un tel arrêt devait demeurer applicable dans l'avenir. A ce propos, elle considéra qu'une action en réparation fondée sur un préjudice propre subi par l'Etat ou ses ressortissants pouvait survivre à l'extinction de l'Accord de tutelle, intervenue le 1^{er} juin 1961. Tel n'était pas le cas, en revanche, d'une demande relative aux droits des habitants de l'ancien territoire sous tutelle ou déduite de l'intérêt général au bon fonctionnement du régime de tutelle³⁸.

- ²⁰ La requête du Cameroun ayant été écartée ainsi en amont, la Cour n'eut pas à statuer en aval sur l'admissibilité dans le cadre du régime de tutelle d'une action judiciaire en défense de l'intérêt général. Il est évident cependant à la lecture des opinions individuelles et dissidentes que la Cour se trouvait divisée sur cette question autant qu'elle l'avait été en 1962 au sujet du système des mandats. Malgré les différences entre les mécanismes du mandat et de la tutelle, deux camps composés pour l'essentiel des mêmes juges s'opposaient à ce sujet et les arguments invoqués de part et d'autre étaient presque identiques à ceux avancés dans la première phase de l'affaire du Sud-Ouest africain³⁹.

- ²¹ Les changements qui allaient intervenir dans la composition de la Cour au cours des années suivantes allaient modifier les rapports de force entre ces deux camps et

conduire à un renversement spectaculaire de majorité dans la phase au fond de l'affaire du Sud-Ouest africain.

§ 3 - L'affaire du Sud-Ouest africain : Le deuxième acte

- 22 Par son arrêt du 21 décembre 1962, la Cour avait rejeté les quatre exceptions préliminaires soulevées par l'Afrique du Sud et s'était déclarée compétente pour statuer sur le fond du différend dont elle avait été saisie. Aussi la surprise fut-elle grande le 18 juillet 1966, lorsque la Cour, au terme de la procédure sur le fond, renonça à aborder le cœur du différend en considérant dans son arrêt que les demandeurs n'avaient pas établi l'existence à leur profit d'un droit ou intérêt juridique suffisant.

A. L'indéniable contradiction entre les deux arrêts

- 23 L'arrêt de 1966 fut rendu sans qu'il n'y ait de majorité au sein de la Cour, les votes des juges étant partagés en nombre égal. C'est donc la voix prépondérante du Président qui décida du sort des deux requêtes de l'Ethiopie et du Liberia. Aux yeux des juges qui se prononcèrent pour le rejet des requêtes, la décision rendue par la Cour en 1962 sur la compétence ne préjugeait pas de la question de fond du droit ou intérêt juridique des demandeurs au regard de l'objet de la demande. L'arrêt passait en revue divers arguments, dont la plupart avaient déjà été débattus en 1962, et concluait que : « les demandeurs ne possédaient à titre individuel comme Etats aucun droit propre et autonome pouvant être invoqué indépendamment ou en plus du droit conféré à la Société des Nations. [...] Ce droit revenait exclusivement à la Société des Nations, pour être exercé par ses organes compétents⁴⁰. »

- 24 Tous les juges qui avaient voté avec la majorité en 1962 étaient devenus dissidents en 1966, et vice-versa. Le renversement de la majorité n'avait été possible qu'en raison de changements dans la composition de la Cour dus pour l'essentiel à des événements largement fortuits, mais aussi pour partie à une intervention critiquée du Président de la Cour⁴¹. Le sentiment de malaise était d'autant plus grand que la procédure relative au fond de l'affaire n'avait pas laissé prévoir un tel dénouement. Les pièces écrites et plaideries des parties se rapportaient presque exclusivement à la survie du mandat sur le Sud-Ouest africain et aux violations alléguées des obligations de la puissance mandataire. Il avait certes été soutenu dans la duplique de l'Afrique du Sud et au cours des audiences publiques que le différend n'était pas justiciable, mais cet argument visait à contester l'existence d'obligations juridique à la charge de la puissance mandataire, et non la capacité des demandeurs de s'en prévaloir⁴². En outre, la procédure orale relative au fond de l'affaire avait été particulièrement longue (cent audiences étalées sur six mois) et de nombreuses questions avaient été posées par certains juges, aucune d'elles ne pouvant laisser présager que la Cour pourrait orienter sa décision vers une autre voie qu'un jugement sur le fond des demandes⁴³.

- 25 Ostensiblement, le texte de l'arrêt s'efforce de placer le raisonnement sur le plan du fond de la demande, et non sur celui de la compétence ou de la recevabilité, qui formaient l'objet de l'arrêt de 1962⁴⁴. Les « distinctions subtiles⁴⁵ » faites pour y parvenir ne sont cependant guère convaincantes. Comment justifier en effet que la Cour admette dans un premier temps la qualité pour agir de l'Ethiopie et du Liberia, puis leur dénie quatre ans plus tard tout droit ou intérêt juridique sur le fond ? La réponse fournie dans l'arrêt de 1966 - à savoir que la décision rendue en 1962 portait

sur une exception préliminaire et ne pouvait par conséquent pas trancher une question relevant du fond - n'est guère satisfaisante. En 1962, la Cour savait parfaitement que l'Ethiopie et le Liberia n'invoquaient pas un préjudice causé à leurs intérêts propres, mais un intérêt général et commun à tous les membres de la Société des Nations. C'est bien par rapport à cette prétention que la majorité des membres de la Cour avait admis la qualité pour agir des demandeurs. La Cour ne pouvait donc pas prétendre quatre ans plus tard découvrir une question nouvelle, distincte de celles tranchées antérieurement. Quelle que soit la subtilité de l'argumentation, les deux décisions rendues conséutivement par la Cour sont inconciliables et l'on comprend que plusieurs juges aient vertement reproché à leurs collègues de procéder à une révision déguisée de l'arrêt de 1962⁴⁶.

- 26 Mais comment la Cour a-t-elle pu parvenir à des conclusions opposées sur ce qui apparaît comme une seule et même question ? Le plus simplement du monde, en retenant des arguments dont la plupart avaient été rejettés, explicitement ou implicitement, dans l'arrêt de 1962. Si l'on compare les considérants des deux arrêts, on s'aperçoit en effet que le dernier prend, la plupart du temps, l'exact contre-pied du premier. Ainsi, alors que la majorité de 1962 s'était fondée sur les termes de la clause juridictionnelle, estimant qu'ils étaient larges et dépourvus de toute ambiguïté, l'arrêt de 1966 interprète la clause juridictionnelle restrictivement en affirmant qu'elle relève de la procédure, tant par sa nature que par ses effets, et qu'elle ne peut donc pas créer de droit ou d'intérêt juridique au fond. Même contradiction de raisonnement à propos de la règle de l'unanimité, appliquée au sein du Conseil de la Société des Nations. En 1962, cette règle était invoquée comme une preuve de la nécessité d'un contrôle judiciaire, dans la mesure où aucun autre moyen ne permettait d'obliger un mandataire récalcitrant à respecter ses obligations ; l'arrêt de 1966 l'utilisa en sens inverse, pour établir qu'un tel contrôle était étranger au système des mandats : « Il est peu vraisemblable, alors qu'on a donné de propos délibéré aux Mandataires le pouvoir d'empêcher par leur veto le Conseil de prendre une décision, qu'on ait en même temps attribué aux Membres de la Société des Nations à titre individuel le droit d'agir en justice⁴⁷. »
- 27 La contradiction entre les deux décisions est tout aussi patente dans l'appréciation de l'utilité à ce que soit conféré un droit d'agir en justice à tous les membres de la Société des Nations. En 1962, la Cour avait considéré que la protection judiciaire de la mission sacrée de civilisation était un aspect essentiel du système des mandats, l'ultime moyen de faire constater une violation par le mandataire de ses obligations à l'égard des habitants du territoire. L'arrêt de 1966 rejeta quant à lui ce qu'il appelait l'*« argument de nécessité »*, estimant que, « dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception⁴⁸. » La Cour refusa également de procéder à toute interprétation téléologique ou de tenir compte d'événements ultérieurs à la création du système des mandats, notamment la dissolution de la Société des Nations et le refus de l'Afrique du Sud de se soumettre au contrôle des organes des Nations Unies. De l'avis de la Cour, si nécessité il y a, elle relève du domaine politique, et non du travail du juge : « [...] la Cour n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer⁴⁹. »
- 28 Le juge *ad hoc* sud-africain Van Wyk eut le mérite de la franchise, puisqu'il reconnut que « nombre de motifs énoncés dans l'[...] arrêt [de 1966] sont en contradiction avec

les motifs retenus dans l'arrêt de 1962 », en ajoutant que la Cour n'était pas tenue « de persister dans un raisonnement erroné⁵⁰. » On comprend en tout cas dans ces conditions que certains se soient étonnés de l'« alchimie juridique » qui avait permis aux opinions dissidentes de 1962 de se transmuer en arrêt de la Cour en 1966⁵¹. Les critiques formulées de l'intérieur même de la Cour par les juges dissidents n'étaient pas les moins acerbes. Ainsi, le juge Jessup estima que l'arrêt de 1966 était « dénué de tout fondement en droit⁵² » et son collègue Forster s'exclama à propos du revirement de la Cour : « Cela dépasse mon entendement⁵³ ! »

B. L'arrêt de 1966 rejette-t-il complètement l'*actio popularis* ?

1) Un arrêt portant seulement sur les accords de mandat

²⁹ La plupart des considérants de l'arrêt de 1966 sont limités à la question spécifique de l'interprétation des accords de mandats. Sur ce point, le juge Jessup a répondu dans son opinion dissidente de manière généralement convaincante aux arguments présentés dans l'arrêt de 1966. Au terme d'une analyse fouillée de l'historique de la rédaction des mandats, le juge américain parvient à la conclusion que dès l'origine l'intérêt général des Etats membres de la Société des Nations constituait un intérêt juridiquement protégé. Selon lui, prétendre qu'il est inconcevable que les hommes d'Etat de 1919 aient voulu reconnaître aux Etats un intérêt général et justiciable devant la Cour internationale, revient à ignorer un fait historique : la vague d'idéalisme apparue après la Première Guerre mondiale. Outre le Pacte même de la Société des Nations, d'autres instruments créés à la même époque que les mandats, tels que le régime de protection des minorités et la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, reposent eux aussi sur l'idée d'un bien commun de la société internationale⁵⁴. Si la Cour permanente n'a jamais été saisie d'une requête relative à l'intérêt général, cela n'est dû qu'à l'absence de conflits suffisamment graves pour décider un ou plusieurs Etats membres à mettre en œuvre la procédure judiciaire⁵⁵.

2) Des considérants débordant en réalité la problématique des mandats

³⁰ La portée des considérants de l'arrêt de 1966 ne se limite cependant pas au cas spécifique des mandats de la Société des Nations. L'arrêt se prononce aussi sur la possibilité en général d'intenter une *actio popularis*. Il déclare à ce propos :

[L'argument dit de la nécessité] revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des « principes généraux de droit » mentionnés à l'article 38, paragraphe 1, lit c), de son Statut⁵⁶.

³¹ Il semble que nul n'a jamais prétendu que l'*actio popularis* constitue une règle relevant du droit international général. On voit mal comment une telle règle de procédure pourrait exister en droit coutumier ; et il n'est évidemment pas question non plus d'importer en droit international l'*actio popularis* à titre de principe commun aux droits nationaux, car une telle transposition supposerait une certaine homogénéité des législations internes qui n'existe pas. Sur ce point, l'arrêt affirme une évidence et sème le doute dans les esprits. Mais ce passage de l'arrêt est critiquable surtout dans la mesure où il prétendrait nier la possibilité même en droit international de toute *actio popularis*. Ce n'est toutefois pas ce que dit l'arrêt de 1966. Celui-ci donne d'ailleurs un

exemple ancien d'*actio popularis* en évoquant - pour les distinguer des mandats - les traités de protection des minorités conclus à la fin de la Première Guerre mondiale, dont plusieurs prévoyaient la possibilité d'une action judiciaire en défense de l'intérêt général⁵⁷. L'arrêt de 1966 passe en revanche sous silence d'autres mécanismes conventionnels, ceux-là encore en vigueur à l'époque du prononcé de l'arrêt, dans lesquels le demandeur n'a pas à justifier d'un intérêt direct et personnel (par exemple la procédure de plaintes de l'OIT ou le système de requêtes interétatiques de la Convention européenne des droits de l'homme).

- 32 Ce rejet hâtif et catégorique de l'*actio popularis* est d'ailleurs difficile à concilier avec un autre passage du même arrêt dans lequel on affirme vouloir laisser ouverte la question de savoir si « des Etats peuvent demander qu'un principe général soit observé, même si l'infraction alléguée à ce principe ne touche pas à leur intérêt concret propre » ou si « des Etats peuvent avoir un intérêt juridique à réclamer le respect d'un principe de droit international, même s'ils n'ont subi dans un cas d'espèce aucun dommage matériel ou ne demandent qu'une réparation symbolique⁵⁸. »
- 33 En réalité, l'admissibilité de l'*actio popularis* ne peut être rejetée ou affirmée sur un plan général ; elle doit être appréciée dans chaque cas, en fonction notamment de la nature du mécanisme de contrôle ainsi que de l'existence ou non d'intérêts communs protégés. Il est particulièrement intéressant de relever à ce sujet le lien établi dans l'opinion dissidente du juge Jessup entre l'importance des obligations internationales en cause et la reconnaissance à tous les Etats d'un intérêt à leur respect⁵⁹. L'opinion dissidente du juge américain préfigure - si elle ne l'a pas inspiré directement - le célèbre *obiter dictum* qui sera inséré quelques années plus tard dans l'arrêt de la Cour relatif à l'affaire de la Barcelona Traction⁶⁰.

3) Un désaccord sur le rôle de la justice internationale

- 34 On peut se demander si le désaccord existant au sein de la Cour en 1966 ne consiste pas simplement en des divergences sur les intentions présumées des auteurs du système des mandats et sur les méthodes d'interprétation à mettre en œuvre⁶¹. Si les juges ayant voté pour l'arrêt de 1966 déniennent aux membres de la Société des Nations un droit ou intérêt juridique individuel par rapport aux dispositions du Mandat concernant les habitants du territoire du Sud-Ouest africain, c'est qu'ils estiment que les rédacteurs des mandats n'avaient pas eu l'intention en 1920 de leur conférer un tel droit. Et si les mêmes juges refusent de prendre en compte les changements intervenus ultérieurement, c'est qu'ils jugent que la Cour doit raisonner par rapport à l'époque où le système des mandats a été créé ; ils rejettent donc une interprétation téléologique déduite du principe de l'effet utile⁶².
- 35 Ces divergences sur les méthodes d'interprétation ne sont pas aussi anodines qu'elles peuvent paraître. C'est en réalité sur le rôle même de la justice et la nature du droit international que s'opposaient véritablement les juges de la Cour. Les uns demeuraient attachés à une approche classique d'interprétation stricte et littérale des textes et refusaient que le juge remplisse un quelconque rôle législatif en mettant à jour des règles anciennes ou en dégageant des principes nouveaux. Les autres défendaient une approche plus fonctionnelle de la justice internationale qui tienne compte des besoins nouveaux de la communauté internationale, quitte à ce que le juge doive parfois jouer quelque peu avec les textes pour atteindre le résultat voulu. L'opposition portait

également sur la délimitation à opérer entre le règlement judiciaire et les forums politiques. L'arrêt de 1966 insiste, à plusieurs reprises, sur la distinction entre le domaine politique et le domaine juridique, laissant implicitement entendre que le différend dont la Cour était saisie n'était peut-être pas apte à un règlement judiciaire⁶³. Reste à savoir s'il existe véritablement une claire délimitation entre différends juridiques et différends politiques et surtout si la Cour peut prétendre échapper à la controverse politique en s'abstenant de statuer sur le fond d'un différend⁶⁴. Les remous considérables provoqués par l'arrêt de 1966 sont la preuve éclatante du contraire. L'arrêt de 1966 suscita une vague d'hostilité sans précédent à l'égard de la Cour, en particulier de la part des pays africains et asiatiques nouvellement indépendants⁶⁵. A l'Assemblée générale de l'ONU, l'arrêt fut immédiatement attaqué comme une « décision d'homme blanc », rendue par une Cour composée presque exclusivement d'hommes blancs. Au-delà de la question somme toute technique de la qualité ou de l'intérêt juridique des demandeurs, on s'offusqua surtout dans les cercles diplomatiques du fait que la Cour refuse de statuer sur la politique raciale de l'Afrique du Sud, ou pire ait voulu ainsi l'endosser. On s'indigna également de ce que l'arrêt remette en cause certains constats antérieurs de la Cour à propos du territoire du Sud-Ouest africain et revienne sur la question, pensait-on réglée, du maintien en vigueur du Mandat⁶⁶.

Section II - Le temps des incertitudes et des chassés-croisés

§ 1^{er} - L'affaire de la Barcelona Traction

³⁶ Rien dans l'affaire de la Barcelona Traction ne semblait devoir concerner de près ou de loin l'*actio popularis*. L'affaire portait en effet sur la mise en faillite en Espagne de la Barcelona Traction, société constituée au Canada, mais possédant diverses filiales en Espagne, et qui assurait, au début de la guerre civile espagnole, la majeure partie des besoins de la Catalogne en électricité. La demande avait été introduite devant la Cour par la Belgique, qui entendait ainsi prendre fait et cause pour les actionnaires belges de la société. Diverses exceptions préliminaires furent soulevées par le Gouvernement espagnol, dont l'une contestait la qualité pour agir du demandeur, au motif qu'en cas de préjudice causé par un Etat à une société étrangère, seul l'Etat national de la société - le Canada, dans le cas d'espèce - serait autorisé par le droit international à assumer la protection diplomatique. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, rendu le 24 juillet 1964, la Cour estima que les questions de droit, de fait et de qualité étaient tellement enchevêtrées qu'il était préférable de joindre au fond cette exception.

³⁷ Dans l'arrêt se rapportant à la phase au fond, rendu le 5 février 1970, alors qu'elle examinait la question de la qualité pour agir de la Belgique, la Cour déclara dans un passage appelé à devenir célèbre :

Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à leur respect ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain,

de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réerves à la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, avis consultatif, CIJ Recueil 1951, p. 23*) ; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel⁶⁷.

- 38 Ces considérations n'étaient pas nécessaires à la motivation de l'arrêt de la Cour. Le différend porté devant elle par la Belgique ne portait en effet pas sur une norme internationale appartenant à cette catégorie spéciale dessinée par la Cour dont le respect est dû *erga omnes* : « Les obligations dont la protection diplomatique a pour objet d'assurer le respect n'entrent pas dans la même catégorie. En effet, si l'on considère l'une d'elles en particulier dans un cas déterminé, on ne saurait dire que les Etats aient tous un intérêt juridique à ce qu'elle soit respectée⁶⁸. » Dans le cas d'espèce, la Cour dénia qualité pour agir à la Belgique. Elle jugea que lorsqu'un acte illicite a été commis contre une société à capitaux étrangers, seul en principe l'Etat national de la société peut exercer sa protection diplomatique, et non l'Etat national des actionnaires.
- 39 Le passage cité n'étant nullement nécessaire au raisonnement de la Cour, il était d'autant plus intrigant. Affirmer que tous les Etats ont un intérêt juridique au respect de certaines obligations internationales ne revient-il pas à suggérer que n'importe quel Etat peut agir en justice ? Une des conséquences logiques du concept d'obligations *erga omnes* paraît être la possibilité - pour autant qu'il existe un titre de juridiction - d'une *actio popularis*. Il est probable que la Cour internationale de Justice, dont la composition s'était modifiée à nouveau depuis l'affaire du Sud-Ouest africain, ait voulu ainsi rectifier publiquement le prononcé si critiqué de 1966⁶⁹.
- 40 L'ajout de cet *obiter dictum* est généralement attribué au juge Lachs⁷⁰ et, d'après ce dernier, il aurait été inspiré par les idées défendues par Jessup dans l'affaire du Sud-Ouest africain⁷¹. On peut voir aussi dans cet *obiter dictum* un écho de la consécration un an plus tôt, lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, de la notion de *jus cogens*. La parenté entre les concepts d'obligations *erga omnes*, de *jus cogens* et d'*actio popularis* est incontestable, même s'ils ne se recoupent que partiellement, et l'expression « communauté internationale dans son ensemble » figurant dans l'*obiter dictum* est probablement empruntée directement à la définition du *jus cogens* figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷².
- 41 L'interprétation de cet *obiter dictum* de l'arrêt de la *Barcelona Traction* soulève néanmoins des difficultés non négligeables lorsqu'il est mis en parallèle avec un autre paragraphe du même arrêt dans lequel la Cour affirme :

[...] sur le plan universel, les instruments qui consacrent les droits de l'homme ne reconnaissent pas qualité aux Etats pour protéger les victimes de violations de ces droits indépendamment de leur nationalité. C'est donc encore sur le plan régional qu'il a fallu chercher une solution à ce problème. Ainsi, au sein du Conseil de l'Europe, dont l'Espagne n'est pas membre, le problème de la recevabilité, auquel se heurte la requête en la présente affaire, est résolu par la Convention européenne des droits de l'homme qui autorise chaque Etat partie à la convention à porter plainte contre tout autre Etat contractant à raison d'une violation de la convention sans égard à la nationalité de la victime⁷³.
- 42 La contradiction paraît manifeste : d'un côté, l'*obiter dictum* des paragraphes 34 et 35 donne comme exemples d'obligations *erga omnes* les principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, indiquant par là que tous les Etats ont un

intérêt juridique à leur respect ; de l'autre côté, ce paragraphe 90 du même arrêt déclare que les instruments universels en matière de droits de l'homme ne reconnaissent qualité pour agir qu'aux Etats pouvant se prévaloir d'un lien de nationalité.

- 43 Pour résoudre cette apparente contradiction, on a fait valoir que *l'obiter dictum* des paragraphes 34-35 se réfère uniquement aux normes protégeant les *droits fondamentaux* de la personne humaine, et non à n'importe quelle règle en matière de droits de l'homme. Seule une catégorie limitée de droits de l'homme renfermerait donc des obligations *erga omnes*. Les exemples donnés correspondent effectivement à des interdictions particulièrement importantes du droit international contemporain : celles du génocide, de l'esclavage et de l'apartheid⁷⁴. En affirmant que ces règles peuvent découler d'instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel, la Cour aurait eu ainsi à l'esprit certains instruments spécifiques, tels que la Convention de 1926 sur l'esclavage ou la Convention de 1965 sur la discrimination raciale, mais non, par exemple, les deux Pactes de 1966 sur les droits de l'homme⁷⁵. La hiérarchie au sein des droits de l'homme ainsi créée par la Cour, volontairement ou involontairement, et surtout l'idée d'une différence de nature entre deux catégories de droits de l'homme ne résistent pas à un examen sérieux. Une telle distinction quant à la nature des droits de l'homme et au cercle des Etats intéressés à leur respect ne figure dans aucun instrument conventionnel. En pratique, on ne voit pas non plus très bien quels pourraient être les critères d'une telle distinction⁷⁶.
- 44 On a dit aussi parfois qu'il fallait distinguer le droit international général du droit conventionnel. Il est vrai que seules les obligations découlant du droit international général sont valables *erga omnes* dans le plein sens du terme, c'est-à-dire à l'égard de tous les Etats de la communauté internationale. Dans le cas d'obligations conventionnelles, le principe de l'effet relatif des traités limite inévitablement leurs effets aux Etats cocontractants. Il est donc manifeste que la source de droit - droit conventionnel ou droit international général - détermine le cercle des débiteurs et des créanciers. Cependant, l'origine de la norme n'a pas d'incidences directes sur la nature des obligations imposées. Rien ne nous empêche de parler, à propos du contenu d'un instrument conventionnel, d'obligations dues à l'égard de tous les *Etats parties*, ou si l'on veut d'obligations *erga omnes contractantes*⁷⁷. Le second paragraphe cité de l'arrêt de la Barcelona Traction consacre précisément cette idée, puisqu'il souligne que la Convention européenne des droits de l'homme confère un droit de requête à tous les Etats parties, sans qu'ils aient à faire valoir un préjudice subi en la personne de leurs ressortissants.
- 45 A notre sens, l'apparente contradiction entre les deux passages de l'arrêt de la Barcelona Traction est due à une confusion, dans le paragraphe 90 de l'arrêt, entre la question du lien juridictionnel et celle de la qualité pour agir. Sur le plan universel, le Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques - que la Cour avait sans doute principalement à l'esprit - instaure un mécanisme de communications interétatiques qui ne peut être mis en œuvre que si les Etats concernés ont non seulement ratifié le Pacte, mais aussi accepté la compétence du Comité des droits de l'homme en faisant la déclaration spéciale prévue à cet effet⁷⁸. Cependant, à partir du moment où cette compétence est établie, n'importe quelle violation du Pacte peut être invoquée, sans qu'il y ait de limitation du droit d'agir par le biais du lien de nationalité. Ce qui diffère dans la Convention européenne des droits de l'homme, c'est que la ratification par un

Etat confère *ipso facto* compétence à la Cour pour examiner une requête introduite par un autre Etat partie⁷⁹. La différence entre les deux mécanismes tient donc au mode d'établissement de la compétence de leur organe de surveillance respectif, et non à une quelconque différence dans la qualité pour agir⁸⁰.

- 46 Les opinions individuelles et dissidentes jointes à l'arrêt n'éclairent pas beaucoup la portée de l'*obiter dictum*. La question n'est abordée que dans deux d'entre elles. L'opinion dissidente de Riphagen - le juge *ad hoc* nommé par la Belgique et le seul à avoir voté contre l'arrêt - exprime des doutes quant à l'utilité des distinctions établies par la Cour. Selon lui, ces distinctions au sujet de la nature des obligations internationales sont artificielles et surtout inaptes à justifier les conséquences juridiques que la Cour leur attache⁸¹. En revanche, l'opinion individuelle du juge Ammoun défend ces distinctions. Pour Ammoun, l'action en justice peut se fonder soit sur un intérêt subjectif, ce qui était le cas de l'action introduite par la Belgique, soit sur un intérêt général ou objectif. Dans les deux cas de figure, souligne-t-il, l'existence d'un intérêt juridiquement protégé doit être établie. Dans la première hypothèse, l'Etat demandeur revendique un droit subjectif ; il doit attester en conséquence d'un intérêt direct et personnel. Tel n'est cependant pas le cas lorsqu'un Etat agit en défense d'un intérêt général ou collectif : « [...] en se proposant de prendre la défense de l'intérêt général de la communauté internationale ou de la collectivité humaine, il intervient en qualité de membre de cette communauté ou de cette collectivité⁸². »
- 47 Le concept d'obligations *erga omnes* affirmé par la Cour dans l'arrêt de la *Barcelona Traction* pouvait servir désormais de support à une *actio popularis*. Il s'agissait cependant « seulement » d'un *obiter dictum* dont la portée exacte restait à confirmer dans un cas d'espèce. La notion d'obligations *erga omnes* occupa une large place quelques années plus tard dans les thèses soutenues par l'Australie et la Nouvelle-Zélande dans l'affaire des Essais nucléaires.

§ 2 - L'affaire des essais nucléaires : L'arrêt de 1974

- 48 Depuis 1966, la France avait entrepris en Polynésie un vaste programme d'essais nucléaires dans l'atmosphère, en dépit de l'opposition de plusieurs Etats du Pacifique. Le 9 mai 1973, l'Australie et la Nouvelle-Zélande introduisirent deux requêtes similaires devant la Cour internationale de Justice. La compétence de la Cour était fondée par les demandeurs sur l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends et, subsidiairement, sur la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite conformément à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour.
- 49 Les deux Etats requérants fondaient leur qualité pour agir devant la Cour à la fois sur le concept d'obligations *erga omnes* et sur l'idée d'une atteinte à leurs droits propres. Bien que proches l'une de l'autre, leurs argumentations ne coïncidaient pas parfaitement. L'Australie faisait valoir, en premier lieu, que les essais nucléaires dans l'atmosphère sont interdits par le droit international coutumier, et cela indépendamment de la survenance ou non d'un dommage matériel. Elle estimait que cette interdiction appartenait à la catégorie des obligations *erga omnes*, de sorte que n'importe quel membre de la communauté internationale pouvait en invoquer la violation⁸³. L'Australie prétendait également, de manière plus classique, que les essais dans l'atmosphère portaient atteinte à sa souveraineté territoriale et « décisionnelle⁸⁴ ». Enfin, elle affirmait que le programme d'essais français violait la liberté de la haute

mer, du fait à la fois des retombées radioactives en mer et des entraves faites à la navigation. Sur ce dernier point, l'Australie invoquait sa qualité de membre de la communauté internationale, mais elle affirmait parallèlement - au cas où la Cour lui contesterait cette qualité pour agir en défense de l'intérêt général - avoir un intérêt spécial en tant que voisin direct du site des essais⁸⁵. La démarche judiciaire australienne mélangeait donc la défense de l'intérêt général et celle d'intérêts propres. Par ailleurs, elle se présentait essentiellement comme une action en défense de la légalité à travers laquelle le demandeur recherchait un arrêt déclaratoire. L'Australie affirma néanmoins au cours de la procédure que si la Cour jugeait sa demande irrecevable faute de dommage, elle pourrait prouver avoir subi un dommage matériel, différent du simple préjudice juridique⁸⁶.

- 50 La Nouvelle-Zélande invoquait, elle aussi, concurremment la violation de droits communs à tous les membres de la communauté internationale ainsi qu'une atteinte portée à ses droits propres. Pour ce qui est de la première catégorie, la Nouvelle-Zélande arguait de l'existence d'une règle interdisant les essais nucléaires dans l'atmosphère et d'une autre règle protégeant l'environnement naturel, en faisant valoir que toutes deux instituent des obligations *erga omnes*⁸⁷. En ce qui concerne la seconde catégorie, le Gouvernement néo-zélandais invoquait une violation de sa souveraineté territoriale, une atteinte au droit de ses habitants à ne pas être soumis à la radioactivité, et enfin une violation du droit de la Nouvelle-Zélande et de ses ressortissants à la liberté de la haute mer, du fait de l'arrasonnement en haute mer par la marine française de bateaux ayant à leur bord des nationaux néo-zélandais⁸⁸.
- 51 Comme dans l'affaire du Cameroun Septentrional, la Cour fonda sa décision sur un point qui ne ressortait pas de l'argumentation des parties, à savoir l'absence de différend. Interprétant de manière restrictive les conclusions de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, la Cour estima que les demandeurs avaient pour objectif premier la cessation des essais nucléaires français dans l'atmosphère⁸⁹. Or, diverses déclarations gouvernementales, notamment du Président de la République, avaient manifesté l'intention de la France de mettre fin aux essais atmosphériques dans le Pacifique. Selon la Cour, de telles déclarations, dans la mesure où elles avaient été faites publiquement à l'attention de l'ensemble des Etats du monde, constituaient un engagement unilatéral assumé par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère⁹⁰. La Cour considéra donc que l'objectif des Etats demandeurs avait été atteint et déclara que leurs requêtes étaient devenues désormais sans objet⁹¹.
- 52 En basant sa décision sur une vérification préliminaire de la persistance du différend, la Cour évitait d'avoir à se prononcer en aval sur certaines questions délicates et susceptibles de diviser ses membres. Les opinions dissidentes jointes à l'arrêt abordent cependant certains de ces problèmes, notamment celui de l'*actio popularis*. Ainsi, dans leur opinion dissidente commune, les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock affirmèrent que la question de « L'intérêt juridique » ou de la qualité pour agir de l'Australie et la Nouvelle-Zélande, notamment par rapport aux règles imposant des obligations *erga omnes*, ne pouvait pas être tranchée dans une phase purement préliminaire. Selon eux, cette question ne pouvait pas être dissociée de la question juridique de fond relative à l'existence et à la portée de la règle de droit international coutumier qui est alléguée⁹². S'ils estimaient donc que l'admissibilité de l'*actio popularis* ne pouvait être débattue que dans la phase au fond, ils se montraient cependant plus sibyllins sur son existence même :

Nous admettons que l'existence d'une *actio popularis* en droit international est discutable, mais les observations émises par la Cour actuelle dans l'affaire de la *BarceUma Traction, Light and Power Company, Limited* suffisent à démontrer que la question peut être considérée comme susceptible de faire l'objet d'une argumentation juridique rationnelle et d'être valablement portée devant la Cour⁹³.

- 53 Le juge Castro estima pour sa part que les requêtes auraient dû être déclarées irrecevables, faute notamment pour les demandeurs d'avoir un intérêt propre et concret d'ordre juridique⁹⁴. Se référant au passage de l'arrêt de la *Barcelona Traction* affirmant l'existence d'obligations *erga omnes*, il affirma :

Ces phrases, qu'on a pu qualifier de progressistes et juger dignes de sympathie, doivent s'entendre *cum grano salis*. Il me semble que le raisonnement qu'elles formulent *obiter* ne doit pas être considéré comme consacrant la reconnaissance de l'*actio popularis* en droit international; il faut l'interpréter d'une manière plus conforme à la pratique générale acceptée comme étant le droit⁹⁵.

- 54 A l'inverse, le juge Barwick estima que la thèse des demandeurs, affirmant qu'une règle coutumière interdirait les essais nucléaires atmosphériques et que cette règle instituerait des obligations *erga omnes*, n'avait rien d'absurde. Et si leur thèse était fondée et qu'il existait effectivement une obligation *erga omnes*- poursuivit Barwick - les demandeurs pouvaient alors légitimement prétendre avoir qualité pour agir⁹⁶. A l'instar des juges de l'opinion dissidente commune, mais de manière plus affirmée, le juge Barwick rapprochait donc directement le concept d'obligations *erga omnes* de l'idée d'une action populaire. Par ailleurs, comme eux, il considérait que cette question ne pouvait pas être tranchée lors de l'examen de la recevabilité de la demande, car la décision de la Cour risquait alors d'empêter sur le fond⁹⁷.

- 55 L'affaire des Essais nucléaires confirme le lien étroit unissant le concept d'obligations *erga omnes* à celui d'*actio popularis*. Ce lien est au cœur de la stratégie judiciaire des deux Etats requérants et est explicitement reconnu dans les opinions dissidentes citées. Même le juge Castro, qui se déclare hostile à l'*actio popularis*, s'inquiète que l'*obiter dictum* de l'arrêt de la *Barcelona Traction* puisse servir de ferment à cette dernière. Le souci de construire une majorité solide au sein de la Cour explique la voie finalement choisie. En jugeant que les requêtes des Etats requérants étaient devenues sans objet, la Cour évitait, somme toute habilement, de se prononcer sur le fond du différend. Cependant, cette affaire constitue aussi une occasion manquée de confirmer la portée de l'*obiter dictum* de l'arrêt de la *Barcelona Traction* et d'expliciter les modalités d'application du concept d'obligations *erga omnes*. Conséquence ou non de la persistance de ces incertitudes, il faudra attendre l'affaire du Timor oriental pour qu'un Etat introduise à nouveau devant la Cour internationale de Justice une requête pouvant s'apparenter à l'*actio popularis*.

§ 3 - L'affaire du Timor oriental.

- 56 Ancienne colonie portugaise, le territoire du Timor oriental était passé sous contrôle de l'Indonésie en décembre 1975, à la suite de l'intervention militaire de ce pays. L'Assemblée générale de l'ONU, puis le Conseil de Sécurité, adoptèrent plusieurs résolutions déplorant vivement cette intervention armée et demandèrent au Gouvernement indonésien de retirer ses forces armées du territoire afin de permettre au peuple du Timor oriental d'exercer librement son droit à l'autodétermination et à l'indépendance⁹⁸. La réaction de la communauté internationale s'affaiblit cependant

progressivement par la suite, mais sans que cela aboutisse pour autant à une reconnaissance formelle de l'intégration du territoire du Timor oriental à l'Indonésie. Le Timor oriental figura toujours - jusqu'à son accession finale à l'indépendance - sur la liste des territoires non autonomes au sens du chapitre XI de la Charte et la question du Timor oriental était inscrite chaque année à l'ordre du jour de l'Assemblée générale⁹⁹.

- 57 En décembre 1978, l'Australie déclara reconnaître *de facto* l'incorporation du Timor oriental à l'Indonésie et entama à partir de février 1979 des négociations avec le Gouvernement indonésien afin de délimiter les espaces maritimes séparant l'Australie du Timor oriental. Les négociations ayant buté sur diverses difficultés, les deux pays décidèrent de conclure dans un premier temps un arrangement provisoire en vue de l'exploration et de l'exploitation conjointe des ressources de la zone connue sous le nom de « fossé de Timor » (« Timor Gap »); un traité fut conclu à cette fin le 11 décembre 1989. A diverses reprises, le Portugal protesta auprès du Gouvernement australien contre ces négociations. Bien qu'il eut perdu depuis 1975 toute autorité effective au Timor oriental, le Portugal s'appuyait sur plusieurs résolutions de l'Assemblée générale adoptées entre 1975 et 1982, ainsi que la résolution 384 (1975) du Conseil de Sécurité, qui le désignait comme puissance administrante du territoire et l'invitait à poursuivre ses efforts en vue d'assurer l'exercice par le peuple du Timor oriental de son droit à l'autodétermination et à l'indépendance¹⁰⁰. Face à l'échec de ses efforts diplomatiques, le Portugal introduit en 1991 une requête contre l'Australie devant la Cour internationale de Justice fondée sur les déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire faites par les deux pays. Le Portugal demandait à la Cour de constater que les négociations menées par l'Australie avec l'Indonésie et l'accord conclu entre les deux pays en 1989 méconnaissaient ses devoirs et compétences de puissance administrante et violaient, du même coup, le droit du peuple de Timor oriental à disposer de lui-même.
- 58 Pour fonder sa qualité pour agir, le Portugal faisait valoir qu'il demeurait juridiquement la puissance administrante du territoire du Timor oriental, avec les devoirs et pouvoirs qui y étaient attachés, et que dès lors le refus de l'Australie de reconnaître lesdites compétences lui faisait subir un préjudice propre : « La puissance administrante subit individuellement et directement un préjudice chaque fois que ses compétences sont méconnues par un Etat tiers et chaque fois qu'un Etat tiers fait obstacle à l'exercice de ses compétences¹⁰¹. » Le Portugal aurait pu invoquer aussi - parallèlement ou subsidiairement - sa qualité d'Etat membre des Nations Unies et faire valoir qu'il était intéressé à ce titre au respect du droit à l'autodétermination. Le Portugal ne se plaça cependant jamais formellement sur le terrain de l'*actio popularis*. Il est probable qu'il s'agissait là d'un choix stratégique délibéré inspiré par des considérations à la fois politiques et judiciaires. D'une part, son action diplomatique en faveur du Timor oriental au sein des Nations Unies et sur le plan bilatéral se fondait essentiellement sur son statut de puissance administrante. Ce statut sanctionné par des résolutions des Nations Unies conférait au Portugal une légitimité toute particulière pour défendre les intérêts du peuple du Timor oriental. D'autre part, sur le plan plus strictement judiciaire, les incertitudes de la jurisprudence de la Cour n'étaient probablement pas étrangères à ce choix de stratégie.
- 59 Toutefois, le Portugal souligna parallèlement à plusieurs reprises qu'il envisageait l'exercice de ses fonctions de puissance administrante comme un « service public international¹⁰² », destiné à protéger à la fois les intérêts du peuple du Timor oriental et

l'intérêt général, c'est-à-dire l'intérêt de la communauté que forment les Etats membres des Nations Unies¹⁰³. A travers la défense de ses fonctions de puissance administrante, et des droits et pouvoirs qui y sont rattachés, il est clair que le Portugal entendait assurer la protection et la gestion des intérêts du peuple du Timor oriental. Ainsi, même si elle ne revêtait pas directement la forme d'une *actio popularis*, l'action en justice portugaise apparaît comme un moyen similaire de défendre en justice une entité privée de capacité pour agir.

- 60 Bien que le Portugal eût renoncé à se servir directement de l'*actio popularis*, les deux parties discutèrent de son existence. Le Portugal affirma expressément que tout Etat membre des Nations Unies était intéressé de ce fait à la conservation des droits et à l'achèvement de la libre autodétermination des territoires non autonomes encore existants¹⁰⁴. Toutefois, en l'espèce, dès lors qu'une action en justice avait été introduite par la puissance administrante, le Portugal ne jugeait pas nécessaire pour la Cour de se prononcer sur l'*actio popularis* :

Le problème se poserait plutôt dans la situation anormale où le peuple d'un territoire non autonome se trouve confronté à l'inexistence d'une puissance administrante ou au non-exercice, ayant un caractère grave, des fonctions de protection judiciaire par la Puissance administrante. Dans cette situation, un quelconque Etat membre des Nations Unies aurait la qualité procédurale pour défendre les intérêts du peuple en question¹⁰⁵.

- 61 La position de l'Etat défendeur est plus surprenante. Le Portugal n'invoquant pas l'*actio popularis*, il n'était pas nécessaire pour le défendeur d'entrer en matière sur cette question. Surtout, l'Australie ne pouvait pas contester directement une telle qualité pour agir sans se mettre en porte-à-faux avec les positions qu'elle avait défendues en tant que partie requérante dans l'affaire des *Essais nucléaires*¹⁰⁶. Dans ces conditions, il est étonnant que le contre-mémoire de l'Australie aborde malgré tout cette question, mais on ne s'étonnera guère en revanche qu'il le fasse d'une manière brouillonne et peu convaincante. Le contre-mémoire australien ne conteste pas le principe que des obligations *erga omnes* peuvent engendrer une *actio popularis* et admet que c'est bien dans ce sens qu'il faut interpréter le fameux *obiter dictum* de l'arrêt de la *Barcelona Traction*. Cependant, il émet des doutes quant à la possibilité d'intenter une *actio popularis* dans le cas d'espèce en mettant en cause en particulier son applicabilité dans une affaire relative au droit à l'autodétermination¹⁰⁷. Le Portugal aura beau jeu de s'étonner sur ce « zèle insolite » de l'Australie à s'ingénier à défaire une institution qu'elle avait invoquée vingt ans plus tôt à son profit¹⁰⁸. Sur le fond du différend, le concept d'obligations *erga omnes* joue également un rôle central dans l'argumentation des deux parties. En faisant appel tour à tour à ce concept et à l'idée de bien indivis, le Portugal entendait effectivement souligner que les violations qu'il dénonçait affectaient l'ensemble de la communauté internationale¹⁰⁹. Inversement, si l'Australie contestait la possibilité d'intenter une *actio popularis*, ce fut en affirmant que son comportement n'enfreignait pas une obligation *erga omnes* et que si violation *erga omnes* il y avait, elle était le fait de l'Indonésie¹¹⁰.

- 62 Dans son arrêt, la Cour ne se prononça cependant ni sur la question de la qualité pour agir du Portugal, ni sur le litige au fond. Elle examina en effet l'exception préliminaire soulevée à titre principal par l'Australie selon laquelle la requête portugaise mettait en cause les droits et obligations d'un Etat tiers - l'Indonésie - en l'absence et sans le consentement de celui-ci. En dépit des arguments avancés par le Portugal pour convaincre la Cour que les comportements de l'Australie et de l'Indonésie étaient

dissociables, celle-ci estima que l'arrêt demandé l'obligerait effectivement à statuer au préalable sur la licéité de la présence de l'Indonésie dans le territoire du Timor oriental. Conformément à un principe déjà dégagé dans l'affaire de l'Or monétaire pris à Rome, la Cour estima qu'elle ne pouvait pas exercer sa juridiction dans le cas d'espèce sans consentement indonésien¹¹¹. Dans la perspective de notre étude, il convient de relever encore que la Cour affirme dans son arrêt « [qu'] il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*¹¹². » On peut se demander si elle ne fait pas ainsi allusion au concept d'obligations *erga omnes* qui occupait une place si importante dans les argumentations des deux parties. Si allusion il y a, elle est cependant ambiguë. La Cour parle en effet de droits *erga omnes*, et non d'obligations *erga omnes*. Dans le premier cas, l'universalité concerne les titulaires de l'obligation, alors que dans le second elle se rapporte aux titulaires des droits ou intérêts juridiques correspondants. Dire qu'un droit est *erga omnes* implique qu'il est opposable à tous, en ce sens que tous sont obligés de le respecter (obligations *omnium*¹¹³). Cela ne signifie cependant pas nécessairement qu'il s'agit d'une obligation *erga omnes*, c'est-à-dire d'une norme au respect de laquelle tous ont un intérêt juridique¹¹⁴.

§ 4 - L'affaire des Essais nucléaires bis : Les demandes en réexamen

63 L'affaire des Essais nucléaires connaît un prolongement judiciaire inattendu après l'annonce par le Président de la République française, Jacques Chirac, que son pays allait procéder à partir de septembre 1995 à une dernière série d'essais souterrains d'armes nucléaires dans le Pacifique sud. A la fin août 1995, la Nouvelle-Zélande déposa en effet une demande d'examen de la situation en se fondant sur le paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974, qui était libellé de la manière suivante : « Dès lors que la Cour a constaté qu'un Etat a pris un engagement quant à son comportement futur, il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet Etat ne le respecte pas. La Cour fait observer que, si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation conformément aux dispositions du Statut¹¹⁵ ». L'Australie, le Samoa, les Iles Salomon, les Iles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie déposèrent dans les jours suivants des requêtes à fins d'intervention.

64 Dans sa requête, la Nouvelle-Zélande faisait valoir que la pénétration dans le milieu marin de substances radioactives en conséquence des nouveaux essais porterait atteinte aux règles en matière de protection du milieu marin. Par ailleurs, elle mettait en cause l'absence d'évaluation par la France de l'impact sur l'environnement marin de cette nouvelle série d'essais. La Nouvelle-Zélande ne précisait pas expressément au cours de la procédure la nature de la qualité pour agir dont elle se prévalait. Cependant, il ressort de son argumentation et de ses conclusions qu'elle agissait essentiellement en tant qu'Etat membre de la communauté internationale soucieux d'assurer la protection de l'environnement marin. L'exposé des griefs renonçait à la distinction établie dans la demande originelle de 1973 entre les moyens tirés d'une atteinte aux droits propres de la Nouvelle-Zélande et ceux découlant d'une atteinte à des droits communs à tous les membres de la communauté internationale. D'autre part, les agents de l'Etat requérant invoquèrent à plusieurs reprises l'intérêt juridique qu'a tout Etat à la protection et à la préservation de l'environnement marin sans faire de référence à des intérêts

spécifiques de la Nouvelle-Zélande (par exemple parce qu'il y aurait un risque de contamination des espaces marins placés sous la juridiction nationale néo-zélandaise¹¹⁶). Enfin, les conclusions de la Nouvelle-Zélande étaient formulées en termes généraux, demandaient à la Cour de constater qu'il y avait « violation des droits de la Nouvelle-Zélande, *ainsi que ceux d'autres Etats*¹¹⁷. »

- 65 Dans sa plaidoirie prononcée au nom de la France, le professeur Dupuy estima effectivement que les moyens invoqués par la Nouvelle-Zélande équivalaient à une *actio popularis* intentée en vue de protéger l'environnement marin¹¹⁸. La question de l'existence en droit positif de l'*actio popularis* ne fut toutefois pas au centre des débats. Qualifiée un peu précipitamment de « question académique¹¹⁹ », ce que son invocation dans l'affaire suffisait déjà à démentir, l'*actio popularis* ne fut évoquée par la France qu'en marge des débats, afin de convaincre la Cour que la demande de la Nouvelle-Zélande sortait du cadre de l'affaire telle qu'il avait été défini par l'ordonnance sur les mesures conservatoires de 1973 et par l'arrêt de 1974. Néanmoins, il est intéressant de relever que la France accusa assez durement la Nouvelle-Zélande d'utiliser la Cour comme un forum politique, une critique souvent adressée à l'idée d'*actio popularis* et dont certains passages de l'arrêt de 1966 sur le Sud-Ouest africain s'étaient déjà fait l'écho¹²⁰.
- 66 La Cour n'eut pas l'occasion d'aborder la question de la qualité pour agir de la Nouvelle-Zélande. Dans son ordonnance, elle constata que l'arrêt de 1974 avait interprété la demande néo-zélandaise comme uniquement applicable à des essais en atmosphère. Le fondement de l'arrêt de 1974 était l'engagement pris par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires atmosphériques et ce fondement n'était pas remis en cause par la décision de procéder à une série d'essais souterrains. Bien que cette interprétation restrictive de la demande néo-zélandaise ait été critiquée, la Cour fit valoir qu'elle ne pouvait pas en l'espèce rouvrir cette question, sa tâche actuelle n'étant pas de procéder à une révision de l'arrêt de 1974, mais d'analyser sa portée¹²¹.

§ 5 - Les affaires relatives à la Convention sur le génocide

- 67 Deux requêtes encore pendantes devant la Cour internationale de Justice présentent un intérêt particulier pour notre étude : celle portée en mars 1993 par la Bosnie-Herzégovine contre la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et celle plus tardive déposée contre le même Etat par la Croatie. Les deux requêtes concernent la participation alléguée de la Yougoslavie à des actes de génocide et invoquent comme base de compétence principale la clause juridictionnelle contenue à l'article IX de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide.
- 68 Dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice avait affirmé la nature particulière de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide :

Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêt propre ; ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme¹²².

- 69 Il découle logiquement de cette affirmation que l'Etat qui fait usage de la clause juridictionnelle de l'article IX de la Convention agit en défense de l'intérêt commun au respect de la Convention, c'est-à-dire exerce une *actio popularis*. Cela vaut-il cependant aussi dans un cas comme celui des deux instances pendantes devant la Cour où les deux Etats requérants accusent la Yougoslavie d'avoir participé à des actes de génocide commis sur leur territoire respectif ? Nous sommes tentés d'y répondre par l'affirmative. Bien sûr, les deux Etats agissent devant la Cour par rapport à des crimes dont ont souffert leurs populations respectives. Cependant, l'intérêt juridique qu'ils peuvent déduire de la Convention relative au génocide ne leur est pas reconnu en propre ; il constitue un intérêt commun partagé avec l'ensemble des Etats parties. La situation est analogue à cet égard à certaines affaires antérieurement examinées où l'action judiciaire sert à la défense à la fois de l'intérêt commun et des intérêts propres du demandeur. On rappellera aussi que dans le régime des actions populaires romaines le demandeur pouvait souvent être un individu directement lésé sans que cela ne modifie pour autant la nature populaire de l'action.
- 70 La requête déposée par la Bosnie-Herzégovine a donné lieu jusqu'à présent à deux décisions de la Cour internationale de Justice. Dans la première de ces décisions, la Cour rejette les diverses exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie au sujet de la compétence et de la recevabilité. Deux aspects de l'argumentation de la Cour sont à mettre en relief. Tout d'abord, la Cour a affirmé l'existence d'un différend juridique sans débattre de l'intérêt juridique du demandeur. Elle a constaté simplement que persistait « une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant d'[un traité], sont nettement opposés. » D'autre part, la Cour s'est basée comme en 1951 sur le but et l'objet de la Convention relative au génocide pour souligner la nature particulière de son contenu en déclarant qu'elle consacre des « droits et obligations *erga omnes*¹²³. » La Cour en déduit que l'obligation qu'a chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention, contrairement à ce que soutenait implicitement la Yougoslavie¹²⁴. Comme dans l'affaire du Timor oriental, l'utilisation des termes *erga omnes* est ambiguë. En l'espèce, la Cour entendait indiquer principalement que l'obligation s'impose à tous les Etats sans limitation territoriale, c'est-à-dire qu'il s'agit d'obligations *omnium*. Mais cette fois-ci elle a lié clairement cet aspect au fait que l'interdiction du génocide est due à l'égard de tous les Etats, en ce sens que tous ont un intérêt juridique à son respect (obligations *erga omnes*).
- 71 La Cour a réaffirmé encore l'existence d'obligations *erga omnes* dans son ordonnance du 17 décembre 1997 relative aux demandes reconventionnelles présentées par la Yougoslavie. Dans ses considérants, la Cour souligne en effet que c'est à « juste titre » que la Bosnie-Herzégovine a rappelé devant elle le « caractère *erga omnes* des obligations découlant de la convention sur le génocide¹²⁵. » Elle déduit cependant cette fois-ci une conséquence différente du concept d'obligations *erga omnes* : le refus de justifier une violation au motif de la réciprocité. La Cour ajoute en effet que les deux parties à l'instance ont reconnu « à bon droit » « qu'en aucun cas une violation de la Convention ne pourrait servir d'excuse à une autre violation de celle-ci¹²⁶. »

NOTES DE BAS DE PAGE

- 1.** B. Bollecker Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 88.
- 2.** K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, vol. 209, 1988-11, p. 312.
- 3.** Bien que les deux instances aient été jointes par la Cour par ordonnance du 20 mai 1961 (*CIJ Recueil*, 1961, p. 13), il s'agit à proprement parler non de l'affaire mais des affaires du Sud-Ouest africain. Conformément à une pratique répandue, nous avons cependant fait le choix stylistique d'utiliser le singulier dans ce cas, comme pour d'autres affaires, où la Cour était saisie de requêtes de plusieurs Etats mais portant sur des différends semblables et qui ont été traités simultanément par la Cour.
- 4.** Ancienne colonie allemande, le Territoire du Sud-Ouest africain avait été placé après la fin de la Première Guerre mondiale sous mandat de l'Afrique du Sud. Dans un mandat de type C, comme celui sur le Sud-Ouest africain, la puissance mandataire recevait pleins pouvoirs d'administration et de législation. Cependant, elle était tenue d'agir dans le respect des principes généraux du système du mandat, posés par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, et des obligations spécifiques définies dans le mandat lui-même. L'article 22 § 1 du Pacte prévoyait que « le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation ». Par ailleurs, le Pacte précisait que la nation désignée pour mettre en œuvre ce régime de « tutelle » l'exercerait « en qualité de mandataire et au nom de la Société » (article 22 § 2 du Pacte).
- 5.** *Affaire du Statut international du Sud-Ouest l'africain*, *CJ Recueil*, 1950, p. 128.
- 6.** Résolution 1 060 (XI) du 26 février 1957.
- 7.** Voir E.A. Gross, “The South-West Africa Case: What Happened?”, *Foreign Affairs*, vol. 45, 1966, p. 40.
- 8.** L'article 7 § 2 du mandat était libellé ainsi : « Le Mandataire accepte que tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre lui et un autre Membre de la Société des Nations relativement à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat, et qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations, soit soumis à la Cour permanente de Justice internationale, prévaut par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. »
- 9.** Le rapport du Comité estimait « [qu'] il semble [...] peu douteux que les autres Etats membres de la SdN qui étaient Membres à la date de sa dissolution et qui sont maintenant Membres de l'ONU, ou, dans le cas contraire qui sont parties au Statut de la Cour jouissent dans tous les cas du droit d'invoquer l'article 7 du Mandat » (ONU Doc. A/3/265, n° 32).
- 10.** A/RES/1142 A (XII) du 25 octobre 1957. L'invitation fut renouvelée deux ans plus tard dans la résolution 1 361 (XIV) du 17 novembre 1959.
- 11.** Lors de la deuxième Conférence des Etats indépendants africains tenue à Addis-Abbeba en juin 1960, les Etats participants convinrent de l'utilité d'introduire une procédure contentieuse et inviterent directement l'Ethiopie et le Libéria à déposer une requête devant la Cour.
- 12.** Après la saisine de la Cour, l'Assemblée générale, dans sa résolution 1 565 (XV) adoptée le 18 décembre 1960, « félicita » d'ailleurs expressément les deux Etats africains « d'avoir pris l'initiative de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice pour décision et déclaration, en intentant une action au contentieux conformément à l'article 7 du Mandat. »
- 13.** Dans leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt de 1962, les juges Spender et Fitzmaurice développèrent la thèse que les demandeurs agissaient « au nom de l'Assemblée des Nations Unies dans un différend opposant essentiellement l'Etat défendeur et l'Assemblée » (*CIJ*

Recueil, 1962, p. 520 et p. 547-548 ; voir aussi dans le même sens L. Favoreu, « L'arrêt du 21 décembre 1962 sur le Sud-Ouest africain et l'évolution du droit des organisations internationales », *AFDI*, vol. 9, 1963, p. 345-350). Il nous semble néanmoins erroné de prétendre que l'action ait été intentée pour le compte de l'Organisation des Nations Unies. Que cette action contentieuse ait eu toutes les faveurs de l'Assemblée générale est incontestable ; il n'en reste pas moins que c'est en leur nom propre que les demandeurs ont agi et c'est leurs conclusions, et non celles de l'Organisation, qui ont été déposées devant la Cour.

14. *Statut international du Sud-Ouest africain*, *CIJ Recueil*, 1950, p. 138.

15. *Sud-Ouest africain. Mémoires, plaidoiries et documents*, 1966, vol. 1, p. 376-394, notamment p. 381.

16. Selon Bustamante : « Comme la Société des Nations ne pouvait pas comparaître en qualité de partie dans un litige relatif à l'application ou à l'interprétation du Mandat, étant donné les termes restrictifs de l'article 34 du Statut de la Cour, ce sont les Membres de la Société qui ont été autorisés, en leur condition de Membres, à porter devant la Cour les questions relatives à l'interprétation et à l'application du Mandat » (*CPJI, Série A*, n° 2, p. 81 ; voir aussi les considérations plus ambiguës figurant à la page 82). Le juge Oda se faisait le tenant d'une conception plus restrictive excluant toute requête qui ne soit pas introduite dans l'intérêt général : « Un droit de surveillance indirecte est donné à la Cour, à condition qu'il puisse être exercé seulement à la demande d'un Membre de la Société des Nations. La requête de celui-ci doit être présentée exclusivement en vue de sauvegarder un intérêt général » (*ibid.*, p. 86).

17. Voir par exemple Q. Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930, p. 475 (et les auteurs cités).

18. En ce sens, voir R. Redslob, *Théorie de la Société des Nations*, Paris, 1927, p. 186-189 ; et N. Feinberg, « La juridiction de la Cour permanente de Justice internationale en matière de mandats et de minorités », *RCADI*, vol. 59, 1937, p. 688-689. On notera que ces deux auteurs admettent qu'un Etat puisse agir dans le cadre des traités relatifs à la protection des minorités en défense de l'intérêt général, mais optent curieusement pour une interprétation différente des accords de mandat en estimant peu probable qu'on ait voulu conférer à tout Etat de la Société des Nations un pouvoir général de surveillance de la gestion mandataire.

19. *CIJ Recueil*, 1950, p. 158.

20. *Ibid.*, p. 164.

21. *Sud-Ouest africain*, *CIJ Recueil*, 1962, p. 343.

22. *Ibid.*, p. 336-337.

23. Opin. indiv. Bustamante y Rivero, *CIJ Recueil*, 1962, p. 361 ; voir aussi *ibid.*, p. 380.

24. Opin. indiv. Jessup, *CIJ Recueil*, 1962, p. 425.

25. *Ibid.*, p. 429.

26. Opin. diss. Winiarski, *CIJ Recueil*, 1962, p. 453.

27. *Ibid.*, p. 455.

28. Op. diss, commune Spender et Fitzmaurice, *CIJ Recueil*, 1962, p. 548.

29. *Ibid.*, p. 548-549.

30. *Ibid.*, p. 549-550.

31. *Ibid.*, p. 552. Sur ce point, voir *infra* la section intitulée « Problèmes liés à l'autorité relative de la chose jugée », p. 352 ss.

32. Opin. diss. Winiarski, *CIJ Recueil*, 1962, p. 454.

33. Opin. diss, commune Spender et Fitzmaurice, *CIJ Recueil*, 1962, p. 466.

34. L'article 19 de l'Accord de tutelle était ainsi libellé : « Tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre l'Autorité chargée de l'administration et un autre Membre des Nations Unies relativement à l'interprétation ou à l'application des dispositions du présent Accord, sera, s'il ne peut être réglé par négociations ou un autre moyen, soumis à la Cour internationale de Justice, prévue au Chapitre XIV de la Charte des Nations Unies. »

35. Cf. affaire du *Cameroun Septentrional*, *CIJ Mémoires, plaidoiries et documents*, 1963, p. 345-350.

36. *Ibid.*, p. 29.

37. *Ibid.*, p. 33-34.

38. *Ibid.*, p. 36-38. Bien que la Courne réfère dans son arrêt à l'absence de « litige réel », c'est en réalité la question de savoir si le demandeur possédait encore un intérêt « actuel » au règlement du litige qui est en cause (à ce sujet, voir la section consacrée au contrôle abstrait de la légalité, *infra* p. 341 ss). La crainte diffuse que la Cour soit utilisée à des fins politiques paraît avoir aussi joué un rôle dans la décision rendue. Evoquant les intentions réelles du demandeur, la Cour a estimé qu'« un tribunal n'a pas simplement pour fonction de fournir une base d'action politique alors qu'aucune question juridique concernant des droits effectifs n'est en jeu » (*ibid.*, p. 37). On l'a vu, certains juges dissidents en 1962 avaient déjà exprimé un sentiment similaire au sujet des requêtes de l'Ethiopie et du Libéria, estimant qu'elles relevaient davantage de la sphère politique que juridique. Et des considérations analogues seront faites dans l'arrêt de 1966 dans la seconde phase de l'affaire du Sud-Ouest africain (*CIJ Recueil*, 1966, p. 36). En ce qui concerne cette question, voir *infra*, p. 335 ss.

39. Du côté des juges favorables à une action en défense de l'intérêt général, voir la déclaration de Jessup (*CIJ Recueil*, 1963, p. 40), l'opinion individuelle de Wellington Koo (*op. cit.*, p. 44-46) et les opinions dissidentes de Badawi (*op. cit.*, p. 152), Bustamante (*op. cit.*, p. 161-162) et Beb a Don (*op. cit.*, p. 193). Pour la thèse opposée, voir les opinions individuelles de Spender (*op. cit.*, p. 83-87), Fitzmaurice (*op. cit.*, p. 111-117) et Morelli (*op. cit.*, p. 144-149).

40. *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, *CIJ Recueil*, 1966, p. 29.

41. Ces changements dans la composition de la Cour étaient dus pour partie à des événements fortuits. Tout d'abord, la mort du juge Badawi en 1965, ainsi que l'attaque cardiaque de son collègue Bustamante, qui avaient tous deux voté en 1962 en faveur de l'arrêt de la Cour. Ensuite, la nomination à la présidence de la Cour d'un membre de l'aile conservatrice, Sir Percy Spender, alors que le rôle du Président de la Cour et sa voix prépondérante dans le vote allaient se révéler décisifs. Plus problématique cependant était le retrait de la procédure du juge Sir Zafrulla Khan, élu en remplacement de Badawi. Il semble que le Président de la Cour, Sir Percy Spender l'ait invité directement à ne pas siéger en raison du fait qu'avant sa nomination comme juge ordinaire par l'Assemblée générale, il avait été choisi par l'Ethiopie et le Libéria pour siéger comme juge *ad hoc*. Le juge Padillo-Nervo, qui avait participé, tout comme le juge Zafrulla Khan, à certains débats de l'Assemblée générale sur le Sud-Ouest africain et dont le retrait avait été demandé par l'Afrique du Sud, refusa pour sa part de se désister. Sur le rôle ambigu et critiquable joué par le Président de la Cour dans le désistement du juge Khan, voir A. O. Adede, « Judicial Settlement in Perspective », in : A. S. Muller et al. (éd.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, La Haye, 1997, p. 53.

42. Voir la duplique de l'Afrique du Sud (*Sud-Ouest africain*, *CIJ Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. V, p. 143-156) et la plaidoirie de M. Grosskopf (*ibid.*, vol. VIII, p. 596-610). Il ne s'agit d'ailleurs pas exactement du même argument que celui retenu par la Cour.

43. Dans son opinion dissidente, le juge Jessup souligna l'atteinte commise au bon déroulement du processus judiciaire : « La Cour a étudié le volumineux dossier de l'affaire et son délibéré a duré six mois environ. Or, voici que la Cour écarte ce dossier de seize années et, sur la base d'une thèse que le défendeur n'a pas avancée dans ses conclusions finales en date du 5 novembre 1965, décide qu'il convient de rejeter la demande sous prétexte que les demandeurs n'ont aucun droit ni intérêt juridique » (*CIJ Recueil*, 1966, p. 328). A nos yeux, le pouvoir de la Cour d'examiner d'office certaines questions de droit n'est pas discutable dans son principe (cf. *infra*, p. 324-325). Ce qui est en cause ici est le fait que la Cour n'ait à aucun moment clairement indiqué aux parties qu'elle entendait réservier certaines questions discutées dans la phase préliminaire à un examen ultérieur au fond.

44. Le texte de l'arrêt rendu en 1966 fut signé par le Président de la Cour, Sir Percy Spender, mais sa rédaction est attribuée principalement à la plume de Sir Gerald Fitzmaurice. Sur le rôle

de ce dernier dans le volte-face de la Cour et les deux échecs successifs de ses candidatures postérieures à la présidence de la Cour, que l'on peut attribuer principalement à sa position dans l'affaire du Sud-Ouest africain, voir J.G. Merrills, *Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the Discipline of International Law*, La Haye, 1998, p. 14-15. Dans la préface de l'ouvrage précité, Sir Robert Jennings rapporte la teneur d'une lettre que lui avait adressée Sir Gerald Fitzmaurice en 1963 dans laquelle celui-ci défend son vote de 1962, tout en faisant part de son sentiment de culpabilité ainsi que de son aversion pour la politique raciale de l'Afrique du Sud (*ibid.*, p. x-xi).

45. L'expression est du professeur Ian Brownlie (*Principles of Public International Law*, 4^e éd., Londres, 1990, p. 469).

46. Voir notamment les opinions dissidentes des juges Koretsky, *CIJ Recueil*, 1966, p. 239-241 ; Jessup, *op. cit.*, p. 331-337 ; Padillo-Nervo, *op. cit.*, p. 450 et 471 ; Forster, *op. cit.*, p. 478. On notera que plusieurs des juges qui votèrent contre l'arrêt de 1962 avaient défendu dans leur opinion dissidente l'idée que la compétence de la Cour ou la recevabilité de la requête dépendaient, pour partie, de l'existence sur le fond de droits individuels des demandeurs. Ainsi, le juge Basdevant avait conclu son exposé dans les termes suivants : « Peut-être serait-il nécessaire de ne pouvoir accepter ou rejeter la troisième exception, donc de ne pouvoir se prononcer sur la compétence de la Cour, qu'après débats sur le fond du différend soumis à la Cour » (*CIJ Recueil*, 1962, p. 464). Il aurait été effectivement envisageable pour la Cour de joindre la troisième exception préliminaire au fond. Dans le cas d'espèce, la Cour ne l'a cependant pas fait. En outre, l'arrêt de 1962 donnait de toute manière l'impression d'avoir tranché définitivement cette question.

47. *CIJ Recueil*, 1966, p. 46.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*, p. 48.

50. Opin. indiv. Van Wyk, *CIJ Recueil*, 1966, p. 67.

51. E.A. Gross, "The South-West Africa Case: What happened?", *Foreign Affairs*, vol. 45, 1966, p. 45. Le juge Padillo-Nervo constatait lui aussi, dans le même sens, que « [1]a majorité de la Cour reprend les arguments présentés dans les opinions dissidentes jointes à l'arrêt de 1962 » (*CIJ Recueil*, 1966, p. 447).

52. Op. diss. Jessup, *CIJ Recueil*, 1966, p. 325.

53. Op. diss. Forster, *CIJ Recueil*, 1966, p. 478.

54. Op. diss. Jessup, *CIJ Recueil*, 1966, p. 373-381.

55. *Ibid.*, p. 406-407. Dans l'ensemble, les opinions individuelles et dissidentes de 1966 réaffirment les convictions de leurs auteurs et reprennent l'essentiel des arguments présentés antérieurement de part et d'autre. Au sujet de l'*actio popularis*, voir en particulier l'opinion individuelle du juge Morelli (*CIJ Recueil*, 1966, p. 60 et p. 64-65) ainsi que les opinions dissidentes des juges Koretsky (*op. cit.*, p. 246), Tanaka (*op. cit.*, p. 254-258 et p. 270) et Forster (*op. cit.*, p. 478-479).

56. *Ibid.*, p. 47.

57. *Ibid.*, p. 40.

58. *Ibid.*, p. 32. L'arrêt ajoute même : « [...] si la Cour estime que les demandeurs n'ont pas individuellement comme Etats des droits ou intérêts juridiques à l'égard des dispositions du Mandat relatives à la gestion, ce n'est pas parce que de tels droits ou intérêts juridiques n'auraient pas d'objet concret ou tangible. La Cour juge simplement que ces droits ou intérêts juridiques ne sauraient exister que s'ils ont été clairement conférés à ceux qui les revendentiquent par un texte, un instrument ou une règle de droit et qu'en l'espèce on n'en a jamais conféré aux Membres de la Société des Nations à titre individuel » (*ibid.*, p. 32-33 ; les italiques sont de nous).

59. Ce lien ressort de plusieurs passages de son opinion dissidente, notamment lorsqu'il affirme « [qu'] un Etat membre de la communauté internationale a un intérêt plus fort et même plus direct à des questions concernant l'exécution d'obligations conventionnelles fondamentales

contenues dans un traité ayant ce qu'on peut appeler à juste titre des caractéristiques constitutionnelles » (*ibid.*, p. 386).

60. Voir p. 73 ss.

61. Voir, en ce sens, Brownlie : “the difference between the two sides of the Court is virtually one of presumption and style of interpretation” (*Principles of Public International Law*, 4^e éd., Londres, 1990, p. 470).

62. Voir *CIJ Recueil*, 1966, p. 23 et 48.

63. Plusieurs passages de l'arrêt sont révélateurs de cette méfiance : la question à résoudre, déclare-t-on au début de l'arrêt, est de savoir si les demandeurs « avaient à titre individuel et distinct un droit ou intérêt juridique - *ce qui diffère d'un intérêt politique*-leur permettant de réclamer l'exécution des dispositions du Mandat relatives à la gestion [...] » (*ibid.*, p. 22 ; les italiques sont de nous) ; « Il n'appartient pas à la Cour de postuler l'existence de ces droits pour éviter de telles conséquences. Ce faisant, elle se livrerait à une tâche essentiellement législative, pour servir des fins politiques qu'il n'entre pas dans les fonctions d'un tribunal de favoriser, si désirable cela soit-il » (*ibid.*, p. 36) ; « [...] cette nécessité, si elle existe, relève du domaine politique. Ce n'est pas une nécessité au regard du droit » (*ibid.*, p. 47) ; « la Cour n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer » (*ibid.*, p. 48).

64. Sur cette question, voir *infra*, p. 335 ss.

65. Sur la crise de confiance à l'égard de la juridiction internationale suscitée par l'arrêt de 1966, voir notamment G. Fischer, « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest africain », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 144-154 ; et G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 207, p. 255-257. Voir aussi le constat désabusé du professeur Richard Falk qui avait servi de conseil aux Gouvernements de l'Ethiopie et du Libéria : “The case was also expected to demonstrate to the new States that the procedures and institutions of traditional international law could be used to promote, as well as to retard, their distinctive goals in international life. In 1966 hopes were dashed when the Court, by the narrowest and most adventitious of majorities, finally dismissed the complaint against South Africa on the rather formal ground of an insufficiency of legal interest on the part of the complaining states. One reaction to the decision in the South West Africa cases is to consider it, at best, a painful reminder that international adjudication is suited only to the settlement of trivial questions of a highly technical character and, at worst, to regard it as an endorsement of South Africa's racial policies” (cf. R.A. Falk, “The South West Africa Cases: An Appraisal”, *International Organization*, vol. 21, 1967, p. 1).

66. Le maintien en vigueur du Mandat avait été affirmé explicitement tant dans l'avis consultatif de 1950 (adopté à l'unanimité) que dans la décision de 1962. Le texte de l'arrêt de 1966 rouvrait cette question en déclarant que la décision rendue quatre ans plus tôt dans la phase préliminaire ne préjugeait pas de la question du maintien en vigueur du Mandat, laquelle relevait du fond (*CIJ Recueil*, 1966, p. 19).

67. *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (deuxième phase)*, *CIJ Recueil*, 1970, § 34-35.

68. *CIJ Recueil*, 1970, § 33.

69. En ce sens, voir par exemple J. Charpentier, « Cour internationale de Justice : Affaire de la Barcelona Traction : arrêt du 5 février 1970 », *AFDI*, vol. 16, 1970, p. 312 ; B. Bollecker-Stern, préc. (note 20), p. 89-90 ; L. Gross, *The Future of the International Court of Justice*, vol. 2, New York, 1976, p. 748-750 ou R. Higgins, “Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970, p. 330, note 8. Ces deux derniers auteurs mettent particulièrement en avant les changements intervenus dans la composition de la Cour. H. Thirlway parle pour sa part d'un « revirement de jurisprudence » conçu comme un « désaveu public » de l'arrêt de 1966 (“The Law and Procedure of the International Court of justice: 1960-1989”, *BYIL*, vol. LX, 1989, p. 94 et 98). Voir aussi l'opinion dissidente commune jointe à

l'arrêt sur les *Essais nucléaires*, *CIJ Recueil*, 1974, p. 521-522. Pour notre part, nous préférions parler d'une « rectification » de la jurisprudence, plutôt que d'un véritable « désaveu ». Il faut en effet tenir compte du fait que certains des juges ayant voté pour la décision de 1966 - dont Sir Gérald Fitzmaurice - siégeaient encore au sein de la Cour en 1970 et qu'aucun d'entre eux n'a exprimé son désaccord avec cet *obiter dictum* dans une opinion individuelle ou dissidente.

70. E. McWhinney, *Judge Manfred Lachs and Judicial Law-Making*, La Haye, 1995, p. 25.

71. Sur cet aspect, voir les souvenirs de Oscar Schachter ("Philip Jessup's Life and Ideas", *AJIL*, vol. 80, 1986, p. 892) et du juge Lachs lui-même ("Jessup: Memorials and Reminiscences I", *AJIE*, vol. 80, 1986, p. 898). On notera que les termes "*erga omnes*" avaient déjà été employés au milieu des années cinquante dans un article de Henri Rolin pour désigner la nature particulière des engagements souscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme et la possibilité pour les Etats de déposer une requête dans l'intérêt général (cf. H. Rolin, « Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission (Convention ?) européenne des droits de l'homme », *RHDI*, vol. 9, 1956, p. 8).

72. Sur les liens unissant les concepts de *jus cogens*, d'*obligations erga omnes* et d'*actio popularis*, mais aussi sur leurs différences, voir *infra*, p. 256 ss.

73. *CIJ Recueil*, 1970, §90.

74. *L'obiter dictum* parle de l'interdiction de la discrimination raciale, mais il ne fait guère de doute que ce qui était principalement visé était cette violation grave de la discrimination raciale que constituait le régime d'apartheid mis en place par l'Afrique du Sud. Si la Cour n'a pas utilisé directement ce dernier terme, c'est probablement simplement pour ne pas donner prise au reproche de statuer sur une situation spécifique en l'absence de toute requête et de l'Etat concerné.

75. Voir, en ce sens, C. Annacker, *Die Durchsetzung von erga omnes Verpflichtungen vor dem internationalen Gerichtshof*, Hambourg, 1991, p. 17.

76. A ce sujet, voir *infra*, p. 243-246.

77. Sur ce point, voir l'analyse critique du concept d'*obligations erga omnes* l'aile dans la troisième partie de cette étude, en particulier p. 246-247.

78. Article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

79. Article 33 de la Convention européenne des droits de l'homme (ancien article 25).

80. Il faut relever que la distinction opérée dans le § 91 de l'arrêt de la *Barcelona Traction* entre la protection des droits de l'homme sur le plan universel et les mécanismes régionaux n'est guère pertinente, surtout depuis l'adoption en 1979 de la Convention américaine des droits de l'homme. En vertu de l'article 45 de la Convention, le Comité interaméricain des droits de l'homme peut examiner des plaintes émanant d'Etats, mais à condition, comme dans le l'acte de 1966 sur les droits civils et politiques, que les Etats concernés - Etat détendeur et Etat plaignant - aient fait une déclaration *ad hoc* d'acceptation (cf. *infra*, p. 159 ss).

81. Opin. diss. Riphagen, *CIJ Recueil*, 1970, p. 339-340. On notera que Riphagen évitera par la suite, dans ses fonctions de Rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité des Etats, de se référer à la notion d'*obligations erga omnes*. Il développera en lieu et place le concept plus large - et aux contours plus incertains - de « régimes objectifs ».

82. Opin. indiv. Ammoun, *CIJ Recueil*, 1970, p. 327.

83. Mémoire de l'Australie, *CIJ Mémoires, Essais nucléaires*, 1973, vol. II, p. 93-95.

84. Mémoire de l'Australie, *ibid.*, p. 96. A travers le concept de souveraineté « décisionnelle », c'est l'exposition involontaire de ses habitants à des radiations que l'Australie entendait combattre : « L'Australie possède le droit de décider seule jusqu'à quel point et dans quelles conditions sa population sera exposée aux rayons ionisants. »

85. Mémoire de l'Australie, *ibid.*, p. 98.

86. Mémoire de l'Australie, *ibid.*, p. 90-91.

- 87.** Mémoire de la Nouvelle-Zélande, *CIJ Mémoires, Essais nucléaires*, 1973, vol. II, p. 204 et 209-211 ; plaidoirie du Dr Finlay, *ibid.*, p. 265-266.
- 88.** Mémoire de la Nouvelle-Zélande, *ibid.*, p. 204 ; plaidoirie du Dr Finlay, *ibid.*, p. 266-267.
- 89.** *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *CIJ Recueil*, 1974, p. 263 (l'arrêt relatif à la requête néo-zélandaise a un contenu presque identique à celui rendu dans le différend entre l'Australie et la France, de sorte que les références à cet arrêt ont été volontairement omises).
- 90.** *Ibid.*, p. 269-270.
- 91.** *Ibid.*, p. 272.
- 92.** Opin. diss, commune Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchage et Waldock, *CIJ Recueil*, 1974, p. 370.
- 93.** *Ibid.*
- 94.** Opin. diss. Castro, *CIJ Recueil*, 1974, p. 388
- 95.** *Ibid.*, p. 387.
- 96.** Opin. diss. Barwick, *ibid.*, p. 437.
- 97.** *Ibid.*, p. 438.
- 98.** Voir notamment la résolution de l'Assemblée générale 3485 (XXX) du 12 décembre 1975, ainsi que les résolutions du Conseil de Sécurité 384 (1975) du 22 décembre 1975 et 389 (1976) du 22 avril 1976.
- 99.** Depuis 1982, toutefois, l'Assemblée générale reportait systématiquement l'examen de la question du Timor oriental à la session suivante.
- 100.** Voir, par exemple, la résolution de l'Assemblée générale 36/50 du 24 novembre 1981.
- 101.** Mémoire du Portugal, vol. I, § 5.45.
- 102.** *Ibid.*, vol. I, § 5.42. L'expression de « service public international » est reprise d'un article du juge Bedjaoui portant sur le statut des territoires non autonomes prévu par le chapitre XI de la Charte des Nations Unies (*in : J.-P. Col & A. Pellet (éd.), La Charte des Nations Unies*, 2^e éd., Paris, 1991, p. 1 073). Cependant, Georges Scelle l'utilisait déjà pour décrire l'ancêtre putatif du chapitre XI de la Charte, le système des mandats : « Le but du mandat international est de mettre un terme aux abus du système colonial : but d'ordre civilisateur et humanitaire. Les gouvernements mandataires sont tenus de remplir leurs fonctions d'abord dans l'intérêt général [...]. Il s'agit [...] d'un *service public international*. » (G. Scelle, *Précis de droit des gens*, vol. I, Paris, 1932, p. 170-171).
- 103.** « La puissance administrante remplit une “mission de service public” en exerçant une activité animée par l'intérêt général, c'est-à-dire par l'intérêt de la communauté des Etats Membres des Nations Unies, et aussi en prenant en charge la satisfaction de besoins qui ne sont pas fondamentalement ceux de la “collectivité” agissante mais, en premier lieu, ceux du peuple du territoire administré » (Mémoire du Portugal, vol. I, § 5.42.). Voir aussi la plaidoirie du professeur Pierre-Marie Dupuy, du 2 février 1995, *CR/95*, p. 34.
- 104.** Réplique du Portugal, vol. I, § 8.15.
- 105.** *Ibid.*, p. 247.
- 106.** Cf. *supra* § 3 (p. 4 ss).
- 107.** Le contre-mémoire de l'Australie lie dans un premier temps l'*actio popularis* à l'existence d'obligations *erga omnes* : « Le Portugal ne peut introduire la présente instance comme une sorte d'*actio popularis*, que ce soit à titre de “service public international” ou autrement, à moins qu'il puisse prouver que ce droit découle du caractère *erga omnes* des obligations qu'il invoque en sa faveur. » Cependant, se référant ensuite à l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Australie déclare : « La Cour n'a pas dit que toute obligation *erga omnes* pouvait donner lieu à une instance sous forme d'*actio popularis*. Les questions auxquelles il a été fait référence sont fondamentalement différentes du droit à l'autodétermination que le Portugal entend faire respecter » (Contre-mémoire de l'Australie, §§ 261-262). Il ressort d'un autre passage du contre-mémoire australien que les réserves formulées portent moins sur l'*actio popularis*, c'est-à-dire la capacité pour agir, que sur une question toute différente, celle d'éventuelles actions extra-judiciaires de nature

coercitive : « Même en présumant la capacité d'ester, le fait de permettre aux Etats d'agir en l'absence d'une décision collective ouvrirait la voie à des actions de caractère hautement subjectif, qui pourraient ne pas prendre toujours la forme de l'introduction de requêtes devant la Cour. Concrètement, on aboutirait à des résultats chaotiques visant à servir des intérêts particuliers. » (*ibid.*, § 263).

108. Réplique du Portugal, vol. I, p. 248, note 607.

109. Voir en particulier la plaidoirie prononcée au nom du Portugal par le professeur Dupuy le 2 février 1995 : « Dans la lettre et l'esprit de la Charte [...] le maintien de la paix et, d'une façon plus générale, le respect de tous les principes fondamentaux qui concourent à sa réalisation sont des biens individus ; la sécurité comme la bonne marche de l'Organisation y sont collectives parce que chacun y a des devoirs dont il est redévable vis-à-vis des autres comme de l'Organisation elle-même en tant qu'elle constitue leur conjonction corporative. » (CR95/5, p. 72 ; voir aussi *ibid.*, p. 34).

110. Contre-mémoire de l'Australie, § 265.

111. *Timor oriental*, CIJ Recueil, 1995, § 34. Au sujet de la question plus générale du caractère multilatéral du différend sur lequel porte l'*actio popularis*, voir *infra* p. 4 ss.

112. CIJ Recueil, 1995, § 29

113. On relevera l'analogie avec les droits réels dans les systèmes juridiques internes, tel le droit à la propriété foncière, qui sont souvent qualifiés de droits *erga omnes* pour souligner leur opposabilité universelle.

114. Sur cette distinction, voir P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », RGDIP, vol. 86, 1982, p. 5-47. Voir aussi *infra* p. 247 ss.

115. *Essais nucléaires*, CIJ Recueil, 1974, § 63.

116. Voir, par exemple, la plaidoirie de Don McKay du 11 septembre 1995, CR95/19, p. 28.

117. *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires*. CIJ Recueil, 1995, § 6 (les italiques sont de nous).

118. CR95/21, p. 23

119. CR95/21, p. 23.

120. Voir la plaidoirie de l'agent de la France, M. de Brinchambaut : « [...] votre Cour n'est pas un tribunal d'opinion, dont les Etats pourraient se servir pour s'adresser bien au-delà de ces murs solennels, directement à l'opinion publique mondiale, voire à leur opinion publique » (CR95/20, p. 49) ; « Le Gouvernement français ne peut s'empêcher de s'interroger [...] sur la question se savoir si, en saisissant la Cour le 21 août, la Nouvelle-Zélande n'avait pas à l'esprit une unique préoccupation : trouver une tribune à ses accusations » (*ibid.*, p. 51) ; « [...] nos contradicteurs ont cru pouvoir utiliser votre haute juridiction comme un forum politique » (*ibid.*).

121. CIJ Recueil, 1995, § 52 ss.

122. *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil, 1951, p. 23.

123. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, CIJ Recueil, 1996, § 31.

124. La Yougoslavie faisait valoir qu'il n'existe pas de « différend international » au sens de la Convention. Elle arguait à cet effet que le conflit qui s'est déroulé sur le territoire bosniaque était de nature purement interne, qu'elle n'y avait pas été partie et qu'elle n'exerçait pas de juridiction sur ce territoire à l'époque considérée.

125. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, CIJ Recueil, 1997, § 35.

126. *Ibid.*

Chapitre III. Un navire resté à quai

p. 91-105

Section I – Une jurisprudence encore incertaine

- ¹ Bien que l'*actio popularis* ait été évoquée à plusieurs reprises devant la Cour internationale de Justice, la position de la Cour paraît encore incertaine. La fresque jurisprudentielle, faite de touches et de retouches successives apposées par plusieurs peintres, n'est manifestement pas achevée. Plusieurs pans sont fortement travaillés, alors que d'autres demeurent encore au stade de l'ébauche. Pour dresser un bilan, il convient de revenir brièvement sur l'arrêt rendu par la Cour en 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain, puis d'essayer d'évaluer l'ampleur du revirement jurisprudentiel que constitue l'affirmation de l'existence en droit international d'obligations *erga omnes*.

§ 1^{er} – Retour sur l'affaire du Sud-Ouest africain

A. La présomption prohibitive posée par l'arrêt de 1966

- ² L'arrêt de 1966 ne rejette pas définitivement l'*actio popularis*. Il affirme seulement qu'un tel droit d'agir en justice serait inusuel et doit ressortir clairement du texte du traité ou des travaux préparatoires. Pour citer le texte de l'arrêt : « La Cour juge simplement que ces droits ou intérêts juridiques ne sauraient exister *que s'ils ont été clairement conférés à ceux qui les revendiquent par un texte, un instrument ou une règle de droit et qu'en l'espèce on n'en a jamais conférés aux Membres de la Société des Nations à titre individuel*! »
- ³ En traitant ainsi l'*actio popularis* comme une exception, l'arrêt de 1966 postule implicitement qu'il existe un principe de procédure, de portée générale, exigeant que le demandeur ait un intérêt juridique personnel ou individuel. Même si l'arrêt ne le dit pas expressément, l'affirmation d'un principe procédural relevant du droit international général est un maillon indispensable du raisonnement de la Cour en 1966. Conformément aux rapports usuels entre droit international général et droit conventionnel, un tel principe peut parfaitement faire l'objet d'une dérogation dans un

traité. Encore faut-il cependant prouver que les auteurs du traité ont voulu déroger à ce principe².

- 4 L'effet véritable de l'arrêt de 1966 n'est donc pas d'interdire *l'actio popularis*, mais de poser une sorte de présomption prohibitive. En pratique, cette présomption n'est pas aisée à renverser. En effet, les traités établissant un recours juridictionnel ne traitent généralement pas de la question de savoir si le demandeur doit posséder un intérêt personnel ou individuel pour présenter une requête. En outre, lorsque le texte du traité paraît toucher à cette question, c'est à travers des notions vagues – comme celle de « victime » – qui requièrent inévitablement une interprétation par les tribunaux.

B. Les faiblesses de la démonstration

- 5 La faiblesse principale du raisonnement de la Cour en 1966 est de postuler implicitement l'existence d'un principe de procédure relevant du droit international général sans jamais le dire, ni le démontrer. L'arrêt de 1966 procède à une argumentation par la négative. Il affirme que *l'actio popularis* n'est pas un principe général de droit et fait comme si cela suffisait pour prouver l'existence d'un principe opposé de procédure exigeant que le demandeur possède un intérêt juridique personnel ou individuel. En fait, la première constatation ne constitue nullement une preuve de la validité de la seconde.
- 6 La Cour a parfaitement raison de dire que *l'actio popularis* n'est pas un principe général de droit au sens de l'article 38, § 2, lettre c, du Statut. Il s'agit là d'une évidence incontestable. La qualité pour agir devant les juridictions nationales fait l'objet d'une grande diversité dans la définition. Si *l'actio popularis* est reconnue dans certains droits nationaux, son fonctionnement et surtout son champ d'application varient considérablement d'un ordre juridique à l'autre. Comme pour la plupart des autres notions de procédure, il serait très hardi de vouloir dégager à partir des droits nationaux un principe général de droit autorisant *l'actio popularis* et de prétendre le transposer en droit international.
- 7 En affirmant que *l'actio popularis* n'est pas un principe général de droit, l'arrêt de 1966 enfonce en réalité une porte ouverte. Ni l'Ethiopie, ni le Liberia n'avaient affirmé dans leurs mémoires et plaideries qu'il existe un principe général de procédure autorisant *l'actio popularis*. Ce que la Cour ne démontre en revanche pas, c'est l'existence d'un principe inverse. Affirmer que *l'actio popularis* n'est pas un principe général de droit ne prouve en effet nullement qu'il existe une règle inverse, de portée générale, en vertu de laquelle le demandeur devrait toujours démontrer avoir un intérêt juridique personnel ou individuel. Pour qu'une telle règle existe en droit international, il faudrait qu'elle constitue, elle aussi, un principe général commun aux droits nationaux ou qu'elle ait une nature coutumière. Or, la diversité déjà soulignée des droits nationaux rend très difficile l'affirmation d'un principe général de droit. Quant à l'idée d'une règle coutumière, elle supposerait que la question de la qualité pour agir soit réglée d'une manière similaire devant les différentes juridictions internationales, ce qui n'est pas le cas, comme nous le verrons par la suite³. Le rejet de *l'actio popularis* dans l'arrêt de 1966 repose donc sur un postulat implicite – l'existence d'un principe de procédure relevant du droit international général – qui n'est jamais démontré.

§ 2 – Le revirement jurisprudentiel de l'arrêt de la Barcelona Traction

- 8 Le fameux *obiter dictum* de l'arrêt de la Barcelona Traction peut être considéré comme une rectification publique, même si elle prend une forme discrète, de l'arrêt que la Cour internationale de Justice avait rendu en 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain⁴. Cet *obiter dictum* exprime indubitablement un changement dans la position de la Cour internationale de Justice et laisse entrevoir la possibilité d'une *actio popularis*. Cependant, l'ampleur de ce revirement jurisprudentiel demeure encore incertaine.

A. L'intérêt de tous au respect des obligations *erga omnes*

- 9 L'affirmation en droit international de l'existence d'obligations *erga omnes* et la reconnaissance d'un intérêt de tous les Etats à leur respect semblent clairement indiquer une modification de l'attitude de la Cour à l'égard de l'*actio popularis*. Pour autant qu'il existe un titre de juridiction approprié, un Etat intéressé au respect d'une obligation *erga omnes* devrait se voir reconnaître qualité pour intenter une *actio popularis*. C'est en ce sens en tout cas que l'*obiter dictum* de l'arrêt de la Barcelona Traction a été régulièrement interprété⁵.
- 10 Une conséquence peut-être moins remarquée de l'*obiter dictum* de la Barcelona Traction est de déplacer la question de l'*actio popularis* du plan de la vérification de la compétence ou de la recevabilité à celui de la procédure sur le fond. Dans l'affaire du Vapeur Wimbledon et dans celle de l'Interprétation du statut du Territoire de Memel, la Cour permanente avait traité de la qualité pour agir des Etats requérants en examinant exclusivement le titre sur lequel sa compétence était fondée dans le cas d'espèce. De manière similaire, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en 1962 dans l'affaire du Sud-Ouest africain affirmait la qualité pour agir de l'Ethiopie et du Liberia à partir de l'analyse de la clause juridictionnelle insérée dans l'accord de mandat. L'arrêt de la Barcelona Traction établit clairement, selon nous, que la qualité pour agir dans l'intérêt général ne peut pas être établie définitivement dans une phase purement préliminaire ; elle ne peut pas être dissociée complètement de la question de fond relative à l'existence et à la nature de l'obligation internationale dont se prévaut le demandeur. Sur ce point, l'arrêt de la Barcelona Traction paraît confirmer l'analyse faite par les juges ayant voté l'arrêt de 1966. La teneur du titre juridictionnel demeure importante pour déterminer la possibilité d'intenter une *actio popularis*. Mais le fondement ultime de l'*actio popularis* devient normatif. Ce qui la justifie n'est pas le titre de juridiction, mais l'existence d'obligations internationales protégeant des intérêts communs et le fait que celle-ci soit due *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous les membres d'une communauté.

B. Un revirement jurisprudentiel inachevé

- 11 Si l'*obiter dictum* de la Barcelona Traction paraît indubitablement ouvrir la porte à l'*actio popularis*, sa portée demeure cependant incertaine. Comme nous l'avons vu, la Cour internationale de Justice a confirmé par la suite à plusieurs reprises le concept d'obligations *erga omnes*. Elle a déduit de ce concept plusieurs conséquences juridiques sur d'autres plans, mais n'a pas confirmé jusqu'à présent dans un litige concret ce qui paraissait être originellement la principale conséquence de ce concept : la reconnaissance à tous les Etats intéressés d'une qualité pour agir en justice. Pour

partie, cela peut s'expliquer par la nature des requêtes qui lui ont été soumises. Aucune d'entre elles ne prenait exclusivement la forme, comme dans l'affaire du Sud-Ouest africain, d'une *actio popularis*. Il est vraisemblable cependant que cette absence de confirmation explicite est inspirée par une prudence judiciaire, qui n'est pas critiquable en soi, mais entretient l'incertitude quant à l'étendue du revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt de la *Barcelona Traction*.

Section II – Des titres juridictionnels se prêtant à une *actio popularis*

- ¹² Pour apprécier les possibilités d'intenter une *actio popularis* devant la Cour internationale de Justice, l'analyse de la jurisprudence ne suffit pas. Une telle action en justice suppose que l'Etat demandeur puisse se prévaloir d'un titre juridictionnel donnant compétence à la Cour internationale de Justice pour connaître du différend. Or, de nombreux titres juridictionnels paraissent se prêter à une telle action intentée dans l'intérêt commun.

§ 1^{er} – Les clauses juridictionnelles de portée spécifique

- ¹³ En dépit des réticences de certains Etats à l'égard du règlement juridictionnel⁶, de nombreux traités multilatéraux en vigueur contiennent une disposition attribuant compétence à la Cour internationale de Justice pour connaître des différends entre Etats parties relatifs à leur interprétation ou à leur application. Il a été soutenu parfois dans la doctrine ancienne que tout Etat partie à un traité a un intérêt à son respect, car une stricte observation des dispositions par toutes les parties contribue à la stabilité et à la crédibilité du régime conventionnel⁷. Il faut constater à ce propos que l'article 63 du Statut de la Cour internationale de Justice reconnaît l'intérêt de tous les Etats parties à un traité multilatéral à intervenir dans une procédure pendante au sujet de l'interprétation ou de l'application de ce traité. Le Statut de la Cour internationale de Justice affirme donc une sorte d'intérêt « systémique » de tous les Etats parties vis-à-vis de l'interprétation et du respect d'un traité multilatéral. Cependant, cet intérêt de tous les Etats parties n'est reconnu expressément qu'en matière d'intervention. Or, l'intervention dans une procédure pendante a une portée plus limitée que le dépôt d'une requête en tant que demandeur. Elle ne permet pas, par exemple, de déposer une demande de réparation. Il est douteux qu'un tel intérêt « systémique » à l'intégrité et à la stabilité d'un traité suffise pour fonder une *actio popularis*, c'est-à-dire un droit de tous les Etats parties à agir en justice en tant que demandeur⁸. Un tel droit d'agir n'existe que lorsque le traité vise à protéger des intérêts communs.

A. Les clauses figurant dans des traités protégeant des intérêts communs

- ¹⁴ Le domaine par excellence où domine l'idée de protéger des valeurs ou intérêts communs aux Etats parties est celui des droits de l'homme. La plupart des traités conclus à ce sujet sur le plan universel contiennent une clause juridictionnelle en faveur de la Cour internationale de Justice qui permet à celle-ci de juger d'un différend sur demande unilatérale de n'importe quel Etat partie⁹. Des clauses juridictionnelles susceptibles de servir à une *actio popularis* se trouvent également dans certains traités

multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement marin¹⁰ ou concernant le maintien de la paix, le désarmement, la préservation et la diffusion du patrimoine culturel, la répression d'activités internationalement illicites ou d'autres intérêts similaires de caractère général¹¹.

- ¹⁵ Naturellement, les traités protégeant des intérêts collectifs ne contiennent pas tous une clause juridictionnelle susceptible de servir aux fins d'une *actio popularis*. Certains ne contiennent aucune disposition relative à un règlement juridictionnel¹². D'autres contiennent une disposition qui fait référence à un règlement du différend par la Cour internationale de Justice, mais seulement « sur la demande des Etats parties au différend¹³ » ou, de manière redondante – comme pour mieux conjurer tout risque de saisine unilatérale – « sur la demande et avec le consentement mutuel des Etats parties¹⁴. » Ce refus de la saisine unilatérale est particulièrement fréquent dans les traités multilatéraux récents relatifs à la protection de l'environnement. Une clause de ce type fut insérée dans la Convention de Vienne de 1985 relative à la protection de la couche d'ozone¹⁵, puis reproduite – avec quelques variations textuelles – dans une série de conventions postérieures¹⁶. Dans un tel cas, la compétence de la Cour dépend d'une acceptation expresse des deux parties au différend. Autant dire qu'une telle clause n'a aucune utilité, puisque deux Etats peuvent en tout temps, s'ils le veulent, saisir la Cour internationale de Justice d'un différend qui les oppose. On a parlé à ce propos d'une « émasculation totale » des clauses juridictionnelles¹⁷. Tout au plus peut-on déduire de leur insertion dans le traité un démenti de l'affirmation entendue parfois selon laquelle le recours juridictionnel classique constituerait une voie complètement inadéquate pour le règlement des différends en matière environnementale.

B. L'invocation de ces clauses aux fins d'une *actio popularis*

1) L'interprétation de la clause juridictionnelle

- ¹⁶ Pour qu'un Etat puisse se prévaloir d'une telle clause aux fins d'intenter une *actio popularis*, il faut en premier lieu que les termes utilisés soient suffisamment larges pour couvrir une action où le demandeur n'invoque pas de préjudice propre. Cette condition est généralement remplie. En effet, les clauses juridictionnelles précitées se réfèrent, en termes généraux, à n'importe quel différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention. Aucune d'entre elles ne contient de conditions ou restrictions spécifiques au sujet de l'intérêt pour agir du demandeur, de la nationalité des personnes concernées ou de la nature des différends invocables¹⁸.

- ¹⁷ La formulation de la clause juridictionnelle ne doit pas être toutefois le seul critère déterminant. D'une part, on ne saurait inférer une signification décisive des seuls termes utilisés, qui sont généralement repris d'exemples antérieurs de clauses juridictionnelles. D'autre part, on se fonde habituellement sur l'idée que, lors de l'élaboration d'un traité, l'insertion d'une clause juridictionnelle ne préjuge pas d'éventuelles questions de recevabilité. La formulation large des clauses juridictionnelles concernées n'est cependant pas aussi innocente qu'on pourrait le prétendre. En effet, pour la plupart des traités considérés, la possibilité d'une action en défense de la légalité était prévisible dès l'origine. Dans certains cas, il s'agit même de la seule utilisation possible de la clause juridictionnelle. Il faut donc en conclure que c'est souvent en toute connaissance de cause, et non par omission involontaire,

qu'aucune restriction n'a été insérée dans la clause juridictionnelle au sujet de l'intérêt à agir du demandeur.

- ¹⁸ Pour apprécier la portée véritable d'une clause juridictionnelle, il faut toutefois l'interpréter à la lumière de l'économie générale de la convention, en particulier des buts assignés à celle-ci, ainsi que de la nature des obligations qui en découlent. Dans son avis consultatif dans l'affaire des *Réserve à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de Justice a souligné l'importance des finalités collectives d'un traité dans l'interprétation à donner à ses différentes dispositions. Elle a indiqué par rapport au traité en question que « [l]a considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme¹⁹. » La conséquence directe d'une telle affirmation paraît être que chaque Etat partie peut utiliser la clause juridictionnelle contenue dans la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide pour défendre les « finalités supérieures » de celle-ci²⁰.
- ¹⁹ En va-t-il cependant de même pour n'importe quel traité ayant des finalités communes ou établissant certaines normes protégeant des intérêts collectifs ? Ne faut-il pas limiter l'invocation de la clause juridictionnelle aux situations dans lesquelles l'Etat serait directement concerné ? C'est cette interprétation restrictive que défendaient les juges dissidents de 1962 dans l'affaire du Sud-Ouest Africain. Ils refusaient de voir d'autre fonction à la clause juridictionnelle contenue dans le Mandat que de permettre aux Etats membres de la Société des Nations de protéger leurs intérêts particuliers²¹. Selon nous, à moins qu'il soit établi clairement que telle était l'intention des parties, rien ne justifie une telle interprétation restrictive. D'une part, comme on l'a vu, la plupart de ces clauses juridictionnelles sont formulées en des termes larges : elles n'exigent pas un intérêt subjectif du demandeur ni n'excluent certains types particuliers de différends. D'autre part, une telle interprétation restrictive est difficile à concilier avec les finalités collectives – ou partiellement collectives – qui inspirent les traités susmentionnés. Enfin, si une action en défense de la légalité n'était pas possible, on priverait souvent la clause juridictionnelle d'une grande partie de sa portée pratique ; dans certains cas, on la priverait même de tout effet utile. Si on songe, par exemple, à la clause juridictionnelle contenue dans la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, peut-on vraiment prétendre qu'elle n'est pas applicable par rapport à des génocides comme ceux commis au Cambodge ou au Rwanda sous prétexte que ceux-ci ne portent pas atteinte aux intérêts individuels des autres Etats parties ?

2) Quelle portée attribuer à une référence à des négociations préalables ?

- ²⁰ Dans leur opinion dissidente commune de 1962, les juges Spender et Fitzmaurice trouvèrent une confirmation à leur interprétation restrictive de la clause juridictionnelle dans le fait que celle-ci se référât à un différend « qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations. » Pour eux, cette mention impliquait que les Etats requérants devaient avoir la compétence de négocier directement une solution avec le défendeur et excluait donc tous les différends qui ne portaient pas sur des droits propres au demandeur²². Un tel raisonnement, s'il était admis, exclurait presque complètement toute possibilité d'*actio popularis*. Il est fréquent en effet que la saisine du juge soit conditionnée à des négociations préalables entre les parties. D'autre part, ce raisonnement pourrait être appliqué également, par analogie, dans tous les cas où un

traité prévoit – comme préalable à un règlement judiciaire ou parallèlement à celui-ci – d'autres modes diplomatiques de règlement tels que la médiation ou la conciliation.

- ²¹ L'interprétation faite dans l'opinion dissidente commune de 1962 n'est pas la seule possible. Il est aisément par exemple de conserver un sens à la référence aux négociations préalables en limitant simplement son champ d'application aux différends portant sur des droits ou intérêts propres de l'Etat demandeur. L'exigence des négociations préalables tomberait donc à chaque fois qu'un intérêt commun est en cause, car celui-ci n'est pas susceptible d'être négocié séparément par le demandeur²³. Une autre interprétation, préférable selon nous, est de considérer simplement que l'Etat désireux de défendre l'intérêt commun doit, avant une saisine de la Cour, demander la cessation du fait illicite et mener avec l'Etat concerné des discussions préalables, mais non pas s'engager dans de véritables négociations portant sur les droits ou intérêts communs protégés²⁴. Une confirmation de la validité de cette dernière interprétation ressort du fait que plusieurs mécanismes conventionnels prévoient une *actio popularis* sans pour autant exclure un recours préalable à des négociations ou à d'autres modes diplomatiques de règlement des différends²⁵.

§ 2 – Les titres juridictionnels de portée générale

- ²² Bien que cela ne soit pas unanimement accepté, l'*actio popularis* peut se fonder également selon nous sur un titre juridictionnel de portée générale. Une telle compétence peut découler du jeu croisé des déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faites conformément à l'article 36 § 2 du Statut. Elle peut résulter également d'un traité multilatéral relatif au règlement des différends – comme l'Acte général de 1928, révisé en 1949²⁶ ou, sur le plan régional, le Traité américain de règlement pacifique de 1948 (dit Pacte de Bogota²⁷) ou la Convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends²⁸ – ou d'un traité bilatéral contenant une clause générale de règlement des différends, par exemple un traité d'amitié et de commerce du type de celui qui liait les Etats-Unis et le Nicaragua. En l'absence d'indications contraires, il y a lieu de présumer que ces titres juridictionnels de portée générale s'appliquent à tout différend surgissant entre les Etats concernés, y compris aux différends portant sur des obligations *erga omnes*. De tels titres généraux de compétence furent invoqués, par exemple, dans les affaires des Essais nucléaires et du Timor oriental sans que l'Etat défendeur ne conteste que la compétence de la Cour puisse s'étendre à des violations d'obligations *erga omnes*.

- ²³ On sait que seule une soixantaine d'Etats ont fait des déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour²⁹ et que nombre de celles-ci sont grevées de réserves limitant leur portée. Aucune d'entre elles ne vise cependant spécifiquement à exclure des litiges dans lesquels le demandeur n'aurait pas d'intérêt propre à agir. Une limitation susceptible cependant d'affecter indirectement la possibilité d'une *actio popularis* est la réserve dite de Vandenberg. Cette réserve formulée pour la première fois en 1946 par les Etats-Unis dans leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire – une déclaration aujourd'hui abrogée – excluait de la compétence de la Cour tous 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 Etats-Unis acceptent expressément la compétence de la Cour. Une réserve identique ou similaire figure

encore aujourd’hui dans les déclarations de l’Inde, de Malte, du Pakistan et des Philippines. On notera cependant que dans l’affaire Nicaragua, la Cour a limité l’« effet destructeur » de cette réserve. Elle a admis que cette réserve excluait l’application des traités multilatéraux en tant que droit conventionnel, mais elle a estimé qu’elle n’avait pas d’incidence sur les autres sources du droit international, en particulier sur des obligations similaires découlant du droit coutumier que la Cour reste libre d’appliquer³⁰.

²⁴ Il convient naturellement de tenir compte dans l’interprétation de ces titres juridictionnels de l’évolution du droit international. Une bonne illustration de ce problème est l’affaire des Essais nucléaires, dans laquelle les deux Etats requérants invoquaient comme titre de compétence l’article 17 de l’Acte général de 1928, qui se réfère aux « différends au sujet desquels les Parties se contesterait réciproquement un droit. » Compte tenu de l’ancienneté de l’Acte général et des termes utilisés, ne devait-on pas considérer que l’article 17 vise uniquement des différends bilatéraux classiques, mettant en cause des droits réciproques, et non la violation d’obligations *erga omnes* dont se prévalaient l’Australie et la Nouvelle-Zélande³¹ ?

²⁵ L’argumentation des Etats requérants était purement textuelle. Ils firent valoir que l’article 17 de l’Acte général – en se référant aux différends au sujet desquels les parties « se contesterait réciproquement un droit » – entendait désigner tous les différends juridiques, par opposition aux différends politiques³². Ni l’Australie, ni la Nouvelle-Zélande ne discutèrent toutefois de la question de l’ancienneté de l’Acte général d’arbitrage. Le premier problème qui se pose est de savoir si l’hypothèse d’une action en défense de l’intérêt général avait été envisagée lors de l’élaboration de l’Acte général. La réponse n’est pas aisée, mais il faut convenir qu’une telle action judiciaire n’aurait pas constitué à l’époque un complet anachronisme³³. Si l’on devait apporter cependant une réponse négative à cette première question, il faudrait néanmoins encore se demander s’il est possible aujourd’hui de se limiter à une interprétation purement historique de ce texte, sans tenir compte des développements ultérieurs du droit international ? La Cour internationale de Justice n’a pas eu à trancher dans l’affaire des Essais nucléaires, mais elle a été confrontée à une situation très analogue quelques années plus tard dans l’affaire du Plateau continental de la Mer Egée. En l’occurrence, la question portait sur l’interprétation à donner à une réserve formulée par la Grèce lors de son adhésion en 1931 à l’Acte général d’arbitrage, aux termes de laquelle étaient exclus de la compétence de la Cour les « différends ayant trait au statut territorial de la Grèce » et dont se prévalait la Turquie. Selon la Grèce, cette réserve ne pouvait pas s’appliquer au différend l’opposant à la Turquie au sujet du plateau continental de la mer Egée, car la notion même de plateau continental était totalement inconnue en 1928, au moment où l’Acte général a été conclu, et en 1931, lorsque la Grèce y a adhéré. La Cour constata cependant que l’expression « statut territorial » avait été employée dans la réserve grecque comme une formule générique. Dès lors, il faut nécessairement présumer que son sens évolue avec le droit et revêt à tout moment la signification que peuvent lui donner les règles en vigueur. La Cour se déclara ainsi d’avis que les mots « différends ayant trait au statut territorial de la Grèce » devaient être interprétés conformément aux règles du droit international telles qu’elles existent aujourd’hui et non telles qu’elles existaient en 1931³⁴. Selon la Cour, le même raisonnement s’applique au mot « droit » figurant à l’article 17 de l’Acte général qui doit être considéré lui aussi comme un terme générique³⁵.

Section III – Les réticences des Etats

§ 1^{er} – Les réticences à l’égard du règlement juridictionnel

26 En plus de cinquante années de fonctionnement, la Cour internationale de Justice n'a été amenée à connaître que d'un nombre très limité de requêtes pouvant être assimilée – de près ou de loin – à une *actio popularis*. Cette pratique limitée peut s'expliquer d'abord par les réticences des Etats à l'égard du principe même du règlement judiciaire. Actuellement, seul un tiers des États membres de la communauté internationale ont reconnu à l'avance, par le biais d'une déclaration unilatérale, la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. De plus, ceux qui l'ont fait ont assorti parfois leur déclaration de réserves qui limitent considérablement l'étendue de leur consentement à la juridiction obligatoire. Par ailleurs, l'insertion dans les traités multilatéraux de dispositions attribuant compétence à la Cour est régulièrement contestée au cours de négociations. En conséquence, nombre de traités sont complètement dépourvus d'une telle clause, alors que d'autres contiennent des clauses « émasculées » qui empêchent toute saisine unilatérale de la Cour. Enfin, on relèvera que les dispositions relatives à la compétence juridictionnelle de la Cour internationale de Justice figurent parmi celles qui ont fait l'objet du plus grand nombre de réserves. Ces réticences bien connues à l'égard du règlement judiciaire limitent les possibilités d'intenter une *actio popularis* dans certains domaines – tels celui du droit de l'environnement – qui s'y prêteraient particulièrement. Comme nous l'avons vu, il existe néanmoins de nombreux titres de juridiction qui pourraient être invoqués en vue de fonder la compétence de la Cour pour connaître d'une *actio popularis*. La nécessité d'un consentement des Etats à la juridiction de la Cour n'est donc pas la principale explication de la rareté des requêtes de ce type.

§ 2 – Les réticences à l’égard de l'*actio popularis*

- 27 Les flottements de la jurisprudence de la Cour constituent une cause peut-être plus importante de cette parcimonie de la pratique. Les séquelles de l'arrêt de 1966 ont été profondes. Malgré les critiques sévères dont il a fait l'objet, cet arrêt a distillé durablement dans les esprits l'idée que l'*actio popularis* constitue une forme d'action en justice, si ce n'est impossible, du moins controversée. La stratégie judiciaire des plaideurs tient dûment compte de ces incertitudes jurisprudentielles. Dans l'affaire des Essais nucléaires, les deux Etats requérants s'empressèrent de souligner que leur action n'était pas fondée seulement sur l'atteinte à un intérêt d'ordre général, mais aussi sur la lésion parallèle de leurs droits propres. Il est également significatif que le Portugal ait refusé dans l'affaire du Timor oriental de se prévaloir de l'*actio popularis*, même à titre subsidiaire. Mais l'empressement de l'Australie à la contester, comme si elle voulait attirer son adversaire sur un terrain contesté, est peut-être plus significatif encore.
- 28 Cela étant, il faut souligner aussi qu'il est tout simplement rare en pratique qu'un Etat soit disposé à assumer les coûts d'une action en justice s'il n'a aucun intérêt direct dans l'affaire. L'exemple le plus clair d'une action « désintéressée » est celui des requêtes introduites en 1960 par l'Ethiopie et le Liberia à propos de l'administration du territoire

du Sud-ouest africain. Le plus souvent, un Etat ne sera cependant disposé à entreprendre une action judiciaire pour faire valoir le respect du droit international que lorsqu'il a un intérêt particulier dans l'affaire en cause, par exemple en raison d'une proximité géographique. L'affaire du Cameroun Septentrional ainsi que celles des Essais nucléaires correspondent à ce cas de figure. En pratique, la défense de l'intérêt commun et celle d'intérêts particuliers coïncident fréquemment. Contrairement à ce qu'il est prétendu parfois, il ne s'agit nullement d'une « dénaturation » de l'institution de l'*actio popularis*. Cette confluence de l'intérêt commun et de l'intérêt propre du demandeur constitue, au contraire, un trait caractéristique des actions populaires existantes dans la Rome antique ainsi que dans les droits nationaux modernes.

- ²⁹ Diverses considérations d'ordre politique peuvent également décourager des Etats d'intenter une action judiciaire en défense de l'intérêt commun. Le génocide cambodgien fournit un exemple illustratif. Au début des années quatre-vingt, des organisations non gouvernementales essayèrent de persuader divers gouvernements d'introduire une requête contre le Cambodge devant la Cour internationale de Justice à propos du génocide commis par les Khmers rouges sous le régime de Pol Pot³⁶. La compétence de la Cour pouvait être fondée à la fois sur la Convention relative à la prévention et la répression du crime de génocide, auquel le Cambodge est partie depuis 1950, et sur une déclaration unilatérale d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par le Cambodge en 1957 conformément à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour. Si aucun gouvernement ne décida de porter l'un des crimes les plus sanglants du siècle devant la Cour internationale de Justice, c'est probablement pour des raisons à la fois politiques et pratiques. Les Khmers rouges avaient été chassés du pouvoir en 1978 par les troupes vietnamiennes et remplacés à Phnom Penh par un régime pro-vietnamien. Cependant, malgré le génocide, ils continuaient à constituer la principale composante d'une coalition politique qui était reconnue par les Nations Unies comme le seul gouvernement légitime du Cambodge. De plus, l'ancien gouvernement ayant perdu le contrôle de la plupart du pays, il était difficile d'imaginer dans l'immédiat une compensation des survivants et des familles des millions de victimes³⁷.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. *CIJ Recueil*, 1966, p. 32-33 (les italiques sont de nous).

2. Si l'affirmation d'une règle générale de procédure n'est qu'implicite dans l'arrêt de 1966, elle ressort explicitement de plusieurs des opinions dissidentes écrites quatre ans auparavant. Ainsi, le juge polonais Winiarski affirmait en 1962 que « toute disposition conventionnelle [doit être] interprétée sur le fond du droit international coutumier » (*CIJ Recueil*, 1962, p. 455). Dès lors, la clause juridictionnelle du mandat ne saurait « être interprétée en contradiction avec la règle générale de procédure d'après laquelle l'Etat demandeur doit avoir qualité pour introduire l'instance, c'est-à-dire un droit subjectif, un intérêt individuel, réel, actuel et juridiquement protégé » (*ibid.*, p. 455). Si les auteurs des mandats avaient voulu créer une *actio popularis*, ajoutait-il, « ils n'auraient pas manqué de le dire expressément » (*ibid.*, p. 453).

- 3.** Voir le titre consacré aux procédures contentieuses spécialisées (*infra* p. 107 ss, notamment p. 219 ss).
- 4.** Cf. *supra* p. 75.
- 5.** Ce lien était, comme nous l'avons vu, au cœur de l'argumentation de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire des Essais nucléaires. Dans l'affaire du Timor oriental, les deux parties s'accordaient également sur l'existence de ce lien logique. Pour une discussion plus approfondie des rapports entre ces deux notions, voir la partie de cette étude consacrée aux fondements normatifs de l'*actio popularis*, notamment p. 239 ss.
- 6.** Comme on le sait, la position des uns et des autres a changé au gré de l'évolution des relations internationales et des « ressentiments » provoqués par certaines affaires jugées par la Cour. Pendant longtemps, les principaux adversaires d'un règlement juridictionnel des différends se trouvaient parmi les Etats de l'ancien bloc soviétique et au sein des pays du tiers monde, hostiles à un droit international qu'ils accusaient d'avoir freiné la décolonisation. Aujourd'hui, la Cour internationale de justice compte les pays africains parmi ses « clients » les plus fidèles et d'autres pays autrefois partisans du règlement juridictionnel se montrent plus froids à son égard.
- 7.** A ce sujet, voir la partie relative aux fondements normatifs de l'*actio popularis* (en particulier p. 233 ss et p. 273 ss).
- 8.** Sur la distinction entre l'*actio popularis* et l'intervention de l'article 63 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir aussi *supra* p. 39-40.
- 9.** Par exemple : Constitution de 1919 (de l'Organisation internationale du travail, révisée en 1946 (articles 29 § 1 et 37 § 1) ; Convention de 1926 relative à l'esclavage, amendée en 1953 (article 8) ; Convention de 1933 relative à la répression de la traite des femmes majeures (article 4) ; Convention de 1948 pour la prévention et répression du crime de génocide (article IX) ; Convention de 1950 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (article 22) ; Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (article 38) et Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés (article IV) ; Convention de 1953 sur les droits politiques de la femme (article IX) ; Convention de 1954 relative au statut des apatrides (article 34) ; Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage (article 10) ; Convention de 1957 sur la nationalité de la femme mariée (article 10) ; Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie (article 14) ; Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 22) ; Convention de 1969 sur le droit des traités (en relation avec les nonnes *jus cogens*, dont plusieurs exemples généralement admis concernent le domaine des droits de l'homme) (article 66) ; Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 29 § 1) ; Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 30 § 1).
- 10.** Par exemple : Convention de 1954 pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures (article 13) ; Convention de 1974 sur la protection du milieu marin de la zone de la mer Baltique (article 18 § 2) ; Convention de 1980 sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique (article XXV § 2). Il faut ajouter à ces quelques exemples les clauses figurant dans des conventions qui ne se rapportent pas spécifiquement à la protection de l'environnement, mais contiennent des dispositions à ce sujet, comme c'est le cas de la Convention de 1982 sur le droit de la mer (article 287).
- 11.** Par exemple : Convention de 1923 pour la répression de la circulation et du trafic de publications obscènes, amendée en 1947 (article 15) ; Conventions de Genève sur les drogues nuisibles, telles qu'amendées en 1946 (articles 32, 25 et 17) ; Accord de 1949 visant à faciliter la circulation internationale du matériel visuel et auditif de caractère éducatif, scientifique et culturel (article IX) ; Convention de 1953 relative au droit international de rectification (article V) ; Protocole de 1953 visant à limiter et à réglementer la culture du pavot (article 15) ; Protocole de règlement des différends relatifs aux conventions de 1958 sur le droit de la mer ; Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (article 48) ; Convention de 1969 sur le droit des traités (article

66) ; Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (article 12 § 1) ; Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, sous sa forme révisée en 1971 (article 33) ; Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (article 14) ; Conventions de 1971 sur les substances psychotropes (article 31 § 2) ; Convention de 1979 contre la prise d'otage (article 16 § 1) ; Convention de 1982 sur le droit de la mer (article 287) ; Convention de 1988 pour répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (article 18 § 1) ; Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (article 32) ; Convention de 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (article 17 § 1) ; Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (article XIV § 2).

12. Dans le domaine des droits de l'homme, la présence d'une clause juridictionnelle est la règle, mais on relèvera une absence totale de clause attribuant compétence à la Cour internationale de Justice dans les deux Pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme, dans la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant ainsi que dans la Convention de 1990 sur les droits des travailleurs migrants et de leur famille. S'agissant des Pactes de 1966, il faut relever qu'une clause juridictionnelle figurait dans les deux projets de texte préparés par la Commission des droits de l'homme, mais qu'elle fut supprimée par l'Assemblée générale quelques mois après l'arrêt rendu dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (à ce sujet, voir *infra* p. 128). Les traités régionaux de protection des droits de l'homme n'attribuent pas non plus de compétence à la Cour internationale de Justice, mais contiennent généralement une procédure spécifique de contrôle, parfois de nature juridictionnelle (cf. *infra* p. 137 ss).

13. Cette formule figure dans la Convention de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (article XII) ainsi que dans la Convention de l'UNESCO de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (article 8). Au sujet de cette dernière, il faut toutefois signaler qu'un protocole a été adopté en 1962 pour régler les différends entre Etats parties à la Convention. Il prévoit la création d'une Commission de conciliation et de bons offices ainsi que la possibilité de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur toute question juridique se rattachant à l'affaire (article 18).

14. Convention de 1985 contre l'apartheid dans les sports (article 19).

15. Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (article 11). On notera qu'une clause semblable figure déjà dans le Traité de 1959 relatif à l'Antarctique (article 11).

16. Convention-cadre de 1992 sur les changements climatiques (article 14) ; Convention de 1992 sur la diversité biologique (article 27 § 3) ; Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (article 22 § 1) ; Convention de 1994 sur la désertification (article 28). Voir aussi la Convention de 1997 sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui contient plusieurs dispositions importantes quant à la protection de l'environnement (article 33 § 10).

17. L. Gross, "The International Court of Justice: Considerations on Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order", *AJIL*, vol. 65, 1971, p. 265.

18. La Convention de 1953 relative au droit international de rectification constitue peut-être une exception. Les finalités énoncées dans les premiers paragraphes du préambule de la Convention ont une portée clairement collective : rendre effectif le droit des peuples à l'information (§ 1) ; améliorer la compréhension entre les peuples par le libre échange des informations et des opinions (§ 2) ; prévenir la diffusion d'informations fausses susceptibles d'affecter les relations amicales entre Etats et de mettre en danger la paix (§ 3). Cependant, il ressort également du Préambule que la Convention vise à donner la possibilité d'une rectification appropriée aux « Etats directement affectés » par une information fausse ou déformée (§ 8) et l'article V, qui attribue une compétence pour régler les différends entre Etats parties à la Cour internationale de Justice, se réfère aux « Etats contractants intéressés ».

- 19.** Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, *CIJ Recueil*, 1951, p. 23 (les italiques sont de nous).
- 20.** Voir P. van Dijk, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, Arphen aan den Rijn, 1980, p. 471.
- 21.** *CIJ Recueil*, 1966, § 69.
- 22.** Sud-Ouest africain, *CIJ Recueil*, 1966, p. 551.
- 23.** L'inconvénient d'une telle interprétation est de limiter la portée d'une disposition de l'accord de mandat. Cependant, la thèse défendue par Spender et Fitzmaurice a le même effet, puisqu'elle aboutit à considérer que la clause judiciaire des accords de mandat ne pouvait être invoquée qu'à l'égard des obligations instituées en faveur des autres Etats membres de la Société des Nations.
- 24.** Voir en ce sens opin. indiv. Jessup, *CIJ Recueil*, 1962, p. 429.
- 25.** Un exemple frappant est la procédure de règlement à l'amiable établie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. *infra* p. 137 ss.
- 26.** Article 28.
- 27.** Article XXXI.
- 28.** Article premier.
- 29.** Au 31 juillet 1999, le nombre de déclarations déposées était de soixante-trois.
- 30.** Arrêt dit 26 novembre 1984 sur la compétence et la recevabilité, *CIJ Recueil*, 1984, § 67-76, et arrêt du 27 juin 1986 sur le fond, *CIJ Recueil*, 1986, § 56.
- 31.** Cf. *supra* p. 79 ss.
- 32.** Voir Mémoire australien, *CIJ Mémoires, Essais nucléaires*, vol. I, p. 259-260 ; voir aussi Mémoire néo-zélandais, *ibid.*, vol. 11, p. 149-150, et 203-212.
- 33.** Il faut rappeler qu'un action judiciaire en défense de l'intérêt général était établie dans plusieurs traités de protection des minorités conclus après la Première Guerre mondiale. En outre, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu dans son premier arrêt, celui rendu dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, une qualité pour agir à des Etats qui n'avaient pas subi de préjudice propre. On rappellera enfin les opinions contrastées exprimées dans le cadre de l'affaire du Sud-Ouest africain au sujet de l'existence ou non d'une action en défense de l'intérêt général dans le cadre du système des mandats de la Société des Nations.
- 34.** *Plateau continental de la mer Egée*, *CIJ Recueil*, 1978, § 77.
- 35.** La Cour déclara : « Si le Gouvernement de la Grèce est fondé, comme il l'est assurément, à penser que le sens du terme générique "droit" dans l'article 17 évolue avec le droit en général, de telle sorte qu'il peut s'appliquer aux droits sur le plateau continental, on voit mal pourquoi l'expression similaire "statut territorial" ne pourrait pas, elle aussi, évoluer avec le développement des rapports internationaux [...] » (*ibid.*, § 78 ; les italiques sont de nous).
- 36.** A ce sujet, voir P.H. Kooijmans, "Inter-State Dispute Seulement in the Field of Human Rights", in : M. Brus et al. (éd.), *The United Nations Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement*, Dordrecht, 1991, p. 93.
- 37.** Plus récemment, la possibilité d'une *actio papillaris* fut également discutée à propos du Nigeria, suite à l'exécution par le régime militaire au début 1996 d'opposants politiques. L'Ouganda envisagea la possibilité de saisir la Cour internationale de Justice en se fondant sur les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire faites par les deux pays conformément à l'article 36 § 2 du Statut. Le Gouvernement ougandais renonça cependant finalement à une telle action judiciaire, lui préférant des démarches politiques, notamment au sein de l'OUA.

Titre II. Les procédures contentieuses spécialisées

Introduction au titre deuxième

p. 107

- ¹ Le champ de l'*actio popularis* ne se limite pas à l'enceinte de la Cour internationale de Justice. D'autres juridictions internationales sont susceptibles de connaître d'une action de ce type. Encore faut-il définir ce que l'on entend par « juridiction ». Cette définition peut paraître simple à un juriste familier du droit interne, mais elle ne l'est guère pour un internationaliste. Sur le plan international, il est en effet fréquent de mélanger dans l'élaboration d'une procédure de règlement des différends des méthodes proprement judiciaires à des techniques conciliaires davantage politiques ou diplomatiques. Il convient donc d'éviter deux écueils : celui d'une définition trop stricte, qui serait mal adaptée aux mélanges de genres de la pratique internationale ; et celui d'une définition trop évanescante, qui ferait perdre toute sa substance au principe même du règlement juridictionnel. Pour notre part, il nous paraît essentiel, pour parler d'une « juridiction », qu'il s'agisse d'un organe indépendant des parties au litige, que la décision soit rendue à l'issue d'une procédure contradictoire et qu'elle énonce des constatations en droit. En revanche, nous n'avons pas voulu limiter notre champ d'étude aux procédures débouchant sur une décision obligatoire pour les parties au litige - un critère pourtant traditionnel du pouvoir judiciaire dans la société interne - car cela aboutirait à écarter artificiellement de nombreux mécanismes importants du droit international contemporain. Conformément aux origines étymologiques du terme « juridiction », nous avons choisi de considérer comme telle tout organe spécifiquement chargé de « dire le droit », que sa décision soit ou non, sur le plan formel, juridiquement obligatoire pour les parties¹.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Voir la définition de l'*actio popularis* établie dans la première partie de cette étude (*supra* p. 38).

Chapitre I. La protection des droits de la personne humaine

p. 108-173

Section I – Un mécanisme précurseur : La procédure de plaintes de l’OIT

¹ Elaborée au lendemain de la Première Guerre mondiale, durant la Conférence de paix de 1919, la Constitution de l’Organisation internationale du travail (OIT) était particulièrement novatrice. Une caractéristique révolutionnaire de l’OIT – qui a conservé aujourd’hui encore toute son originalité – est sa structure tripartite qui permet à des représentants des organisations nationales d’employeurs et de travailleurs de participer aux côtés des gouvernements – et sur un pied d’égalité – aux travaux de l’organisation. L’OIT se distingue aussi par un système sophistiqué de surveillance de la mise en œuvre des conventions et recommandations adoptées en son sein, un système qui a servi de référence lors de l’élaboration par la suite d’autres mécanismes internationaux de contrôle. La Constitution de l’OIT instaure deux procédures principales de contrôle : l’une consiste en un examen régulier des rapports soumis par les Etats membres² ; l’autre, de nature contentieuse, est déclenchée par le biais d’une réclamation ou d’une plainte³. A ces deux procédures, prévues dès l’origine dans la Constitution de l’OIT, se sont ajoutés par la suite des mécanismes spéciaux de contrôle, en particulier au sujet de la liberté syndicale⁴. La procédure de plaintes prévue dans la Constitution de l’OIT est le mécanisme de contrôle le plus lourd et le plus formel de l’organisation. C’est cette procédure qui nous intéresse ici, car elle revêt une nature quasi juridictionnelle et son déclenchement n’est pas conditionné à un préjudice personnel dont aurait souffert le plaignant.

§ 1^{er} – Une procédure d’enquête quasi juridictionnelle

² Aux termes de l’article 26 § 1 de la Constitution de l’OIT : « Chacun des Membres pourra déposer une plainte au Bureau international du Travail contre un autre Membre qui, à son avis, n’assurerait pas d’une manière satisfaisante l’exécution d’une convention que

l'un et l'autre auraient ratifiée.» La plainte est examinée par le Conseil d'administration de l'OIT, composé de représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs⁵. Le Conseil d'administration décide s'il y a lieu d'instituer une commission d'enquête⁶. Le cas échéant, celle-ci est chargée d'établir les faits et de formuler des recommandations quant aux mesures à prendre⁷. Si l'un des deux gouvernements concernés n'accepte pas les recommandations de la commission d'enquête, il peut soumettre le différend à la Cour internationale de justice⁸.

- 3 Le premier projet de texte présenté en 1919 par la Grande-Bretagne prévoyait que la procédure ne pouvait être déclenchée qu'à travers une plainte émanant d'un Etat membre. Cependant, il fut décidé aux cours des négociations d'accorder aussi un droit de plainte aux délégués à la Conférence internationale du Travail ; de plus, le Conseil d'administration de l'OIT fut autorisé à agir d'office⁹. Bien que conforme à la structure tripartite voulue par les promoteurs de l'OIT, l'attribution du droit de plainte à des acteurs non étatiques demeure étonnante dans un texte datant de la fin de la Première Guerre mondiale. Couplé avec le pouvoir du Conseil d'administration d'agir de sa propre initiative, le droit de plainte des délégués à la Conférence facilite considérablement, en principe du moins, le déclenchement de la procédure¹⁰.
- 4 Le mandat des commissions d'enquête va au-delà de l'enquête traditionnelle. L'établissement des faits n'est en effet que la première partie du mandat des commissions d'enquête de l'OIT. Une fois les faits clarifiés, elles doivent procéder à un travail de nature quasi juridictionnelle en évaluant les faits constatés à la lumière des conventions ratifiées par l'Etat concerné et en formulant des recommandations pour corriger les éventuelles violations¹¹. Le mandat des commissions d'enquête de l'OIT s'apparente donc à la fois à celui d'un conciliateur et à celui d'un juge¹².
- 5 Lors de la création de la première commission d'enquête, le Conseil d'administration de l'OIT a exprimé le souhait que la procédure revête un caractère judiciaire¹³. Avant leur entrée en fonction, les membres de la commission d'enquête ont été invités en conséquence à prononcer une déclaration solennelle dont le contenu est inspiré de celle faite par les juges de la Cour internationale de justice. Bien que le Conseil d'administration de l'OIT ait laissé aux commissions d'enquête une certaine liberté dans l'organisation de la procédure, celles-ci ont veillé à conférer effectivement à la procédure un caractère quasi juridictionnel, notamment en offrant au gouvernement concerné la possibilité de prendre connaissance des informations recueillies et d'y répondre¹⁴. Le caractère quasi juridictionnel du mécanisme ressort également de l'obligation de l'Etat concerné de mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête. En pratique, les commissions d'enquête ont souvent laissé aux gouvernements concernés un certain choix quant aux moyens de remplir leurs obligations conventionnelles. Cela n'implique cependant nullement que l'Etat défendeur est libre de les ignorer¹⁵. Lorsqu'il n'est pas d'accord avec les conclusions et recommandations de la commission d'enquête, il peut s'adresser à la Cour internationale de justice¹⁶, celle-ci étant alors compétente pour rendre un jugement qui n'est « pas susceptible d'appel¹⁷ ». Si l'Etat décide de recourir, c'est l'arrêt de la Cour internationale de Justice qui liera les parties. En revanche, s'il renonce à saisir la Cour internationale de Justice, il faut considérer alors que les conclusions et recommandations de la commission d'enquête deviennent obligatoires. L'article 33 de la Constitution de l'OIT prévoit en effet que si l'Etat concerné ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations contenues soit dans le rapport de la commission

d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de Justice, le Conseil d'administration de l'OIT peut recommander à la Conférence internationale du Travail les mesures qui lui paraissent opportunes pour « assurer l'exécution de ces recommandations ». Il serait difficile d'imaginer un tel mécanisme d'exécution si l'Etat n'avait pas l'obligation de mettre en œuvre lesdites recommandations. Dans une affaire mettant en cause la République fédérale d'Allemagne, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a souligné que le rejet par le Gouvernement allemand des conclusions de la commission d'enquête n'affectait pas leur validité. Il a indiqué également que lorsqu'un gouvernement choisit de ne pas « faire appel » devant la Cour internationale, comme il en a la possibilité, les constatations et recommandations de la commission deviennent obligatoires¹⁸.

§ 2 – La qualité pour agir

A. Le dépôt d'une plainte

- 6 Pour déposer une plainte, l'Etat doit être partie à la Convention dont il allègue la violation. En revanche, il n'a pas à démontrer que lui-même ou ses ressortissants ont subi un préjudice propre. De manière similaire, le droit de plainte des délégués à la Conférence internationale du Travail n'est pas subordonné à un préjudice personnel subi par leur organisation ou par ses membres¹⁹. L'unanimité ne s'est toutefois pas fait d'emblée. Si Nicolas Politis parlait, en 1924 déjà, d'une « poursuite [...] non sur la base d'un dommage propre, mais uniquement au nom de l'intérêt général²⁰ », d'autres auteurs ont défendu initialement la thèse que la procédure de plaintes constitue un instrument de défense des intérêts particuliers du plaignant²¹. Aujourd'hui, il est cependant largement admis, pour ne pas dire incontesté, que le plaignant n'a pas à démontrer un intérêt ou préjudice personnel²².
- 7 Quelques précisions s'imposent néanmoins. Il est évidemment envisageable qu'un Etat fasse usage de la procédure de plaintes parce qu'il estime souffrir un préjudice direct. La formulation des dispositions relatives à la procédure de plaintes réserve d'ailleurs une place-spéciale aux intérêts de l'Etat plaignant. L'article 28 prévoit en particulier que la commission d'enquête indique les mesures propres à « donner satisfaction au Gouvernement plaignant ». Cela ne signifie cependant pas qu'il s'agit d'un mécanisme purement bilatéral de règlement des différends. L'admissibilité de l'*actio popularis* a été déduite en premier lieu de la formulation large de l'article 26 de la Constitution de l'OIT qui n'énonce aucune restriction de recevabilité. Elle découle cependant aussi du fait que les conventions de l'OIT créent une législation de portée essentiellement collective et le système de contrôle de l'OIT – dont la procédure de plaintes n'est qu'une des composantes – est de nature collective²³. C'est l'intérêt public, l'intérêt collectif au respect des conventions de l'OIT qui est en cause dans la procédure de plaintes. Ce caractère public de la procédure est seul à même d'expliquer la compétence dont dispose le Conseil d'administration d'agir d'office, ainsi que son pouvoir de décider de l'opportunité de créer une commission d'enquête.
- 8 La pratique de la procédure d'enquête a entériné l'existence d'un droit d'agir dans l'intérêt général. D'une part, les Etats mis en cause n'ont pas cherché à contester la recevabilité des plaintes présentées contre eux en arguant que les plaignants n'avaient pas souffert de préjudice personnel. D'autre part, le Conseil d'administration de l'OIT et les premières commissions d'enquête ont déclaré que le droit de plainte constituait

« un droit constitutionnel prévu par la Constitution de l’OIT » que les titulaires peuvent exercer à leur discrétion²⁴. La commission d’enquête chargée d’examiner la plainte du Portugal contre le Liberia a souligné en particulier – en reprenant mot pour mot une formule utilisée par la Cour internationale de Justice dans la première phase de l’affaire du Sud-Ouest africain – que les termes de l’article 26 de la Constitution de l’OIT sont « larges, clairs et précis : ils ne donnent lieu à aucune ambiguïté et n’autorisent aucune exception²⁵. » La commission d’enquête chargée en 1984 d’examiner la plainte contre la République fédérale allemande s’est exprimée de son côté en ses termes : « Les droits accordés par les articles 24 et 26 de la Constitution de l’OIT de susciter l’examen d’allégations concernant le non-respect des conventions ratifiées ne sont pas fondés sur la notion traditionnelle d’action engagée par un Etat particulier en vue de protéger les intérêts de ses ressortissants, mais offrent la possibilité d’obtenir un tel examen au titre de l’intérêt public général²⁶. » Les commissions d’enquête de l’OIT ont déduit plusieurs conséquences de cet intérêt public qui inspire la procédure. Elles ont estimé en particulier qu’elles ne devaient pas se limiter aux informations fournies par les parties et que l’épuisement des voies de recours n’est pas nécessaire si les violations alléguées portent non sur un cas individuel, mais sur une situation de caractère général²⁷.

B. La saisine de la Cour internationale de Justice

- 9 Dans un délai de trois mois après avoir reçu le rapport de la commission d’enquête, les deux Etats impliqués dans la procédure de plainte doivent signifier au Directeur général de l’OIT s’ils acceptent ou non les recommandations contenues dans ledit rapport et, au cas où ils ne les accepteraient pas, s’ils désirent soumettre le différend à la Cour internationale de Justice²⁸. Jusqu’à présent, aucun Etat impliqué n’a contesté le rapport de la commission d’enquête devant la Cour internationale de Justice. Il est cependant manifeste que la qualité pour agir de l’Etat plaignant n’est pas subordonnée à l’existence d’un préjudice personnel. Une interprétation contraire conduirait à un résultat absurde : elle signifierait que les Etats ont qualité pour agir en défense de l’intérêt général au premier stade de la procédure, mais perdent cette qualité dans la seconde phase.
- 10 La Constitution de l’OIT prévoit également la possibilité d’une saisine de la Cour internationale de Justice par rapport à « [t]outes questions ou difficultés relatives à l’interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les Membres²⁹. » La formulation de cette clause juridictionnelle est ambiguë, les mots choisis n’indiquant pas clairement s’il s’agit d’une compétence consultative ou contentieuse. Jusqu’à présent, cette disposition n’a été utilisée que pour des demandes d’avis consultatifs.
- 11 Cependant, certains des termes utilisés – en particulier dans le texte anglais (“dispute”, “shall be referred for decision”) – paraissent fonder une compétence contentieuse. Reste à savoir comment cette compétence contentieuse de la Cour internationale de Justice se combine avec la procédure de plaintes³⁰. Selon nous, lorsque le différend porte sur un problème d’exécution d’une convention de l’OIT, il semble logique de penser que l’Etat doit d’abord le régler à travers la procédure de plaintes prévue spécifiquement à cet effet, puis seulement dans une seconde phase par une éventuelle saisine de la Cour³¹. Cependant, lorsqu’un différend porte exclusivement sur une question d’interprétation ou si le Conseil d’administration ne juge pas opportun de

créer une commission d'enquête, tout Etat devrait pouvoir demander à la Cour un arrêt déclaratoire³².

C. L'intérêt collectif au sein de l'OIT

- ¹² L'existence d'un droit de plainte dans l'intérêt général trouve son fondement dans les finalités collectives de l'OIT et de son système de contrôle³³. Créée par les Traité de paix de 1919, l'OIT a été investie de la mission d'assurer une justice sociale, complémentaire et garante de la paix universelle dont le maintien avait été confié à la Société des Nations³⁴. Ce lien ressort clairement du préambule de la Constitution de l'OIT, qui affirme notamment qu'« une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale³⁵. » Une autre motivation à l'origine de la création de l'OIT est le souci d'empêcher – par l'adoption d'une réglementation internationale uniforme – que la concurrence du commerce international ne bloque le développement des législations sociales nationales ou conduise à un “dumping social³⁶”. L'importance de cet objectif, qui ne figure qu'en deuxième position dans le préambule de l'OIT, ne doit cependant pas être exagérée. La crainte de la concurrence déloyale a motivé des aménagements particuliers dans certaines conventions de l'OIT, dont les plus notables sont les règles spéciales relatives à la ratification des conventions maritimes³⁷. Cependant, dans la plupart de la matière réglementée par les conventions de l'OIT, les considérations liées à la concurrence internationale n'ont qu'une portée limitée³⁸. A ces finalités originelles de l'OIT se sont ajoutés par la suite d'autres objectifs, de caractère eux aussi essentiellement collectif, tels le souci d'assurer un développement économique et social équilibré, ou celui de consolider et d'étendre la portée des législations nationales relatives au travail.
- ¹³ L'exercice du droit de plainte dans l'intérêt général est légitimé également par la nature particulière des conventions de l'OIT, qui représentent l'archétype d'une réglementation internationale de portée collective. A l'époque où la distinction entre traités-loi et traités-contrat était à la mode, les conventions de l'OIT étaient citées comme des exemples par excellence de traités-loi³⁹. Les conventions de l'OIT n'instituent pas entre les Etats parties un simple réseau d'engagements bilatéraux réciproques ; elles créent des obligations dont le respect est dû à l'égard de l'ensemble des Etats parties. Plusieurs caractéristiques des conventions de l'OIT attestent de cette portée collective⁴⁰. Tout d'abord, leur adoption est le fait non d'une conférence diplomatique classique entre Etats, mais de la Conférence internationale du Travail, un organe tripartite au sein de laquelle sont représentées – aux côtés des gouvernements des Etats membres – les organisations nationales de travailleurs et d'employeurs. Chaque délégué y dispose d'une voix et les conventions sont adoptées à la majorité des deux tiers⁴¹. D'autre part, une fois une convention adoptée, chaque gouvernement a l'obligation de la soumettre dans un délai d'un an aux autorités nationales compétentes (normalement le parlement) en indiquant les mesures à prendre, notamment s'il propose ou non une ratification⁴². Enfin, une autre spécificité attestant de la portée collective (et non purement synallagmatique) des conventions de l'OIT est l'inadmissibilité des réserves⁴³.

§ 3 – La pratique jusqu'à présent

A. La fin d'une longue hibernation

- ¹⁴ La procédure de plaintes existe dans la Constitution de l'OIT depuis la création de l'Organisation en 1919. Elle est demeurée cependant pratiquement inutilisée – si l'on excepte une tentative avortée en 1934⁴⁴ – pendant plus de quarante ans. La procédure de plaintes constituait une menace potentielle suspendue sur la tête des Etats, mais dont personne ne semblait prêt à vouloir faire effectivement usage. Les Etats et les délégués à la Conférence internationale du travail préféraient recourir, dans l'arsenal disponible au sein de l'OIT, à d'autres procédures moins formelles de contrôle. C'est dans le contexte des tensions liées à la décolonisation que fut déposée, en 1961, la première plainte donnant lieu à création d'une commission d'enquête. Il s'agissait d'une plainte émanant du Chana au sujet du respect par le Portugal dans ses colonies de l'Angola et du Mozambique de la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé de 1957. Quelques mois plus tard, ce fut au tour du Portugal de déposer une plainte au sujet de l'inobservation par le Liberia de la Convention (n° 29) sur le travail forcé de 1930⁴⁵. Le dépôt de ces deux plaintes et leur traitement avec succès par les commissions d'enquête eurent l'effet – pour reprendre l'expression d'un auteur particulièrement familier de l'OIT – de « démythifier » cette procédure⁴⁶.
- ¹⁵ Si la procédure de plaintes de l'OIT est sortie d'une longue hibernation, elle demeure assez peu utilisée. Au 1^{er} janvier 2004, le total des plaintes déposées s'élevait seulement à une vingtaine. Outre les deux plaintes susmentionnées, les principales qui ont été confiées par le Conseil d'administration de l'OIT à des commissions d'enquête sont les suivantes :
- En 1908, une commission d'enquête fut constituée pour examiner le non-respect par le gouvernement militaire qui avait pris le pouvoir en Grèce des conventions (n° 87 et 98) sur la liberté syndicale. L'origine dans ce cas de la procédure était une plainte déposée par des délégués travailleurs à la Conférence internationale du Travail⁴⁷ ;
 - En 1981, des délégués travailleurs à la Conférence internationale du Travail présentèrent des plaintes contre la République dominicaine et Haïti au sujet des conditions de recrutement et de travail dans les plantations de canne à sucre. Une commission d'enquête fut instituée pour examiner l'application des conventions relatives au travail forcé et à la liberté syndicale⁴⁸ ;
 - En 1983, après un premier examen par le Comité de la liberté syndicale, le Conseil d'administration de l'OIT décida de créer une commission d'enquête pour examiner une plainte contre la Pologne au sujet du non-respect des conventions sur la liberté syndicale. La plainte avait été déposée en juin 1982 par les délégués travailleurs de la France et de la Norvège suite à l'instauration en Pologne de l'état d'urgence et à la répression déclenchée contre les syndicats libres, dont le fameux syndicat « Solidarité⁴⁹ » ;
 - En 1987, une plainte contre le Nicaragua – la première soumise par des délégués employeurs – donna lieu à l'établissement d'une commission d'enquête. Cette plainte portait sur l'état d'urgence imposé durant plusieurs années au Nicaragua par le gouvernement sandiniste et les restrictions imposées par ce biais à la liberté syndicale⁵⁰ ;

- Enfin, suite à une plainte de délégués travailleurs, une commission d'enquête fut mise sur pied en 1989 pour examiner la situation en Roumanie en ce qui concerne l'application de la Convention (n° 111) de 1958 sur la discrimination (emploi et profession). La plainte portait sur les discriminations subies par les minorités ethniques, en particulier par l'importante minorité de citoyens roumains d'origine hongroise⁵¹.

¹⁶ Deux autres procédures d'enquête furent déclenchées sur l'initiative du Conseil d'administration de l'OIT :

- En 1984, la Fédération syndicale mondiale déposa une réclamation dans laquelle elle accusait la République fédérale d'Allemagne de pratiquer des discriminations basées sur l'opinion politique dans la procédure de vérification de la fidélité à la Constitution des agents du service public. Le Conseil d'administration décida d'appliquer à cette réclamation la procédure des plaintes de l'article 26 de la Constitution de l'OIT et institua une commission d'enquête, ce qui suscita des objections de la part du gouvernement concerné⁵² ;
- Une autre commission d'enquête fut établie en 1974 pour examiner l'application par le Chili de la Convention (n° 1) de 1919 sur la durée du travail (industriel) (n° 1) et de la Convention (n° 111) de 1958 sur la discrimination (emploi et profession). La procédure fut déclenchée par le Conseil d'administration à la suite d'une résolution adoptée lors de la Conférence internationale du Travail sur proposition de délégués travailleurs. Comme dans le cas de la Grèce, le déclenchement de la procédure faisait suite à l'établissement au Chili d'un régime militaire⁵³.

¹⁷ S'agissant des autres plaintes, une fut réglée à bref délai de manière satisfaisante⁵⁴, d'autres ont été traitées dans le cadre de la procédure spéciale de sauvegarde de la liberté syndicale⁵⁵, d'autres ont donné lieu à des missions de contacts directs de l'OIT et à l'octroi par l'organisation d'une assistance technique pour surmonter les problèmes constatés⁵⁶, d'autres encore ont fait l'objet d'un règlement entre les parties, négocié à l'aide des bons offices du Directeur général du BIT⁵⁷.

B. Un instrument de dernier recours

¹⁸ Dans la pratique, la procédure de plaintes est utilisée surtout pour des situations sortant de l'ordinaire ou revêtant un degré particulier de gravité. A l'instar d'autres mécanismes contentieux, la procédure de plaintes de l'OIT est perçue comme un instrument de dernier recours, et non comme un mode ordinaire de contrôle⁵⁸. La sophistication de la procédure, son caractère quasi judiciaire, l'absence pendant longtemps de toute mise en œuvre ont consolidé l'idée qu'il s'agit d'un mécanisme d'un caractère exceptionnel. Le nombre peu élevé de plaintes s'explique cependant aussi par l'existence au sein de l'OIT d'autres procédures de contrôle : examen périodique des rapports présentés par les gouvernements, procédure des réclamations, procédure de sauvegarde de la liberté syndicale, etc. Ces procédures moins formelles répondent dans la plupart des cas aux besoins du contrôle. Il faut relever en particulier que les organisations nationales de travailleurs et d'employeurs peuvent soumettre leurs observations sur l'application des conventions aux organes de l'OIT chargés d'examiner les rapports gouvernementaux. En outre, elles peuvent participer par le biais de leurs représentants à la discussion qui a lieu chaque année lors de la Conférence internationale du Travail au sujet de l'application des conventions. Les intéressés

préfèrent généralement recourir à ce type d'intervention, qui est moins lourd, moins formel et jugé moins agressif à l'égard du gouvernement concerné.

- 19 Dans la plupart des affaires susmentionnées, l'utilisation de la procédure de plaintes visait principalement (voire exclusivement) à défendre l'intérêt général. On peut estimer que tel est le cas en particulier de la plainte du Ghana contre le Portugal, de celles déposées par des délégués à la Conférence internationale du Travail et, évidemment, des affaires dans lesquels le Conseil d'administration a agi d'office. De fait, la plupart des plaintes déposées soulevaient des questions importantes relatives au respect des conventions de l'OIT et plusieurs d'entre elles se rapportaient à des violations sérieuses des droits de l'homme. Le dépôt d'une plainte peut cependant aussi avoir pour objectif – principal ou parallèle – de protéger des intérêts subjectifs du plaignant. C'était le cas en particulier des plaintes de la France contre le Panama.
- 20 Il est difficile d'évaluer l'impact de la procédure de plaintes sur la mise en œuvre des conventions de l'OIT⁵⁹. Une partie de ses effets est d'ordre dissuasif. L'existence de la procédure de plaintes peut, en particulier, inciter l'Etat à mieux collaborer avec les organes de l'OIT en charge du contrôle régulier de l'application des conventions et recommandations. Une fois la procédure de plaintes déclenchée, son succès dépend inévitablement de la disponibilité de l'Etat concerné à coopérer et à mettre en œuvre les recommandations adoptées par la commission d'enquête. Dans la plupart des cas, les gouvernements mis en cause ont accepté ces recommandations, soit en totalité, soit dans un premier temps au moins partiellement, et ont pris des mesures pour leur donner effet. Le seul cas dans lequel l'OIT a été confrontée à un refus total de coopérer du gouvernement a été celui de la Pologne. Des progrès ont été enregistrés parfois au cours même de l'enquête. C'était le cas en particulier dans les affaires concernant les colonies africaines du Portugal, le Liberia, le Chili, ou plus récemment le Nicaragua et la Roumanie. Si la procédure de plaintes a donc produit des résultats indéniables, il a cependant souvent fallu attendre un changement de la nature du régime politique pour que les problèmes constatés soient complètement réglés. Dans l'intervalle, les organes de contrôle de l'OIT chargés du contrôle régulier se sont efforcés néanmoins de surveiller les problèmes constatés et d'assurer un suivi des recommandations formulées par les commissions d'enquête, afin de maintenir une certaine pression sur les gouvernements concernés et d'empêcher, si ce n'est les violations, du moins la banalisation de celles-ci.

Section II – Les Conventions onusiennes relatives aux droits De l'homme

- 21 Le système de contrôle des droits de l'homme établi dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies combine deux types de procédures : celles développées à partir de la Charte des Nations Unies dont le champ d'application couvre l'ensemble des droits de l'homme ainsi que tous les Etats membres, et celles fondées sur des conventions spécifiques qui ne sont juridiquement contraignantes que pour les Etats parties. Les premières sont gérées principalement par des organes, telle la Commission des droits de l'homme, au sein desquels siègent des représentants d'Etats. Plus politisées et moins contraignantes, ces procédures non conventionnelles conservent leur utilité à l'égard des Etats qui n'ont pas ratifié les conventions pertinentes ou n'y ont pas adhéré. Elles

sont cependant du champ de notre étude, faute de présenter les caractéristiques et garanties usuelles du contrôle juridictionnel.

- 22 En revanche, les procédures conventionnelles confient l'essentiel du pouvoir de surveillance à des comités d'experts investis de certains pouvoirs juridictionnels. Les comités conventionnels sont composés d'experts choisis en raison de leur moralité et leur impartialité, ainsi que de leurs compétences en matière de droits de l'homme ou dans le domaine couvert par la convention. Ces experts siègent à titre individuel, et non en qualité de représentants de leurs Etats respectifs⁶⁰. Les comités conventionnels exercent d'abord leurs fonctions de surveillance à travers l'examen des rapports périodiques présentés par les Etats parties, une technique élémentaire de contrôle qui est consacrée dans toutes les conventions onusiennes relatives aux droits de l'homme. L'examen de violations concrètes des droits de l'homme – sur requête soit d'un Etat, soit d'un particulier – constitue un mode de contrôle plus contraignant pour les Etats parties et n'est pas admis de façon systématique. Dans le cadre de ce contrôle de caractère contentieux, les comités conventionnels disposent de pouvoirs quasi juridictionnels en ce qui concerne les requêtes individuelles, alors que leur rôle en matière de requêtes étatiques se borne à la médiation et à la conciliation.

Sous-Section I – Les procédures interétatiques

§ 1^{er} – Des procédures exclusivement conciliaires

- 23 Le droit d'un Etat partie d'introduire une requête à propos d'une violation des droits de l'homme de la part d'un autre Etat est prévu dans la Convention de 1965 sur l'élimination de la discrimination raciale⁶¹, le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques⁶², la Convention de 1984 contre la torture⁶³ et la Convention de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants⁶⁴. Il est prévu également dans un protocole additionnel à la Convention de l'Unesco de 1960 relative à la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement. Cette procédure des requêtes interétatiques ne figure cependant pas dans toutes les conventions universelles relatives aux droits de l'homme. Elle est absente de trois des principaux traités onusiens : le Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; la Convention de 1969 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; et la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant. Cette différence de traitement est difficile à expliquer autrement que par des considérations politiques et une réticence de nombreux Etats à l'égard du contrôle contentieux de la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels.
- 24 Une seconde variation entre les différents instruments conventionnels concerne l'acceptation des requêtes interétatiques. La compétence du comité conventionnel d'examiner des requêtes étatiques ne s'impose de plein droit que dans le cadre de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. Dans les autres conventions, cette procédure est facultative, en ce sens qu'elle ne s'applique qu'à l'égard des Etats ayant fait une déclaration expresse d'acceptation. Cette déclaration ne produit en outre d'effets que sur une base de réciprocité, c'est-à-dire entre Etats ayant accepté le même engagement⁶⁵.
- 25 Les procédures conventionnelles applicables aux requêtes étatiques sont d'une nature exclusivement conciliaire. En théorie, elles visent à inciter l'Etat concerné à coopérer

en vue d'un meilleur respect des droits protégés, plutôt qu'à procéder à une constatation d'une violation du droit. En réalité, c'est surtout pour ne pas effrayer les Etats qu'elles ont été privées des éléments les plus contraignants figurant dans les procédures similaires de l'OIT et de la Convention européenne des droits de l'homme. Le vocabulaire lui-même témoigne de ce souci de ne pas indisposer les Etats puisque le terme consacré dans les conventions onusiennes est « communication », et non « requête » ou « plainte ».

- 26 Dans une première phase, une négociation directe intervient entre l'auteur de la communication et l'Etat auquel est reproché un manquement à ses engagements conventionnels. Si les contacts directs entre les deux Etats n'aboutissent pas, le comité conventionnel se met à leur disposition afin de parvenir à une solution amiable du différend fondée sur le respect des droits protégés. Une commission de conciliation *ad hoc* peut également être nommée pour exercer cette tâche. Elle l'exerce soit immédiatement après la phase de négociations directes entre les Etats intéressés, se substituant alors au comité conventionnel⁶⁶, soit postérieurement à l'intervention de celui-ci⁶⁷. Si une solution amiable est trouvée, le comité (ou la commission de conciliation) se borne dans son rapport à exposer les faits à l'origine de la requête et la solution intervenue. En cas d'échec des efforts pour trouver une solution à l'amiable, la procédure ne prend pas pour autant un tour plus contraignant. Dans le cadre des procédures de requêtes étatiques, il n'est pas prévu que le comité conventionnel procède à des constatations sur le respect ou non par l'Etat incriminé des obligations lui incomptant. Le comité (ou la commission de conciliation) rédige un rapport qui contient, tout au plus, ses conclusions sur les questions de faits relatives au litige et ses recommandations en vue de parvenir à un règlement amiable du différend. Contrairement à celles formulées par les commissions d'enquête de l'OIT, les recommandations des comités conventionnels sont purement facultatives pour les Etats intéressés⁶⁸. De plus, la procédure est entièrement confidentielle : les communications ne sont pas publiques, elles sont examinées à huis clos et les rapports finaux ne sont communiqués qu'aux Etats parties au litige.
- 27 Si l'examen de requêtes étatiques par les comités conventionnels n'a pas de caractère juridictionnel, plusieurs des conventions onusiennes relatives aux droits de l'homme prévoient cependant une autre procédure contentieuse – celle-là clairement juridictionnelle – en attribuant compétence à la Cour internationale de Justice compétence pour examiner tout différend entre les Etats parties relatifs à l'interprétation ou à l'application de leurs dispositions. Une telle clause juridictionnelle figure notamment dans la Convention contre la discrimination raciale⁶⁹, dans la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes⁷⁰, et dans la Convention contre la torture⁷¹. Ce règlement juridictionnel n'est pas conçu comme une solution de remplacement des procédures de requêtes interétatiques, puisque plusieurs conventions prévoient parallèlement ces deux mécanismes⁷². Quels sont alors les rapports entre ces deux mécanismes ? Un différend susceptible d'être soumis à la procédure des communications interétatiques doit-il être réglé prioritairement à travers celle-ci ? Faut-il même aller plus loin dans cette voie d'argumentation et considérer que la procédure des requêtes interétatiques constitue un régime spécial excluant tout recours parallèle à la Cour ?
- 28 Dans certains cas, la réponse ressort directement du texte des dispositions concernées. Ainsi, l'article 29 § 1 de la Constitution de l'OIT, qui est « enchassé » au milieu des

dispositions relatives à la procédure de plaintes, institue une compétence contentieuse de la Cour internationale de Justice, mais qui ne peut intervenir que dans la phase finale de la procédure de plaintes⁷³. Un autre exemple est l'article 22 de la Convention de 1965 sur l'élimination de la discrimination raciale, dont le texte établit clairement que l'existence d'une procédure spécifique de communications interétatiques n'exclut pas, si le différend n'est pas réglé au terme de celle-ci, que l'affaire soit portée devant la Cour internationale de Justice. En revanche, le texte ne dit pas si cette procédure spécifique prévue par la Convention doit être utilisée avant toute saisine de la Cour⁷⁴. Selon nous, lorsque aucune réponse ne ressort des dispositions pertinentes, il faut considérer que les deux procédures peuvent être utilisées alternativement, au libre choix des Etats concernés. Mise à part la procédure de plaintes de l'OIT, les procédures spécifiques existant sur le plan universel relèvent uniquement de la médiation et de la conciliation. Elles ont donc une finalité autre que le règlement juridictionnel. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de penser que ces procédures spécifiques excluent la saisine de la Cour, ni même d'exiger qu'elles doivent avoir été utilisées au préalable. Cette solution paraît conforme à la maxime de la *lex specialis* qui est appliquée à certains conflits entre règles concurrentes. Ce principe de spécialité ne prévoit en effet l'exclusion de l'application de la règle de portée générale que *dans la mesure* où une solution spécifique est effectivement prévue dans la règle plus spéciale⁷⁵.

§ 2 – La qualité pour agir

A. La saisine de l'organe conventionnel de surveillance

- ²⁹ Les Etats qui soumettent une communication dans le cadre de ces procédures n'ont pas à établir qu'ils ont subi un préjudice propre, soit de manière immédiate, soit en la personne de l'un de leurs ressortissants. Le droit d'agir des Etats est ainsi conçu comme une *actio popularis*⁷⁶. Il repose sur la nature juridique particulière des règles relatives aux droits de l'homme dont le respect intéresse l'ensemble des Etats parties. Comme l'indique un auteur, « [t]out Etat contractant a un intérêt objectif à introduire une action contre tout autre Etat contractant auteur d'une violation à l'égard de toute personne se trouvant sous sa juridiction y compris ses propres ressortissants⁷⁷ ».
- ³⁰ Si la recevabilité d'une requête n'est pas conditionnée à l'existence d'un préjudice propre, d'autres conditions de recevabilité s'appliquent en revanche. Il est exigé en particulier que les procédures de recours internes disponibles aient été épousées au préalable, à moins que celles-ci excèdent des délais raisonnables ou apparaissent d'emblée inefficaces⁷⁸.

B. La saisine de la Cour internationale de Justice

- ³¹ Lorsqu'il existe une clause attribuant compétence à la Cour internationale de Justice pour connaître des différends entre Etats parties au sujet de l'interprétation ou de l'application des dispositions de la convention, il faut admettre – pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus – que l'Etat souhaitant introduire une requête n'a pas à justifier d'un préjudice personnel. Tout Etat partie peut se prévaloir de son intérêt « objectif » au respect des règles de protection des droits de l'homme contenues dans la convention.

§ 3 – L'absence de pratique

32 Jusqu'à présent, les procédures conventionnelles de communications interétatiques n'ont jamais été utilisées. Plusieurs explications peuvent être avancées. En premier lieu, il est indéniable que les Etats sont réticents à jouer de cette manière, dans le cadre d'une procédure contentieuse, le rôle de procureur ou de gardien du respect des droits de l'homme. D'autres raisons plus spécifiques aux procédures examinées s'ajoutent cependant à ces réticences traditionnelles à utiliser une procédure lorsqu'on n'est pas personnellement affecté.

A. Des faiblesses structurelles

33 Ces procédures souffrent, en premier lieu, de leurs faiblesses structurelles. Comme nous l'avons vu, seule la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale prévoit que les Etats parties sont tenus de plein droit de se soumettre à une telle procédure. Qui plus est, aucune de ces procédures ne débouche sur une décision finale contenant des constatations sur le respect par l'Etat incriminé des engagements qu'il a assumés. Enfin, la confidentialité régit l'ensemble de la procédure. Dans ces conditions, il est légitime qu'un Etat se demande si le jeu en vaut vraiment la chandelle.

34 Une partie de ces faiblesses structurelles sont à imputer à l'arrêt malheureux rendu en 1966 par la Cour internationale de Justice dans la seconde phase de l'affaire du Sud-Ouest africain. La Constitution de l'OIT, le Protocole de 1962 à la Convention de l'Unesco concernant la discrimination dans le domaine de l'enseignement et la Convention de 1965 sur l'élimination de la discrimination raciale, qui sont tous les trois antérieurs à cet arrêt, prévoient tous des procédures interétatiques obligatoires de plein droit pour l'ensemble des Etats parties. Deux d'entre elles (la procédure de plaintes de l'OIT⁷⁹ et le Protocole de l'Unesco⁸⁰) incluent également la possibilité de saisir la Cour internationale de Justice. Quant à la troisième, si elle n'a pas de composante judiciaire, elle prévoit la possibilité d'instituer une commission de conciliation sans l'assentiment des parties. L'arrêt de 1966 sur le Sud-Ouest africain renforça considérablement les oppositions à ce type de mécanisme. En déniant à l'Ethiopie et au Liberia un droit (ou intérêt juridique) à agir, la Cour se discrédita elle-même aux yeux de nombreux pays comme organe suprême de règlement des différends en matière de droits de l'homme. Elle contribua cependant aussi à répandre le scepticisme à l'égard de toute forme de règlement juridictionnel en la matière. Adoptés par l'Assemblée générale en décembre de la même année, les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme furent privés de tout mécanisme juridictionnel par une majorité d'Etats échaudée par l'arrêt de la Cour⁸¹. Dans le cas du Pacte relatif aux droits civils et politiques, le premier projet préparé en 1954 par la Commission des droits de l'homme prévoyait une procédure de requêtes interétatiques de caractère obligatoire calquée sur le modèle de la Convention européenne des droits de l'homme. En cas d'échec de ses efforts pour favoriser une solution à l'amicable entre les parties, il était prévu que le Comité des droits de l'homme aurait le pouvoir de donner son avis au sujet de la violation des dispositions du Pacte⁸². Il avait également la possibilité de recommander au Conseil économique et social de saisir la Cour internationale de Justice d'une demande d'avis consultatif sur toute question juridique liée à l'affaire dont il était saisi⁸³. Enfin, une clause juridictionnelle – semblable à celle figurant dans la Constitution de l'OIT et dans le Protocole à la Convention de l'Unesco – permettait aux

Etats impliqués dans la procédure de porter le différend, en dernier ressort, devant la Cour internationale de Justice⁸⁴. A l'automne 1966, l'Assemblée générale démantela cette procédure sophistiquée sans qu'aucune opposition véritable ne se manifeste en son sein. Elle enleva du projet de texte toute référence à la Cour internationale de Justice ; elle réduisit le mandat du Comité à un rôle purement conciliatoire ; enfin, elle donna à la procédure un caractère entièrement facultatif. La clause juridictionnelle figurant dans le projet de Pacte relatif aux droits sociaux, économiques, et culturels subit le même sort⁸⁵.

B. La préférence pour d'autres mécanismes

- 35 Cette absence complète d'utilisation des mécanismes de communications interétatiques peut s'expliquer également par l'existence d'autres procédures de contrôle. D'une part, les différentes conventions concernées obligent tous les Etats parties à soumettre des rapports périodiques sur les mesures prises pour assurer le respect et la mise en œuvre des droits protégés. L'examen de ces rapports par les comités de surveillance – examen auquel peuvent contribuer les ONG en fournissant des informations sur d'éventuelles violations – constitue une forme de contrôle, de nature périodique et non contentieuse, qui peut être jugée souvent préférable par les Etats intéressés. D'autre part, les comités de surveillance des trois traités onusiens en vigueur prévoient une procédure interétatique dont tous la compétence d'examiner aussi des communications émanant d'individus⁸⁶. Or, si à l'origine les Etats paraissaient craindre davantage la procédure des communications individuelles que celle plus traditionnelle des plaintes interétatiques, la première est aujourd'hui aussi largement acceptée que la seconde⁸⁷. Dans le cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats ayant accepté l'examen de requêtes individuelles sont même deux fois plus nombreux que ceux ayant donné leur accord à l'égard de la procédure des requêtes interétatiques⁸⁸. La retenue des Etats dans l'usage de la procédure des plaintes interétatiques peut donc se fonder sur l'argument que le système d'examen des communications individuelles remplit les mêmes objectifs que les plaintes interétatiques, sans présenter certains des inconvénients de ces dernières.
- 36 Un autre facteur non négligeable est la préférence non cachée des Etats pour les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. Ainsi, la résolution 70/17 adoptée le 15 mai 1970 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe invite expressément les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme qui sont aussi parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques à porter leur différend interétatique devant les organes de Strasbourg. Cette sorte de préférence régionale n'est pas négligeable si l'on considère qu'une grande partie des Etats qui ont accepté les procédures de requêtes étatiques des conventions onusiennes sont précisément des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁹.

Sous-section II – Les procédures d'examen de communications individuelles

- 37 A l'origine, les réticences des Etats étaient plus fortes à l'égard du droit de requête des individus qu'elles ne l'étaient à l'égard des requêtes émanant de leurs congénères. Cela ressort par exemple des travaux préparatoires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Lorsque l'Assemblée générale de l'ONU demanda en 1950 à la

Commission des droits de l'homme de préparer le texte d'un instrument conventionnel, elle l'invita expressément à considérer une disposition “to be inserted in the draft covenant or in separate protocols, for the receipt and examination of petitions from individuals and organizations with respect to alleged violations of the covenant⁹⁰. ” Divers Etats – y compris les Etats-Unis et le Royaume-Uni – s'opposèrent cependant à un tel droit de requête individuel en affirmant que seuls les Etats étaient des sujets du droit international et que la reconnaissance d'un tel droit conférerait à l'organe de surveillance des pouvoirs juridictionnels supranationaux. Ils firent valoir qu'un mécanisme effectif de plaintes interétatiques assurerait un contrôle suffisant des droits protégés. C'est cette idée qui prévalut : le projet de texte adopté en 1954 par la Commission des droits de l'homme contenait un mécanisme contraignant de plaintes interétatiques, qui fut finalement considérablement affaibli par l'Assemblée générale, mais aucun droit de requête individuel⁹¹. Il faudra attendre l'adoption du premier Protocole facultatif pour que cette « lacune » soit comblée, du moins en ce qui concerne les droits civils et politiques.

- ³⁸ Aujourd'hui, trois des quatre organes de surveillance ayant un mandat en matière de requêtes interétatiques – le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et le Comité contre la torture – ont également la compétence d'examiner des communications émanant d'individus⁹². Récemment, le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes a reçu aussi ce pouvoir de recevoir des communications individuelles⁹³. Cette compétence est cependant toujours facultative. Elle dépend d'une acceptation expresse de l'Etat concerné, donnée soit par le biais d'une déclaration *ad hoc*, soit par une ratification ou adhésion au protocole facultatif pertinent.

§ 1^{er} – Des procédures quasi juridictionnelles

- ³⁹ Le mandat exercé par les organes conventionnels de surveillance à propos des requêtes individuelles revêt une nature quasi juridictionnelle. D'une part, la procédure appliquée est assimilable sous de nombreux aspects à une procédure judiciaire, par exemple parce qu'elle comprend un examen de la recevabilité de la communication et qu'elle revêt un caractère contradictoire. D'autre part, les décisions de fond (« constatations finales ») adoptées par les comités de surveillance sont structurées comme des arrêts judiciaires : elles procèdent à une évaluation des agissements de l'Etat au regard des dispositions de la convention, incluent une motivation détaillée, et les membres du comité peuvent joindre au texte de la décision leur opinion individuelle ou dissidente. Formellement, les comités n'ont toutefois le pouvoir d'adresser à l'Etat partie que des « recommandations ». Les constatations adoptées à l'issue de l'examen d'une requête individuelle ne sont donc pas juridiquement contraignantes. Leur efficacité repose sur la bonne foi et la volonté de coopérer de l'Etat concerné ainsi que sur l'autorité morale du comité. En pratique, elles ont cependant été suivies généralement d'effets. La plupart des Etats intéressés, bien qu'ils dénient un caractère contraignant aux constatations, leur donnent suite, par exemple en modifiant leur législation lorsqu'elle a été jugée incompatible avec les dispositions de la convention ou du pacte, en libérant des prisonniers détenus arbitrairement, en renonçant au renvoi vers leur pays d'origine d'individus risquant d'être exposés à des actes de torture ou encore en compensant financièrement les victimes de violations⁹⁴.

§ 2 – La qualité pour agir

A. L'interprétation restrictive de la notion de victime

- ⁴⁰ L'article 1 du premier Protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit que le Comité des droits de l'homme n'est compétent que pour examiner des communications émanant d'individus qui affirment être « victimes » d'une violation d'un des droits reconnus dans le Pacte. Le droit de présenter une communication individuelle devant les autres comités conventionnels (Comité contre la torture, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes) est également réservé à ceux qui se prétendent victimes des violations alléguées⁹⁵. Cette condition pose d'emblée des limites importantes à l'exercice par des individus d'une *actio popularis*, mais il ne l'exclut pas pour autant complètement. Dans de nombreux cas de violations des droits de l'homme, une interprétation libérale de cette condition permettrait de considérer comme victimes l'ensemble des membres d'une collectivité. En tant que telle, la notion de victime n'est donc pas nécessairement un obstacle à l'introduction d'une requête par un particulier (ou un groupe de particuliers) en vue de défendre un intérêt collectif, voire d'ordre purement général.
- ⁴¹ Le Comité des droits de l'homme a interprété cependant la notion de victime contenue à l'article 1 du Protocole facultatif d'une manière restrictive qui a précisément pour effet d'empêcher une telle action en défense d'un intérêt collectif. Il a dans ce cadre rejeté régulièrement l'idée d'une *actio popularis*, mais en donnant à ce terme un sens variable et assurément différent de celui de l'institution du droit romain. Les deux autres comités conventionnels ayant actuellement compétence pour examiner des communications individuelles – à savoir le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale – ont été saisis moins fréquemment que le Comité des droits de l'homme⁹⁶. Leur pratique en matière de recevabilité est donc beaucoup plus limitée et elle ne contient pas au sujet de la notion de victime de divergences notables par rapport à celle du Comité des droits de l'homme⁹⁷.

B. Les confusions entourant l'*actio popularis*

- ⁴² La pierre fondatrice de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme au sujet de la notion de victime est la décision rendue en 1981 dans l'affaire dite des épouses mauriciennes. Les demanderesses faisaient valoir que deux nouvelles législations adoptées à l'île Maurice en matière d'immigration obligeaient les époux étrangers de ressortissantes mauriciennes à solliciter un permis de séjour, alors que les épouses étrangères de citoyens mauriciens conservaient leur droit légal de séjour et n'étaient pas obligées de procéder à une telle démarche. Trois des co-auteurs de la communication étaient mariées à des époux étrangers, alors que les dix-sept autres étaient célibataires. Le Comité des droits de l'homme formula dans sa décision certaines lignes directrices générales quant à sa manière d'envisager la notion de victime figurant à l'article du Protocole facultatif :

A person can only claim to be a victim in the sense of article 1 of the Optional Protocol if he or she is actually affected. It is a matter of degree how concretely this requirement is taken. However, no individual can in the abstract, by way of an *actio popularis*, challenge a law or practice claimed to be contrary to the Covenant. If the law or practice has not been concretely applied to the detriment of the individual,

it must in any event be applicable in such a way that the alleged victim's risk is more than a theoretical possibility⁹⁸.

- 43 Appliquant ces principes, le Comité s'efforça de distinguer la situation des deux groupes de demanderesses. Il estima que seules celles d'entre elles qui étaient déjà mariées à un étranger étaient « effectivement affectées » par les actes législatifs adoptés par les autorités de l'île Maurice et pouvaient prétendre être victimes de violations des dispositions du Pacte⁹⁹. Le Comité confirma et précisa cette approche dans une série d'affaires postérieures. Ainsi, l'année suivante, dans une affaire où il était reproché à un décret législatif italien d'être discriminatoire à l'égard des personnes handicapées, le Comité des droits de l'homme estima que les demandeurs, bien qu'ils fussent eux-mêmes handicapés ou parents de personnes handicapées, n'avaient pas démontré qu'ils étaient « effectivement et personnellement affectés » par le décret législatif en question. Le Comité réaffirma à cette occasion son opinion selon laquelle il n'avait pas compétence, en vertu du Protocole facultatif, “to review *in abstracto* national legislations as to its compliance with obligations imposed by the Covenant¹⁰⁰.” Il ouvrit toutefois la porte à des exceptions en ajoutant : “It is true that in some circumstances, a domestic law may by its mere existence directly violate the rights of individuals under the Covenant¹⁰¹.”
- 44 Ces deux décisions du Comité des droits de l'homme identifient, de manière malheureuse, l'*actio popularis* à une action en contrôle abstrait de la légalité d'actes législatifs. Or, si ces deux problèmes peuvent se conjuguer dans une affaire, ils sont techniquement distincts. L'*actio popularis*, on le sait, est une action en justice dans laquelle le demandeur défend des intérêts collectifs, sans avoir à justifier d'un préjudice personnel. Le second problème se rapporte, en revanche, à l'opportunité d'admettre un contrôle judiciaire d'un acte législatif indépendamment d'une application concrète, c'est-à-dire avant que des décisions à l'égard de particuliers aient été prises sur la base des textes législatifs incriminés. Un argument régulièrement invoqué à l'encontre d'un tel contrôle judiciaire abstrait est la marge de manœuvre dont disposent souvent les autorités nationales chargées de la mise en œuvre de la législation concernée. Celles-ci peuvent en effet éviter la violation du droit international, soit en refusant d'appliquer la partie litigieuse de l'acte législatif, soit en interprétant celle-ci d'une manière conforme aux engagements conventionnels de l'Etat. Un contrôle international abstrait des actes législatifs peut donc s'avérer prématué. Il est parfaitement légitime de refuser pour cette raison un tel contrôle sans pour autant préjuger de la possibilité d'une *actio popularis*.
- 45 Le Comité des droits de l'homme s'est montré cependant réticent à l'égard de l'*actio popularis* même lorsqu'une communication ne porte pas sur des actes législatifs. Dans l'affaire E.W. et al. c. Pays-Bas, par exemple le Comité était confronté à une communication présentée au nom d'un groupe de plus de 6 000 citoyens néerlandais qui alléguait que leur gouvernement avait mis en danger leur droit à la vie en acceptant le déploiement sur le territoire des Pays-Bas de missiles “Cruise” porteurs de têtes nucléaires. En ce qui concerne leur qualité pour agir, les auteurs de la communication alléguait notamment qu'ils n'exerçaient pas une *actio popularis* dans la mesure où la violation alléguée les affectait tous simultanément¹⁰². Dans sa décision, le Comité nota qu'une communication présentée par un nombre important d'individus ne constitue pas pour autant une *actio popularis* et n'est pas de ce seul fait irrecevable¹⁰³. Il estima que la question en l'espèce était de savoir si la préparation d'un déploiement

ou le déploiement lui-même d'armes nucléaires “presented the authors with an existing or imminent violation of their right to life, specific to each of them¹⁰⁴. ” Or, le comité jugea que tel n’était pas le cas, en précisant cependant que son appréciation était fondée sur les faits existants au moment du dépôt de la communication, laissant ainsi la porte entrouverte pour un contrôle futur. Cette position du Comité des droits de l’homme a été réaffirmée plus récemment, dans des termes pratiquement identiques, à propos d’une communication présentée par deux habitants de Polynésie française au sujet des essais nucléaires français dans le Pacifique¹⁰⁵.

- ⁴⁶ Là aussi, le Comité des droits de l’homme paraît s’être laissé entraîner vers une conception erronée de l’*actio popularis*. Contrairement à ce que prétendaient les auteurs de la première communication et à ce que laisse entendre le Comité, l’*actio popularis* peut parfaitement être intentée par un individu personnellement affecté. Dans la Rome antique, une action populaire intentée par un citoyen directement lésé n’en conservait pas moins son caractère populaire. Ce qui définit l’*actio popularis* n’est pas le fait que le demandeur ne soit pas personnellement affecté, mais le fait qu’il a qualité pour agir même s’il n’est pas personnellement affecté. Les deux décisions paraissent en réalité porter à nouveau sur une question distincte : celle de savoir si les faits présentés dans les communications constituent déjà une violation ou une menace imminente de violation du Pacte. Ce qui est en cause dans ces deux décisions paraît donc être non l’*actio popularis*, mais la réalisation actuelle du fait illicite ou la question de l’admissibilité d’un simple intérêt futur. On peut se demander d’ailleurs s’il s’agit encore d’une question de recevabilité ou si le Comité n’aurait pas dû plutôt se prononcer à ce sujet lors de l’examen au fond, en laissant ainsi aux parties au litige la possibilité d’étayer leurs points de vue respectifs. De manière générale, la position du Comité des droits de l’homme au sujet de la notion de victime paraît avoir été fortement influencée par l’abondante jurisprudence en la matière de la Commission européenne des droits de l’homme, dont les fondements ont été posés antérieurement à celle du Comité. Nous reviendrons donc sur certaines questions soulevées ici après avoir exposé la pratique des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme¹⁰⁶.

Section III : Les Conventions régionales de protection des droits de l’homme

Sous-Section I – La Convention européenne des droits de l’homme

- ⁴⁷ Une toile complexe de protection des droits de l’homme a été patiemment tissée au niveau européen. Diverses conventions ont pour objet – principal ou accessoire – des questions de droits de l’homme. Le joyau de ce système de protection demeure néanmoins la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, ouverte à signature à Rome le 4 novembre 1950, telle que complétée par ses différents protocoles additionnels. Le succès de la plus ancienne des conventions régionales de protection des droits de l’homme se mesure notamment à son acceptation par l’ensemble des Etats membres du Conseil de l’Europe¹⁰⁷, au volume des requêtes individuelles soumises aux organes de contrôle, et à l’attitude des Etats parties qui, dans la plupart des cas, ont collaboré à la procédure et mis en œuvre les décisions prises.

- 48 Dans le système originel établi en 1950, la procédure applicable aux requêtes étatiques et individuelles se divisait en deux phases : la première devant la Commission européenne des droits de l'homme ; la seconde devant la Cour européenne des droits de l'homme et/ou le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. La requête était traitée d'abord par la Commission. Après avoir vérifié la recevabilité de la requête, la Commission établissait les faits en procédant à un examen contradictoire et, au besoin, à une enquête. La Commission avait également le mandat de se mettre à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. En cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable, la Commission établissait un rapport à l'intention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans lequel elle formulait un « avis » sur le respect de la part de l'Etat intéressé des obligations qui lui incombent. Dans un délai de trois mois, l'affaire pouvait être transmise par la Commission ou l'Etat concerné à la Cour européenne des droits de l'homme. Si l'affaire n'avait pas été soumise à la Cour, elle était traitée par le Comité des ministres. S'agissant des requêtes étatiques, la première phase de la procédure avait un caractère obligatoire, en ce sens qu'elle s'imposait de plein droit à l'égard de tous les Etats parties. En revanche, l'examen par la Commission de requêtes individuelles dépendait d'une déclaration d'acceptation de l'Etat concerné. S'agissant de la compétence de la Cour, elle était optionnelle pour les deux types de requêtes, c'est-à-dire qu'elle était subordonnée à une acceptation expresse de la part des Etats concernés.
- 49 Une réforme était réclamée depuis longtemps, afin à la fois de pallier à certains défauts de fonctionnement du système de contrôle et de faire face à l'augmentation considérable du nombre des Etats parties ainsi que des requêtes déposées. Le Protocole additionnel n° 11, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, a profondément remanié le mécanisme de contrôle. Les principaux changements institutionnels sont les suivants : la Commission et la Cour ont « fusionné » en une Cour unique, qui siège désormais en permanence ; la compétence de la Cour ne dépend plus de déclarations d'acceptation des Etats intéressés ; les fonctions de la Commission en matière d'examen de la recevabilité des requêtes et de règlement à l'amiable ont été reprises par la Cour¹⁰⁸ ; enfin, les compétences du Comité des ministres se limitent dorénavant à la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour¹⁰⁹. Selon le stade de la procédure, la nouvelle Cour unique siège dans une composition différente : en Comités (trois juges) pour examiner la recevabilité des requêtes ; en Chambres (7 juges) pour se prononcer en première instance sur la recevabilité et sur le fond ; en une Grande Chambre (17 juges) pour traiter – en seconde instance ou sur désaisissement d'une des Chambres – d'affaires soulevant des questions particulièrement importantes¹¹⁰. Les arrêts rendus par la Cour sont définitifs¹¹¹ et ont force obligatoire pour les Etats concernés¹¹².

§ 1^{er} – Les requêtes interétatiques

A. La voie originellement privilégiée du règlement contentieux

- 50 Dans le texte originel de la Convention, la procédure interétatique avait un caractère plus contraignant que celle des requêtes individuelle : d'une part, la compétence de la Commission ne dépendait pas de déclarations d'acceptation des Etats parties, comme c'était le cas pour les requêtes individuelles ; d'autre part, alors que les deux Etats impliqués dans une affaire interétatique avaient la possibilité de saisir d'eux-mêmes la Cour, les requérants individuels n'avaient pas d'accès direct à la Cour et dépendaient à

cet égard de la Commission¹¹³. Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme établit également des différences importantes en matière de recevabilité entre les deux procédures, qui n'existent pas dans d'autres conventions régionales similaires. La procédure interétatique constituait ainsi la voie royale du règlement contentieux.

- 51 Les différences relatives à la compétence de la Commission et à la saisine de la Cour ont été supprimées avec les entrées en vigueur des Protocoles additionnels n° 9 et 11, intervenues respectivement en 1994 et 1998. Les conditions de recevabilité demeurent en revanche moins strictes pour les requêtes étatiques que pour les requêtes individuelles. Une requête étatique – à l'instar d'une requête individuelle – n'est en principe recevable que si les particuliers concernés ont épousé au préalable les voies de recours nationales et si la requête est introduite par l'Etat dans un délai de six mois après la décision interne finale¹¹⁴. Cependant, cette condition est appliquée de manière plus souple à l'égard des requêtes étatiques. Selon la jurisprudence, l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes – et par conséquent le délai de six mois – ne s'appliquent pas aux requêtes étatiques lorsqu'elles visent à déterminer la compatibilité avec la Convention de mesures législatives ou de pratiques bien établies, dans le but de prévenir leur survenance ou leur continuation¹¹⁵. La Cour a admis qu'une même requête puisse porter à la fois sur une pratique généralisée et sur un cas individuel, l'exigence de l'épuisement des recours internes ne s'appliquant alors qu'à la seconde partie de la requête¹¹⁶. En doctrine, on parle parfois à ce propos de requêtes « abstraites¹¹⁷ », ce qui est cependant une terminologie trompeuse, car les requêtes étatiques concernées portaient sur des mesures législatives ou des pratiques administratives ayant généralement déjà donné lieu à des applications concrètes à l'égard d'individus.
- 52 Plusieurs autres conditions de recevabilité des requêtes individuelles ne s'appliquent pas aux requêtes étatiques. Ainsi, une requête présentée par un Etat n'est pas irrecevable lorsque la même affaire a déjà été soumise à une autre procédure internationale d'examen ou de règlement¹¹⁸. Une autre différence avec les requêtes individuelles est le fait que la Cour ne peut pas, en principe, déclarer une requête étatique irrecevable au motif qu'elle la jugerait incompatible avec les dispositions de la Convention et de ses protocoles, manifestement mal fondée, ou équivalente à un abus du droit de requête¹¹⁹.

B. La qualité pour agir

1) L'admission de l'*actio popularis*

- 53 L'article 33 de la Convention – dont la teneur correspond à celle de l'ancien article 24 – prévoit que le droit des Etats parties d'introduire une requête peut porter sur n'importe quelle violation par un autre Etat partie des dispositions de la Convention ou de ses Protocoles additionnels. La seule restriction est que les deux Etats soient parties à la Convention ou au protocole concerné. Ainsi, contrairement aux règles traditionnelles de la protection diplomatique, le droit d'agir des Etats n'est pas limité aux violations dont seraient victimes leurs ressortissants. L'Etat requérant n'ayant pas à démontrer qu'il a souffert un préjudice propre du fait de la violation qu'il dénonce, la procédure des requêtes étatiques fonctionne à la manière d'une *actio popularis*.

2) La garantie collective des droits de l'homme

54 La doctrine et les organes de Strasbourg ont rattaché la possibilité ouverte aux Etats d'intenter une *actio popularis* aux finalités collectives de la Convention européenne des droits de l'homme et à la nature particulière des obligations qu'elle contient. Le juriste belge Henri Rolin, qui servit comme premier Président de la Cour européenne des droits de l'homme, affirmait déjà cette idée dans un article paru en 1956 :

Si on désire à toute force rechercher l'intérêt dont s'inspireront les requêtes gouvernementales, on constatera qu'il ne sera parfois pas autre que celui que leurs auteurs prétendent avoir à ce que les engagements soient respectés [...] *erga omnes* ; en d'autres mots, il se confondra en pareil cas avec l'intérêt général¹²⁰.

55 La même idée émerge avec force dans la décision de la Commission rendue quelques années plus tard, en 1961, dans l'affaire *Autriche c. Italie*. La Commission y souligne, en premier lieu, le caractère « objectif » des engagements assumés par les Etats parties :

[...] en concluant la Convention, les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit¹²¹.

[...] les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers¹²².

56 Poursuivant son raisonnement, la Commission établit un lien entre ce caractère « objectif » des obligations souscrites et l'exercice par l'Etat partie de son droit de requête :

[...] les Hautes Parties contractantes ont [...] autorisé l'une quelconque d'entre elles à saisir la Commission de-tout manquement allégué aux dispositions de la Convention, que les victimes dudit manquement soient ou non des ressortissants de l'Etat demandeur, et que le manquement prétendu lèse ou non particulièrement les intérêts de cet Etat ; [...] un Etat contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24, ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche l'ordre public de l'Europe¹²³.

57 Ce passage peut laisser toutefois penser que toute réciprocité est exclue de la Convention et que les Etats, cantonnés dans une fonction de ministère public, ne peuvent pas exercer leur droit de requête pour la défense de leurs intérêts propres. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée plus nuancée que la Commission sur ce point. Elle a souligné la portée collective de la Convention, en utilisant des termes similaires à ceux de la Commission, mais en soulignant qu'il existait aussi une certaine dose de synallagmatisme :

A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats cocontractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, [...] bénéficient d'une garantie collective¹²⁴.

58 Cette précision n'est pas inutile. Certes, la procédure interétatique sert d'abord à la défense générale des droits de l'homme, mais cela n'exclut pas pour autant une utilisation à des fins subjectives. De fait, la pratique montre que les Etats sont davantage disposés à déposer une requête lorsqu'il s'agit de leurs propres

ressortissants ou de populations avec lesquels ils ont des liens historiques ou ethniques particuliers¹²⁵.

C. La pratique jusqu'à présent

1) Un nombre limité de requêtes, mais portant sur des affaires importantes

59 A ce jour, seule une vingtaine de requêtes étatiques ont été déposées devant les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et elles portent sur un nombre plus limité encore d'affaires, car dans certains cas des requêtes similaires ont été introduites parallèlement par plusieurs Etats. La maigreur de cette pratique est frappante si l'on compare ce chiffre au nombre des requêtes individuelles enregistrées depuis l'entrée en vigueur de la Convention, qui s'élevait à la fin 2003 à près de 300 000 ! Il est indéniable que la procédure des requêtes étatiques n'a pas répondu aux attentes de ses initiateurs. Cependant, une simple comparaison chiffrée ne rend pas compte de l'importance des affaires portées devant les organes de Strasbourg par le biais de la procédure interétatique. Malgré la maigreur de la pratique, le bilan n'est pas aussi négatif qu'on a voulu parfois le faire entendre.

60 Les affaires traitées jusqu'à présent sont les suivantes :

- *Grèce c. Royaume-Uni* : Deux requêtes furent déposées en mai 1956 et juillet 1957 à propos de l'instauration à Chypre, à l'époque encore colonie britannique, d'un état d'exception et des restrictions imposées aux libertés civiles. Les requêtes portaient aussi sur des réglementations prévoyant l'usage du fouet et diverses formes de punition collective ainsi qu'une série de cas allégués de torture. La Commission déclara ces requêtes recevables et adopta deux rapports en septembre 1958 et juillet 1959. Un règlement politique sur le statut de l'île intervint dans le courant de l'année 1959 entre les Etats les plus directement intéressés (accords de Zurich et de Londres sur l'indépendance de Chypre), de sorte que le Comité des Ministres estima qu'il n'était plus nécessaire d'agir¹²⁶ ;
- *Autriche c. Italie* : Cette requête, déposée en 1960, portait sur la conformité à la garantie d'un procès équitable et au principe de non-discrimination du procès intenté pour le meurtre d'un douanier italien à six membres de la minorité germanophone du Haut-Adige (une région appartenant à l'ancien Empire austro-hongrois, qui fut rattachée à l'Italie après la Première Guerre mondiale). La Commission estima qu'il n'y avait pas eu de violation de la Convention, mais elle recommanda que des mesures de clémence soient prises en faveur des accusés, en raison notamment de leur jeune âge¹²⁷ ;
- « *Affaire grecque* » (*Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*) : Plusieurs requêtes furent déposées en septembre 1967, puis en avril 1970, au sujet des violations des droits de l'homme commises en Grèce après l'établissement d'un régime militaire. Les premières requêtes portaient sur la proclamation de l'état de siège et la suspension de certains articles de la Constitution grecque. Une résolution de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe avait encouragé expressément les Etats membres à saisir, individuellement ou conjointement, la Commission européenne des droits de l'homme¹²⁸. Après avoir effectué une enquête en Grèce, la Commission conclut que la proclamation de l'état de siège n'était pas justifiée, constata une série de violations de la Convention et transmit son rapport, en novembre 1969, au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Parallèlement,

l'Assemblée consultative avait voté une résolution appelant à une suspension de la Grèce du Conseil de l'Europe. Le 12 décembre 1969, alors qu'un projet de résolution en ce sens était discuté par le Comité des Ministres et qu'il devenait clair que le texte serait voté par un nombre suffisant d'Etats, le gouvernement militaire annonça que la Grèce se retirait d'elle-même de l'organisation et dénonça la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁹. Les trois pays Scandinaves impliqués dans les premières requêtes saisirent à nouveau la Commission, en avril 1970, en relation avec le procès devant un tribunal militaire de trente-quatre personnes accusées d'activités subversives¹³⁰. Cette seconde affaire fut rayée du rôle de la Commission après le rétablissement d'un gouvernement civil et la réadmission de la Grèce, en novembre 1974, au sein du Conseil de l'Europe ;

- *Irlande c. Royaume-Uni* : Deux requêtes furent déposées par l'Irlande, en 1971 et 1972, au sujet de l'état d'exception en Irlande du Nord et des mesures prises à ce titre. Les requêtes portaient notamment sur les conditions de détention et les techniques d'interrogation utilisées par les forces de sécurité britanniques. Après avoir fait auditionner plus de cent vingt témoins, la Commission conclut dans son rapport que la détention sans procès pratiquée en Irlande du Nord pouvait être considérée comme licite tant qu'elle respectait les limites strictes de l'état d'exception. En revanche, elle jugea que les forces de sécurité britanniques avaient recouru à des méthodes interrogatoires équivalant à un traitement inhumain et à de la torture¹³¹. Le Gouvernement irlandais décida de porter l'affaire aussi devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci jugea notamment que les techniques interrogatoires utilisées n'atteignaient pas le seuil permettant de les qualifier de torture, mais qu'elles équivalaient effectivement à un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention¹³² ;
- *Chypre c. Turquie* : Suite à l'intervention des forces armées turques dans la partie nord de l'île de Chypre en été 1974, deux requêtes furent introduites devant la Commission européenne par le Gouvernement chypriote, respectivement en septembre 1974 et en mars 1975. Dans son rapport sur le fond, la Commission jugea que des violations de la Convention – dont certaines à large échelle – avaient été commises¹³³. En octobre 1977, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe confirma l'existence de ces violations, demanda que des mesures soient prises pour y mettre fin et invita les parties à reprendre les pourparlers intercommunautaires¹³⁴. Dans une nouvelle requête déposée en septembre 1977, Chypre fit valoir que la Turquie n'avait pas cessé les violations de la Convention après la clôture par la Commission de la première affaire¹³⁵. La Commission constata effectivement, dans son rapport adopté en octobre 1983, des violations continues de la Convention du fait notamment de l'absence d'enquête effective au sujet des Chypriotes grecs portés disparus ainsi que du refus d'autoriser les Chypriotes grecs déplacés à regagner leur domicile dans le nord de l'île. Cette fois-ci, le Comité des Ministres se montra cependant incapable de prendre une décision à la majorité des deux tiers. Le Comité se contenta finalement, en avril 1992 (dix ans après), d'autoriser la publication du rapport de la Commission. Une troisième affaire – portant sur le suivi des deux premières – fut introduite par le Gouvernement chypriote en novembre 1994. Après que la Commission eut déclaré la requête recevable¹³⁶ et ait transmis aux autorités turques un rapport volumineux au sujet du fond de la requête, la Turquie refusa de participer à la procédure sur le fond¹³⁷. Dans un arrêt rendu en mai 2001, la Cour constata, par

seize voix contre une, que la Turquie continuait à engager sa responsabilité pour diverses violations de la Convention ;

- « *Affaire turque* » (*France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*) : Les requêtes déposées en juillet 1982 portaient sur les violations graves et à large échelle des droits de l'homme commises en Turquie après le coup d'état militaire du 12 septembre 1980¹³⁸. La Commission déclara les requêtes recevables en décembre 1983¹³⁹. L'élection d'un nouveau parlement turc en novembre 1983, la dissolution du Conseil National de la Sécurité, et le fait qu'une partie des lois et décrets incriminés avaient cessé d'être en vigueur décidèrent les Gouvernements requérants à conclure avec le Gouvernement turc, en décembre 1985, un accord de règlement à l'amiable. Celui-ci fut accepté par la Commission. Il contenait divers engagements du Gouvernement turc, notamment une promesse – formulée toutefois de manière ambiguë – de mettre fin à l'état de siège dans un délai de dix-huit mois¹⁴⁰ ;
- *Danemark c. Turquie* : En janvier 1997, le Danemark déposa une requête contre la Turquie au sujet de mauvais traitement subis par un ressortissant danois d'origine kurde, M. Kemal Koç, alors qu'il était détenu en Turquie. L'Etat requérant faisait valoir qu'il ne s'agissait pas d'un acte isolé, mais d'un exemple d'une pratique à large échelle de mauvais traitements appliqués durant la détention préventive en vue d'obtenir des renseignements ou des aveux. La Cour admit en juin 1999 la recevabilité de la requête¹⁴¹. En mars 2000, les deux parties conclurent un accord de règlement à l'amiable, dont le contenu a été approuvé par la Cour. Ce règlement à l'amiable contient notamment une reconnaissance par l'Etat défendeur de l'existence en Turquie de cas individuels de mauvais traitements et de tortures, et prend acte de l'adoption par les autorités turques de nouvelles règles juridiques et administratives en vue de mieux contrôler et réprimer de tels actes. Il prévoit également la mise sur pied de projets de coopération entre les deux pays, notamment en vue de la formation des policiers turcs en matière de droits de l'homme¹⁴².

2) Une pratique riche d'enseignements

⁶¹ L'examen de la pratique appelle plusieurs constatations. En premier lieu, il est manifeste que, dans la plupart des cas, l'Etat requérant avait un intérêt particulier à agir, soit parce que ses propres ressortissants étaient les victimes des violations alléguées (*Chypre c. Turquie* et, dans une moindre mesure, *Danemark c. Turquie*), soit parce qu'il avait des liens historiques avec la population de la région concernée (*Grèce c. Royaume-Uni à propos de Chypre*, *Autriche c. Italie à propos du Haut-Adige*, *Irlande c. Royaume-Uni à propos de l'Irlande du Nord*). Seules les requêtes collectives contre les régimes militaires grecs et turcs ne correspondent pas à ce cas de figure. Cela étant, il est artificiel selon nous de vouloir distinguer – comme cela est fait régulièrement en doctrine – entre les procédures intentées en défense de l'intérêt général et celles qui poursuivent des objectifs plus spécifiques. Dans l'affaire *Danemark c. Turquie*, l'Etat requérant s'est placé volontairement en porte-à-faux vis-à-vis de cette distinction, puisqu'il alléguait à la fois une violation de la Convention subie par l'un de ses ressortissants et l'existence d'une pratique généralisée de mauvais traitements durant la détention préventive¹⁴³. La procédure des requêtes étatiques a été instituée en vue d'assurer le contrôle de la Convention. Peu importe, en définitive, les motivations du requérant. C'est à juste titre que les organes de Strasbourg ont constamment refusé de

déclarer une requête irrecevable sous prétexte qu'elle aurait été animée par des motivations politiques¹⁴⁴. Il faut souligner dans ce contexte qu'aucune des requêtes étatiques n'était abusive. Toutes portaient sur des problèmes vérifiables de respect des droits de l'homme et dans un seul cas, l'affaire Autriche c. Italie, les organes de surveillance ont jugé qu'il n'y avait pas eu de violation de la Convention.

- 62 Un autre trait qui ressort de la pratique est la tendance à réserver la procédure des requêtes étatiques à des violations des droits de l'homme d'une gravité particulière et/ou existant à large échelle. La proclamation d'un état d'exception et la suspension de droits garantis par la Convention forment le cœur de plusieurs des requêtes étatiques déposées à ce jour. Les traitements inhumains et la torture figurent aussi régulièrement parmi les violations alléguées. Cette tendance à réserver la procédure des requêtes interétatiques à des cas graves s'explique aisément. La longueur d'une telle procédure, ses coûts financiers, les risques politiques qu'elle implique pour l'Etat requérant, sont autant de facteurs qui restreignent inévitablement son usage à des cas exceptionnels.
- 63 L'utilisation « collective » de la procédure dans les affaires grecque et turque constitue une particularité intéressante de la pratique existant dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans les deux affaires, le caractère « collectif » de la saisine des organes de surveillance découlait aussi – indirectement – du fait qu'une telle action avait été encouragée expressément par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁴⁵. Il est évident que le poids politique d'une telle action collective est supérieur à celle d'un Etat isolé. Le dépôt de requêtes « collectives » renforce la pression politique exercée sur l'Etat défendeur en vue de l'amener à un meilleur respect des droits de l'homme. Cet usage collectif de la procédure constitue aussi une manière de souligner que les requêtes sont inspirées non par des intérêts propres, mais par un souci désintéressé d'assurer le respect des valeurs collectives protégées par la Convention. Dans l'affaire turque, les Etats requérants répétèrent auprès des autorités turques qu'il ne s'agissait pas d'un acte inamical et maintinrent durant toute la procédure leurs contacts officiels avec l'Etat défendeur. L'action collective permet enfin de répartir la responsabilité du déclenchement de la procédure entre plusieurs et de diminuer (ou de diffuser) ainsi ses coûts politiques pour les Etats requérants. Dans les deux affaires mentionnées, il est probable que les gouvernements des Etats concernés ne souhaitaient pas agir seuls. La concertation peut donc favoriser l'usage de la procédure des requêtes étatiques par des Etats prêts à défendre l'intérêt général, mais soucieux de ne pas s'exposer seuls.
- 64 La possibilité d'un règlement à l'amiable appelle également certains commentaires. La solution à l'amiable trouvée en 1985 avec la Turquie fut particulièrement critiquée par certaines organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme. L'accord négocié amenait, il est vrai, peu de réponses aux allégations de tortures, de détention illégale et de non-respect du droit à un procès équitable. De fait, les droits de l'homme continuèrent dans les années suivant la conclusion de l'accord à être sévèrement violés¹⁴⁶. La partie de l'accord relatif à la levée de la loi martiale fut aussi particulièrement critiquée, car la Turquie avait instauré l'état d'urgence de manière répétée dans le passé (pour une durée totale de près de sept ans entre 1970 et 1982) et l'engagement pris sur ce point par le Gouvernement turc était très vague¹⁴⁷. Il faut cependant porter au crédit des Etats requérants d'avoir initié la procédure. Il est permis également de penser qu'une telle action a contribué, aux côtés de nombreux autres facteurs, à une évolution positive de la situation des droits de l'homme en

Turquie. Les requêtes portaient sur les violations des droits de l'homme commises en Turquie depuis le coup d'état militaire. Dès lors qu'un gouvernement civil avait été rétabli et que des développements positifs se dessinaient, les Gouvernements des Etats requérants jugèrent que la pression exercée avait produit des résultats déjà satisfaisants et qu'il était préférable à ce stade de les encourager par le biais d'un règlement à l'amiable, plutôt que de continuer dans une procédure contentieuse. Il y a dans un tel cas un conflit difficile à résoudre entre une approche politique visant à faire pression sur l'Etat défendeur en vue d'une amélioration de la situation de droits de l'homme – ce qui implique aussi d'être prêts à relâcher la pression lorsqu'une évolution favorable se dessine – et une approche plus spécifiquement juridique visant à la constatation et à la réparation des violations¹⁴⁸. Au regard de la Convention, la première est tout aussi légitime que la seconde, pourvu que le règlement à l'amiable « s'inspire du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses protocoles ». Le récent accord de règlement à l'amiable conclu entre le Danemark et la Turquie constitue un exemple particulièrement réussi de ce difficile équilibre à trouver entre deux approches parfois antagonistes. L'accord contient, en premier lieu, la reconnaissance par le Gouvernement défendeur de l'existence en Turquie de cas individuels de mauvais traitements et de tortures (mais pas, en revanche, d'une pratique généralisée). Cet accord est cependant orienté vers l'avenir puisqu'il prévoit la mise sur pied d'un projet bilatéral de formation des policiers turcs, l'établissement d'un dialogue politique permanent entre les deux pays, et surtout prend acte de la volonté affichée par le Gouvernement défendeur de mieux contrôler et réprimer les cas de mauvais traitements ou de tortures grâce aux nouvelles règles juridiques et administratives adoptées¹⁴⁹.

- 65 Le bilan de la procédure des requêtes étatiques établi par certains auteurs est assez négatif¹⁵⁰. Il est vrai que ce mécanisme de contrôle n'a pas répondu à certaines attentes initiales, tant en ce qui concerne le nombre que la diversité des affaires examinées¹⁵¹. Mais ces attentes étaient-elles justifiées ? S'il faut regretter que son utilisation soit demeurée très limitée, il ne serait ni souhaitable, ni réaliste d'attendre d'une telle procédure contentieuse interétatique qu'elle devienne un mode usuel de contrôle. Sur le plan international, le contrôle de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme s'exerce principalement à travers les requêtes individuelles, une voie qui est ouverte aujourd'hui de plein droit à l'égard de l'ensemble des Etats parties¹⁵².
- 66 S'agissant de l'efficacité de la procédure, il faut constater que, dans la plupart des cas, des progrès indéniables ont été enregistrés, si ce n'est immédiatement, du moins dans le moyen et le long terme. L'échec le plus sérieux de la procédure concerne l'affaire entre Chypre et la Turquie, au sujet duquel on peut se demander si le Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas failli à ses responsabilités¹⁵³, même s'il faut convenir de la difficulté et du caractère hautement politique de cette affaire. L'honnêteté intellectuelle oblige en effet à reconnaître que les violations constatées des droits de l'homme s'insèrent dans un différend plus large – et ardu à résoudre – au sujet des événements de 1974 et de l'avenir des deux communautés vivant sur l'île de Chypre. La manière dont l'affaire grecque fut traitée par le Comité des Ministres a été également critiquée, notamment par Max Sorensen, à l'époque Président de la Commission européenne des droits de l'homme¹⁵⁴. Celui-ci accusa le Comité des Ministres d'avoir choisi une stratégie de confrontation et d'avoir provoqué une sortie prématurée de la Grèce du Conseil de l'Europe, alors que les propositions formulées dans le rapport de la Commission visaient à engager le régime militaire grec dans un

- processus de rétablissement progressif des libertés civiles, en gardant l'arme de l'expulsion comme un ultime moyen¹⁵⁵.
- 67 La tendance en pratique à n'utiliser la procédure des requêtes étatiques que dans des situations graves de violations des droits de l'homme oblige, de toute façon, à une certaine retenue dans les attentes. Il serait illusoire de penser qu'une telle procédure peut fournir des remèdes du jour au lendemain. Fréquemment, la solution véritable aux violations constatées impliquait des modifications de la nature du gouvernement ou de choix politiques pris au plus haut niveau de l'Etat. Ces limites objectives constatées, la procédure des requêtes étatiques peut jouer indéniablement un rôle utile, par exemple en permettant un examen général d'une situation (ce que les requêtes individuelles ne permettent pas), comme avertissement au gouvernement concerné sur les coûts en terme d'image d'une violation continue des droits de l'homme¹⁵⁶, ou encore en servant de catalyseur à des changements politiques internes.
- 68 Les hésitations des Etats à utiliser une telle procédure n'en demeurent pas moins vives. Un exemple récent est celui de la Tchétchénie. Au printemps 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe décida de suspendre les droits de la délégation russe au sein de l'Assemblée et recommanda en même temps aux Etats membres de l'Organisation d'utiliser « d'urgence » le système des requêtes interétatiques en rapport avec le conflit tchétchène¹⁵⁷. Cette demande de l'Assemblée parlementaire resta cependant sans suite. Dans leur position commune adoptée quelques jours plus tard, les Etats membres de l'Union européenne indiquèrent clairement leur préférence pour des voies politiques¹⁵⁸. Ils affirmèrent vouloir maintenir une pression politique sur les autorités russes mais avec le souci de préserver la coopération avec la Russie, en réservant ainsi l'option d'une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme au cas où la Russie ne donnerait pas suite aux injonctions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Dans les mois qui suivirent, l'Assemblée parlementaire fit aussi marche arrière. Elle maintint la menace d'une plainte interétatique contre la Russie devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais en indiquant expressément qu'il s'agissait d'une solution de dernier recours, à utiliser en cas d'absence de progrès significatifs¹⁵⁹.
- 69 Ces réticences de la part des gouvernements des pays membres du Conseil de l'Europe à utiliser contre la Russie la procédure des requêtes interétatiques peuvent s'expliquer par diverses raisons politiques et économiques, notamment par la crainte de froisser une ancienne grande puissance, fragilisée par sa situation économique précaire, et qui accepte déjà mal l'élargissement vers l'Est de l'OTAN. Il semble cependant aussi que nombre d'entre eux jugeaient qu'une telle procédure était inadaptée à une situation où les deux parties en conflit – les combattants sécessionnistes autant que les forces gouvernementales – commettent des violations graves des droits de la personne humaine¹⁶⁰. Ils craignaient également que le déclenchement d'une telle procédure soit perçu, même à tort, comme une forme de soutien au mouvement sécessionniste tchétchène.

§ 2 – Les requêtes individuelles

A. L'interprétation restrictive de la notion de victime

- 70 L'article 34 de la Convention (anciennement article 25) reconnaît qualité pour agir à tout individu, groupe d'individus ou organisation non gouvernementale. Il ressort

cependant du texte de l'article 34 que seul(e) peut agir celui ou celle qui se prétend « victime » d'une violation des droits garantis dans la Convention ou ses protocoles. L'ancienne Commission et la Cour ont interprété cette condition de manière plutôt restrictive en exigeant de l'individu requérant qu'il démontre, de manière plausible, qu'il est affecté directement et personnellement par la violation alléguée. Bien qu'ils aient admis certaines exceptions à ce principe, la jurisprudence constante des organes de contrôle de la CEDH est de refuser à un individu ou à une association la possibilité d'intenter une *actio popularis*. Cette position est résumée dans une décision relativement récente de la Commission de la manière suivante :

[...] la notion de « victime » doit être interprétée de façon autonome et indépendante de notions internes telles que celles concernant l'intérêt ou la qualité pour agir. Pour qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, il doit exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée [...]. Ainsi, la Convention ne permet pas l'*actio popularis*, mais exige, pour l'exercice du droit de recours individuel, que le requérant se prétende de manière plausible lui-même victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention résultant d'un acte ou d'une omission imputable à un Etat contractant¹⁶¹.

- ⁷¹ A l'origine, ce refus de l'*actio popularis* paraît intimement lié à la volonté de ne pas procéder à un examen abstrait des actes législatifs nationaux. Ainsi, en 1960, la Commission déclara irrecevable une requête présentée par un parlementaire irlandais membre du groupe Sinn Fein qui alléguait que des lois relatives à la sûreté de l'Etat étaient contraires à diverses dispositions de la Convention. La Commission déclara à cette occasion qu'elle « n'est pas compétente pour examiner *in abstracto* si une loi est conforme aux dispositions de la Convention¹⁶². » Une année plus tard, elle déclara également irrecevable une requête portant sur une loi norvégienne relative à l'interruption de la grossesse au motif que le requérant ne prétendait nullement être lui-même la victime de cette législation, mais déclarait agir « au nom des parents qui, sans leur consentement ou à leur insu [...] se voient ou verront privés de leur descendance par un avortement provoqué, et au nom des innocentes victimes d'opérations de cette nature – tous dans l'incapacité ou dans l'impossibilité de défendre leur propre cause¹⁶³. » Si l'*actio popularis* n'est pas encore évoquée dans cette affaire, le terme apparaît en revanche dans une affaire postérieure, presque similaire, où un ressortissant autrichien contestait une législation de son pays relative à l'interruption de grossesse. Le requérant faisait valoir que la législation en cause concernait chaque citoyen autrichien “because of its effects for the future of the nation and for the moral and legal standard of the nation” et il déclarait vouloir servir de “curator to act on behalf of the unborn in general¹⁶⁴. ” La Commission rappela son refus de procéder à un contrôle abstrait des actes législatifs nationaux. Elle ajouta que le requérant prétendait intenter en l'espèce une *actio popularis* et qu'une telle action était incompatible avec la notion de victime figurant dans l'article 25 de la Convention¹⁶⁵. C'est cependant non pas véritablement l'*actio popularis*, mais bien le caractère abstrait du contrôle qui était en cause dans cette affaire. Comme nous l'avons déjà souligné, le refus d'examiner les actes législatifs indépendamment de cas concrets d'application s'explique par le fait que les autorités nationales disposent généralement d'une latitude dans l'application de la législation, qu'elles peuvent mettre à profit pour résoudre les éventuels problèmes de compatibilité avec le droit international. Par ailleurs, s'il y a violation du droit international, c'est d'abord aux tribunaux internes d'y remédier, conformément à la répartition des rôles inhérente à l'obligation de l'épuisement préalable de voies de

recours internes. Le refus d'un tel contrôle abstrait des actes législatifs est donc parfaitement compréhensible, mais il ne préjuge en rien de la question de l'*actio popularis*¹⁶⁶.

- 72 L'*actio popularis* est aussi fréquemment rapprochée ou assimilée à la question de l'admissibilité d'un intérêt potentiel ou futur. Les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ont souligné régulièrement que l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le risque d'une violation future de la Convention peut conférer à un requérant la qualité de victime. C'est le cas par exemple d'une législation qui, sans avoir été appliquée personnellement au requérant, lui fait courir le *risque* d'être affecté directement, dans les conditions précises de son existence¹⁶⁷. La jurisprudence contient cependant cet intérêt potentiel ou futur dans des limites assez précises. Dans des affaires d'expulsion ou d'extradition, par exemple, il a été considéré qu'un requérant pouvait se prétendre victime s'il était exposé à une décision imminente d'extradition¹⁶⁸ ou d'expulsion¹⁶⁹, mais pas si l'ordre d'expulsion n'a pas encore été donné et que des voies de recours sont ouvertes sur le plan national contre celui-ci¹⁷⁰. Ce refus d'un contrôle préventif se fonde lui aussi sur « la philosophie sous-jacente à l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes », à savoir qu'il convient que le contrôle du respect des droits de l'homme incombe d'abord aux organes internes de l'Etat partie, notamment à ses tribunaux internes¹⁷¹.
- 73 On ajoutera encore que la Cour a précisé régulièrement que la qualité de victime peut exister même en l'absence de préjudice. La question du dommage est pertinente au regard de l'article 41 (anciennement 50) de la Convention, dans la mesure où l'octroi d'une indemnité est subordonné à l'établissement d'un tort, matériel ou moral, résultant de la violation. En revanche, l'existence d'un dommage ne conditionne pas la qualité pour introduire une requête¹⁷².
- 74 Si la jurisprudence admet donc diverses exceptions à l'exigence que le requérant soit directement affecté, elle demeure constante dans son refus de l'*actio popularis*. Ce refus a été réitéré dans plusieurs décisions récentes, notamment dans l'arrêt rendu par la Cour (siégeant en Grande Chambre) dans l'affaire *Ihlan c. Turquie*¹⁷³. Nombre de décisions parlent cependant d'*actio popularis*, alors que le problème posé en réalité est le caractère abstrait de la requête¹⁷⁴ ou l'absence de violation actuelle¹⁷⁵. Bien que ces différentes questions puissent coïncider dans une affaire, il convient de ne pas les confondre. Admettre l'*actio popularis*, c'est renoncer à l'exigence d'un intérêt personnel à agir. Les deux autres questions portent sur des aspects différents de l'intérêt à agir : l'une sur sa nature concrète (par opposition à un intérêt abstrait) ; l'autre sur son caractère actuel (par opposition à un intérêt futur purement hypothétique). L'*actio popularis* n'implique ni d'admettre un contrôle abstrait des actes législatifs, ni de procéder à un examen préventif d'hypothétiques violations futures de la Convention¹⁷⁶.
- 75 Le refus de l'*actio popularis* intentée par des individus s'exprime logiquement aussi à l'égard des groupes de particuliers ou des organisations non gouvernementales. La jurisprudence des organes de surveillance de surveillance de la Convention européenne considère irrecevables les requêtes introduites par une organisation non gouvernementale en défense de l'objet social en vue duquel elle a été constituée. D'après la jurisprudence constante de la Commission, une telle organisation ne saurait se prétendre elle-même victime de mesures qui auraient porté atteinte aux droits que

la Convention reconnaît à ses membres. La requête n'est jugée recevable que si l'organisation allègue avoir subi une violation dans ses propres droits¹⁷⁷. Ainsi, la Commission a refusé qualité pour agir à une association de défense des homosexuels¹⁷⁸. De manière similaire, elle a estimé que le seul fait que des syndicats se considèrent comme les gardiens de l'intérêt collectif de leurs membres ne suffit pas à leur donner qualité pour agir à l'égard des mesures affectant leurs membres¹⁷⁹. Cette jurisprudence a été réitérée récemment par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé irrecevable une requête présentée par une association ayant pour objet statutaire « la protection de l'environnement, de la qualité de la vie et du caractère esthétique » de deux villes côtières du Sud de la France¹⁸⁰. Dans une autre affaire relative à la protection de l'environnement, la Cour a refusé de reconnaître la qualité de victime à l'association Greenpeace-Luxembourg qui contestait, au côté d'habitants de trois communes luxembourgeoises, des autorisations d'exploitation d'aciéries électriques¹⁸¹. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une organisation non gouvernementale peut introduire une requête par rapport à une violation non de ses propres droits, mais de ceux de ses membres. Cette exception se cantonne pour l'instant principalement au domaine de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'article 9 reconnaissant expressément la dimension collective de ce droit¹⁸².

⁷⁶ La jurisprudence de Strasbourg n'exclut toutefois pas complètement la défense d'intérêts collectifs ou publics. Dans l'affaire *Donnelly*, par exemple, des détenus d'Irlande du Nord dénoncèrent la pratique de la torture de la part des autorités britanniques. Ils alléguèrent avoir été eux-mêmes victimes de tortures durant leur détention, mais en faisant valoir cependant que ces actes de tortures ne constituaient « qu'un aspect d'une méthode administrative systématique qui autorise et encourage les brutalités » et ils demandaient en conséquence à la Commission de mener une enquête complète au sujet du système interrogatoire utilisé par les forces de sécurité britanniques. Selon le Gouvernement britannique, la seconde partie de cette requête devait être rejetée comme irrecevable en raison de son caractère abstrait. La Commission estima cependant qu'une requête individuelle pouvait porter sur une pratique administrative de caractère général, du moment que le requérant apporte un commencement de preuve de l'existence de cette pratique et du fait qu'il a été lui-même victime de cette pratique¹⁸³. Ainsi, une requête individuelle peut servir à protéger – incidemment – un intérêt collectif ou public, pourvu que le requérant ait été lui-même personnellement affecté par la violation alléguée de la Convention.

B. Une interprétation en porte-à-faux avec l'idée de garantie collective

⁷⁷ Il est indéniable que la notion de victime contenue dans le texte conventionnel pose certaines limites à l'exercice du droit de requête individuel. En tant que telle, la notion de victime n'empêche cependant pas toute forme d'*actio popularis*. C'est à travers une interprétation jurisprudentielle qu'a été créée l'exigence que le requérant soit personnellement affecté par la violation (c'est-à-dire soit plus directement concerné que d'autres individus). Il est regrettable que les organes de contrôle de la CEDH n'aient pas déduit des finalités collectives de la Convention et de la nature particulière des droits garantis une qualité plus large de l'individu ou des associations pour agir en défense d'intérêts collectifs¹⁸⁴. Le caractère « objectif » des engagements pris par les Etats parties et l'idée d'une garantie collective des droits protégés ont été pourtant présentés par la Commission et la Cour comme les fondements du droit des Etats

parties d'intenter une *actio popularis*¹⁸⁵. Cette idée de garantie collective a été invoquée aussi dans le cadre de la procédure des requêtes individuelles pour justifier une certaine souplesse dans l'examen de la recevabilité. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé à plusieurs reprises que les règles de recevabilité « doivent s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif¹⁸⁶ », et « qu'il faut avoir égard en particulier à l'objet et au but de la Convention qui, en tant qu'elle constitue un traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives¹⁸⁷. » Enfin, c'est l'idée d'un caractère public de la procédure qui justifie le pouvoir de la Commission d'examiner d'office si les faits présentés dans une requête ne sont pas constitutifs d'autres violations que celles alléguées par le requérant¹⁸⁸. Selon nous, cet intérêt collectif qui anime l'ensemble du système conventionnel devrait trouver aussi son expression dans une appréciation plus libérale de la qualité pour présenter une requête individuelle.

- 78 L'entrée en vigueur successive des Protocoles additionnels n° 9 et 11 ont créé un droit d'accès direct des particuliers à la Cour et établi une compétence obligatoire générale de la Cour. Ils ont ainsi supprimé les différences de traitement les plus criantes existant dans le système antérieur entre les requêtes individuelles et les requêtes étatiques. Nous pensons que la jurisprudence de la Cour pourrait évoluer aussi dans cette direction en reconnaissant mieux le rôle que peuvent jouer les particuliers dans la promotion des objectifs collectifs de la Convention. On relèvera que la Charte sociale européenne a été dotée, il y a quelques années, d'un nouveau mécanisme de contrôle qui va dans cette direction. Un Protocole conclu en 1995 confère en effet au comité d'experts chargé de la surveillance de la Charte de nouvelles responsabilités quasi juridictionnelles et il donne qualité pour introduire des réclamations collectives à des syndicats, à des organisations d'employeurs ainsi qu'à diverses ONG nationales et internationales¹⁸⁹.
- 79 Une évolution en ce sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme paraît toutefois peu vraisemblable dans un avenir immédiat. Avant même l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11, il était manifeste que les changements introduits ne suffiraient pas pour permettre à la nouvelle Cour de faire face à l'élargissement important du cercle des Etats parties et à la croissance continue du nombre des requêtes¹⁹⁰. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, comme pour d'autres juridictions, la définition de la qualité pour agir sert aussi – et surtout – de robinet pour réguler le flot des requêtes. Dans les conditions actuelles, il est peu probable que la Cour assouplira, du moins dans le court terme, ses exigences au sujet de la qualité pour introduire une requête individuelle.

Sous-section II – La Convention américaine des droits de l'homme

- 80 Le système de protection des droits de l'homme établi au sein de l'Organisation des Etats américains (OEA) se caractérise par une structure dualiste. La première de ses deux composantes repose sur la Charte de l'OEA ainsi que la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme – adoptées toutes les deux en 1948 – et est valable pour l'ensemble des Etats membres de l'Organisation ; la seconde est constituée par la Convention américaine des droits de l'homme, entrée en vigueur en juillet 1978, qui ne s'impose qu'aux Etats qui y sont parties. Bien que formellement séparées, ces deux

composantes se complètent et se recoupent partiellement. La Commission interaméricaine des droits de l'homme incarne sur le plan institutionnel cette dualité de contrôle. Créée en 1959 et investie originellement de pouvoirs limités, elle a obtenu progressivement un élargissement de ses compétences et, en 1970, est devenue un organe à part entière de l'OEA. L'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme l'a investie d'un mandat conventionnel additionnel. Elle fonctionne donc aujourd'hui à la fois en tant qu'organe de l'OEA — exerçant à ce titre ses fonctions de surveillance vis-à-vis de l'ensemble des Etats membres de l'Organisation — et en tant qu'organe de contrôle conventionnel¹⁹¹. Bien que créée directement par la Convention, la Cour interaméricaine des droits de l'homme exerce, elle aussi, des fonctions dépassant le cadre strictement conventionnel, puisqu'elle peut rendre des avis consultatifs à la demande de n'importe quel Etat membre de l'OEA ou d'un organe de l'OEA autorisé à cet effet¹⁹².

- ⁸¹ Le mécanisme de contrôle de la Convention américaine des droits de l'homme est inspiré du modèle institutionnel européen originel à deux étages, mais présente plusieurs différences importantes¹⁹³. Tout d'abord, la compétence de la Commission interaméricaine est facultative pour les requêtes étatiques, alors qu'elle est obligatoire pour les requêtes individuelles. Il s'agit donc d'une sorte de miroir des fonctions de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme. Quant à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, sa compétence dépend de déclarations d'acceptation des Etats parties, ce qui la différencie actuellement de la Cour unique européenne, mais est identique au système européen tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11. La différence cependant essentielle dans la perspective de notre étude est le fait qu'une *actio popularis* puisse être intentée non seulement par des Etats, mais aussi par des individus ou des organisations non gouvernementales. C'était du moins l'opinion établie pendant longtemps, et ce en raison du texte de la Convention ainsi que de la pratique libérale de la Commission interaméricaine. Cette admission de l'*actio popularis* a été fragilisée ces dernières années, sous l'influence peut-être des jurisprudences du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et des organes de Strasbourg, mais sans être complètement remise en cause.

§ 1^{er} – Les requêtes interétatiques

A. Une procédure facultative

- ⁸² La Convention américaine prévoit que la Commission peut recevoir et examiner des requêtes dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie a violé les droits protégés par la Convention¹⁹⁴. La compétence de la Commission est cependant facultative et basée sur la réciprocité. Elle n'existe que si l'Etat requérant et l'Etat mis en cause ont tous deux accepté cette compétence à l'avance en formulant la déclaration unilatérale prévue à cet effet¹⁹⁵. Le caractère facultatif de la procédure des requêtes interétatiques est probablement lié à la méfiance ancienne et profonde existant dans la région à l'égard de toute forme d'intervention par un Etat dans les affaires intérieures d'un autre Etat¹⁹⁶.
- ⁸³ Après vérification de la recevabilité de la requête, la Commission examine l'affaire et peut décider, si nécessaire, de conduire une enquête dans le pays concerné¹⁹⁷. Elle se met en outre à la disposition des Etats intéressés en vue d'aboutir à un règlement à

l'amiable¹⁹⁸. En cas d'échec, la Commission rédige un rapport exposant les faits et ses conclusions¹⁹⁹. L'affaire peut alors être transmise à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, soit par la Commission elle-même, soit par l'un des deux Etats²⁰⁰. La Cour n'a toutefois de compétence contentieuse que si les deux Etats concernés ont accepté, par une déclaration spéciale, sa juridiction²⁰¹. Si l'affaire n'est pas transmise à la Cour, il appartient à la Commission d'émettre un avis et de fixer à l'Etat défendeur un délai dans lequel celui-ci doit prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. A l'expiration de ce délai, la Commission est investie d'un pouvoir de décision : elle décide, à la majorité absolue de ses membres, si l'Etat défendeur a pris les mesures appropriées et si elle veut publier son rapport²⁰².

- ⁸⁴ D'autre part, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine n'établit pas de différences dans les conditions de recevabilité entre les requêtes introduites par des Etats et les requêtes individuelles²⁰³. L'examen des unes et des autres est subordonné en particulier à l'épuisement préalable des voies de recours internes, une exigence qui est interprétée cependant par la Commission interaméricaine d'une manière particulièrement souple.

B. La qualité pour agir

- ⁸⁵ Il est communément admis en doctrine que le droit des Etats parties à la Convention américaine d'introduire une requête contre un autre Etat partie n'est pas limité aux violations de la Convention dont sont victimes leurs ressortissants²⁰⁴. L'Etat souhaitant agir n'a pas à démontrer un intérêt spécifique à l'objet de sa requête ; il peut agir en défense soit de ses propres nationaux, soit d'apatriides, soit encore de ressortissants d'autres Etats. Faute pour l'instant de pratique, cette interprétation n'a pas encore été corroborée dans un cas d'espèce, mais elle est conforme à celle faite des droits de requêtes étatiques similaires existant au titre des conventions européennes et onusiennes relatives aux droits de l'homme.

C. L'absence de toute pratique

- ⁸⁶ Bien que la Convention soit entrée en vigueur depuis maintenant plus de vingt ans, la procédure des communications interétatiques n'a jusqu'à présent jamais été utilisée. Lors de la reprise à la fin des années quatre-vingt-dix du conflit frontalier entre le Pérou et l'Equateur, le Pérou envisagea de saisir la Commission interaméricaine d'une requête au sujet du traitement de ses ressortissants en Equateur, mais y renonça finalement. Cette absence de pratique est à imputer d'abord aux réticences usuelles des Etats à utiliser ce type de mécanisme contentieux²⁰⁵. Plusieurs raisons plus spécifiques peuvent cependant être avancées, les unes liées à l'histoire de la région, les autres rattachées au fonctionnement du système lui-même²⁰⁶ :

- En premier lieu, il convient de rappeler que la mémoire collective des pays d'Amérique latine conserve les traces des interventions militaires exercées par des grandes puissances sous le couvert de la protection de leurs nationaux. Une susceptibilité particulière s'est ainsi développée dans cette région du monde à l'égard de toute forme d'intervention extérieure, même non militaire. Le principe de non-intervention dans les affaires intérieures n'est certes pas invocable lorsque l'Etat est lié, comme c'est le cas en matière de droits de l'homme, par des obligations internationales. Si cela est vrai sur le plan du droit, il n'empêche qu'il

existe en Amérique latine une méfiance particulière à l'égard de toute forme d'intervention de la part d'autres Etats. C'est là une première explication possible de l'absence à ce jour de toute saisine ;

- Une deuxième explication est le caractère facultatif de la procédure des requêtes interétatiques. Cette caractéristique limite en tout cas les possibilités de l'utiliser à un cercle assez restreint d'Etats. Au 1^{er} janvier 2004, seuls 13 des 24 Etats parties à la Convention américaine des droits de l'homme avaient fait une déclaration d'acceptation de ladite procédure ;
- Troisièmement, l'existence d'autres mécanismes a diminué considérablement l'utilité de ce mécanisme. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la procédure des requêtes interétatiques a été utilisée principalement à l'égard d'Etats qui n'avaient pas encore accepté le droit des recours des individus. Or, dans le système interaméricain, la compétence de la Commission pour examiner des requêtes individuelles existe de plein droit à l'égard de l'ensemble des Etats parties. La Commission peut en outre être saisie par le biais d'une *actio popularis* ou se saisir elle-même d'office. Ce caractère automatique du droit de recours individuel et la facilité avec laquelle peut être déclenchée une procédure devant la Commission interaméricaine ont certainement diminué l'utilité de la procédure des requêtes interétatiques. Enfin, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine dispose d'une compétence étendue pour rendre des avis consultatifs²⁰⁷. La limite similaire posée par le Protocole additionnel n° 2 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui empêche la Cour européenne d'interpréter dans un avis consultatif la portée d'un des droits protégés, n'existe pas dans la Convention américaine. En outre, tous les Etats membres de l'OEA – et pas seulement les Etats parties à la Convention – ainsi que tous les organes et institutions spécialisées de l'OEA peuvent solliciter un tel avis consultatif. En outre, le rôle important joué dans le système interaméricain par cette procédure des avis consultatifs – 16 affaires jusqu'à présent – a contribué probablement à réduire l'intérêt des Etats pour la procédure contentieuse des requêtes interétatiques.

§ 2 – Les requêtes individuelles

A. Un accès large des individus à la Commission, mais pas d'accès direct à la Cour

- ⁸⁷ Toute personne, groupe de personnes ou entité non gouvernementale peut présenter une requête auprès de la Commission au sujet d'une violation de la Convention par un Etat partie. La compétence de la Commission interaméricaine pour examiner de telles requêtes individuelles existe de plein droit à l'égard de l'ensemble des Etats parties²⁰⁸. Après vérification de la recevabilité, la Commission s'efforce de favoriser un règlement à l'amiable. Elle refuse cependant de jouer ce rôle conciliatoire dans les cas de violations graves des droits de l'homme, tels que des disparitions ou des exécutions sommaires. Le Statut de la Commission, qui a été approuvé par l'Assemblée générale de l'OEA, l'autorise à examiner aussi des communications relatives à des violations des droits de l'homme commises dans des pays qui ne sont pas parties à la Convention²⁰⁹. En pratique, la Commission les traite selon une procédure identique à celle utilisée pour les requêtes qu'elle reçoit au sujet d'Etats parties à la Convention²¹⁰.
- ⁸⁸ Contrairement à celle de la Commission, la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dépend d'une déclaration d'acceptation de l'Etat concerné²¹¹. D'autre

part, les individus n'ont pas d'accès direct à la Cour. Seule la Commission et les Etats parties ont le droit de transmettre une affaire à la Cour²¹².

B. La qualité pour agir

1) L'absence de référence dans la Convention à la notion de victime

89 Une des particularités de la Convention américaine des droits de l'homme est le fait qu'elle ne limite pas le droit d'introduire une requête aux « victimes » de violations. Cette notion ne figure pas dans le texte de l'article 44 de la Convention, qui est formulé en termes très larges :

Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie.

2) La pratique traditionnellement libérale de la Commission

90 Dans la pratique qu'elle a développée jusqu'à présent, la Commission interaméricaine s'est montrée particulièrement peu formaliste par rapport à la qualité pour agir du pétitionnaire. Elle a admis, par exemple, qu'une requête individuelle soit présentée au nom de personnes décédées ou disparues, ou au nom d'un groupe rassemblant un nombre indéterminé de personnes. Ainsi, dans l'affaire *Baby Boy*, la Commission a jugé recevable une requête présentée par des ressortissants américains qui alléguaien que l'acquittement d'un médecin ayant pratiqué un avortement constituait une violation du droit à la vie ; le texte de la décision ne discute même pas de la qualité pour agir des pétitionnaires²¹³. Le Règlement de la Commission témoigne de cette pratique libérale, puisqu'il reprend la formulation de l'article 44 de la Convention en ajoutant la précision que le requérant peut agir « en son nom propre ou au nom d'une tierce personne²¹⁴. » La pratique libérale de la Commission interaméricaine implique que le requérant n'a pas à démontrer un intérêt personnel. Comme cela a été relevé par plusieurs auteurs éminents, l'*actio popularis* paraît donc clairement admise dans le système de la Convention américaine des droits de l'homme²¹⁵.

3) Vers une remise en cause de l'*actio popularis* ?

91 Des hésitations au sujet : de l'*actio popularis* semblent apparaître cependant dans la pratique récente des organes de contrôle de la Convention américaine. Dans l'affaire *Montoya*, la Commission a déclaré irrecevable une requête présentée par une athlète du Costa Rica qui se plaignait de discriminations dans les concours municipaux d'athlétisme du fait de l'attribution de prix de moindre importance pour les femmes que pour les hommes. La Commission a déclaré à cette occasion :

A la différence des dispositions de la Convention européenne et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies, il n'est pas exigé de la requérante qu'elle ait été victime d'une violation de la Convention dans le système interaméricain. Néanmoins, il ne faut pas conclure que, en la matière, le caractère libéral du système interaméricain puisse admettre l'interjection d'une action *in abstracto* devant la Commission. Un individu ne peut instituer une *actio popularis* et contester une loi sans établir une certaine légitimation [sic] active qui justifie son recours à la Commission. La requérante doit se présenter comme victime d'une violation de la Convention ou doit comparaître devant la Commission en tant que représentant

d'une victime putative d'une violation de la Convention par un Etat partie. Il ne suffit pas qu'une requérante affirme que la simple existence d'une loi viole les droits que lui confère la Convention américaine, mais il est nécessaire que ladite loi ait été appliquée à son détriment²¹⁶.

- 92 Cette position – si elle devait être réitérée dans d'autres décisions futures – constituerait un infléchissement important de la part de la Commission de la pratique libérale qu'elle a suivie jusqu'à présent en matière de qualité pour agir. La décision cité paraît influencée, jusque dans sa formulation, par la jurisprudence des organes de Strasbourg ainsi que celle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Selon nous, la Commission s'est cependant trompée de cible : ce qui était véritablement en cause dans cette affaire n'était pas la qualité pour agir de la requérante, mais la question de l'admissibilité d'un contrôle abstrait d'actes législatifs et l'absence d'épuisement des voies de recours internes (qui constituait l'un des principaux arguments du gouvernement défendeur²¹⁷).
- 93 Plus intéressante pour l'objet de notre étude est la récente affaire relative aux expulsions et déportations collectives d'Haïtiens et de Dominicains d'origine haïtienne. L'affaire fut portée à la connaissance de la Commission interaméricaine par le biais d'une dénonciation émanant de particuliers. La République dominicaine ayant rejeté les mesures de protection indiquées par la Commission²¹⁸, celle-ci imita la Cour à ordonner des mesures provisoires²¹⁹. Compte tenu du nombre élevé de personnes affectées et de l'impossibilité pour la Commission de les identifier toutes individuellement, la Commission formula sa demande de mesures provisoires en des termes généraux, de sorte qu'elles profitent à l'ensemble des personnes nécessitant une protection. La Commission sollicitait la suspension des expulsions ou déportations collectives ainsi que l'établissement d'une procédure garantissant un examen individualisé de chaque situation. Dans un *addendum* transmis à la Cour deux semaines plus tard, la Commission compléta sa demande initiale en donnant les noms de certaines personnes déjà déportées et en sollicitant des mesures spécifiques en leur faveur. En réponse à une question posée par le Président de la Cour lors de l'audience publique, la Commission indiqua que sa demande de mesures provisoires constituait une *actio popularis*²²⁰. La Cour décida d'ordonner effectivement des mesures provisoires, mais en les limitant presque exclusivement à la situation des personnes identifiées nommément dans la requête de la Commission²²¹. Elle alla ainsi dans le sens de l'argumentation de l'Etat défendeur qui faisait valoir que des mesures provisoires supposent une identification individuelle des personnes concernées, faute de quoi les autorités de l'Etat ne pourraient pas les mettre en œuvre efficacement²²².
- 94 Faut-il voir dans cette décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme une remise en cause de l'*actio popularis* ? Nous ne le pensons pas. Cette décision de la Cour concerne tout d'abord le contexte spécifique de l'indication de mesures provisoires. La Cour a innové dans cette affaire en ordonnant, pour la première fois, des mesures provisoires par rapport à des personnes qui n'étaient pas menacées directement dans leur vie ou leur intégrité physique. Il est légitime que la Cour se montre, en même temps, prudente dans l'indication de mesures provisoires, puisqu'elle doit se prononcer sur de telles mesures à un stade précoce, avant l'examen de l'affaire au fond²²³. En l'espèce, la Cour n'a pas rejeté l'*actio popularis*. Elle a estimé simplement que la preuve n'avait pas été apportée, à ce stade en tout cas de la procédure, qu'une politique de déportations et d'expulsions massives était menée par les autorités dominicaines. En revanche, elle a jugé avoir des preuves suffisantes laissant supposer *prima facie* des cas

individuels d'abus²²⁴. Cette interprétation de l'ordonnance de la Cour est confirmée par l'opinion individuelle du Président de ladite Cour, le juge Antônio A. Cançado Trindade. Le juge brésilien laisse clairement entendre que l'*actio popularis* peut se fonder sur le caractère *erga omnes* des obligations figurant dans la Convention²²⁵ et affirme que le champ est ouvert en droit international à une « cristallisation » progressive de l'*actio popularis*²²⁶. Il ajoute cependant qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la notion d'*actio popularis* à ce stade du « développement historique » de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures provisoires²²⁷.

Sous-section III – La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

95 Adoptée en juin 1981 par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernements de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est la plus récente des trois conventions régionales relatives à la protection des droits de l'homme. Si elle s'inspire des instruments régionaux et universels qui l'ont précédé, la Charte africaine présente aussi de nombreux traits spécifiques. Elle innove souvent sur le plan normatif, notamment en consacrant des droits collectifs ainsi que des devoirs de l'individu d'une manière plus détaillée que dans les autres conventions de caractère général relatives aux droits de l'homme. Sur le plan institutionnel, en revanche, ses mécanismes de contrôle présentent d'indéniables faiblesses²²⁸. La surveillance de la Charte est assurée principalement pour l'instant par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. En juin 1998, les Etats membres de l'OUA ont adopté cependant un protocole additionnel portant création d'un organe judiciaire. Cette nouvelle Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'entrera cependant en fonction qu'après l'entrée en vigueur du Protocole, ce qui devrait prendre probablement encore quelques années²²⁹.

§ 1^{er} – Les requêtes interétatiques

A. Une procédure inspirée du modèle européen

96 A l'instar de la Convention européenne (et contrairement au texte américain), la Charte africaine instaure une procédure de requêtes interétatiques qui s'impose automatiquement à l'ensemble des Etats parties ; il n'est pas nécessaire que les Etats formulent une déclaration expresse d'acceptation. Dans le cadre de ce mécanisme des requêtes interétatiques, l'Etat demandeur a le choix entre deux procédures. La première vise à donner une chance préalable à la négociation directe. Elle consiste donc pour l'Etat requérant à adresser sa communication directement à l'Etat concerné, en informant parallèlement le Secrétaire général de l'OUA et le Président de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Si, dans un délai de trois mois, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats intéressés, l'un comme l'autre peut alors la soumettre à la Commission²³⁰. La seconde voie procédurale ouverte à l'Etat requérant consiste à saisir directement la Commission²³¹. Dans un cas comme dans l'autre, la Commission, une fois saisie, vérifie que les recours internes ont été épuisés, « à moins qu'il ne soit manifeste pour la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale²³². » Le mandat de la Commission consiste ensuite principalement à faciliter un règlement amiable du différend. Le rapport final qu'elle rédige contient les faits examinés, les conclusions de la Commission quant au

respect de la Charte, ainsi que d'éventuelles recommandations. Ce rapport est transmis aux Etats intéressés et à l'organe suprême de l'OUA, la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement²³³. Aucune disposition de la Charte africaine ne porte sur le suivi de la mise en œuvre des recommandations de la Commission. En principe, elle semble devoir incomber à la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. L'avenir dira peut-être si la Commission décide de prendre certaines mesures pour surveiller elle-même la mise en œuvre de ses recommandations.

B. La qualité pour agir

- 97 Le texte de la Charte africaine paraît autoriser n'importe quel Etat partie à déposer une communication au sujet d'une quelconque violation par un autre Etat partie de ses obligations découlant de la Charte. Comme dans les deux autres conventions régionales, l'Etat requérant ne devrait donc pas avoir à démontrer qu'il a un intérêt personnel à agir. Cette interprétation est confirmée par le Protocole additionnel portant création de la Cour, qui confère le droit de saisir la future Cour non seulement à l'Etat dont les ressortissants ont été victimes de violations des droits de l'homme, mais aussi à n'importe quel autre Etat ayant déposé une requête devant la Commission ainsi qu'à n'importe quelle organisation africaine intergouvernementale²³⁴.

C. Une pratique appelée à demeurer limitée

- 98 A ce jour, seules deux requêtes interétatiques ont été adressées à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. La première fut déposée en avril 1995 par la Libye contre les Etats-Unis en relation avec le retrait de soldats libyens du Tchad après un coup d'état militaire en 1990. Cette communication ne concernant toutefois pas un Etat partie à la Charte, elle fut d'emblée écartée par la Commission²³⁵. Plus récemment, la République démocratique du Congo a déposé une communication devant la Commission au sujet de violations des droits de l'homme commises sur son territoire par le Rwanda et l'Ouganda.

- 99 L'usage de mécanisme restera probablement limité à des cas exceptionnels. Le manque d'enthousiasme pour ce genre de procédure, la sensibilité d'Etats africains jaloux de leur souveraineté à l'égard de toute forme d'intervention dans le domaine des droits de l'homme (fut-elle le fait d'un autre pays africain ou d'un organe de l'OUA) et les défauts et faiblesses du mécanisme, notamment l'absence de possibilité pour la Commission de rendre une décision obligatoire, incitent à un certain pessimisme quant aux chances d'utilisation avec succès de cette procédure.

§ 2 – La procédure des requêtes individuelles

A. Une procédure semée d'obstacles pour le requérant

- 100 La Charte africaine octroie également à la Commission la compétence d'examiner d'« autres communications²³⁶ », une expression sibylline (et révélatrice d'une certaine méfiance) qui vise les requêtes émanant d'individus, de groupes d'individus ou d'organisations non gouvernementales. La compétence de la Commission en la matière ne dépend pas d'une acceptation expresse de l'Etat concerné. Cependant, les pouvoirs de la Commission africaine apparaissent plus limités que ceux des organes de contrôle européens et interaméricains. Premier obstacle, une communication individuelle n'est

examinée que si une majorité des membres de la Commission le décide (sur la base d'une liste de l'ensemble des communications établie avant chaque session par le Secrétariat). Comme ses homologues régionaux, la Commission procède ensuite à un examen de la recevabilité de la communication²³⁷. Une fois la requête déclarée recevable, la Commission doit cependant encore déterminer si celle-ci laisse apparaître, à première vue, « l'existence d'un ensemble de violations graves ou massives des droits de l'homme et des peuples²³⁸. » Cette réglementation empêche donc en principe la Commission africaine d'examiner des cas isolés de violations des droits de l'homme, même si elle n'est dans la pratique pas appliquée strictement. Lorsque la Commission estime que la requête satisfait cette condition de gravité, elle attire l'attention de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA²³⁹, ou dans les cas d'urgence le Président de celle-ci²⁴⁰. La Commission africaine ne peut procéder à un examen approfondi d'une communication que si la Conférence le décide. Le cas échéant, la Commission rédige à l'issue de cet examen approfondi un rapport contenant les constatations de faits ainsi que ses recommandations, mais qui n'est en tant que tel pas obligatoire²⁴¹. En outre, ce rapport demeure confidentiel, à moins que la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA ne décide de le publier²⁴². Le Secrétariat de la Commission publie cependant des communiqués de presse relatifs aux activités de la Commission qui incluent des informations sur les décisions prises au sujet de communications individuelles²⁴³.

¹⁰¹ Le Protocole portant création de la future Cour africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit que celle-ci sera compétente pour examiner des requêtes présentées par des individus ou des organisations non gouvernementales ayant un statut d'observateur auprès de la Commission africaine, mais seulement à la condition que l'Etat concerné ait fait une déclaration spéciale d'acceptation²⁴⁴. Contrairement aux décisions de la Commission qui ne sont pas obligatoires, les arrêts de la future Cour lieront les parties au litige et un délai sera fixé par la Cour pour leur mise en œuvre²⁴⁵.

B. La qualité pour agir

1) L'absence de référence dans la Charte à la notion de victime

¹⁰² L'article 56 de la Charte africaine énonce diverses conditions de recevabilité, mais ne dit rien au sujet de la qualité pour présenter une requête. En particulier, il ne prétend pas limiter le droit d'agir aux « victimes » des violations alléguées, comme le font la Convention européenne et les traités onusiens relatifs aux droits de l'homme. Le texte de la Charte africaine autorise donc une conception large de la qualité pour agir.

2) La pratique libérale de la Commission

¹⁰³ Tirant parti du texte de la Charte, la Commission africaine s'est montrée libérale dans l'examen de la qualité pour agir des requérants individuels. Dans des décisions récentes, elle a affirmé expressément que la Charte africaine autorise une *actio popularis*²⁴⁶.

¹⁰⁴ Pourtant, la Commission africaine semble avoir eu initialement certaines hésitations à ce sujet. Le Règlement de procédure adoptée par la Commission en 1988 prévoyait en effet qu'une requête pouvait être introduite soit par la victime directe de la violation alléguée ou un individu agissant en son nom, soit par n'importe quel individu ou

organisation lorsqu'il s'agit de violations graves ou massives des droits de l'homme²⁴⁷. Ainsi, l'*actio popularis* était expressément admise au sujet de violations graves ou massives des droits de l'homme, alors que dans les cas de violations isolées, la possibilité d'une *actio popularis* était limitée par la notion de victime, un terme pourtant absent de la Charte. Dans la version révisée de son Règlement de procédure, adoptée en 1995, la Commission africaine a supprimé la notion de victime. Elle s'est contentée d'indiquer que la recevabilité d'une requête individuelle doit être examinée conformément à l'article 56 de la Charte africaine²⁴⁸. Or, cette disposition de la Charte africaine ne parle pas de victime, ni n'impose d'autres conditions à la qualité pour agir. La Cour a ainsi ouvert la voie à l'*actio popularis*, et cela tant pour les violations graves ou massives des droits de l'homme et des peuples, que pour des violations plus ponctuelles ou isolées.

NOTES DE BAS DE PAGE

- 2.** Article 22 de la Constitution de l'OIT.
- 3.** Articles 24 à 34 de la Constitution de l'OIT

4. Sur les différentes procédures de contrôle de l'OIT, voir notamment : I. Zarras, *Le contrôle de l'application des conventions internationales du travail*, Paris, 1937 ; N. Valticos, *Droit international du travail*, 2^e éd., Paris, 1983 ; E. Osieke, *Constitutional Law and Practice in the International Labour Organisation*, Dordrecht, 1985 ; N. Valticos, « Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail », *RGDIP*, vol. 91, 1987, p. 847-879 ; V.-Y. Ghebali, *L'Organisation internationale du Travail*, Genève, 1987 ; N. Valticos & G. von Potobsky, *International Labour Law*, 2^e éd., Deventer, 1994 ; H. Bartolomei de la Cruz et al. (éd.), *The International Labor Organization: The International Standards System and Human Rights*, Boulder, 1996 ; K. Sampson, “The Standard-Setting and Supervisory System of the International Labour Organisation”, in: R. Hanski & M. Suksi (éd.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Turku, 1997.

5. Le Conseil d'administration est composé de cinquante-six personnes : vingt-huit représentants gouvernementaux, quatorze représentants des employeurs, et quatorze représentants des travailleurs (article 7 § 1).

6. Article 26 § 2 et 3 de la Constitution de l'OIT. Contrairement à ce que prévoyait le projet initial de Constitution, le Conseil d'administration de l'OIT n'est pas dans l'obligation de nommer une commission d'enquête. L'article 26 § 3 prévoit en effet que le Conseil d'administration « pourra former » une commission d'enquête (“may appoint” dans le texte anglais). Le Conseil d'administration paraît devoir disposer en la matière d'une grande liberté. La Commission d'enquête chargée de la plainte du Ghana contre le Portugal relevait ainsi dans son rapport : « A moins que le gouvernement plaignant ne présente des éléments appuyant, de prime abord, la plainte, l'Organisation a toute latitude de décider s'il y a lieu de poursuivre l'affaire » (*BIT, Bulletin officiel*, vol. 45, 1962, n° 2, supplément 2, § 705).

- 7.** Article 28 de la Constitution de l'OIT.
- 8.** Article 29 § 2 de la Constitution de l'OIT.
- 9.** Article 26 § 4 de la Constitution de l'OIT.

10. Il faut relever que les articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT prévoient une procédure contentieuse moins formelle qui est déclenchée sur « réclamation » d'une organisation

d'employeurs ou de travailleurs. La réclamation est examinée par un comité de trois membres mis sur pied par le Conseil d'administration de l'OIT. En cas de réponse insatisfaisante du gouvernement concerné, le Conseil d'administration de l'OIT peut, en guise de sanction morale, rendre publique la réclamation. Cette procédure ne donne pas lieu à la création d'une commission d'enquête. Cependant, l'article 10 du règlement relatif aux réclamations envisage la possibilité qu'une réclamation soit traitée dans certains cas comme une plainte et aboutisse ainsi à la création d'une commission d'enquête.

11. Article 28 de la Constitution de l'OIT.

12. Dans la pratique, les fonctions de juge et de conciliateur sont d'ailleurs plus proches l'une de l'autre que ne le laissent penser certaines distinctions doctrinales. Comme le relevait élégamment un rapport du Conseil fédéral suisse : « un conciliateur tiendra toujours un peu du juge, comme dans tout bon juge il y a un conciliateur qui sommeille » (cité par P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, 1954, tome III, p. 211, note 4).

13. Cf. BIT, *Bulletin officiel*, vol. 45, 1962, n° 2, supplément 2, § 701.

14. Cf. BIT *Bulletin officiel*, vol. 46, 1963, n° 2, suppl. 2, § 386 ; *ibid.*, vol. 54, 1971, n° 2, suppl. spécial, § 71 ; *ibid.*, vol. 67, 1984, série B, suppl. spécial, § 468.

15. Cf. Rapport du Comité d'experts sur l'application des conventions et recommandations, rapport III (4A), Conférence internationale du Travail, 75^e session, 1988, p. 309-310.

16. Article 29 § 2 de la Constitution de l'OIT.

17. Article 31 de la Constitution de l'OIT.

18. Rapport III (4A). Conférence internationale du Travail, 77^e session, 1990, p. 8 et 345. Le caractère quasi judiciaire de la procédure a été fréquemment relevé en doctrine (voir, par exemple : Zarras, *op. cit.* (note 4), p. 299; C.W. Jenks, "The Corpus juris of Social Justice", in: *Law, Freedom and Welfare*, Londres, 1963, p. 125; E. Osieke, "The Exercice of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organisation". *BYIL*, 1974-1975, p. 338-339 ; N. Valticos, « Les commissions d'enquête », préc. (note 4), p. 856-860). Certains auteurs ont mis néanmoins en doute ce caractère judiciaire en soulignant que les commissions d'enquête de l'OIT n'ont pas véritablement à trancher un différend en droit entre Etats et que leurs décisions ne seraient pas « exécutoires » (voir en particulier H. Golsong, "Implementation of International Protection of Human Rights", *RCADI*, vol. 110, 1963-111, p. 45 et D. Vignes, « La procédure d'enquête prévue à l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail », *AFDI*, vol. 9, 1963, p. 458-459). Il n'en demeure pas moins que la caractéristique principale qui distingue une procédure juridictionnelle d'autres modes de règlement des différends consiste dans le pouvoir du juge (ou de l'arbitre) de rendre une décision juridiquement obligatoire pour les parties au litige. Sous cet angle, il n'est nullement abusif de qualifier le mandat des commissions d'enquête de l'OIT de quasi juridictionnel.

19. Il est intéressant de signaler que la recevabilité des plaintes est régie différemment dans la procédure instituée au sein de l'OIT en 1950 pour la sauvegarde de la liberté syndicale (qui sous d'autres aspects présente des similarités avec la procédure de plaintes de l'article 26 de la Constitution de l'OIT). Dans le cadre de la procédure relative à la liberté syndicale, les gouvernements n'ont pas non plus à se prévaloir d'un préjudice personnel. En revanche, des conditions de recevabilité ont été établies à l'égard des plaintes émanant d'organisations professionnelles, apparemment afin d'éviter que la procédure soit utilisée de manière abusive. Une plainte ne peut être déposée que par une organisation nationale directement concernée, par une organisation internationale si la plainte touche directement les intérêts d'une de ses organisations nationales affiliées, ou par une organisation ayant le statut consultatif auprès de l'OIT (voir N. Valticos, « La protection internationale de la liberté syndicale », *RCADI*, vol. 144, 1975-I, p. 107).

20. N. Politis, *La justice internationale*, 2^e éd., Paris, 1924, p. 252.

21. Voir, en particulier, G. Fischer, *Les rapports entre l'Organisation internationale du Travail et la Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1946, p. 172 : « [...] lorsque c'est un Etat qui intente plainte, il défend ses propres intérêts, il combat la concurrence déloyale qu'un autre Etat pourrait lui faire ». Cependant, dans un autre passage du même ouvrage, l'auteur plaide – ce qui est contradictoire avec l'affirmation précédente – en faveur d'*« une action intentée non pas en vue de protéger un intérêt propre, mais en vue de faire respecter une situation statutaire de caractère objectif »* (*ibid.*, p. 213). Voir aussi G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933-IV, p. 637 : « On constatera encore une sorte de départ entre la mise en jeu purement objective ou administrative du contrôle [dans le système des rapports] et son déclenchement subjectif ou unilatéral par les sujets de droits intéressés ou les représentants des collectivités lésées [dans le cadre de la procédure contentieuse des réclamations et des plaintes]. Il y a là encore des vestiges du système originaire ou diplomatique. »

22. Voir notamment : V. Leblanc, « Le contrôle de l'application des conventions internationales », *Revue de droit international*, 1927, p. 1030 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, 1954, tome II, p. 290 ; H. Golsong, *op. cit.* (note 4), p. 46 ; D. Vignes, *op. cit.* (note 4), p. 444 ; N. Valticos, « Un système de contrôle international : La mise en oeuvre des conventions internationales du travail », *RCADI*, vol. 123, 1968-I, p. 359-360 ; *id.*, *Droit international du travail*, préc. (note 4), p. 607 ; J.-P. Cot, *La conciliation internationale*, Paris, 1968, p. 256 (qui parle d'une « action publique déclenchée par le demandeur ») ; P. van Dijk, *Judicial Review*, préc., p. 455-457. Voir aussi, dans le cadre de l'affaire du Sud-Ouest africain, l'opinion individuelle du juge Jessup jointe à l'arrêt de 1962 (*CIJ Recueil*, 1962, p. 428-430), ainsi que les opinions dissidentes relatives à l'arrêt de 1966 du même Jessup (*CIJ Recueil*, 1966, p. 323 ss), du juge Tanaka (*ibid.*, p. 252) et du Vice-Président Wellington Koo (*ibid.*, p. 226).

23. Voir *infra* § 3, p. 115.

24. BIT, *Bulletin officiel*, vol. 45, 1963, n° 2, suppl. 2, § .383.

25. *Ibid.*, vol. 45, 1963, n° 2, suppl. 2, § 384. Dans une référence croisée amusante, le texte du rapport de la commission d'enquête de l'OIT cite aussi l'opinion individuelle du juge Jessup jointe à l'arrêt de 1962, où celui-ci, parlant de la plainte déposée par le Ghana contre le Portugal au titre de l'article 26 de la Constitution de l'OIT disait : « Cette affaire montre qu'un Etat peut avoir un intérêt juridique à ce que soient observées, dans les territoires d'un autre Etat, les dispositions conventionnelles relatives au bien-être général et qu'il peut faire valoir un tel intérêt indépendamment de toutes incidences sur ses propres ressortissants ou sur ses intérêts directs "tangibles" ou "concrets" » (*CIJ Recueil*, 1962, p. 343).

26. BIT *Bulletin officiel*, vol. 70, 1987, Série B, suppl. 1, § 457.

27. Voir notamment le rapport de la commission d'enquête Portugal-Libéria (*ibid.*, vol. 46, 1963, n° 2, suppl. 2, § 392, et celui de la commission d'enquête chargée de la plainte contre la République fédérale d'Allemagne (*ibid.*, vol. 70, 1987, Série B, suppl. 1, § 457-458).

28. Article 29 § 2 de la Constitution de l'OIT. La formulation de cet article n'est pas parfaitement claire. Alors que la version française dit « s'il désire soumettre le différend à la Cour », les termes du texte anglais sont : « whether it proposes to refer the complaint to the International Court of Justice ». Selon un auteur, cette disposition ne suffirait pas à fonder la compétence de la Cour. L'Etat plaignant, ou l'Etat mis en cause, pourrait suggérer la saisine de la Cour, mais celle-ci ne serait compétente que si il existe des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour selon l'article 36 § 2 de son Statut ou si un compromis juridictionnel est conclu entre les parties intéressées (cf. H. Golsong, *op. cit.* (note 4), p. 42). Cette interprétation est contestable. En effet, il n'est nul besoin d'une disposition conventionnelle pour permettre simplement de suggérer la saisine de la Cour. Il s'agit là d'une possibilité ouverte aux Etats en tout temps. Une telle interprétation priverait l'article 29 § 2 de la Constitution de l'OIT de toute portée utile. De nombreux auteurs ont affirmé au contraire l'existence d'un véritable *droit* de soumettre le différend à la Cour. Sur ce point, voir par exemple C.W. Jenks, *The International Protection of Trade*

Union Freedom, Londres, 1957, p. 79 ; voir aussi le rapport de la Commission d'enquête Ghana-Portugal, BIT, *Bulletin officiel*, vol. 44, 1962, n° 2, suppl. 2, § 702.

29. Article 37 § 1 de la Constitution de l'OIT.

30. Cette problématique se pose de manière similaire dans le cadre d'autres traités de protection des droits de l'homme. A ce sujet, voir *infra* p. 125-126.

31. Sur la base de l'article 29 § 1 de la Constitution de l'OIT.

32. En se fondant cette fois-ci sur l'article 37 § 1 de la Constitution de l'OIT. En ce sens P. van Dijk, *Judicial Review*, préc., p. 456-457. A noter que l'article 37 § 1 peut servir dans une autre hypothèse. En effet, la clause de l'article 29 § 1 de la Constitution de l'OIT ne prévoit la saisine de la Cour internationale de Justice qu'à la demande des Etats impliqués dans une procédure de plaintes ; elle n'envisage pas l'hypothèse où la procédure de plaintes serait déclenchée d'office par le Conseil d'administration ou à la suite d'une plainte d'un délégué à la Conférence internationale du Travail. Cette omission résulte vraisemblablement du fait que le projet initial de texte proposé en 1919 par la Grande-Bretagne prévoyait uniquement le cas d'une plainte émanant d'un Etat membre. Lorsque la procédure n'a cependant pas été déclenchée par une plainte étatique, il paraît parfaitement envisageable que le Conseil d'administration de l'OIT ou la Conférence internationale du Travail adresse à la Cour internationale de Justice une demande d'avis consultatif en se basant sur l'article 37 § 1 de la Constitution de l'OIT (voir en ce sens, N. Valticos, « Les commissions d'enquête de l'OIT », préc. (note 4), p. 870, note 57).

33. Ace sujet, voir en particulier N. Valticos, *Droit international du travail*, préc. (note 4), p. 113-140.

34. La Constitution de l'OIT fut intégrée – à l'instar du Pacte de la Société des Nations-dans le Traité de Versailles de 1919, dont elle constituait la Partie XIII (articles 387 à 427).

35. Un lien semblable existe avec l'ONU, dont l'OIT est devenue après la Seconde Guerre mondiale une organisation spécialisée. Voir les articles 57 et 63 de la Charte des Nations Unies.

36. Cette préoccupation apparaît également dans le préambule de la Constitution de l'OIT, qui relève que « la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays. »

37. Pour donner des garanties aux gouvernements qui craignaient particulièrement dans le domaine maritime que l'adoption de conventions n'aggrave la concurrence internationale, des conditions spéciales furent posées à l'entrée en vigueur des conventions de l'OIT. Alors que celles-ci entrent habituellement en vigueur dès qu'elles ont été ratifiées par deux Etats membres, on exigea pour les conventions maritimes, à partir de 1936, un nombre supérieur de ratifications correspondant à une partie importante de la Hotte marchande.

38. Dans son avis consultatif du 12 août 1922, la Cour permanente de Justice internationale avait déjà eu l'occasion de relativiser le poids des considérations tirées de la concurrence internationale. La Cour avait rejeté l'argumentation de la France qui contestait la compétence de l'OIT à adopter des conventions en matière agricole en prétendant que les compétences de l'organisation se limitaient aux cas où des questions de concurrence internationale rendaient nécessaire une action internationale (CPJI Série B, n° 2 et 3, p. 9). Dans l'analyse économique, les disparités dans les conditions de travail n'ont de toute façon plus l'influence déterminante sur la concurrence qu'on leur prêtait au début du xx^e siècle. Le régime de protection du travail n'est pas le seul élément à déterminer le coût de la main d'oeuvre ; et ce dernier n'est lui-même qu'un facteur parmi d'autres de la compétitivité d'un pays dans les échanges internationaux. L'argument de la concurrence internationale continue cependant à être régulièrement invoqué, notamment dans le cadre des négociations internationales commerciales, où l'opposition des pays en développement à l'introduction d'une clause sociale était motivée principalement par la crainte : de perdre un avantage commercial comparatif.

- 39.** Au sujet de la distinction entre traités-loi et traités-contrat, voir l'appréciation critique de G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Première partie, Paris, 1932, p. 331-333 et P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Paris, 1995, p. 30-31.
- 40.** Cette nature particulière des conventions de l'OIT a été mise en lumière, en 1935 déjà, par C.W. Jenks ("Some Characteristics of International Labour Conventions", *Canadian Bar Review*, vol. 13, 1935, p. 448-462).
- 41.** Pour Georges Scelle, la Conférence internationale du Travail constitue une « assemblée représentative, au sens constitutionnel du mot » dans laquelle il voyait « les prodromes de la constitution d'une collectivité réellement internationale » (G Scelle, *op. cit.* (note 39), p. 513-514).
- 42.** Article 19 de la Constitution de l'OIT.
- 43.** Les conventions de l'OIT contiennent diverses dispositions autorisant expressément les Etats qui les ratifient à limiter ou à spécifier les obligations assumées du fait de la ratification. Cependant, mis à part ces limitations qui doivent être expressément prévues dans le texte des conventions, aucune réserve n'est permise. Sur cette inadmissibilité des réserves dans le cadre de l'OIT, voir le mémorandum soumis par le Bureau international du Travail à la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (CIJ Mémoires, p. 216-282 ; BIT, *Bulletin officiel*, vol. 34, 1951, p. 275-315). Voir aussi le rapport rédigé à l'invitation de l'Assemblée générale par la Commission du droit international (ONU Doc. A/6/9, p. 5). Sur les origines de cette interdiction, voir (C.W. Jenks, « Les instruments internationaux à caractère collectif », *RCADI*, vol. 69, 1939-III, p. 472-473).
- 44.** En 1934, le délégué travailleur de l'Inde déposa une plainte au sujet de l'application dans le secteur des chemins de fer de la Convention de 1919 sur la durée du travail (industrie). Le gouvernement colonial indien s'engagea cependant à remédier rapidement au problème, de sorte que le Conseil d'administration de l'OIT ne jugea pas utile de constituer une commission d'enquête (voir BIT, *Bulletin officiel*, vol. 20, 1935, p. 16 ; voir aussi Zarras, *op. cit.* (note 4), p. 276-278).
- 45.** BIT, *Bulletin officiel*, vol. 45, 1962, n° 2, suppl. 2 ; *ibid.*, vol. 46, 1963, n° 2, suppl. 2. Sur ces deux procédures, voir D. Vignes, « Procédures internationales d'enquête », préc. (note 4), p. 438-459 et P. Rueger, « Réflexions sur le rôle actuel et futur des Commissions internationales d'enquête », in : *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, 1980, p. 427-442.
- 46.** N. Valticos, « Les commissions d'enquête de l'OIT », préc. (note 4), p. 853.
- 47.** *Ibid.*, vol. 54, 1971, n° 2, suppl. spécial. La commission d'enquête faisait aussi fonction dans cette affaire de commission d'investigation et de conciliation dans le cadre de la procédure de sauvegarde de la liberté syndicale. A ce sujet, voir Coussirat-Coustère, « Certains aspects du contrôle au sein de l'OIT (à propos du rapport sur la liberté syndicale en Grèce) », *AFDI*, vol. 16, 1970, p. 590-595.
- 48.** BIT, *Bulletin officiel*, vol. 66, 1983, Série B, suppl. spécial.
- 49.** *Ibid.*, vol. 67, 1984, Série B, supplément spécial. Au sujet de cette affaire, voir A. Manin, « Quelques réflexions sur la fonction de contrôle de l'OIT (à propos du rapport sur la liberté syndicale en Pologne) », *AFDI*, vol. 30, 1984, p. 672-691.
- 50.** *Ibid.*, vol. 74, 1991, Série B, supplément 2.
- 51.** *Ibid.*, vol. 74, 1991, Série B, supplément 3.
- 52.** *Ibid.*, vol. 70, 1987, Série B, supplément 1.
- 53.** Le rapport de la Commission d'enquête a fait l'objet d'une publication spéciale du BIT. Sur cette affaire, voir aussi N. Valticos, « Un double type d'enquête au Chili », *AFDI*, vol. 21, 1975, p. 483-502.
- 54.** En octobre 1976, la France déposa une plainte contre le Panama en relation avec l'hospitalisation en France d'un marin dont les coûts n'avaient pas été pris en charge par le propriétaire du navire, contrairement à ce qui est requis par la Convention (n° 55) de 1936 sur les obligations de l'armateur en cas de maladie ou d'accident des gens de mer. Le Panama ayant pris

rapidement les mesures nécessaires au paiement, la France informa le Conseil d'administration de l'OIT qu'elle « avait obtenu satisfaction et qu'il n'y avait plus de raison de poursuivre la plainte » (OIT Doc. CA/202/7/15).

55. Lorsqu'une plainte porte sur les droits syndicaux, la pratique du Conseil d'administration de l'OIT est de les faire examiner, en tout cas initialement, par le Comité qu'il a spécialement créé pour la sauvegarde de la liberté syndicale. Ce fut le cas des plaintes déposées en 1975 contre la Bolivie, en 1976 contre l'Uruguay et en 1977 contre l'Argentine, qui furent traitées exclusivement dans le cadre de cette procédure spéciale. Les plaintes contre la Pologne en 1982 et le Nicaragua en 1987 furent examinées d'abord dans le cadre de cette procédure spéciale, mais furent déférées ensuite à une commission d'enquête.

56. En 1978, le Gouvernement français déposa deux nouvelles plaintes contre le Panama. La première concernait l'application de la Convention (n° 53) de 1936 sur les brevets de capacité des officiers ; elle était provoquée par le passage dans les eaux françaises d'un navire dont l'équipage avait une formation insuffisante. La seconde portait sur le manquement d'un armateur, dont le navire était immobilisé dans le port français de Rouen, à remplir ses obligations de rapatriement de l'équipage et de paiement des salaires (en violation de la Convention (n° 23) de 1926 sur le rapatriement des marins et de la Convention (n° 68) de 1946 sur l'alimentation et le service de table (équipage des navires). Le Conseil d'administration proposa la constitution d'une commission d'enquête. Cependant, après d'intenses consultations, les deux gouvernements concernés se mirent d'accord sur le recours à des contacts directs. Le BIT envoya une mission d'experts en France et au Panama, puis dépêcha dans ce dernier pays un expert chargé d'aider le gouvernement à élaborer une législation en matière de travail maritime conforme aux conventions de l'OIT (Cf. OIT Doc. CA/211/5/9 et CA/226/13/5).

57. En 1986, la Tunisie déposa une plainte contre la Libye au sujet de l'expulsion de ce pays de travailleurs tunisiens. La plainte portait sur la Convention (n° 95) de 1949 sur la protection du salaire, la Convention (n° 111) de 1958 concernant la discrimination (emploi et profession) et la Convention (n° 118) de 1962 sur l'égalité de traitement (sécurité sociale). Le Directeur général du BIT usa de ses bons offices et un accord fut finalement trouvé entre les deux parties (cf. OIT Doc. CA/232/17/32 et CA/240/14/26).

58. En ce sens, D.W. Bowett, *The Law of International Institutions*, Londres, 1982, p. 153 : “[..] in practice this entire ‘complaints procedure’ has proved to be something kept in reserve rather than something for habitual use”.

59. Pour un bilan étaillé de l'impact de la procédure de plaintes de l'OIT, voir en particulier N. Valticos, « Les commissions d'enquête de l'OIT », préc. (note 4), p. 873- 879 ; et K. Samson, *op. cit.* (note 4), p. 173-177.

60. Voir en particulier l'article 18 de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 17 de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

61. Article 11 à 13 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

62. Article 41 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

63. Article 21 de la Convention contre la torture.

64. Article 76 de la Convention de 1990 relative aux droits des travailleurs migrants et de leur famille.

65. Au 1^{er} janvier 2004, 151 Etats étaient parties au Pacte relatif aux droits civils et politiques et 46 d'entre eux avaient accepté la compétence du Comité des droits de l'homme d'examiner des communications interétatiques ; il y avait en outre 169 Etats parties à la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (et soumis de ce fait de plein droit à la procédure des communications interétatiques) ; 133 Etats parties à la Convention contre la torture (dont 46 Etats ayant fait une déclaration d'acceptation *ad hoc*) ; et 17 Etats parties à la Convention pour la

protection des travailleurs migrants (dont aucun n'a accepté la compétence du futur comité pour connaître de communications étatiques).

66. Voir, par exemple, l'article 12 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale.

67. Cette dernière solution est celle retenue dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques (article 42).

68. Voir, à titre d'exemples, l'article 13 § 2 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale ou l'article 42 § 7, lettre d, du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

69. Article 22.

70. Article 29 § 1.

71. Article 30 § 1. Pour une liste plus complète des clauses juridictionnelles figurant dans des traités relatifs aux droits de l'homme et une analyse de leur portée, voir le chapitre précédent, p. 82-86.

72. Même si le traité ne contient pas de clause juridictionnelle, comme c'est le cas des deux Pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme, il est parfois possible de saisir la Cour internationale de justice en invoquant un autre titre de juridiction (par exemple des déclarations unilatérales faites conformément à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour).

73. Le rapport entre la clause juridictionnelle générale prévue dans la Constitution de l'OIT, à savoir l'article 37 § 1, et la procédure de plaintes n'est cependant pas explicité. Sur ces deux dispositions de l'OIT, voir *supra* p. 114-115.

74. L'article 22 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale est libellé de la manière suivante : « Tout différend entre deux ou plusieurs Etats touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation *ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention*, sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties ne conviennent d'un autre mode de règlement » (les italiques sont de nous).

75. Par rapport à une problématique un peu similaire, celle du caractère supplétif des règles générales sur la responsabilité, la CDI a retenu le principe de la *lex specialis* comme règle directrice (voir l'article 55 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001). ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 60, voir aussi *infra* p. 267 ss). Sur la question des rapports entre la Cour internationale de Justice et les procédures interétatiques spéciales des conventions universelles relatives aux droits de l'homme, voir B. Simma, "Fragen der zwischenstaatlichen Durchsetzung vertraglich vereinbarter Menschenrechte", *in* : I. von Münch (éd.), *Festschrift für H.-J. Schlochauer*, Berlin, 1981, p. 635-648 ; P.H. Kooijmans, "Inter-State Dispute Seulement in the Field of Human Rights", *op. cit.*, p. 92-93 ; M.T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphie, 1992, p. 180 ss. On notera que cette problématique se pose à l'évidence sous un jour différent lorsque la procédure spéciale prévue par le traité est obligatoire et de nature juridictionnelle. Dans un tel cas, il est compréhensible que l'on cherche à exclure la saisine de la Cour internationale de Justice ou l'utilisation de tout autre mode de règlement des différends, car cela ferait alors double emploi avec la procédure prévue par la convention ou l'affaiblirait. Ainsi l'article 62 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit-t-il expressément que les parties contractantes renoncent à faire usage d'autres procédures de règlements des différends. Faut-il exclure pour autant le recours à la Cour internationale de la justice dans le cas où il existerait une procédure conventionnelle d'examen des communications individuelles et que celle-ci s'impose à l'Etat auquel on reproche une violation de ses engagements ? Nous ne le pensons pas non plus. En effet, les décisions rendues au terme de ces procédures n'ont pas, du moins formellement, de caractère obligatoire. De plus, une telle procédure vise à donner satisfaction à l'individu victime de la violation ; elle ne couvre pas toutes les possibilités du règlement juridictionnel entre Etats. Si un Etat souhaite porter une question de respect des droits de l'homme devant la Cour

internationale de Justice, il ne devrait pas en être empêché par le seul fait que celle-ci a été soumise par le biais d'une communication individuelle au comité de surveillance du traité.

76. Cf. par exemple F. Schwelb, "Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation", *AJIL*, vol. 62, 1968, p. 847.

77. G. Cohen Jonathan, « Quelques observations sur le comité des droits de l'homme des Nations Unies », in : *Mélanges en l'honneur de René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, p. 87.

78. Voir l'article 11 § 3 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, l'article 41, § 1, lettre c, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou l'article 21, § 1, lettre c, de la Convention contre la torture. On notera que les commissions d'enquête de l'OIT et la Commission européenne des droits de l'homme ont estimé que cette exigence traditionnelle devait être appréciée plus libéralement lorsqu'il s'agit de requêtes émanant d'Etats, qui portent souvent sur des problèmes de respect des droits de l'homme d'un caractère général.

79. Article 29 § 1 de la Constitution de l'OIT. A ce sujet, voir *supra* p. 108 ss.

80. Article 18. Il s'agit dans ce cas d'une demande d'avis consultatif.

81. Voir P.H. kooijmans, "Inter-State Dispute Settlement in the Field of Human Rights", préc., p. 91: "It was a rather unlucky coincidence indeed, that in the first case before the Court where human rights were a central issue, the Court decided that the applicant states (Ethiopia and Liberia) lacked the necessary legal right or interest to pursue the claim (*point d'intérêt, point d'action*) and that it took this decision a few months before the General Assembly adopted the Covenants of December 16, 1966. Politically as well as legally, the Court generally was considered to have disqualified itself as a mechanism for inter-state dispute settlement in the field of human rights".

82. Article 43 § 3 du projet.

83. Article 44 du projet.

84. Article 46 du projet. Au sujet de ce projet de la Commission des droits de l'homme, voir ONU Doc. A/2929, § 59-132.

85. Voir le Rapport de la troisième Commission de l'Assemblée générale, ONU Doc. A/6564, § 516-540. Pour une description plus détaillée des discussions intervenues au cours des travaux préparatoires au sujet de ces clauses juridictionnelles, voir notamment L.B. Sohn, "A Short History of United Nations Documents on Human Rights", in : *The United Nations and Human Rights*, 1068, p. 120-168 ; M.J. Bossuyt, *Guille to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987 ; M. Novak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, 1993, p. 588-580.

86. Voir *infra* p. 131 ss.

87. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale forme sur ce point exception, puisque l'acceptation de la procédure des plaintes interétatiques découle automatiquement de la ratification et que seuls 27 Etats ont accepté l'examen de communications individuelles.

88. Au 1^{er} janvier 2004, 104 Etats avaient accepté la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner des communications individuelles (alors que seuls 46 Etats avaient accepté la procédure des plaintes interétatiques).

89. La résolution 70/17 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est fondée sur un constat de « concurrence » entre la procédure universelle et celle existante dans le cadre régional. Il faut relever cependant que le fonctionnement et la portée de ces deux mécanismes ne sont pas exactement similaires. Premièrement, il existe certaines différences de fonctionnement, qui ont été renforcées par l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11 à la CEDH, le système de la CEDH ayant désormais un caractère judiciaire plus affirmé encore que dans le passé. Deuxièmement, les droits protégés ne sont pas nécessairement identiques. Un exemple bien connu est l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui a été interprété par le Comité des droits de l'homme comme donnant naissant à une interdiction générale de la

discrimination, alors que son équivalent européen, l'article 14 CEDH, ne peut être invoqué qu'en relation avec l'exercice d'un autre droit protégé par la CEDH (une différence qui devrait cependant disparaître progressivement avec l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 12 à la CEDH, qui établit un principe général de non-discrimination).

90. ONU Doc. A/RES/421, V, Section F.

91. Voir M. Nowak, *op. cit.* (note 85), p. 588.

92. Cette compétence est établie respectivement par le premier protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques, l'article 14 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 22 de la Convention contre la torture.

93. Un protocole facultatif attribuant audit Comité la compétence d'examiner des communications individuelles a été ouvert à signature le 10 décembre 1999. Au 1^{er} janvier 2004, 53 Etats sont parties audit protocole.

94. Au sujet du suivi par les Etats parties des constatations du Comité des droits de l'homme, voir en particulier M. Schmidt, « Portée et suivi des constatations du Comité », in : F. Sudre (éd.), *La protection des droits de l'homme par le comité des droits de l'homme des Nations Unies : les communications individuelles*, Montpellier, 1995, p. 150 ss.

95. Article 14 § 1 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale ; article 22 § 1 de la Convention contre la torture ; article 2 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes.

96. D'après les chiffres fournis dans leurs rapports annuels respectifs à la 54^e session de l'Assemblée générale (1999), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a reçu 19 communications individuelles depuis l'entrée en vigueur de la Convention, le Comité contre la torture 133, et le Comité des droits de l'homme 873.

97. Les droits protégés par la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale ont un caractère un peu plus collectif et l'article 14 de la Convention autorise non seulement un individu, mais aussi un groupe d'individus, à déposer une requête. On peut donc se demander si le comité ne devrait pas en tirer argument pour se montrer plus généreux dans son interprétation de la notion de victime. Il est toutefois probable qu'il hésitera à emprunter cette voie, ne serait-ce que pour ne pas effrayer des Etats qui ont été jusqu'à présent réticents à lui reconnaître compétence pour examiner des communications individuelles.

98. *Ibid Shirin Aumeeruddy-Cziffra et dix-neuf autres épouses mauriciennes c. Maurice*, ONU Doc. A/36/40, § 9.2.

99. *Ibid.*, § 9.2 (b) 2.

100. *Group of Associations for the Disabled v. Italy*, ONU Doc. A/39/40, § 6.2.

101. *Ibid.*

102. *E.W. et al. t. Pays-Bas*, décision du 8 avril 1993, ONU Doc. CCPR/C/47/D/429/1990, § 3.6.

103. *Ibid.*, § 6.3. Sur ce point, voir aussi l'affaire *Ominayak c. Canada* dans laquelle le Comité déclara qu'il n'avait pas d'objection à ce qu'un groupe d'individus qui allèguent être affectés simultanément par une violation du Pacte présentent collectivement une communication (*Ominayak c. Canada*, décision du 26 mars 1990, ONU Doc. A/43/40, § 32.1).

104. *Ibid.*, § 6.4.

105. *V. Bordes if J. Temeharo c. France*, décision du 22 juillet 1996, ONU Doc. CC-PR/C/57/D/645/1990.

106. Cf. *infra*, p. 152 ss.

107. La ratification de la CEDH a été posée comme une condition politique à l'entrée dans le Conseil de l'Europe des pays d'Europe centrale et orientale. Au 1^{er} janvier 2004, 45 Etats étaient parties à la Convention.

108. Article 38 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les références faites aux articles de la Convention correspondent à la nouvelle numérotation introduite par le Protocole additionnel n° 11.

109. Sur le Protocole additionnel n° 11 et le rôle de la nouvelle Cour unique des droits de l'homme, voir notamment : O. Jacot-Cuillarmod, « Observations sur quelques critiques récentes adressées au protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Huitième Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1995, p. ; A. Drzemczewski & J. Meyer-Ladewig, “Principal Characteristics of the New ECHR Control Mechanism”, *HRLJ*, vol. 15, 1994, p. 81-85 ; P. Mahoney, “Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights”, *HRLJ*, vol. 20, 1999, p. 1-4.

110. Articles 30 et 43.

111. Article 44.

112. Article 46 § 1.

113. Pour des explications historiques de ces différences, voir Conseil de l'Europe, *Collectai Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention o/Human Rights*, vol. IV, La Haye, 1977, p. 114 ss.

114. Article 35 § 1.

115. Voir notamment *Grèce c. Royaume-Uni*, *Annuaire*, vol. 2, 1958-1959, p. 185 ; *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, *Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 727 ; et *Irlande c. Royaume-Uni*, *Annuaire*, vol. 15, 1972, p. 243, *France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, *Annuaire*, vol. 26, 1983, p. 23-29 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 24, § 159. Selon la jurisprudence des organes de surveillance de Strasbourg, une pratique peut être considérée comme bien établie lorsque deux éléments sont réunis : une répétition des actes et une tolérance officielle. Contrairement aux requêtes étatiques, les requêtes individuelles ne peuvent pas viser à un contrôle de caractère général (cf. *infra* p. 152 ss). On notera toutefois que lorsque la violation correspond à une pratique bien établie, cela peut dispenser aussi le requérant individuel d'épuiser les recours internes (voir, par exemple, l'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, *Recueil*, 1996-IV, p. 1210, § 67).

116. *Danemark c. Turquie* (requête n° 34382/97), décision du 9 juin 1999, pas encore publiée.

117. Voir, par exemple, P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, 1998, p. 40.

118. Article 35 § 2 lit. b (*a contrario*). A ce sujet, voir la décision de la Commission dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (requête n° 8007/77), *Annuaire*, vol. 21, 1978, p. 245.

119. Article 35 § 3 (*a contrario*). En dépit du texte clair de la Convention, il a été soutenu en doctrine et devant la Commission que celle-ci pouvait écarter des requêtes étatiques en vertu d'un principe général de procédure selon lequel le droit de recourir ne doit pas faire l'objet d'abus (cf. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *op. cit.* (note 117), p. 112). A supposer que ce principe existe réellement, il nous semble très difficile pour une juridiction internationale, quelle qu'elle soit, de juger qu'il y a un abus de la part d'un Etat de son droit de requête. L'introduction par un Etat d'une requête en justice répond en effet toujours à un mélange de motivations politiques et juridiques. Aussi est-ce à juste titre, selon nous, que la Commission a estimé que, même s'il existait un tel principe général, la nature politique de certaines allégations ne suffirait pas à rendre une requête abusive (cf. notamment *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, *Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 765 ; et *Chypre c. Turquie*, *Annuaire*, vol. 18, 1975, p. 123-125). On notera que la Cour internationale de Justice a indiqué, elle aussi, qu'elle n'avait pas à s'interroger sur les motivations d'ordre politique qui peuvent amener un Etat à choisir le règlement judiciaire (cf. *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, *CIJ Recueil*, 1988, § 52).

120. H. Rolin, « Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Convention européenne des droits de l'homme », *RHDI*, vol. 9, 1956, p. 8. A la même époque, C. Th. Eustathiades affirmait d'une manière plus radicale : « A l'article 24 ce n'est pas la lésion qui, comme à l'article 25, se trouve à la base de la requête, mais bien l'intérêt général à l'observation de la Convention » (C.Th.

Eustathiades, « Le recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme », in : *Grundprobleme des internationalen Rechts : Festschrift für Jean Spiropoulos*, 1957, p. 131).

121. Autriche c. Italie (requête n° 788/60), *Annuaire*, vol. 4, 1961, p. 139.

122. *Ibid.*, p. 141.

123. *Ibid.*

124. Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 24, p. 90-91, § 239.

125. Sur la coexistence au sein de nombreux domaines du droit international entre la notion d'intérêt commun et une forme de réciprocité, voir la troisième partie de cette étude, en particulier p. 204-206.

126. Grèce c. Royaume-Uni (requêtes n° 176/56 et 299/57), *Annuaire*, vol. 2, 1958-1959, p. 175-197.

127. Autriche c. Italie (requête n° 788/60), *Annuaire*, vol. 4, 1961, p. 113 ss ; *Annuaire*, vol. 6, 1963, p. 741 ss. La recommandation de la Commission figure dans la partie (non publiée) de son rapport relative au règlement à l'amiable.

128. Resolution 346 (1967) relative à la situation en Grèce, adoptée le 23 juin 1967 par la Commission permanente de l'Assemblée Consultative (ancienne dénomination de l'Assemblée parlementaire). Le passage pertinent de la résolution était libelle de la manière suivante : « L'Assemblée [...] 10) Estimant que, dans une affaire aussi importante et aussi grave les parties à la Convention ont le devoir d'agir conformément à l'article 24 de celle-ci et que, si elles n'agissent pas ainsi, le mécanisme de garantie collective des droits de l'homme institué par la Convention court le risque de perdre toute efficacité ; 11) Exprime le vœu que les gouvernements des parties à la Convention européenne des droits de l'homme saisiront, individuellement ou conjointement, la Commission européenne des droits de l'homme de l'affaire grecque [...] » (*Annuaire*, vol. 10, 1967, p. 97).

129. Danemark, Norvège, Suède et Pays-liaison c. Grèce (requêtes n° 3321-3323/67 et 3344/67), *Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 690 ss ; *Annuaire*, vol. spécial, 1969.

130. Danemark, Norvège et Suède c. Grèce (requête n° 4448/70), *Annuaire*, vol. 13, 1970, p. 109 ss.

131. Irlande c. Royaume-Uni (requêtes n° 5310/1971 et 5451/72), *Annuaire*, vol. 15, 1972, p. 77 ss ; *Annuaire*, vol. 19, 1976, p. 513 ss.

132. Résolution Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 25, p. 90. Cette affaire fut la seule portée devant l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme au titre de la procédure des requêtes interétatiques. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11, toute requête étatique relève automatiquement de la nouvelle Cour.

133. Chypre c. Turquie (requêtes n° 6780/74 et 6950/75), *Annuaire*, vol. 19, 1975, p. 83 ss.

134. *Annuaire*, vol. 22, 1979, p. 441 ss.

135. Chypre c. Turquie (requête n° 8007/77), *Annuaire*, vol. 21, 1978, p. 101 ss.

136. Chypre c. Turquie (requête n° 25781/94), *Annuaire*, vol. 39, 1996, p. 130 ss.

137. Voir la résolution DH (97) 335 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du 11 juillet 1997, qui invite instamment la Turquie à revenir sur ce refus (*Annuaire*, vol. 40, 1997, p. 603).

138. Comme dans l'affaire grecque, cette action collective avait été encouragée expressément par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 765 (1982) relative à la situation en Turquie, du 28 janvier 1982 (cf. *Annuaire*, vol. 25, 1982, p. 7 ; § 17 de la résolution).

139. France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie (requêtes n° 9940-9944/82), *Annuaire*, vol. 26, 1983, p. 1 ss.

140. *Annuaire*, vol. 28, 1985, p. 151 ss.

141. Danemark c. Turquie (requête n° 34382/97), décision du 8 juin 1999.

142. Danemark c. Turquie, arrêt de la Cour du 5 avril 2000 relatif à la radiation de l'affaire.

143. On notera que le Danemark affirma devant la Cour qu'il n'exerçait pas son droit d'agir "for the purpose of safeguarding any rights of their own, but for the purpose of contributing to upholding the rule of law in Europe" (*Danemark c. Turquie* (requête n° 34382/97), décision du 8 juin 1999 (non encore publiée), p. 30)

144. Sur cette problématique, voir *infra* p. 298-303.

145. Ainsi, il s'agissait d'une forme de substitut à une action intentée directement par l'Assemblée parlementaire, dont on sait qu'elle n'a pas le droit de saisir les organes de contrôle de la Convention

146. Voir G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 49-50.

147. Le texte de l'accord de règlement à l'amiable prenait acte avec satisfaction de la réduction du champ géographique de la loi sur l'état de siège et ajoutait qu'il était attribué une « importance particulière » à la déclaration faite par le Premier Ministre de la Turquie le 4 avril 1985 dans laquelle celui-ci déclarait simplement : « J'espère que nous serons en mesure de lever l'état de siège dans les autres provinces d'ici 18 mois » (cf. *Annuaire*, vol. 28, 1985, p. 157).

148. Voir en ce sens P.H. Koijmans, “Inter-State Dispute Settlement in the Field of Human Rights”, in: M. Brus (éd.), *The United Nations Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement*, Dordrecht, 1991, p. 90 : “Once the procedure has been started, they [the governments of the complainants] had, to a certain extent, become its hostage. They felt that the pressure had worked, that as a result of this pressure there were promising developments which could be given more momentum by reaching an amicable settlement. They use the complaint procedure as a traditional political instrument in the ‘carrot and stick sense’, whereas as a treaty mechanism it is aimed at complete redress”.

149. *Danemark c. Turquie*, arrêt de la Cour du 5 avril 2000 relatif à la radiation de l'affaire (non encore publié).

150. C'est le cas en particulier du bilan dressé par deux anciens membres des organes de surveillance de Strasbourg, Peter van Dijk et Louis-Emile Pettiti (cf. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *op. cit.* (note 117), p. 40-48 ; et L.-E. Pettiti, « Le système de Strasbourg : les recours interétatiques dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Colloque de l'Académie de droit international*, La Haye, 1990, p. 331-395).

151. Cf. S.C. Prebensen, “Inter-State Complaints under Treaty Provisions: The Experience under the European Convention on Human Rights”, *HRLJ*, vol. 20, 1999, p. 448.

152. Il faut relever cependant que la procédure des requêtes étatiques de l'article 33 de la CEDH n'est pas limitée, contrairement aux recours individuels, aux droits contenus dans la première section de la Convention ; elle pourrait s'appliquer aussi dans le cas d'un manquement d'un Etat à respecter un jugement de la Cour (articles 53 et 32 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme). Bien que les Etats préfèrent en pratique agir d'abord au sein du Comité des Ministres, la possibilité d'introduire une requête contentieuse peut être utile comme instrument de dernier recours, si leurs efforts ne portent pas de fruits.

153. En ce sens, C. Tomuschat, “Quo Vadis, Argentoratum ? The Success Story of the European Convention on Human Rights – and a Few Dark Stains”, *HRLJ*, vol. 13, 1992, p. 402.

154. M. Sorensen, “Lost Opportunity: When Human Rights Were Sacrificed”, paru originellement dans un journal danois, le 5 janvier 1970, et reproduit dans un document de l'Assemblée consultative (CE Doc. AS/Inf.(70) 10).

155. A ce sujet, voir S.C. Prebensen, “Inter-State Complaints under Treaty Provisions”, préc. (note 151), p. 452; H.D. Coleman, “Greece and the Council of Europe: The International Protection of Human Rights by the Political Process”, *Israel YHR*, vol. 2, 1972, p. 121-141.

156. Voir en ce sens les propos de l'ancien ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, Max von der Stoel, rapportés par S. Leckie, “The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 10, 1988, p. 296-297) : “Even if the case leads to a friendly settlement which might not be satisfactory, it is a warning shot. The State receiving the complaint will feel ‘now we are really at risk of getting a bad name’, and still most States do not like to be exposed and to get such a bad name”.

157. Voir le paragraphe 18 de la recommandation 1456 (2000) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 6 avril 2000 : « L'Assemblée estime qu'il existe des motifs sérieux [...] de craindre

que les autorités russes ne violent actuellement la Convention européenne des droits de l'homme et République tchétchène de manière à la fois grave et systématique. C'est pourquoi l'Assemblée engage les Etats membres du Conseil de l'Europe, en leur qualité de Hautes Parties contractantes à la Convention, à appliquer d'urgence l'article 33 et à saisir la Cour européenne des droits de l'homme des manquements aux dispositions de la Convention et de ses protocoles que la Russie aurait commis. »

158. Position commune des Etats membres de l'Union européenne du 10 avril 2000.

159. Voir la résolution 1227 (§ 16) ainsi que la recommandation 1478 (§ 2 lit. iii), toutes les deux adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 28 septembre 2000. La menace d'une plainte interétatique disparaît même complètement dans la résolution 1 240 du 25 janvier 2001.

160. Dans le cas d'un conflit armé, les violations du droit humanitaire peuvent faire l'objet d'une enquête de la Commission internationale d'établissement des faits établie par le Protocole I de 1977. On notera toutefois que l'intervention de la Commission par rapport à un conflit armé non international, comme c'est le cas du conflit tchétchène, doit être acceptée par l'Etat concerné. Au sujet de cette Commission, voir *infra*, p. 177 ss. En ce qui concerne l'application concurrente, dans les situations de conflits armés, des règles du droit humanitaire et des droits de l'homme, voir en particulier Th. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989.

161. *Tauira et autres, c. France*, décision du 5 décembre 1995, *D. & R.*, vol. 83, p. 130.

162. *X. c. friande* (requête n° 200/57), *Annuaire*, vol. 3, 1960, p. 221.

163. *X. c. Norvège* (requête n° 867/60), *Annuaire*, vol. 4, 1961, p. 275.

164. *X. c. Autriche* (requête n° 7045/75), *D & R*, vol. 7, 1977, p. 88.

165. *Ibid.*, p. 88 . Voir aussi *Webster c. Royaume-Uni* (requête n° 7806/77), *D & R*, vol. 12, 1978, p. 174.

166. A ce sujet, voir *infra* p. 221 et p. 341-345.

167. Voir notamment : *Klass et autres c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, Série A, n° 28, p. 17-18 ; *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A, n° 31, § 27 ; *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, Série A, n° 112, § 42 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Mande*, arrêt du 29 octobre 1992, Série A, n° 246, § 44.

168. *Kirkwood c. Royaume-Uni* (requête n° 10479/83), *D & R*, vol. 37, 1984, p. 182.

169. *A. c. France* (requête n° 17262), *D & R* vol. 68, 1991, p. 334 ; *Voulfovitch et Oulianova c. Suède* (requête n° 19373/92), *D & R*, vol. 74, 1993, p. 207.

170. Arrêt *Vijayanthan et Pusparajah c. Franre* du 27 août 1992, Série A, n° 241-B, p. 87-88.

171. Cf. décision de la Cour du 29 juin 1999 dans l'affaire *Jean Asselbourget 78 autres ainsi que Greenpeace c. Luxembourg* (requête n° 29121 /95), non encore publiée.

172. Voir, par exemple, les arrêts *De Jong et autres c. Pays-Bas* du 22 mai 1984, Série A, n° 77, p. 21 ; l'arrêt *Wassink c. Pays-Bas* du 27 septembre 1990, Série A, n° 185, § 38, ou l'arrêt *Ilhan c. Turquie* (requête n° 22277/93) du 27 juin 2000, § 52.

173. Voir *Ilhan c. Turquie* (requête n° 22277/93), arrêt du 27 juin 2000 ; *Gounaridis, Iliopoulos et Papapostolou c. Grèce* (requête n° 41207/98), décision du 21 octobre 1998 ; *Ozkan et autres c. Turquie* (requête n° 21689/93), décision du 16 janvier 1996.

174. Voir par exemple : *Ojic c. Croatie* (requête n° 46306/99), décision du 25 novembre 1999 : "In the present case the legislation complained of had never been enforced against the applicant – his claim was in the nature of an *actio popularis* by means of which he sought a review *in abstracto* of the contested legislation in the light of the Convention". Voir aussi : *Capriotti c. Italie* (requête n° 39161/98), décision du 15 septembre 1998.

175. Voir par exemple : *Gounaridis, Iliopoulos et Papapostolou c. Grèce* (requête N° 41207/98) ; *Tauira et 18 autres c. France* (requête n° 28204/95), décision du 4 décembre 1995, *D. & R.*, vol. 83, p. 112.

176. Cf. *infra* p. 221 et p. 341-345.

- 177.** Voir notamment *Fédération grecque des commissaires en douane et autres c. Grèce* (requête n° 24581/94), décision du 6 avril 95, *D & R*, vol. 81, p. 123-126.
- 178.** *D. Norris & National Gay Fédération c. Irlande* (requête n° 10581/83), *D & R*, vol. 44, p. 132.
- 179.** *Parcell c. Irlande* (requête n° 15404/89), *D & R*, vol. 70, 1991, p. 273.
- 180.** *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France* (38192/97), décision du 29 février 2000.
- 181.** Décisions du 29 juin 1999 dans les affaires *Bernard et 47 autres ainsi que Greenpeace c. Luxembourg* (requête n° 29197/95) et *Asselbourg et 78 autres ainsi que Greenpeace c. Luxembourg* (requête 29121/95).
- 182.** Dans une décision rendue en 1979, la Commission, revenant sur une jurisprudence antérieure qui avait été passablement critiquée, a jugé « essentiellement artificielle » la distinction qu'elle avait faite jusqu'alors entre l'église et ses membres (cf. *Pasteur X et Eglise de Scientologie c. Suède* (requête n° 7805/77), *Annuaire*, vol. XXII, 1979, p. 247). Par rapport à d'autres droits, la Commission a cependant maintenu cette distinction en estimant qu'il n'y avait pas d'identité entre les droits de l'église et ceux de ses membres (voir par exemple *Eglise de Scientologie c. France* (requête n° 19509/92), décision du 9 janvier 1995. Voir aussi l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlande*, Série A, n° 246-B, § 64. Au sujet des alternatives offertes aux organisations non gouvernementales pour défendre des intérêts collectifs devant les organes de Strasbourg, voir O. de Schutter, « Sur l'émergence de la société civile en droit international : Le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », *EJIL*, vol. 7, 1996, p. 376-410.
- 183.** *Ibid.*, p. 261. Demeure cependant la question de savoir si l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes ne fait pas obstacle à la requête. Dans l'affaire grecque, la Commission avait déclaré que « lorsque dans la pratique certaines dispositions de la Convention ne sont pas observées, les voies de recours prescrites sont nécessairement laissées de côté ou rendues inefficaces. Si donc il y a une pratique administrative de tortures ou de mauvais traitements, les recours judiciaires prescrits tendent à devenir inefficaces du fait de la difficulté de recueillir des preuves, et les enquêtes administratives ou bien ne sont pas engagées ou, si elles le sont, risquent de se faire sans conviction et incomplètement » (*Annuaire*, vol. 12, p. 194). La Commission a nuancé cette jurisprudence par la suite en indiquant qu'on ne pouvait pas considérer les recours internes comme inefficaces « lorsqu'il n'est pas établi que les autorités supérieures de l'Etat tolèrent des mauvais traitements, mais que la possibilité existe que les mauvais traitements aient été tolérés à l'échelon intermédiaire ou inférieur de la hiérarchie » (*Annuaire*, vol. 19, 1976, p. 253).
- 184.** En ce sens, P. van Dijk, *Judicial Review*, préc. (note 117), p. 361.
- 185.** *Autriche c. Italie* (requête n° 788/60), *Annuaire*, vol. 4, 1961, p. 139 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, *Recueil*, Série A, n° 24, 1978, p. 90-91, § 239. Voir *supra*, p. 140 ss.
- 186.** Arrêt *Cardot c. France* du 19 mars 1991, Série A, n° 200, p. 18, § 34.
- 187.** Voir, par exemple, l'arrêt *Yasa c. Turquie* du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, § 64. Voir aussi l'arrêt *Klass* dans lequel la Cour a invoqué le principe de l'effet utile pour justifier des exceptions à la règle selon laquelle un individu ne peut ni intenter une *actio popularis*, ni contester une législation dans l'abstrait (*Klass c. République fédérale d'Allemagne* (requête n° 5029/71), arrêt du 6 septembre 1978, Série A, n° 28, p. 17-18).
- 188.** Voir, par exemple, *X c. Belgique* (requête n° 202/56), *Annuaire*, vol. 1, 1955-1957, p. 192.
- 189.** Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995 (RTE, n° 158). Ce nouveau Protocole est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998. S'agissant des ONG, il est intéressant de signaler qu'une liste des ONG autorisées à déposer une réclamation collective est établie par un comité gouvernemental. Au 1^{er} janvier 2002, neuf Etats avaient ratifié ce protocole additionnel et le nombre de réclamations collectives déposées s'élevait à onze.

190. Lors de son entrée en fonction, la nouvelle Cour a hérité d'un arriéré de près de 7 000 requêtes. Or, au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la charge de travail de la Cour a continué à augmenter de manière croissante. Le nombre de requêtes introduites est passé de 18 164 en 1998, à 35 613 en 2003, c'est-à-dire qu'il a *grosso modo* doublé en cinq ans. Au cours de l'année 2003, 753 requêtes ont été déclarées recevables et 703 arrêts ont été rendus par la Cour. A titre de comparaison, seules 404 affaires avaient été enregistrées en 1981 et 7 d'entre elles seulement avaient été déférées à la Cour. Sur le besoin d'une réforme supplémentaire de la Convention, voir notamment le discours fait par le Président de la Cour le 8 juin 2000 (reproduit in *HRLJ*, vol. 21. 2000, p. 90).

191. Sur cette dualité de fonctions, voir les articles 18 et 19 du Statut de la Commission interaméricaine, tel qu'approuvé par l'Assemblée générale de l'OEA en octobre 1979.

192. Sur le système de protection des droits de l'homme établi dans le cadre de l'OEA, voir notamment : T. Buergenthal, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", in : T Meron (éd.), *Human Rights in International Law : Legal and Policy Issues*, vol. II, Oxford, 1984, p. 439-493 ; C. Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht, 1988 ; J.S. Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Aldershot, 1992 ; D. Harris & S. Livingstone (éd.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998.

193. Pour une comparaison, voir H. Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos : Análisis comparativo*, Santiago du Chili, 1991 ; T. Buergenthal, "The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction", in : *Mélanges ti la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, p. 123-133 ; H. Fix-Zamudio. "The European and the Inter-American Courts of Human Rights: a Brief Comparison", in : *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, p. 507-533.

194. Article 45 § 1 de la Convention.

195. Article 45 § 2 de la Convention.

196. Voir, en ce sens, A.A. Cançado Trindade, "The Evolution of the OAS System of Human Rights Protection", *GYIL*, vol. 35, 1992, p. 508-509 ("inter-State complaints [...] were made a simple optional mechanism, perhaps in deference to the principle of non-intervention by a State in the internal affairs of another State, a principle deeply rooted in Latin American tradition and State practice since its definitive crystallization in the Conference of Montevideo of 1933"). Si cette explication est pertinente quant à la genèse diplomatique de la Convention, il faut relever toutefois que – d'un point de vue juridique – le respect des droits de l'homme ne fait plus partie depuis longtemps du domaine réservé des Etats. L'adoption de la Convention américaine constitue précisément un exemple – parmi de nombreux autres – de cette émancipation des droits de l'homme de la sphère de la souveraineté exclusive de l'Etat. A ce sujet, voir par exemple la résolution sur « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats », adoptée par l'Institut de droit international en 1989 à St-Jacques-de-Compostelle, *Annuaire IDI*, vol. 63, n° II, p. 338-345.

197. Article 48 § 1 lit. d et article 48 § 2 de la Convention.

198. Article 48 § 1.

199. Article 50.

200. Article 61.

201. Article 62.

202. Article 51 § 3.

203. Articles 46 et 47.

204. Voir, par exemple, Th. Buergenthal, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", préc. (note 92), p. 455.

205. Sur ce point, voir *infra* p. 223 ss.

- 206.** Sur les réticences spécifiques au contexte américain, voir S. Leckie, *op. cit.* (note 156), p. 261-262.
- 207.** Article 64 de la Convention.
- 208.** Article Article 44.
- 209.** Article 20 lit. b du Statut de la Commission.
- 210.** Voir les articles 49 et 50 du Règlement de la Commission, dans sa dernière version en vigueur depuis le 1^{er} mai 2001.
- 211.** Article 62. Au 1^{er} janvier 2004, 19 Etats parties à la Convention avaient fait cette déclaration.
- 212.** Article 61 § 1. L'article 23 du Règlement de la Cour, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, prévoit cependant qu'au stade de la réparation, les représentants des victimes ou de leurs proches peuvent soumettre à la Cour leurs propres argumentations et preuves. Pour un plaidoyer en faveur d'un droit d'accès des invidus à la Cour interaméricaine, voir A.A. Cançado Trindade, "The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and its Emerging Case-law on the Eve of the New Century", in : *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, p. 171-177.
- 213.** Affaire 2 141 (Etats-Unis), résolution n° 23/81, du 6 mars 1981 (*HRLJ*, vol. 2, 1981, p. 110). Sur le fond de l'affaire, la Commission a jugé cependant que ni la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, ni la Convention, ne protège le droit à la vie dès la conception. On rappellera que des requêtes similaires portant sur la question de l'interruption de grossesse ont été déclarées irrecevables par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et par la Commission européenne des droits de l'homme, faute pour les requérants de pouvoir être considérés comme des « victimes ».
- 214.** Article 23 du Règlement, dans sa dernière version en vigueur depuis le 1^{er} mai 2001. Il faut préciser que cette formulation ne vise pas à couvrir l'hypothèse d'une représentation de la victime (par exemple par un avocat). Cela ressort clairement du texte de la disposition citée, puisqu'il traite de la représentation dans un passage distinct (dernière phrase de l'article 23 du Règlement).
- 215.** L'admissibilité de l'*actio popularis* est affirmée notamment par le professeur Thomas Buergenthal, qui servit de premier Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans un article de doctrine rédigé en 1982 ("The Inter-American Court of Human Rights", *AJIL*, vol. 76, 1982, p. 237) et parle du Président actuel de la Cour, le professeur brésilien Antônio A. Cançado Trindade dans un article datant de 1998 ("The Inter-American Rights System at the Dawn of the New Century: Recommendations for Improvement of its Mechanism of Protection", in : D. Harris & S. Livingstone (éd.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 401).
- 216.** Affaire n° 11.553 (Costa Rica), rapport n° 48/96, du 16 octobre 1996, § 27-28.
- 217.** A ce sujet, voir encore *infra* p. 221 et p. 341-345.
- 218.** Article 25 du Règlement de la Commission.
- 219.** Article 63 § 2 de la Convention.
- 220.** Affaire n° 3 relative aux Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne, résolution de la Cour du 18 août 2000 (non encore publiée), § 15 de l'état de fait.
- 221.** *Ibid.*, § 1-9. Le paragraphe 10 du dispositif de l'ordonnance de la Cour concerne de manière générale les communautés vivant à la frontière entre la République dominicaine et Haïti, mais il s'agit seulement d'une demande d'informations à l'Etat défendeur.
- 222.** *Ibid.*, § 14 lit. i) de l'état de fait.
- 223.** La prudence de la Cour peut s'expliquer aussi par le fait que cette faculté d'indiquer des mesures provisoires est certes prévue expressément par l'article 63 § 2 de la Convention américaine des droits de l'homme, mais demeure un instrument encore inhabituel dans la justice internationale. On notera, par exemple, que la Convention européenne des droits de l'homme n'attribue pas expressément de tel pouvoir à la Cour de Strasbourg.

224. *Ibid.*, § 15 de l'état de fait.

225. Op. ind. Cançado Trindade, § 10.

226. *Ibid.*, § 21 : “El campo encuéntrase, en mi entendimiento, abierto a una evolución hacia la cristalización de una *actio popularis* en el derecho internacional, en la medida en que se logre una mayor concientización de la existencia de una verdadera *comunidad internacional*, formada tanto por los Estados como por los pueblos, las comunidades, los grupos de particulares y los individuos”. Dans une autre affaire postérieure, le juge brésilien affirme que la Convention américaine contient un « *embryon* » d'*actio popularis*, puisqu'une requête étatique peut être introduite de manière « désintéressée ». En revanche, il estime que l'*actio popularis* n'existe pas encore au niveau de la procédure des requêtes individuelles (cf. A.A. Cançado Trindade, opinion individuelle jointe à la résolution de la Cour du 18 juin 2002 dans l'affaire relative à la Communidad de la Paz de San José de Apartado (Colombia) (non encore publiée), § 3 et 4).

227. *Ibid.*, § 22.

228. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Au 1^{er} janvier 2004, 53 des 54 Etats membres de l'OUA étaient parties à ladite Charte. Sur cette convention, voir notamment : M. Glele-Ahanhanzo, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in : *Etudes offertes à C. A. Colliard*, Paris, 1984, p. 511-538 ; F. Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève/Paris, 1993 ; E. Ankumah, *The African Commission on Human and Peoples' Rights : Practice and Procedures*, La Haye, 1995 ; U. Oji Umozurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, La Haye, 1997 ; R. Murray, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law*, Oxford, 2000.

229. Au 1^{er} Janvier 2002, 5 Etats avaient ratifié ou adhéré à ce protocole, alors que le nombre minimal d'Etats parties nécessaire à son entrée en vigueur s'élève à 15. Sur cette nouvelle Cour, voir H. Boufrik, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un organe judiciaire au service des droits de l'homme et des peuples en Afrique », *Revue africaine de droit international et comparé*, vol. 10, 1998 ; G.J. Naldi & K. Magliveras, “Reinforcing the African System of Human Rights: The Protocol on the Establishment of a Regional Court of Human and Peoples' Rights”, *Netherlands Human Rights Quarterly*, vol. 16, 1998, p. 431-456 ; M. Mubiala, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : Mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP* vol. 102, 1998.

230. Article 47 et 48 de la Charte.

231. Article 49.

232. Article 50.

233. Article 52 et 53.

234. Article 5 § 1 du Protocole instituant la Cour.

235. Cf. U. Oji Umozurike, *op. cit.*, note 228, p. 75.

236. Article 55 de la Charte.

237. Article 56. La recevabilité de la requête est subordonnée en particulier à l'épuisement des voies de recours internes, mais aussi à certaines conditions inusuelles, telles que de « ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA » (§ 3) ou de « ne pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse » (§ 4).

238. Article 58 § 1.

239. Article 58 § 2.

240. Article 58 § 3.

241. La Commission africaine a cependant essayé d'affirmer le caractère obligatoire de ses décisions. Ainsi dans l'affaire 101/93, la Commission a déclaré : “Nigeria is bound by the African Charter [...] When the Commission concludes that a communication describes a real violation of the Charter's provisions, its duty is to make that clear and indicate what action the government

must take to remedy the situation [...] in ratifying the African Charter without reservations, Nigeria voluntarily submitted itself to the Commission's authority in this regard" (cité par R. Murray, *op. cit.* (note 228), p. 174).

242. Article 58 § 2 et article 59.

243. Au sujet de la pratique récente de la Commission, voir U. Oji Umozurike, *op. cit.* (note 228), p. 77-80 ; C.A. Odinkalu & C. Christensen, "The African Commission on Human and Peoples' Rights: The Development of its Non-State Communication Procedure", *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1998, p. 235-280.

244. Articles 5 § 3 et 34 § 6 du Protocole.

245. Article 30 du Protocole.

246. Voir, par exemple, la décision de la Commission africaine du 27 mai 2002 au sujet d'une requête introduite contre le Nigéria par deux ONG (OUA Doc, ACH-PR/COMM/A044/1, § 49.).

247. Article 114 du Règlement de procédure, dans sa version adoptée en 1988.

248. Article 116 du Règlement de procédure, dans sa version adoptée le 6 octobre 1995.

Chapitre II. Les autres domaines du droit international

p. 174-218

Section I – Le droit des espaces marins : L'exemple du Tribunal du droit de la mer

- ¹ Le Tribunal du droit de la mer a été établi par l'article 287 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, qui est entrée en vigueur le 16 novembre 1994. Le Statut du Tribunal du droit de la mer, contenu à l'Annexe VI de la Convention, s'inspire de celui de la Cour internationale de Justice¹.

§ 1^{er} – La compétence du Tribunal

- ² La compétence du Tribunal est définie principalement dans la partie XV de la Convention sur le droit de la mer. La formule mise en place au cours des longues négociations de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer est celle d'un règlement obligatoire des différends mitigé d'exceptions et d'un libre choix des moyens. L'article 286 de la Convention pose la règle que tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention est soumis, s'il n'est pas réglé au préalable par des moyens diplomatiques, à une procédure juridictionnelle aboutissant à une décision obligatoire. Cependant des catégories spéciales de litiges sont exclues du règlement obligatoire². En outre, il est prévu que les Etats, en signant, ratifiant, ou adhérant à la Convention, ou à n'importe quel autre moment par la suite, peuvent choisir librement entre quatre moyens différents de règlement³. Le Tribunal du droit de la mer constitue l'un d'eux, aux côtés de la Cour internationale de Justice, de l'arbitrage classique et d'un mécanisme arbitral plus structuré appelé « arbitrage spécial » et valable pour des catégories spécifiques de différends. Si les parties en litige n'ont pas accepté la même procédure, l'arbitrage s'impose, à moins que les parties n'en conviennent autrement⁴. Pour l'heure, la majorité des Etats parties n'ont cependant pas encore procédé à ce choix, de sorte qu'il existe une incertitude institutionnelle⁵. La compétence du Tribunal couvre, en général, le droit de la mer tel qu'il résulte des

dispositions de la Convention de 1982. En statuant sur un litige relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, le Tribunal peut être amené cependant à appliquer les règles du droit international général, notamment celles du droit des traités et du droit de la responsabilité⁶. Par ailleurs, le Tribunal peut recevoir également compétence pour connaître de différends relatifs à des conventions spécifiques conclues dans le domaine du droit de la mer⁷. L'Accord de 1995 relatif aux stocks chevauchants de poissons prévoit ainsi que les différends futurs relatifs à l'interprétation ou à l'application dudit Accord, ainsi que ceux relatifs à des accords ou arrangements régionaux en matière de pêche, sont soumis à la Partie XV de la Convention de 1982 sur le droit de la mer⁸.

- 3 Comme on l'a vu, le Tribunal du droit de la mer n'a pas une compétence exclusive sur les domaines susmentionnés ; il partage cette compétence avec d'autres institutions, notamment avec la Cour internationale de Justice. Le Tribunal du droit de la mer jouit cependant d'une compétence juridictionnelle plus « exclusive » en ce qui concerne les fonds marins situés au-delà des limites des juridictions nationales des Etats côtiers. Cette compétence couvre en particulier la mise en place, sous l'égide de l'Autorité internationale des fonds marins, d'un régime censé organiser et contrôler l'exploitation des ressources minérales. Cette compétence est exercée non par le Tribunal dans sa composition plénière, mais par sa Chambre des fonds marins⁹. Le Tribunal jouit également d'une forme de préférence juridictionnelle quant à l'indication de mesures conservatoires, même lorsque le différend est soumis à l'arbitrage¹⁰, et par rapport aux litiges dans lesquels sont demandées une prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la libération de son équipage¹¹.
- 4 Le Tribunal du droit de la mer est ouvert principalement aux Etats parties à la Convention de 1982¹². Cependant, des entités autres que les Etats ont accès au règlement juridictionnel dans la mesure prévue par la Partie IX de la Convention dans laquelle est défini le régime des fonds de mers¹³. La Chambre des fonds marins est ainsi compétente pour examiner certains différends entre un Etat partie et l'Autorité des fonds marins, ceux entre parties à un contrat relatif à des activités menées aux fonds des mers (qu'il s'agisse d'Etats parties, de l'Autorité, d'entreprises d'Etat ou de personnes physiques et morales), ou encore ceux entre l'Autorité et un demandeur patronné par un Etat¹⁴.

§ 2 – La qualité pour agir

A. Intérêts propres et intérêts collectifs dans le droit de la mer

- 5 Comme d'autres traités, la Convention sur le droit de la mer vise à protéger non seulement des intérêts spécifiques de chaque Etat, mais aussi certains intérêts de nature plus collective. C'est le cas naturellement du régime mis en place pour les grands fonds marins qui repose sur l'idée proclamée par la Convention de leur appartenance au patrimoine commun de l'humanité¹⁵. Diverses autres dispositions de la Convention ont cependant aussi une finalité partiellement ou exclusivement collective. Une telle finalité collective est manifeste, par exemple, dans les obligations de protection et de préservation du milieu marin figurant dans la Partie XII de la Convention. On a fait valoir pourtant qu'il n'était pas certain qu'elles constituent des obligations *erga omnes*, ni même des obligations juridiques tout court¹⁶. Cette thèse est surprenante et ne correspond en tout pas à la volonté apparente des auteurs de la

Convention. L'article 235 § 1 de la Convention souligne en effet explicitement – une précision inusuelle – que les Etats parties qui ne respecteraient pas leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin engagent leur responsabilité internationale. L'usage dans le texte anglais du terme *responsibility*, plutôt que de celui de *liability*, atteste qu'il s'agit d'une référence à la responsabilité classique pour fait illicite et confirme, s'il en était besoin, l'intention de créer des obligations juridiquement contraignantes. Par ailleurs, il ressort clairement de la formulation des différentes dispositions de la Partie XII que celle-ci cherche à définir un équilibre entre les intérêts particuliers de chacun à l'exploitation des ressources naturelles du milieu marin et l'intérêt commun à la préservation de ce milieu marin. On voit mal comment on pourrait réduire des obligations de cette nature à un schéma classique de droits et obligations réciproques valables de manière bilatérale. Certaines obligations de la Partie XII ont inévitablement une validité *erga omnes*¹⁷. Nier qu'il existe un intérêt commun de tous les Etats à la protection et à la préservation du milieu marin revient à nier l'existence même de toute obligation¹⁸.

B. La saisine du Tribunal en défense d'un intérêt collectif

- 6 Cela étant, est-il envisageable qu'un Etat partie, voire une entité non étatique, intente une *actio popularis* en défense de l'intérêt commun devant le Tribunal du droit de la mer ? En ce qui concerne des entités non étatiques, l'*actio popularis* ne paraît guère possible. Aux cours des négociations de la Convention sur le droit de la mer, leur accès aux procédures de règlements de différends a été volontairement défini de manière restrictive¹⁹. Les personnes physiques et morales n'ont un droit d'accès qu'à la Chambre des fonds marins et par rapport à des catégories spécifiques de litiges dans lesquels leurs intérêts directs sont affectés²⁰.
- 7 S'agissant en revanche des Etats, nous ne voyons pas de raison d'exclure une telle forme d'action en justice. Une qualité pour agir en défense de l'intérêt commun peut être déduite de l'existence d'obligations *erga omnes*. Il n'existe guère de raisons d'exclure du champ de contrôle juridictionnel toutes les violations de la Convention sur le droit de la mer qui n'affecteraient pas des intérêts subjectifs des Etats. En pratique, il est vrai qu'un Etat ne se décidera généralement à agir en justice que s'il a également des intérêts propres impliqués, par exemple en matière de pêche. Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, cette combinaison d'une volonté de protéger l'intérêt général avec le souci de défendre ses propres intérêts n'est toutefois nullement hérétique. C'est au contraire chercher à opposer l'intérêt général et l'intérêt propre qui serait artificiel et illusoire.
- 8 Dans le domaine spécifique des fonds marins, on peut se demander cependant si le rôle conféré à l'Autorité n'exclut pas une action en justice isolée d'un Etat en défense de l'intérêt général. L'Autorité est en effet, par définition, « L'organisation par l'intermédiaire de laquelle les Etats parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone [des fonds marins²¹] ». Cela n'implique toutefois pas nécessairement un monopole de l'Autorité sur les actions en justice. On peut arguer à l'encontre de l'idée d'un tel monopole que, dans d'autres systèmes conventionnels, l'existence d'institutions collectives et le fait qu'elles possèdent un droit d'agir en justice n'excluent pas qu'un droit similaire soit reconnu parallèlement aux membres de la collectivité²².

⁹ Pour l'heure, la jurisprudence du Tribunal du droit de la mer est trop limitée pour pouvoir en tirer des conclusions solides quant à la défense de l'intérêt collectif²³. La majeure partie des affaires portées à ce jour devant le Tribunal concerne des demandes de mainlevée d'une immobilisation d'un navire. Il s'agit donc de cas classiques de protection diplomatique. Il en va cependant différemment lorsque l'affaire porte sur la conservation en haute mer de stocks de certaines espèces de poissons. Il y a dans de telles affaires un mélange inévitable entre les intérêts en matière de pêche de l'Etat demandeur et l'intérêt général à la conservation des espèces du milieu marin. Ainsi, dans l'affaire des thons à nageoire bleue, l'Australie et la Nouvelle-Zélande invoquent devant le Tribunal du droit de la mer à la fois les intérêts de leur industrie de la pêche et le souci de conserver cette espèce. L'ordonnance rendue par Tribunal le 27 août 1999 au sujet des mesures conservatoires retient expressément ce double fondement. Le Tribunal y souligne en effet que l'article 290 de la Convention relative au droit de la mer lui donne compétence de prescrire des mesures conservatoires non seulement pour « préserver les droits respectifs des parties en litige », mais aussi pour « empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves²⁴ ». Cette distinction faite dans le texte de la Convention, et rappelée par le Tribunal du droit de la mer, confirme à nos yeux que la partie demanderesse qui fait valoir des obligations relatives à la protection et la préservation du milieu marin exerce une sorte d'*actio popularis*. Il défend peut-être ses propres intérêts en matière de pêche, mais, ce faisant, il revêt aussi (volontairement ou non) les habits d'un défenseur de l'intérêt commun à la préservation du milieu marin.

Section II – Le droit du commerce international : La procédure de règlement des différends de l'OMC

¹⁰ Le « Mémorandum d'accord sur les règles et principes régissant le règlement des différends » constitue l'Annexe II de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), conclu à Marrakech le 15 avril 1994. Le mécanisme de règlement des différends s'est vu donc attribuer une place centrale dans l'architecture de l'OMC et son bon fonctionnement est essentiel à la crédibilité des règles de la nouvelle Organisation. Il constitue probablement l'apport le plus original des négociations de l'Uruguay Round²⁵. Il instaure un mécanisme de règlement obligatoire, avec une possibilité d'appel de caractère judiciaire, pour tous les différends relatifs à l'application des accords multilatéraux sur les marchandises, les services et les droits de la propriété intellectuelle et de l'accord instituant l'OMC²⁶.

¹¹ Ce nouveau mécanisme a d'ores et déjà été plus fréquemment utilisé que n'importe quel autre système multilatéral contentieux de règlement des différends entre Etats. Au 1^{er} août 2000, un peu plus de cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord de Marrakech, 203 demandes de consultation portant sur 165 affaires distinctes ont été présentées, soit un chiffre supérieur à l'ensemble des différends soumis depuis 1922 à la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice.

§ 1^{er} – Une procédure de conciliation quasi juridictionnelle

¹² Une procédure de règlement des différends existait déjà dans le cadre de l'ancien système de règlements des différends du GATT, mais elle était moins contraignante : il

n'y avait aucun calendrier établi, les décisions ne pouvaient être adoptées que par consensus, de sorte qu'une seule opposition suffisait pour les bloquer, et beaucoup d'affaires traînaient en longueur sans arriver à une solution. Le Mémorandum d'accord met en place une procédure plus structurée, dont chaque étape doit respecter un délai précis. En outre et surtout, l'établissement d'un groupe spécial (*panel*), l'adoption des rapports du *panel* et de l'organe d'appel, ainsi que l'autorisation d'adopter des représailles commerciales interviennent désormais automatiquement, sauf s'il y a consensus pour les rejeter²⁷. Ainsi, un pays désireux de bloquer une décision doit amener tous les autres membres de l'OMC (y compris la partie adverse dans le différend) à partager ses vues. Cette quasi automatité est particulièrement importante lors qu'il s'agit d'affaires politiquement sensibles ou mettant en présence un membre « plus faible », qui aurait eu des difficultés dans l'ancien système du GATT à réunir un consensus en faveur de sa position²⁸. Enfin, une dernière nouveauté est la possibilité de faire revoir les questions de droit examinées dans le rapport du *panel* par un organe d'appel dont la fonction est judiciaire²⁹. Cette nette juridiction de l'ancienne procédure de règlement des différends du GATT a pour effet de transformer ce qui était essentiellement un mécanisme de conciliation en une sorte d'« arbitrage qui ne dit pas son nom³⁰ ».

- ¹³ La procédure de règlement des différends est administrée par l'Organe de règlement des différends, au sein duquel siègent les représentants de tous les membres de l'OMC, chacun d'entre eux dotés d'une voix. L'Organe de règlement des différends supervise les consultations entre les parties à un différend ; donne suite à une requête en créant un *panel* chargé de régler le différend ; adopte les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ; assure la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations ; et peut autoriser des sanctions commerciales en cas de non-respect des recommandations adoptées par le *panel* ou l'Organe d'appel³¹.
- ¹⁴ Les principales étapes de la procédure de règlement des différends, qui est d'une assez grande complexité, sont les suivantes :
 - En cas de différend entre membres de l'OMC au sujet de la portée de leurs obligations respectives, l'une des parties au différend peut demander à l'autre d'engager des consultations et notifie sa requête à l'Organe de règlement des différends³² ;
 - Si ces consultations échouent, la partie plaignante peut solliciter auprès de l'Organe de règlement des différends l'établissement d'un *panel* ; celui-ci est chargé d'examiner l'affaire et de formuler dans un rapport ses recommandations en vue d'un règlement du différend³³ ;
 - L'une ou l'autre des parties au différend peut contester les aspects juridiques du rapport du *panel* devant l'organe d'appel³⁴ ;
 - Le rapport du *panel* ou de l'organe d'appel n'a d'effet juridique à l'égard des parties au différend qu'après son adoption par l'Organe de règlement des différends ; cependant, l'adoption du rapport intervient désormais d'une manière quasi-automatique, puisqu'il ne peut être rejeté que s'il y a un consensus contre son adoption³⁵ ;
 - La partie concernée informe dans un délai de 30 jours l'Organe de règlement des différends des mesures qu'elle entend prendre pour mettre en œuvre les recommandations et décisions³⁶ ; si celle-ci ne prend pas les mesures nécessaires, elle doit fournir une compensation, faute de quoi l'Organe de règlement des

différends autorise l'adoption par la partie plaignante de mesures de représailles commerciales³⁷ ;

- A n'importe quel stade de la procédure, les parties peuvent décider de recourir à un autre mode de règlement du différend (bons offices, médiation, conciliation ou arbitrage³⁸).

§ 2 – La qualité pour agir

- 15 La procédure de règlement des différends s'impose de plein droit à tous les membres de l'OMC³⁹. Chaque membre peut y recourir pour faire cesser une violation par un autre membre de ses obligations découlant des accords de l'OMC. La qualité pour agir du plaignant est-elle toutefois conditionnée à l'existence d'un intérêt personnel, par exemple résultant d'un préjudice commercial ? Cette question s'est posée dans la troisième des affaires ayant occupé les organes de règlement des différends de l'OMC à propos du régime appliqué par les Communautés européennes en matière d'importation, de vente et de distribution des bananes⁴⁰.

A. L'affaire des bananes : une reconnaissance de l'*actio popularis* ?

1) L'argumentation des parties

- 16 Dans le troisième épisode de l'affaire des bananes, les parties plaignantes étaient quatre pays d'Amérique latine exportateurs de bananes – l'Equateur, le Guatemala, le Honduras et le Mexique – ainsi que les Etats-Unis, dont les sociétés multinationales contrôlent une grande partie du commerce mondial des bananes produites en Amérique latine. Les Communautés européennes contestèrent le droit pour les Etats-Unis de se constituer partie plaignante au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce⁴¹. Elles firent valoir que les Etats-Unis n'avaient jamais exporté de bananes indigènes et qu'il était peu probable, au vu des conditions climatiques et économiques du pays, que cette situation change. Les Etats-Unis n'auraient donc dans cette affaire aucun intérêt commercial propre à préserver, qu'il soit effectif ou simplement potentiel. Pour la Communauté, les Etats-Unis n'ont pas d'autre intérêt que celui dérivé de leur qualité de membre de l'Organisation, ce qui n'est pas suffisant⁴².

- 17 La Communauté invoqua l'arrêt controversé rendu en 1966 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Sud-Ouest africain. Selon la Communauté, il existerait dans tout système juridique – y compris en droit international – un principe général selon lequel un plaignant doit démontrer avoir un « droit ou un intérêt juridique à l'objet de sa demande ». Dans son mémoire adressé au panel, la Communauté prétendit que ce principe de procédure excluait toute idée d'*actio popularis*⁴³. Devant l'Organe d'appel, elle modifia sa position en soutenant que ce principe n'avait pas un effet aussi radical, mais qu'il oblige du moins à trouver dans l'Accord une disposition autorisant expressément l'*actio popularis* :

[...] le droit des traités est un « moyen de se soustraire par voie contractuelle au droit international général ». Par conséquent, l'Accord sur l'OMC doit prévoir l'exclusion de la condition de l'existence d'un intérêt juridique ou une acceptation de la notion d'*actio popularis* pour que l'on puisse conclure que le système de règlement des différends de l'OMC exclut la condition de l'existence d'un intérêt

juridique. L'absence de règle expresse dans le Mémorandum d'accord ou dans les autres accords visés montre que le droit international général doit être appliqué⁴⁴.

- 18 De leur côté, les Etats-Unis affirmèrent qu'ils avaient un intérêt commercial dans l'affaire, même s'ils n'exportent pas eux-mêmes des bananes (ou seulement en quantité très réduite). Ils firent valoir que deux sociétés américaines, Chiquita et Dole Foods, étaient discriminées par le régime communautaire d'importation des bananes et que celui-ci avait des effets indirects sur le marché intérieur américain⁴⁵. Dans leur argumentation en droit, les Etats-Unis défendirent toutefois une conception large de la qualité pour agir. Selon eux, L'« intérêt » que doit avoir un membre de l'OMC pour engager une procédure est défini par l'intéressé lui-même. Chaque membre peut déposer une plainte non seulement s'il juge que des avantages découlant pour lui des accords se trouvent annulés ou compromis, mais aussi s'il considère que la réalisation d'un objectif quelconque des accords négociés se trouve entravée ou compromise par suite de l'inexécution par un autre membre des obligations qui lui incombent⁴⁶.

2) Le rapport du panel

- 19 Dans son rapport mis en circulation le 22 mai 1997, le *panel rejets*, l'objection des Communautés et reconnut aux Etats-Unis qualité pour se constituer partie plaignante. Le *panel* releva tout d'abord qu'aucune disposition des accords du GATT ou du Mémorandum relatif au règlement des différends ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un membre ait un « intérêt juridique » pour pouvoir demander l'établissement d'un *panel*. Il estima également qu'une telle exigence d'un intérêt juridique ne correspondait pas à la pratique antérieure du GATT. Cela étant, c'est bien sur le terrain de l'intérêt à agir que se place ensuite le *panel* en cherchant à identifier quels types d'intérêts donnent à un membre de l'OMC le droit de déclencher une procédure de règlements des différends. Selon le *panel*, la qualité pour présenter une plainte n'est pas subordonnée à la preuve de l'existence d'« effets effectifs [sic] sur le commerce ». Elle peut reposer également sur un intérêt « potentiel », un intérêt « indirect », voire simplement sur un intérêt d'ordre général à déterminer l'étendue des droits et obligations d'un membre de l'organisation :

[...] l'intérêt potentiel d'un Membre dans le commerce de marchandises ou de services ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre de l'Accord sur l'OMC suffit, l'un ou l'autre, pour établir un droit de mener une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC⁴⁷.

- 20 Même si le rapport du *panel* ne parle pas expressément d'une *actio popularis* ou d'un intérêt au respect de la légalité, il reconnaît clairement leur admissibilité, affirmant que « tous les Membres ont intérêt à faire en sorte que les autres Membres respectent leurs obligations⁴⁸. » Le *panel* se défend de toute audace en soulignant, ajuste titre, qu'un tel droit d'agir ne sera guère utilisé par un membre de l'Organisation dans d'autres cas que si ces intérêts commerciaux (actuels ou potentiels) sont affectés :

Nous notons que le risque d'action de tous contre tous semble faible car les Membres sont exhortés à l'article 3 § 7 du Mémorandum d'accord de faire preuve de modération quand ils envisagent d'engager une procédure et le coût des procédures est tel, en particulier dans une affaire comme celle-ci, que cette exhortation sera probablement suivie. Selon nous, il est aussi improbable qu'un nombre important de procédures soient engagées par des Membres pour lesquels les résultats de ces procédures ne présentent pas d'intérêt commercial immédiat⁴⁹.

- 21 Il est intéressant de relever que cet intérêt au respect de la légalité est étroitement lié, dans l'argumentation du *panel*, à la reconnaissance des intérêts commerciaux potentiels ou indirects des membres de l'OMC. Dans son rapport, le *panel* rappelle, d'abord, la pratique antérieure du GATT qui montre que « les règles du GATT ont toujours été interprétées comme protégeant les “possibilités de concurrence” par opposition aux courants d'échanges effectifs⁵⁰. » Il rapproche ensuite cet intérêt potentiel de la notion contiguë, mais différente, d'intérêt indirect. Il ajoute en effet :

même si [les Etats-Unis] n'avaient pas un intérêt potentiel à l'exportation, leur marché intérieur de la banane pourrait subir les conséquences du régime communautaire et des effets de ce régime sur les approvisionnements et les prix mondiaux. En fait, vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, qui signifie que des mesures prises dans un pays auront probablement des effets importants sur les courants d'échanges et d'investissement étranger direct dans d'autres, les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux⁵¹.

- 22 Dès lors que les accords de l'OMC protègent des intérêts commerciaux potentiels ou indirects des membres de l'Organisation, le dernier pas, consistant à affirmer un intérêt de tous au respect de la légalité, est facile à franchir. Si tout un chacun peut se prévaloir d'un intérêt potentiel ou indirect, même lointain ou tenu, cela revient dans les faits à admettre l'intérêt de tous au respect de la légalité. La Cour permanente de Justice internationale avait suivi un raisonnement assez similaire dans son arrêt relatif au Vapeur Wimbledon, une décision qui est d'ailleurs citée dans le rapport du *panel*. Comme le *panel*, la Cour permanente mêlait indistinctement dans son argumentation intérêt subjectif potentiel et intérêt objectif au respect du droit⁵².

3) Le rapport de l'Organe d'appel

- 23 L'Organe d'appel a admis lui aussi le droit des Etats-Unis de se constituer plaignant, mais sur la base de motivations partiellement différentes. L'Organe d'appel examine la question des rapports entre droit international général et droit conventionnel plus attentivement que ne l'avait fait le *panel*. Il affirme qu'il n'a pas trouvé dans les arrêts de la Cour permanente et de la Cour internationale de Justice l'affirmation d'un principe général selon lequel la partie demanderesse, devant une juridiction internationale, doit posséder un « intérêt juridique » à l'objet de sa requête. En l'absence d'une règle de droit international général, la détermination de la qualité pour agir des plaignants doit se faire à la lumière des textes des accords de l'OMC. Or, comme l'avait déjà relevé le *panel*, aucune disposition des accords n'exige explicitement du plaignant qu'il démontre un intérêt juridique à agir. L'Organe d'appel refuse en outre de considérer – comme le faisait la Communauté européenne – que cette exigence serait contenue implicitement dans les accords de l'OMC⁵³.

- 24 L'Organe d'appel montre cependant davantage de circonspection à l'égard de l'*actio popularis*. Il se déclare d'accord avec l'affirmation du *panel* selon laquelle, dans une économie de plus en plus mondialisée, tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations a des conséquences directes ou indirectes pour tous les membres de l'Organisation⁵⁴. Il ne va cependant pas jusqu'à reconnaître – comme l'avait fait le *panel* – un intérêt de tous au respect de la légalité. L'Organe d'appel choisit une autre voie. Il fonde la qualité pour agir des Etats-Unis non pas sur un intérêt « objectif » au

respect du droit, mais sur le fait que le texte de l'article XXIII des Accords du GATT de 1994 ainsi que celui de l'article 3 § 7 du Mémorandum d'accord laissent aux membres de l'Organisation une grande liberté-dans l'appréciation de l'opportunité de soumettre un différend à la procédure de règlement⁵⁵. Si l'Organe d'appel se montre donc plus réservé que le *panel* à l'égard de l'*actio popularis*, il laisse néanmoins à chaque membre de l'OMC une grande liberté subjective pour déterminer s'il souhaite recourir au mécanisme de règlement des différends. Le résultat pratique n'est donc pas très différent : il équivaut à admettre une qualité pour agir de tout un chacun.

- ²⁵ La lecture faite par l'Organe d'appel de la jurisprudence internationale nous paraît la bonne. Même dans son arrêt très controversé de 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour internationale de Justice n'est pas allée jusqu'à affirmer l'existence d'une règle de droit international général selon laquelle le demandeur devrait avoir un intérêt juridique propre. L'arrêt s'est contenté de dire qu'il n'existant pas de règle inverse, c'est-à-dire un principe général de droit autorisant partout l'*actio popularis*⁵⁶. Il faut toutefois nuancer les affirmations du *panel* et de l'Organe d'appel, qui paraissent tous deux rejeter complètement la notion d'intérêt juridique. Affirmer que la partie plaignante n'a pas à démontrer un intérêt juridique propre (ou personnel), n'est pas la même chose que de prétendre que la notion d'intérêt juridique est complètement absente du système de l'OMC. Lorsque le *panel* ou l'Organe d'appel affirme que les accords de l'OMC protègent des intérêts commerciaux actuels, potentiels ou indirects, il s'agit en fait de différentes formes d'intérêts juridiquement protégés. Même l'intérêt de tous au respect de la légalité est une forme d'intérêt juridique, qui découle automatiquement du fait d'être membre de l'organisation et d'être titulaire à ce titre de droits et d'obligations.

B. Au-delà de l'affaire des bananes

- ²⁶ Dans le cadre de l'ancien mécanisme de règlement du GATT, le déroulement de la procédure était suspendu, à chaque étape, à l'accord des parties au différend. L'objectif général était la recherche d'une solution satisfaisante pour les parties plutôt que l'application du droit. Dans un tel système, l'*actio popularis* n'avait logiquement pas sa place. Les changements apportés au mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'*Uruguay Round*, notamment le mode d'adoption quasi automatique des rapports, sont-ils suffisants pour que l'on puisse envisager maintenant une *actio popularis* ?

- ²⁷ On peut se demander, en premier lieu, si un tel droit d'agir de « tous contre tous » est concevable dans un système aussi fortement marqué par la réciprocité. Historiquement, les cycles de négociations commerciales ont pris la forme de véritables bazars où chaque avancée dans les négociations dépendait de concessions mutuelles⁵⁷. La réciprocité demeure essentielle dans le cadre de l'OMC, même si elle n'est plus un fondement aussi exclusif qu'elle l'était dans l'ancien système du GATT⁵⁸. Elle n'est cependant pas un trait spécifique aux accords de l'OMC. La réciprocité est inhérente à n'importe quel traité international et se manifeste même dans des domaines où domine la notion d'intérêt commun, tel celui de la protection des droits de l'homme⁵⁹. En tant que telle, la réciprocité n'exclut nullement l'*actio popularis*. De fait, le nouveau système de règlement des différends de l'OMC vise, d'après les termes utilisés dans le Mémorandum d'accord, à préserver « un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres⁶⁰ », mais aussi à « assurer la sécurité et la prévisibilité du

système commercial multilatéral⁶¹ » ainsi que le « bon fonctionnement de l'OMC⁶². » En d'autres termes, il protège à la fois les intérêts subjectifs réciproques de chaque membre et l'intérêt général de tous au respect des accords. Le Mémorandum d'accord prévoit, en outre, que toute infraction à une obligation souscrite au titre des accords est « présumée annuler ou compromettre un avantage⁶³. » L'effet premier de cette présomption est un transfert du fardeau de la preuve : ce n'est pas à la partie plaignante de prouver l'existence d'un préjudice justifiant sa demande de retrait de la mesure contestée, mais à la partie défenderesse d'apporter des preuves de son inexistence. Cette présomption est cependant très difficile à renverser dès lors que l'on admet l'existence d'intérêts commerciaux potentiels ou indirects. En pratique, elle sert donc à fonder l'intérêt à agir de n'importe quel membre de l'Organisation.

- 28 Il est vrai également que certaines dispositions du Mémorandum d'accord expriment une approche plutôt bilatérale du règlement des différends, ce qui peut paraître difficile à concilier avec la dimension collective que presuppose une *actio popularis*. L'élément peut-être le plus notable est le fait que l'autorisation d'adopter des contre-mesures commerciales n'est accordée qu'à la partie plaignante, les membres non « impliqués » dans le différend en étant exclus. Au niveau de l'exécution, il n'y a donc pas de place actuellement pour des mesures collectives décidées par l'ensemble des membres de l'Organisation⁶⁴. D'autres éléments du Mémorandum d'accord traduisent cependant une volonté de dépasser une approche purement bilatérale. Comme indiqué précédemment, l'un des objectifs explicitement assignés à la procédure de règlement des différends est d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral⁶⁵. Cet objectif a une nature incontestablement collective. Il revêt de l'importance non seulement pour les membres de l'Organisation, mais aussi pour tous les acteurs économiques privés engagés dans des opérations commerciales⁶⁶. D'autre part, si une préférence est affirmée dans le Mémorandum d'accord pour des solutions négociées directement entre les parties au différend⁶⁷, des garde-fous sont imposés pour protéger l'intérêt collectif. Ainsi est-il prévu que toute solution trouvée bilatéralement doit respecter les accords de l'OMC (et donc ne pas porter atteinte aux intérêts des autres membres⁶⁸). Une volonté de prendre en compte l'intérêt collectif ressort également du fait que la question de la mise en œuvre des recommandations et décisions adoptées par le *panel* ou l'Organe d'appel peut « être soulevée à l'Organe de règlement des différends par tout Membre à tout moment après leur adoption⁶⁹. »
- 29 Au total, le système de règlement des différends de l'OMC donne l'image d'un mécanisme en évolution. Il est sorti d'un schéma traditionnel purement bilatéral et axé sur la protection de droits et obligations réciproques, mais n'a pas – pas encore ? – achevé sa mutation en un système de défense de la légalité protégeant pleinement les intérêts de tous les membres. Les décisions du *panel* et de l'Organe d'appel dans l'affaire des bananes ont pavé la voie à un contrôle de la légalité déclenché par n'importe quel membre de l'organisation. Cela nous paraît une conséquence cohérente de la reconnaissance croissante, dans le cadre de l'OMC, de l'existence d'intérêts communs à tous les membres de l'organisation. Cependant, l'élargissement de la qualité pour agir est encore fragile. Dans son rapport concernant l'affaire des bananes, l'Organe d'appel a souhaité préciser que sa décision favorable à la qualité pour agir des Etats-Unis ne signifiait pas « qu'un ou plusieurs des facteurs [...] relevés en l'espèce seraient nécessairement déterminants dans une autre affaire⁷⁰. » Il s'agit là d'un bémol significatif dont l'avenir dira la portée véritable.

Section III – L'intégration économique régionale : L'exemple de la Cour de justice des Communautés européennes

- ³⁰ La conclusion d'accords régionaux de libre échange ou d'intégration économique a conduit à la création d'une série de tribunaux régionaux chargés d'assurer le contrôle judiciaire des engagements souscrits. Le plus ancien d'entre eux est la Cour de justice des Communautés européennes (appelée aussi communément Cour européenne de justice). La Cour a été instituée originellement, en 1951, comme organe de surveillance du traité relatif à la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Après la création en 1957 des deux autres Communautés, la Communauté économique européenne (CE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), la Cour est devenue l'organe judiciaire commun aux trois Communautés. Le traité de Maastricht portant création de l'Union européenne, ainsi que le traité d'Amsterdam, ont étendu la juridiction de la Cour à de nouveaux domaines. Toutefois, en principe, le champ de compétence de la Cour se limite aux domaines de l'intégration européenne, qui sont rassemblés aujourd'hui au sein de ce qu'il est convenu d'appeler le premier pilier de l'Union européenne. Depuis 1989, la Cour européenne de Justice est assistée dans l'exécution de ses tâches par un Tribunal de première instance⁷¹.
- ³¹ D'autres tribunaux de ce type ont été créés récemment sur le plan régional ou sont en voie de constitution, afin d'accompagner la mise en place de zones régionales d'intégration économique. En Europe, on peut mentionner la nouvelle Cour de l'Association européenne de libre échange (AELE), établie en 1994, qui a pour mandat de surveiller la mise en œuvre de l'Accord sur l'espace économique européen (un accord qui regroupe les pays membres de l'Union européenne, d'une part, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein, d'autre part). Dans les Amériques, des organes judiciaires spécialisés ont été créés aussi dans le cadre des différents accords commerciaux conclus sur un plan sub-régional : l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA ou NAFTA), qui lie les Etats-Unis, le Canada et le Mexique ; le Marché commun d'Amérique du Sud (MERCOSUR), qui rassemble le Brésil, l'Argentine et le Chili ; la Communauté andine, qui regroupe la Bolivie, l'Equateur, la Colombie, le Pérou et le Venezuela ; et le Marché commun d'Amérique centrale, auquel participent le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, l'Honduras, le Nicaragua et Panama. En Afrique, des Cours de Justice ont été établies récemment dans le cadre du Marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud (GOMESA, dont la juridiction s'étend à 21 pays africains) et de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO ou ECOWAS).
- ³² La Cour européenne de Justice est prise ici comme exemple pour deux raisons principales : d'une part, parce qu'elle est la plus ancienne et la plus expérimentée de ces juridictions régionales, ce qui lui a donné l'occasion de développer une riche jurisprudence ; d'autre part, en raison de l'ampleur des compétences déléguées aux institutions communautaires et de la diversité des recours judiciaires prévus dans les traités constitutifs⁷².

§ 1^{er} – Des pouvoirs juridictionnels étendus

- ³³ La fonction principale de la Cour de justice est d'assurer une interprétation et une application uniforme des traités⁷³. La juridiction de la Cour découle principalement de dispositions spécifiques figurant dans les traités constitutifs. En principe, cette juridiction s'impose de plein droit à l'égard de l'ensemble des Etats membres⁷⁴. Elle revêt un caractère exclusif, en ce sens qu'une interdiction expresse est faite aux Etats membres de soumettre leurs différends à d'autres modes de règlement que ceux prévus dans les traités⁷⁵. Dans le cadre de notre étude, les plus importantes voies de recours à considérer sont le recours en manquement, ouvert contre les Etats membres, ainsi que les recours en annulation et en carence, qui portent sur les actes ou omissions des institutions communautaires.
- ³⁴ La procédure de manquement est la première qui soit mentionnée dans les traités, ce qui atteste de son importance pour assurer le bon fonctionnement et la solidité de l'édifice communautaire. Selon la Cour de Justice, le recours en manquement remplit une double fonction : celle de « déterminer la portée exacte des obligations des Etats membres en cas de divergence d'interprétation⁷⁶ » et celle de servir « [d'] *ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par les Traités contre l'inertie et contre la résistance des Etats membres⁷⁷. » L'initiative de déclencher une procédure en constatation d'un manquement appartient en premier lieu à la Commission⁷⁸. Avant de saisir la Cour de Justice, la Commission doit procéder à une mise en demeure de l'Etat concerné, en indiquant la violation alléguée et en fixant un délai pour transmettre ses observations. Si la Commission et l'Etat maintiennent leurs positions respectives, la Commission émet un avis motivé. Ce n'est qu'après cette première phase, et si l'Etat concerné ne met pas fin en temps utile à la violation alléguée, que la Commission peut décider de saisir la Cour de Justice. Les Etats membres ont, eux aussi, le droit de former un recours devant la Cour de Justice, et ce au sujet de n'importe quel manquement de la part d'un autre Etat membre⁷⁹. Dans le cadre de cette procédure de manquement, l'arrêt rendu par la Cour de Justice est déclaratoire. La Cour ne peut pas condamner l'Etat défendeur à des dommages et intérêts, pas plus qu'elle ne peut annuler ou déclarer invalide la mesure nationale contestée⁸⁰. Si la Cour constate un manquement, l'Etat concerné est cependant tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt⁸¹.
- ³⁵ Les traités relatifs aux Communautés européennes instaurent aussi un contrôle juridictionnel de la légalité du comportement des institutions communautaires. Un recours en annulation peut être formé devant la Cour de Justice contre les actes adoptés par le Conseil, la Commission et la Banque centrale européenne, ainsi que contre les actes du Parlement européen adoptés conjointement avec le Conseil ou destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers⁸². Les moyens invocables à l'appui du recours sont le détournement de pouvoirs, la violation des formes substantielles, la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, et le détournement de pouvoir⁸³. En complément de cette procédure en annulation, le recours en carence permet de faire constater une abstention illicite de statuer de la part du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission⁸⁴. Dans le cadre de ces deux voies de recours, le droit de saisir la Cour de justice est accordé aux Etats membres, à certaines institutions communautaires, dont la Commission, ainsi qu'aux personnes physiques et morales. La saisine est subordonnée cependant à des conditions

spécifiques pour chaque catégorie de requérants, sur lesquelles nous reviendrons⁸⁵. Si la Cour constate une illégalité, elle déclare l'acte litigieux nul et non avenu, dans sa totalité ou en partie⁸⁶. A l'instar des recours administratifs du droit national, le recours en annulation du droit communautaire aboutit à un effacement *ab initio* de l'acte annulé et l'arrêt de la Cour déploie ses effets *erga omnes*. En cas d'abstention illicite d'une institution communautaire, la Cour de justice prononce un constat de carence, l'institution concernée ayant alors l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt⁸⁷.

§ 2 – Les recours des Etats membres

A. La qualité pour agir en défense de la légalité communautaire

- ³⁶ A travers les trois recours susmentionnés, le droit communautaire permet aux Etats membres de porter devant la Cour de justice un différend les opposant à un autre Etat membre ou à des institutions communautaires. Bien qu'il n'y ait pas d'indication expresse dans les traités, il est admis que les droits de recours des Etats membres servent autant à la défense de l'intérêt communautaire que de leurs éventuels intérêts propres lésés. En conséquence, l'Etat requérant n'a pas à démontrer que ses intérêts ou ceux de ses ressortissants sont directement affectés. La Cour de justice a souligné expressément que les Etats membres n'ont pas à justifier d'un intérêt spécifique à agir⁸⁸. Dans le cadre de la procédure en annulation, la Cour a indiqué en particulier que le fait qu'un Etat membre ait voté en faveur de l'adoption par le Conseil du règlement litigieux ne le prive pas du droit d'en contester la légalité⁸⁹. Elle a jugé aussi, dans le même sens, que rien n'interdit à un Etat membre d'attaquer une décision adressée à une entreprise publique établie sur le territoire d'un autre Etat membre⁹⁰.
- ³⁷ Cette reconnaissance aux Etats membres d'une qualité générale pour agir s'explique par la nature particulière de la construction communautaire. Les traités communautaires ne créent pas un simple réseau de droits et obligations réciproques⁹¹. Ils instituent un véritable édifice juridique commun à la stabilité et au respect duquel tous les Etats membres ont un intérêt juridique⁹². La doctrine parle fréquemment à ce propos d'un droit de recours « objectif » visant à assurer le respect de la « légalité communautaire⁹³ ».

B. La coexistence avec les droits de recours des institutions communautaires

- ³⁸ L'une des particularités du système juridictionnel communautaire est de combiner ces recours étatiques avec ceux octroyés aux institutions communautaires, notamment à la Commission, un organe indépendant des Etats membres. La défense en justice de l'intérêt général communautaire n'appartient ainsi en exclusive ni aux Etats membres, ni aux institutions communes.

1) La Commission

- ³⁹ La Commission européenne joue un rôle prééminent dans le contrôle du respect du droit communautaire. Les traités lui confient expressément le mandat de veiller à l'exécution par les Etats membres de leurs obligations⁹⁴. De fait, la saisine de la Cour de justice au titre de la procédure en manquement est précédée d'une phase non judiciaire – et qui est obligatoire dans le cadre des traités CEE et Euratom – dont la responsabilité

est entièrement confiée à la Commission. Par rapport aux manquements des Etats membres, la Commission sert à la fois de ministère public et d'instance d'instruction. La Commission dispose également d'un droit de recours contre les actes illicites ou les carences d'autres institutions communautaires, même si elle ne joue pas en la matière un rôle aussi central que dans la procédure en manquement.

- 40 Ayant été investie de la mission de surveiller l'exécution des traités, la Commission n'a pas à justifier d'un intérêt spécifique à agir⁹⁵. En particulier, son droit d'agir n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice subi par les autres Etats membres ou par la Communauté⁹⁶. Pour des raisons similaires, si l'Etat membre régularise la situation au regard du droit communautaire après la saisine de la Cour, un recours en manquement ne devient pas pour autant sans objet. Malgré cette régularisation tardive, la Cour considère que la Commission « conserve un intérêt à faire trancher en droit la question de savoir si un manquement a été commis⁹⁷. » En d'autres termes, le recours en manquement peut viser simplement à faire trancher par la Cour une divergence relative à l'interprétation des traités communautaires. Un argument supplémentaire avancé par la Cour est le fait que, même après une régularisation tardive, un recours en manquement peut servir à « établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut être dans le cas d'encourir en conséquence de son manquement à l'égard d'autres Etats membres, de la Communauté ou des particuliers⁹⁸. » S'agissant de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour européenne de justice est allé plus loin que la plupart des autres juridictions internationales en estimant que leur non-épuisement ne constitue pas un motif d'irrecevabilité⁹⁹.
- 41 En tant que gardienne des traités constitutifs, la Commission a pour mission de veiller à l'intérêt général communautaire. Pourtant, il ne s'agit nullement d'un monopole. Avant de pouvoir introduire un recours en manquement devant la Cour, les Etats membres doivent certes saisir la Commission de l'infraction alléguée. Le but de cette phase préalable est d'informer la Commission, de lui permettre d'établir les faits, et le cas échéant, de donner une solution amiable au différend¹⁰⁰. Cette saisine préalable de la Commission vise également à permettre à cette dernière de reprendre la procédure à son compte. Le droit de recours des Etats membres n'est cependant pas dépendant de la position de la Commission ou du résultat de cette procédure préalable. La décision de la Commission de reprendre la procédure à son compte ne prive pas l'Etat demandeur de son droit de recours direct devant la Cour. Par ailleurs, même si l'Etat défendeur se conforme à l'avis motivé de la Commission, l'Etat demandeur peut juger opportun de saisir la Cour de justice, par exemple parce qu'il estimerait que l'avis motivé de la Commission ou les mesures recommandées pour s'y conformer ont une portée trop limitée¹⁰¹. Cette indépendance d'action des Etats membres et de la Commission se manifeste aussi en sens inverse. La Commission n'est pas tenue de porter l'affaire devant la Cour chaque fois qu'une procédure en manquement serait initiée par un Etat membre et qu'elle estime que les conditions d'exercice du recours en manquement sont réunies¹⁰².

2) Les autres institutions communautaires

- 42 D'autres institutions communautaires ont un droit de recours devant la Cour de justice. C'est le cas en particulier du Conseil, du Parlement européen, de la Cour des comptes et de la Banque centrale européenne. Leurs possibilités de recours sont cependant plus limitées que celles de la Commission. D'une part, aucune de ces institutions n'a le droit

de déposer un recours en constatation de manquement. La Commission demeure ainsi le seul organe communautaire autorisé à poursuivre en justice une infraction commise par un Etat membre. D'autre part, en ce qui concerne le contrôle de la légalité des actes communautaires, deux types différents de qualité pour agir ont été définis au profit des institutions communautaires. La Cour des comptes et la Banque centrale européenne sont limitées dans les moyens qu'elles peuvent invoquer. Ils ne peuvent en effet recourir que pour la sauvegarde de leurs prérogatives respectives¹⁰³. On a parlé à ce propos d'un droit de recours subordonné à l'existence d'un « intérêt institutionnel » à agir¹⁰⁴. En revanche, le Conseil a un droit de recours en annulation similaire à celui des Etats membres et de la Commission et n'a donc pas à démontrer un quelconque intérêt spécifique à agir. S'agissant du Parlement, son droit de recourir en annulation a été restreint initialement à la sauvegarde de ses prérogatives¹⁰⁵. Le traité de Nice a mis cependant fin à cette limitation, de sorte que la qualité pour agir du Parlement est aujourd'hui pleine et entière, identique à celle du Conseil, de la Commission et des Etats membres¹⁰⁶.

- 43 En guise de conclusion sur ce point, on peut donc dire que la défense en justice de l'intérêt communautaire peut être assumée à la fois par les Etats membres, la Commission et, dans une mesure plus limitée, par le Parlement et le Conseil. Tous appartiennent à une catégorie de requérants privilégiés, en ce sens qu'ils n'ont pas à justifier d'un intérêt spécifique à agir. Une autre constatation importante est que, dans le cadre de la construction européenne, le fait de confier des fonctions de surveillance aux institutions communautaires, en particulier à la Commission, n'a pas conduit pour autant à priver les Etats membres d'un droit d'agir dans l'intérêt général.

C. Un usage très limité de la part des Etats

- 44 L'utilisation de la procédure de manquement par les Etats membres a été extrêmement parcimonieuse, puisque le nombre d'affaires se limite à quatre. Dans les quatre cas, le ou les Etats requérants étaient motivés par des intérêts directs. La première affaire portait sur des restrictions temporaires instaurées par la France aux importations de viande bovine en provenance des nouveaux Etats membres. La procédure a été interrompue après désistement de l'Etat requérant¹⁰⁷. Le second recours a été introduit par la France à propos de mesures prises par le Royaume-Uni en matière de pêche. L'Etat demandeur invoquait notamment le défaut de consultation préalable de la Commission. Au lieu d'introduire elle-même un recours devant la Cour dans une affaire qui l'intéressait directement, la Commission s'est contentée d'intervenir devant la Cour en vertu de l'article 37 du Statut en reprenant à son compte l'argumentation du Gouvernement français¹⁰⁸. Le troisième recours a été introduit par l'Espagne contre le Royaume-Uni. Il concernait l'imposition discriminatoire dont faisait l'objet le Sherry espagnol par rapport au Sherry britannique¹⁰⁹. Enfin, la quatrième affaire portait sur des appellations d'origine viticoles et mettait aux prises la Belgique comme partie requérante (soutenue par des interventions du Danemark, des Pays-Bas, de la Finlande et du Royaume-Uni) et l'Espagne comme défenderesse (soutenue par l'Italie et la Commission¹¹⁰).
- 45 La rareté de l'utilisation de la procédure contentieuse interétatique peut s'expliquer par les réticences qu'éprouvent usuellement les Etats à s'accuser mutuellement. Même dans le cadre d'une organisation régionale d'intégration – ou peut-être surtout dans un tel cadre, où les pays se connaissent bien et où les risques de « renvois de l'ascenseur »

sont importants – les Etats semblent hésiter à utiliser une telle procédure. Lorsqu'un différend surgit au sujet de l'exécution des traités, les Etats membres disposent de nombreux canaux plus officieux pour le régler. Si le règlement judiciaire paraît nécessaire, ils préfèrent saisir la Commission et lui demander d'agir sur la base de son propre droit de recours, tout en se réservant la faculté d'intervenir éventuellement à ses côtés dans la procédure en vertu de l'article 37 du Statut¹¹¹.

§ 3 – Les recours des personnes physiques et morales

A. Une jurisprudence complexe et restrictive

- 46 Contrairement aux Etats membres, les personnes privées ne peuvent exercer leur droit de recours en annulation que dans des conditions restrictives. Le traité CE prévoit qu'une personne physique ou morale ne peut intenter un tel recours que contre des décisions (et non contre des règlements ou directives) et pour autant qu'elle soit la destinataire directe de cette décision. Le traité ne prévoit d'exception à cette règle que lorsqu'un acte, bien que pris sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, concerne en réalité directement et individuellement le requérant¹¹². La Cour de justice a développé une jurisprudence abondante et complexe en matière de qualité pour agir, dont les premiers jalons ont été posés de manière précoce. Dans le célèbre arrêt *Plaumann*, rendu en juillet 1963, la Cour a affirmé vouloir procéder à une interprétation extensive du droit de recours des particuliers, mais a opté en réalité pour une définition assez restrictive en estimant que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire¹¹³. » Dans un arrêt rendu quelques mois plus tôt dans l'affaire *Producteurs de fruits*, la Cour s'était montrée également assez restrictive quant à la possibilité d'attaquer un acte pris sous la forme d'un règlement¹¹⁴. L'abondante jurisprudence développée par la suite a complété, parfois avec des excès de raffinement, ces deux premiers jalons jurisprudentiels, mais sans les modifier substantiellement. Cette jurisprudence rend très difficile toute action introduite par des individus dans le souci de l'intérêt général. En particulier, il est clairement établi dans la jurisprudence de la Cour de justice qu'une organisation ou une association ne peut pas exercer un recours en annulation en vue de défendre les intérêts collectifs de ses membres ou des intérêts de caractère plus général, tel que la protection de l'environnement¹¹⁵.
- 47 S'agissant du recours en carence, son exercice par des personnes privées est limité également par les traités communautaires : une personne physique ou morale ne peut former un tel recours que pour faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui « adresser » un acte le concernant (autre qu'une simple recommandation ou un avis¹¹⁶). La Cour a adopté une interprétation plus restrictive encore des conditions de recevabilité du recours en carence que de celles du recours en annulation. Selon la jurisprudence, le recours en carence ne peut être exercé par des particuliers que contre un manquement d'une institution communautaire à adopter un acte dont le requérant aurait été le destinataire. La Cour a exclu, en particulier, les cas où le recours porterait sur une omission d'adopter un règlement (ou une décision générale adressée aux Etats¹¹⁷).

48 En matière de qualité pour agir des personnes privées, le cheminement jurisprudentiel de la Cour de justice paraît parfois tortueux. Certains arrêts sont plus favorables que d'autres pour le droit de recours des particuliers. Relevant le manque de consistance de la jurisprudence, un commentateur averti s'est demandé s'il n'y avait pas de la part de la Cour européenne de justice – comme dans d'autres juridictions – une tendance à sélectionner les affaires en fonction de son désir ou non de se prononcer sur le fond¹¹⁸. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que les interprétations retenues par la Cour de la notion d'intérêt direct – et surtout de celle d'intérêt individuel – limitent, davantage qu'elles ne favorisent, la possibilité pour les particuliers de contester judiciairement la légalité des actes communautaires. Une des explications possibles de cette attitude restrictive de la Cour paraît être le souci de contenir l'augmentation croissante du nombre d'affaires portées devant elle. La Commission a joué en tout cas sur cette corde sensible dans plusieurs affaires récentes où elle se trouvait partie défenderesse à une procédure, argumentant qu'une admission trop large par la Cour de la qualité pour agir des particuliers entraînerait une inflation des recours¹¹⁹.

B. Les limites objectives posées par les traités communautaires

- 49 La jurisprudence de la Cour au sujet de la qualité pour agir des particuliers a été critiquée régulièrement en doctrine¹²⁰. Il convient toutefois de garder à l'esprit que c'est le texte même des traités CEE et Euratom qui subordonne le droit de recourir des individus à la condition qu'ils soient personnellement et individuellement concernés. La Cour a certes interprété restrictivement les notions d'intérêts direct et individuel, mais elle ne les a pas inventées. Ces limites ont été voulues par les auteurs des traités originels et ont été maintenues par la suite, malgré les critiques. Lors de la préparation du traité sur l'Union européenne, il a été proposé au sein de la Conférence intergouvernementale d'élargir le droit de recours des particuliers, mais sans succès. Ainsi, même si la jurisprudence de la Cour de justice évoluait à l'avenir dans une direction plus favorable au droit de recours des personnes privées, ces deux exigences cumulées d'un intérêt individuel et d'un intérêt direct, tant qu'elles sont maintenues dans les traités, empêcheraient le développement d'une véritable *actio popularis*.
- 50 Dans le système juridictionnel communautaire, les particuliers trouvent une forme de compensation – tout au moins partielle – dans la procédure du recours préjudiciel en interprétation. Lorsqu'une juridiction nationale de dernière instance est confrontée à un problème d'interprétation du traité CEE ou d'un acte communautaire dérivé et que le jugement qu'elle est appelée à rendre n'est pas susceptible d'appel, elle doit – avant de statuer sur le fond – déferer ce problème à la Cour européenne de justice¹²¹. En principe, la Cour de justice ne doit prendre position que sur le sens et la portée des actes communautaires et laisser aux tribunaux nationaux le soin d'en tirer les conséquences pratiques en droit interne. Cependant, ce système du recours préjudiciel conduit souvent le juge communautaire à « dicter » au juge national la solution qui s'impose quant à la compatibilité du droit national avec le droit communautaire. On notera que, dans le cadre de cette procédure préjudiciale, la qualité pour agir est déterminée par les règles régissant l'accès à la juridiction nationale impliquée¹²². Ainsi, lorsque le droit national reconnaît aux associations le droit d'agir en défense d'intérêts collectifs de leurs membres ou admet l'*actio popularis*, cette position du droit national s'impose – indirectement – à la Cour européenne de justice¹²³.

Section IV- Le droit de l'environnement : Les procédures de non-respect

- 51 Le Protocole de Montréal de 1987 relatif à la couche d'ozone a innové en matière de contrôle de la mise en œuvre des conventions environnementales en prévoyant une procédure de « non-respect » qui peut être déclenchée par n'importe quel Etat partie. Des procédures de ce type sont aussi envisagées pour d'autres conventions multilatérales de protection de l'environnement, mais leur contenu est encore en négociation.

§ 1^{er} – La procédure du protocole de Montréal relatif à la couche d'ozone

A. Une procédure contentieuse qui ne veut pas l'être

- 52 La Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone¹²⁴ constitue un instrument-cadre, dont la portée a été précisée à travers le Protocole adopté à Montréal en 1987 et plusieurs amendements successifs¹²⁵. L'article 8 du Protocole de Montréal prévoit un mécanisme visant à déterminer le « non-respect » des dispositions du Protocole et les mesures à prendre à l'égard des contrevéniants¹²⁶. Les Etats parties au Protocole ont mis en place cette procédure de non-respect lors de leur deuxième réunion en 1990, puis l'ont modifiée par la suite à plusieurs reprises¹²⁷. Bien qu'elle soit censée déterminer le « non-respect » des dispositions du Protocole et les mesures à prendre à l'égard des contrevéniants, cette procédure se veut moins « conflictuelle » que les procédures juridictionnelles traditionnelles prévues dans la Convention de Vienne ; elle a pour objectif de faciliter et d'encourager le respect des engagements pris, plutôt que de « punir » le coupable. A cette fin, – des représentants d'institutions susceptibles de fournir une assistance technique et financière telles que le Fonds multilatéral du Protocole de Montréal ou le Fonds pour l'environnement mondial – participent à l'examen par la réunion des Parties des cas de non-respect.
- 53 Toute Partie ayant des « réserves » quant à l'exécution par une autre Partie de ses obligations découlant du Protocole de Montréal peut communiquer au Secrétariat de la Convention ses motifs de préoccupation¹²⁸. Le Secrétariat invite la Partie mise en cause à y répondre. Il transmet ensuite la plainte, la réponse et les renseignements fournis par la Partie mise en cause au Comité d'application¹²⁹. L'initiative d'entamer une procédure peut venir également du Secrétariat ou de l'Etat concerné lui-même¹³⁰.
- 54 Le Comité d'application est composé de 10 représentants d'Etats élus par la Réunion des Parties sur la base d'une distribution géographique équitable¹³¹. Il essaie de trouver une solution à l'amiable, sur la base du respect des dispositions du Protocole¹³². Si nécessaire, il peut demander à la Partie mise en cause des compléments d'information et entreprendre, avec le consentement de celle-ci, une visite d'information sur le terrain¹³³. Le Comité d'application adresse à la réunion des Parties un rapport qui identifie les faits et causes éventuelles ayant abouti au non-respect et formule des recommandations appropriées¹³⁴. La Réunion des Parties arrête les mesures à prendre « aux fins d'aider la Partie incriminée à respecter les dispositions du Protocole, et pour promouvoir les objectifs du Protocole¹³⁵ ». Ces mesures peuvent comprendre la fourniture d'une assistance technique et financière, le prononcé d'avertissements ou la

suspension des droits et priviléges établis dans le Protocole (en particulier le droit de participer à des échanges commerciaux avec les autres Etats parties des substances réglementées¹³⁶).

B. Une qualité pour agir au service de l'intérêt commun

- 55 Le droit de présenter une communication existe à la manière d'une *actio popularis*. Bien que l'appauvrissement de la couche d'ozone paraisse avancer plus rapidement au-dessus des deux pôles nord et sud, le droit des Etats parties de présenter une communication n'est nullement conditionné à leur situation géographique ou à d'autres considérations de cette nature. Il est fondé sur l'existence, sanctionnée par la Convention de Vienne et le Protocole de Montréal, d'un intérêt commun à la préservation de la couche d'ozone. En pratique, les Etats parties n'ont cependant pas fait usage de ce droit de soumettre une communication dans l'intérêt commun. A ce jour, toutes les affaires portées devant le Comité d'application l'ont été sur l'initiative de l'Etat concerné, ou du Secrétariat de la Convention, agissant en réponse à des informations transmises par un Etat Partie¹³⁷.
- 56 Dans la mesure où le droit de porter plainte appartient à tout Etat, il se rapproche d'une *actio popularis*. Ce droit de plainte ne s'exerce toutefois pas dans un contexte juridictionnel, d'où la difficulté à parler en l'espèce d'une véritable *actio popularis*¹³⁸. En droit international, il est certes de plus en plus difficile de tracer la limite entre les procédures juridictionnelles et celles qui ne le sont pas. Cette procédure de non-respect du Protocole de Montréal se situe toutefois clairement dans le domaine du non juridictionnel. Outre le fait que la procédure n'aboutit pas à une décision obligatoire (qui n'est pas toujours un élément déterminant), il faut relever la composition particulière du Comité d'application et le fait qu'il n'a pas spécifiquement pour mandat d'établir l'existence ou non d'une violation. Ce sont les signes d'une volonté manifeste de ne pas créer de mécanisme juridictionnel.
- 57 Formellement, cette procédure de non-respect s'applique sans préjudice des mécanismes de règlement des différends prévus à l'article 11 de la Convention de Vienne de 1985¹³⁹. Ledit article mentionne l'arbitrage ou la soumission d'un différend à la Cour internationale de Justice, mais il ne crée aucune juridiction obligatoire. L'établissement de la procédure de non-respect participe d'une tendance récente particulièrement marquée dans le droit international de l'environnement – mais perceptible aussi dans d'autres domaines du droit des gens – de remise en cause du règlement juridictionnel « classique » des différends. Parmi les motifs avancés pour justifier une telle procédure, on a invoqué notamment le caractère « programmatoire » de certaines dispositions en matière environnementale, les coûts, la lenteur et la rigidité du règlement juridictionnel, ou encore le souci de mieux prendre en compte les intentions et aspirations des Etats parties ainsi que les aspects techniques et politiques de la matière¹⁴⁰. Sans nier que ces mécanismes nouveaux puissent répondre à un besoin, on peut néanmoins s'inquiéter de l'effacement de la frontière de l'illicite, symbolisé par cet euphémisme de « non-respect », ainsi que des risques que cette « flexibilisation » du contrôle équivaille en réalité à un ajustement plus étroit des mécanismes du droit international aux intérêts et rapports de force qui dominent les relations internationales¹⁴¹.

§ 2 – Les autres procédures en cours d’élaboration

A. Les conventions concernées

- 58 La procédure de non-respect du Protocole de Montréal est pour l'instant le seul mécanisme de ce type en vigueur en matière environnementale. Cependant, le développement de procédures similaires est envisagé dans plusieurs autres traités multilatéraux : dans la Convention-cadre sur les changements climatiques de 1992¹⁴² et son Protocole adopté à Kyoto en 1997¹⁴³ ; dans deux des Protocoles à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance¹⁴⁴ ainsi que dans la Convention de 1994 sur la lutte contre la désertification¹⁴⁵.

B. La procédure du Protocole de Kyoto relatif aux changements climatiques

- 59 Les travaux les plus avancés sont ceux entrepris dans le cadre du Protocole de Kyoto. Ils viennent d'aboutir en novembre 2001 à l'adoption d'un texte intitulé « Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto¹⁴⁶. » Ce mécanisme de contrôle du Protocole de Kyoto est nettement plus proche d'un règlement juridictionnel des différends que ne l'est celui du Protocole de Montréal relatif à la couche d'ozone. Il est prévu en effet de créer un comité de contrôle qui sera composé d'experts siégeant à titre personnel, et non de représentants des Etats parties¹⁴⁷. D'autre part, pour mieux distinguer le contrôle du respect des engagements souscrits de l'assistance à l'Etat mis en cause, il a été décidé d'établir deux sous-organes distincts au sein du Comité de contrôle : un groupe de « facilitation » et un groupe d'« exécution ». Le groupe d'exécution doit être composé de personnes ayant une expérience juridique¹⁴⁸. Il sera amené, au terme d'une procédure ayant certains traits nettement judiciaires, à prononcer une constatation préliminaire, puis une décision finale au sujet du respect du Protocole. Le caractère plus juridictionnel de ce nouveau mécanisme de contrôle ressort aussi de la disparition au cours des travaux du terme de « non-respect », qui avait été utilisé dans le cadre du Protocole de Montréal pour atténuer diplomatiquement la dimension contentieuse de la procédure¹⁴⁹.
- 60 S'agissant du déclenchement de la procédure, le droit de saisir le Comité de contrôle est conféré à tout Etat partie au Protocole¹⁵⁰. Le nouveau mécanisme de contrôle reconnaît donc expressément la possibilité d'une *actio popularis*. On notera toutefois que cette possibilité continue à inspirer une certaine méfiance, puisqu'il a été précisé qu'une communication portant sur le comportement d'un autre Etat partie doit reposer sur des « informations probantes¹⁵¹ ». Reste à savoir si cette procédure de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sera plus utilisée que d'autres mécanismes de ce type. Il est naturellement impossible de répondre à l'avance à une telle question. Il faut relever cependant que certains Etats insulaires sont particulièrement menacés par la montée du niveau des mers liée au réchauffement climatique ; ils pourraient y trouver une motivation à agir.

Section V – Le droit humanitaire : Le cas de la Commission d'établissement des faits

- 61 Établie par l'article 90 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève, la Commission internationale d'établissement des faits est un organe permanent chargé

d'enquêter sur les infractions ou violations graves des règles du droit international humanitaire applicables aux conflits armés. Comme son nom l'indique, la Commission n'a pas pour fonction de juger, mais d'enquêter sur les faits. Cependant, son fonctionnement et son mandat empruntent, sous différents aspects, aux techniques du règlement judiciaire. Dans le cadre de notre étude, son intérêt réside dans le fonctionnement de sa saisine et l'influence qu'exerce sur ce point la dimension collective des obligations du droit international humanitaire¹⁵².

§ 1^{er} – Une procédure d'enquête juridicisée

- 62 Tout Etat qui devient partie au Protocole additionnel I peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, ou à tout autre moment ultérieur, déclarer reconnaître la compétence de la Commission à l'égard de tout autre Etat ayant fait la même déclaration¹⁵³. La formule d'attribution de compétence est inspirée de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice, de sorte que l'on a parlé d'une « clause facultative d'enquête obligatoire¹⁵⁴ ». La Commission peut également être saisie de manière *ad hoc* par une partie n'ayant pas fait de déclaration, mais à condition que l'autre ou les autres parties intéressées y consentent¹⁵⁵. La Commission est donc compétente pour autant que la Partie qui allègue la violation et la Partie mise en cause aient l'une et l'autre reconnu sa compétence.
- 63 La compétence *ratione materiae* de la Commission porte sur les allégations d'« infractions graves » ou d'autres « violations graves » des Conventions de 1949 et du Protocole additionnel I de 1977¹⁵⁶. Il en résulte une double limitation : d'une part, la Commission ne peut enquêter que sur des violations ayant un certain degré de gravité (et non sur n'importe quelle violation du droit des conflits armés¹⁵⁷) ; d'autre part, sa compétence se limite en principe aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel I, c'est-à-dire aux règles applicables aux conflits armés internationaux¹⁵⁸. Les Conventions de Genève énoncent cependant, dans leur article 3 commun, certaines règles minimales à respecter dans les conflits internes, de sorte que la Commission peut être amenée malgré tout à enquêter par ce biais sur des violations du droit humanitaire commises dans des conflits non internationaux¹⁵⁹. De plus, lors de sa première réunion, la Commission a exprimé sa disponibilité – pour autant que toutes les Parties au conflit y consentent – à enquêter sur d'autres violations de droit international humanitaire que celles mentionnées à l'article 90 du Protocole I, y compris celles qui sont commises lors de conflits internes¹⁶⁰.
- 64 Les fonctions de la Commission dépassent l'enquête traditionnelle. Parallèlement à ses fonctions d'enquête, elle est invitée à faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour au respect du droit humanitaire¹⁶¹. Entendus dans une acceptation large, les bons offices peuvent recouvrir une large palette de moyens susceptibles de prévenir d'autres violations du droit humanitaire. D'autre part, la Commission doit inévitablement procéder à certaines qualifications juridiques, ne serait-ce que pour établir si elle est compétente. En effet, contrairement à un organe d'enquête constitué de manière *ad hoc*, la Commission doit s'assurer de sa compétence, ce qui suppose une vérification que les faits allégués correspondent *prima facie* à des infractions ou violations graves. Enfin, une fois que la Commission s'est forgée une conviction quant à l'existence des faits allégués, elle rédige à l'attention des Parties concernées un rapport contenant les

résultats de l'enquête. Elle peut cependant y adjoindre aussi des recommandations¹⁶², ce qui dépasse sur ce point également les limites traditionnelles de l'enquête.

§ 2 – La qualité pour agir

A. La saisine par des Etats non impliqués dans le conflit

- 65 Tout Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 90 du Protocole additionnel peut saisir la Commission d'allégations mettant en cause un autre Etat ayant fait la même déclaration. Le texte de l'article 90 n'exige pas que l'Etat qui saisit la Commission se présente comme « victime », c'est-à-dire qu'il ait été personnellement affecté par la violation qu'il allègue. Ainsi, l'article 90 autorise une sorte d'*actio popularis*, à travers laquelle tout Etat ayant fait la déclaration d'acceptation – qu'il soit ou non impliqué dans le conflit armé – peut faire valoir l'intérêt de tous au respect du droit international humanitaire¹⁶³.
- 66 Le projet de texte initial présenté lors de la Conférence diplomatique par les délégations du Danemark, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande et de la Suède avait réservé le droit de saisine aux Parties au conflit, mais prévoyait en revanche une compétence obligatoire de la Commission assortie de la faculté pour celle-ci d'agir d'office¹⁶⁴. Devant l'opposition qu'éveilla cette proposition auprès de nombreux Etats, on renonça d'abord à la possibilité pour la Commission d'agir *proprio motu*¹⁶⁵. Puis, faute toujours de parvenir à un compromis, on opta pour le système actuel d'acceptation facultative de la compétence en omettant simultanément, peut-être à titre de compensation, les termes réservant le droit de saisine aux Parties au conflit¹⁶⁶. La reconnaissance d'une *actio popularis* est conforme aux motivations qui ont présidé à la création de la Commission, à savoir de renforcer la mise en œuvre du droit international humanitaire. En effet, si la Commission se veut d'abord un instrument à la disposition des Parties au conflit, elle a aussi et surtout pour vocation de renforcer le respect du droit humanitaire. D'autre part, lorsqu'un conflit éclate à l'intérieur d'un Etat et que des violations du droit humanitaire sont commises, aucun autre Etat ne peut prétendre être la victime directe de ces violations. Ainsi, dans l'hypothèse d'un conflit interne, l'*actio popularis* est le seul moyen pour la Commission d'enquêter sur les violations éventuelles des règles minimales contenues dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

B. L'intérêt collectif au respect du droit humanitaire

- 67 Si l'*actio popularis* est permise par la lettre de l'article 90 et conforme au rôle imparti à la Commission d'établissement des faits, le fondement ultime d'un tel droit d'agir se trouve ailleurs, à savoir dans l'existence d'un intérêt de tous les Etats au respect du droit international humanitaire. L'existence dans le droit humanitaire d'obligations *erga omnes* fait aujourd'hui l'objet d'une large approbation doctrinale¹⁶⁷. Dans un jugement rendu le 14 janvier 2000, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a souligné expressément cet intérêt juridique de tous au respect du droit humanitaire :

En raison de leur caractère absolu, [les] normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques, à savoir d'obligation d'un Etat envers un autre. Au contraire, [...] elles énoncent des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette

communauté a un « intérêt juridique » à leur observation et, par conséquent, le droit d'exiger qu'elles soient respectées¹⁶⁸.

- 68 Né au milieu du XIX^e siècle, le droit humanitaire a affirmé de manière précoce l'importance du respect de la personne humaine, quelle que soit sa nationalité ; il annonce avec près d'un siècle d'avance l'affirmation sur le plan international des droits de l'homme. Dès 1864, la première Convention prévoit l'obligation de recueillir et soigner les militaires blessés et malades « à quelque nation qu'ils appartiennent¹⁶⁹. » En imposant ainsi aux Etats parties d'accorder une protection à tous les individus concernés, y compris à leurs propres ressortissants ou à ceux d'un Etat non partie à la Convention, le droit humanitaire sortait de la logique traditionnelle d'une stricte réciprocité entre Etats. Cette émancipation fut consolidée dans les Conventions de Genève adoptées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Dans son Commentaire des Conventions, publié dans la première moitié des années cinquante, Jean Pictet souligna cette caractéristique fondamentale : « Il ne s'agit pas d'un contrat de réciprocité, qui lie un Etat avec son cocontractant dans la seule mesure où ce dernier respecte ses propres obligations, mais plutôt d'une série d'engagements unilatéraux, solennellement assumés à la face du monde représenté par les autres Parties contractantes¹⁷⁰. » En d'autres termes, le respect des obligations imposées par les règles du droit humanitaire est dû envers la communauté internationale dans son ensemble, ou du moins – pour celles d'entre elles qui n'auraient qu'une nature strictement conventionnelle – envers la communauté des Parties cocontractantes¹⁷¹.
- 69 Diverses dispositions des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels témoignent effectivement de l'existence de cet intérêt collectif au respect du droit humanitaire. Une disposition essentielle à cet égard est l'article 1 commun aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels au terme duquel les Parties contractantes ont le devoir de « respecter et de faire respecter » le droit humanitaire « en toutes circonstances ». Demeuré longtemps une simple clause de style, cette disposition a pris progressivement une portée centrale dont attestent les références de plus en plus fréquentes faites à cette disposition dans la pratique internationale¹⁷². Qui peut le plus, peut le moins : si les Etats ont le devoir de faire respecter les règles du droit humanitaire, *a fortiori* ont-ils naturellement un droit ou intérêt juridique à son respect. D'autres particularités du droit humanitaire confirment l'abandon d'une stricte logique de réciprocité et l'établissement d'un intérêt juridique collectif à son respect : rejet de la clause *si omnes*¹⁷³ ; Interdiction des représailles¹⁷⁴ et mise à l'écart de l'exception d'inexécution (principe *inadimplenti non est adimplendum*¹⁷⁵) ; restrictions mises à la dénonciation des Conventions et de leurs Protocoles¹⁷⁶ ; interdiction de conclure des accords spéciaux limitant la protection offerte¹⁷⁷ ; inaliénabilité des droits protégés¹⁷⁸ ; refus de l'exonération de responsabilité¹⁷⁹. Le droit international humanitaire constitue – pour reprendre l'expression d'un auteur – un véritable « atelier d'expérimentation juridique » au sein duquel ont été développés précocement des concepts fondamentaux du droit international contemporain¹⁸⁰.
- 70 La pratique diplomatique confirme l'existence de cet intérêt collectif au respect du droit international humanitaire. Ces dernières années, on constate en effet qu'une attention croissante est portée à l'article premier commun aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels ainsi qu'à l'obligation qu'il énonce à la charge de tous les Etats parties de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire. Cette responsabilité collective des Etats parties a été rappelée à plusieurs reprises, non

seulement dans des documents de portée générale¹⁸¹, mais aussi en référence aux violations du droit humanitaire commise dans les territoires palestiniens occupés par Israël¹⁸².

- 71 Cependant, peut-on dire que toutes les obligations contenues dans le droit humanitaire sont des obligations *erga omnes*? Comme l'affirme un auteur particulièrement familier des difficultés auxquelles se heurte l'application au quotidien du droit humanitaire, ne faut-il pas éviter de « mettre sur le même pied de légères entorses à la règle sur l'avance de solde [...] et la torture systématique des prisonniers¹⁸³ »? Il ne fait effectivement guère de doute que, dans la pratique, les règles posées par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels n'ont pas toutes la même importance. De fait, c'est le caractère particulièrement grave d'une violation du droit humanitaire qui attire l'attention de la communauté internationale et est susceptible d'inciter des Etats non directement concernés à réagir. Toutefois, au regard des textes, toutes les règles du droit humanitaire, quel que soit leur degré d'importance, ont une nature normative identique. Même une règle « moins essentielle » demeure due envers la collectivité, et non selon un schéma purement synallagmatique envers un Etat particulier¹⁸⁴.

§ 3 – L'absence de saisine

- 72 Malgré un nombre respectable de déclarations d'acceptation de sa compétence¹⁸⁵, la Commission n'a pour l'instant jamais été saisie par un Etat d'une demande d'enquête. Le Gouvernement colombien s'est intéressé à la fin des années quatre-vingt-dix à la possibilité d'une intervention de la Commission pour enquêter sur les violations du droit humanitaire commises dans le cadre du conflit interne qui déchire ce pays, mais sans que cela débouche sur une demande formelle. La saisine de la Commission a été également évoquée en relation avec la Tchétchénie, là aussi sans suite véritable, aucun Etat n'ayant souhaité indisposer de la sorte la Russie. Nul ne prétendra pourtant que c'est faute de violations à travers le monde du droit humanitaire. Il ne reste donc qu'à spéculer sur ce manque d'intérêt affiché par les Etats. A l'instar d'autres mécanismes internationaux, la Commission d'établissement des faits paraît avoir été aussi vite oubliée qu'elle a été créée. Cela tient sans doute d'abord aux réticences usuelles des Etats à utiliser un mécanisme de ce type revêtant un caractère assez formel. Une autre explication complémentaire, et plus spécifique, est la diminution du nombre de conflits internationaux. La plupart des conflits actuels sont de nature essentiellement interne, avec certes souvent une intervention d'acteurs étatiques externes, mais sans qu'elles soient toujours avouées, ni n'aient souvent une importance prépondérante dans l'origine du conflit. Un phénomène particulièrement préoccupant est la multiplication des conflits « désintégrés », comme celui de Somalie, où les structures étatiques disparaissent au profit de clans ou de seigneurs de la guerre rivaux, qui sont parfois difficiles à identifier et dont les forces ne sont pas toujours très organisées. Par rapport à de tels conflits, il est évident qu'un mécanisme comme celui de la Commission d'établissement des faits est mal adapté et d'une faible utilité.

Section V – La Cour pénale internationale

§ 1^{er} – Origines et compétence de la Cour pénale internationale

- 73 Le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale a été adopté en juillet 1998, à l'issue d'une conférence diplomatique organisée sous l'égide de l'ONU. C'est l'aboutissement d'une idée ancienne. On s'accorde en général à considérer que le premier tribunal pénal international *ad hoc* est celui mis en place en 1474 pour juger Peter von Hagenbach, un lieutenant du Duc de Bourgogne, Charles le Téméraire, pour les crimes qu'il avait commis durant l'occupation de la ville de Breisach. Quatre siècles plus tard, en 1872, suite à la guerre franco-prussienne, Gustave Moynier, un des membres fondateurs du Comité International de la Croix-Rouge, proposa la création d'un tribunal international pour juger les violations de la Convention de Genève de 1864 sur la protection des militaires blessés. L'idée resta provisoirement sans suite. Elle ressurgit cependant après la Première Guerre mondiale, lorsque les pays vainqueurs discutèrent à Versailles de la constitution d'un tribunal international pour juger l'Empereur d'Allemagne et les criminels de guerre allemands. Et finalement, l'idée se concrétisa après la Seconde Guerre mondiale, avec la mise en place par les Alliés des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, puis dans la moitié des années nonante, lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU institua des Tribunaux *ad hoc* pour juger les crimes commis en ex-Yougoslavie et les responsables du génocide rwandais.
- 74 En jugeant des dizaines de criminels de guerre et de génocidaires, et en précisant à travers leur jurisprudence les règles applicables, ces tribunaux *ad hoc* ont jeté les fondements de la justice internationale. Un saut qualitatif a été néanmoins accompli avec l'établissement de la Cour pénale internationale, dont le caractère permanent accroît considérablement son champ d'action et lui évite d'être accusée, comme l'ont été ses prédécesseurs, de constituer une « justice des vainqueurs » ou une « justice des puissants ». Ce n'est d'ailleurs pas la seule différence entre cette nouvelle Cour pénale internationale et les Tribunaux internationaux qui l'ont précédé. Premièrement, contrairement à ces derniers, la Cour pénale internationale n'exerce sa juridiction qu'à l'égard de faits postérieurs à l'entrée en vigueur du Statut¹⁸⁶. D'autre part, à la différence des Tribunaux pénaux internationaux qui ont la primauté sur les juridictions nationales, la Cour pénale internationale se veut complémentaire de celles-ci. Enfin, innovation intéressante, les droits de victimes sont mieux pris en compte, tant dans la procédure devant la Cour pénale internationale que dans l'allocation de réparations.
- 75 Un Etat qui devient partie au Statut de Rome accepte, par-là même, la compétence de la Cour à l'égard des crimes énoncés dans ledit Statut¹⁸⁷. La compétence de la Cour ne peut être toutefois exercée que si un lien suffisant est établi avec un Etat partie au Statut. Tel est le cas si le territoire sur lequel le crime est commis est celui d'un Etat partie ou si l'auteur présumé du crime est le ressortissant d'un Etat partie¹⁸⁸. En revanche, le fait que la ou les victimes soient des ressortissants d'un Etat partie ne suffit pas pour fonder la compétence de la Cour.
- 76 Plutôt que de remplacer les juridictions pénales nationales, la Cour pénale internationale se veut complémentaire de celles-ci. Elle limitera donc l'exercice de sa compétence aux cas où un Etat n'a pas la volonté, ou est dans l'incapacité, de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites¹⁸⁹. C'est, à chaque fois, à la Cour d'en décider. Les prolongations injustifiées des procédures ou les procédures dont l'objectif

est de faire échapper l'intéressé à sa responsabilité pénale ne rendront pas l'affaire irrecevable pour la Cour.

- 77 S'agissant de la compétence *ratione materiae*, elle est limitée aux crimes les plus graves qui affectent l'ensemble de la communauté internationale. La Cour sera donc compétente à l'égard des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, qui sont tous définis dans le Statut de Rome. La Cour est également compétente, en principe, par rapport à un crime d'agression. Cependant, elle ne pourra exercer cette compétence que lorsque les Etats parties au Statut auront trouvé un accord sur la définition du crime d'agression et les conditions dans lesquelles la poursuite de ce crime peut être exercée¹⁹⁰.

§ 2 – Les modes de saisine de la Cour

- 78 La Cour pénale internationale peut être saisie d'une situation par trois voies différentes :
- Tout Etat partie au Statut de Rome peut déferer au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis ;
 - Le Conseil de sécurité des Nations unies peut, lui aussi, déferer au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs crimes paraissent avoir été commis ;
 - Enfin, le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative s'il reçoit des renseignements des victimes, d'organisations non gouvernementales ou d'autres sources qu'il juge appropriées faisant état de crimes relevant de la compétence de la Cour ; dans ce cas il doit obtenir une autorisation de la Chambre préliminaire pour ouvrir une enquête.
- 79 Lorsque la Cour est saisie soit par un Etat partie, soit par le Procureur agissant *ex officio*, elle ne peut exercer sa compétence que lorsque l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont eu lieu ou l'Etat dont la personne accusée du crime est ressortissant, soit a ratifié le Statut, soit a accepté la compétence de la Cour par déclaration déposée auprès du Greffier.
- 80 Au début, les membres permanents du Conseil de sécurité avaient demandé que l'accord de celui-ci soit nécessaire lorsque la Cour permanente juge une affaire qui n'est pas déférée par le Conseil. L'argumentation officielle était qu'il fallait prévenir une intervention intempestive de la justice internationale qui, en mettant en accusation certains chefs de guerre, compliquerait la conclusion d'accords de paix. En réalité, il s'agissait surtout pour les membres permanents de conserver le contrôle du déclenchement de la justice internationale.
- 81 La solution de compromis trouvée lors des négociations du Statut de Rome est différente. La Cour pénale n'a pas à demander d'autorisation au Conseil de sécurité pour entamer des poursuites. En revanche, le Conseil de Sécurité peut solliciter la suspension de toute poursuite ou enquête pendant douze mois, cette demande étant renouvelable¹⁹¹. Le Statut de Rome précise que cette demande de suspension doit être faite dans une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte, ce qui souligne qu'elle doit être motivée par le souci de favoriser un règlement diplomatique d'un conflit. En pratique, ce changement par rapport aux vœux initiaux des membres permanents du Conseil de sécurité n'est pas anodin. Si la Cour pénale internationale avait dû solliciter l'autorisation du Conseil de sécurité, il aurait suffi d'un veto d'un

membre permanent pour empêcher le déclenchement de la justice internationale. Avec la solution trouvée dans le Statut de Rome, il faut les voix de neuf membres du Conseil et aucun veto pour empêcher la Cour pénale internationale d'entamer des poursuites.

- ⁸² La construction du mécanisme de saisine de la Cour pénale internationale est intéressante par rapport à la discussion sur l'*actio popularis*. Compte tenu de la gravité des crimes visés, tout Etat partie au Statut de Rome peut provoquer le déclenchement de la justice internationale. Il ne peut cependant pas jouer lui-même le rôle du ministère public. Il défère le cas au Procureur et c'est à ce dernier qu'il appartient de juger de l'opportunité d'une poursuite. Il s'agit donc d'une forme inachevée d'*actio popularis*, qui tient compte des craintes que certains Etats fassent un usage abusif de leur droit de saisine. Il est intéressant aussi de constater que l'établissement d'un procureur et le rôle que peut jouer le Conseil de sécurité dans le déclenchement d'une procédure n'ont pas empêché l'attribution d'un droit de saisine similaire à tout Etat partie. Cela consolide la thèse que l'existence d'une représentation institutionnelle de l'intérêt général – en l'occurrence à travers le Procureur et le Conseil de sécurité – n'est pas un obstacle rédhibitoire à l'établissement d'une *actio popularis*.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Au 1^{er} janvier 2004, 145 Etats étaient parties à la Convention sur le droit de la mer. Sur le Tribunal du droit de la mer, voir notamment: A.O. Adede, *The System for Settlement of Disputes under the UNCLOS*, La Haye, 1987 ; S. Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *ICLQ*, vol. 44, 1995, p. 863 ; T. Treves, "The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea", *Indian Journal of International Law*, vol. 37, 1997, p. 396 ss.
2. Les catégories de différends exclus d'office par la Convention ou qu'un Etat peut exclure par une déclaration écrite sont définies aux articles 297 et 298 de la Convention.
3. Article 287 de la Convention.
4. Article 287 § 5 de la Convention.
5. En principe, faute de choix exprès, c'est la procédure par défaut de l'arbitrage qui s'applique (article 287 § 5 précité). Ce système de libre choix entre quatre moyens de règlement – connu sous le nom de « formule de Montreux » – fut adopté afin de consacrer le principe d'un règlement juridictionnel obligatoire des différends tout en tenant compte des positions d'une partie des pays en développement et des Etats de l'ancien bloc soviétique hostiles à l'époque à une compétence de la Cour internationale de Justice. Il constitue une avancée par rapport au protocole facultatif adopté lors de la première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, mais crée en même temps d'indéniables problèmes institutionnels (cf. D. Anderson, "The International Tribunal for the Law of the Sea", in : M. D. Evans (éd.), *Remedies in International Law : The Institutional Dilemma*, Oxford, 1998, p. 76-77). Sur le risque souvent relevé de « fragmentation » de la jurisprudence que pose la multiplication des juridictions internationales, voir E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of international Justice*, Cambridge, 1991, p. 21 ; et A. Boyle, "The Proliferation of International Jurisdictions and its Implications for the Court", in : D. Bowett et al. (éd.), *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure*, Londres, 1997, p. 124 ss.

- 6.** L'article 293 de la Convention précise expressément qu'une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la Convention peut appliquer aussi « [d'] autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci. »
- 7.** Article 288 § 2 de la Convention. Voir aussi les articles 21 et 22 du Statut.
- 8.** Article 30 de l'Accord des Nations Unies aux fins de l'application des dispositions de la Convention sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (ONU Doc. A/Conf. 164/37).
- 9.** Voir les articles 186 à 189 de la Convention de 1982, à lire en liaison avec l'Accord de 1994 relatif à l'application de la Partie IX.
- 10.** Article 290 § 5 de la Convention.
- 11.** Article 292 de la Convention.
- 12.** Article 291 § 1 de la Convention ; article 20 § 1 du Statut.
- 13.** Article 291 § 2 de la Convention. L'article 20 § 2 du Statut du Tribunal prévoit aussi que celui-ci est ouvert à des entités non étatiques dans « les cas où un autre accord [confère] au Tribunal une compétence. »
- 14.** Articles 187 et 190 de la Convention.
- 15.** Le fameux principe d'un patrimoine commun de l'humanité, proposé en 1967 par l'Ambassadeur de Malte A. Pardo, est incorporé à l'article 136 de la Convention.
- 16.** M. H. Arsanjani & W. M. Reisman, “The Quest for an International Liability Regime for the Protection of the Global Commons”, in : K. Wellens (éd.), *International Law: Theory and Practice*, La Haye, 1998, p. 483-485.
- 17.** Les auteurs susmentionnés (note 16) mettent en doute le caractère juridique des obligations de protection et de préservation du milieu marin en faisant valoir qu'elles sont définies de manière asymétrique, en ce sens qu'elles n'ont pas le même contenu en pratique pour un Etat en développement et un Etat industrialisé. L'article 194 § 1 prévoit effectivement que les Etats mettront en œuvre « les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, en fonction de leurs capacités ». Le contenu juridique de l'obligation est cependant le même pour tous ; c'est l'évaluation de son respect qui dépend des circonstances, notamment des capacités de l'Etat concerné. Cette relativité partielle est inhérente à n'importe quelle obligation de diligence. Les auteurs précités mettent également en doute le caractère *erga omnes* des obligations en matière de préservation du milieu marin. Selon eux, un intérêt commun à la protection du milieu marin ne pourrait exister que s'il était établi sous une forme explicite dans la Convention sur le droit de la mer. Leur raisonnement est basé sur la teneur de l'ancien article 40 § 2 lit. f du projet sur la responsabilité des Etats adopté par la GDI en première lecture (cf. *Annuaire CDI*, 1996, vol. II, 2^e partie, § 65). Or, cette condition est très criticable, car de nombreux traités établissent des intérêts collectifs sans le stipuler expressément. Cette condition a été d'ailleurs supprimée dans la version finale du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats. Pour une analyse critique de cette question, voir *infra* la partie relative au droit de la responsabilité, en particulier p. 285 ss.
- 18.** Ace sujet, voir en particulier P. Picone, “Obblighi reciproci ed obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento”, in : V. Starace (éd.), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*. Milan, 1983, p. 15-135.
- 19.** Voir R. Ranjeva, « Le règlement des différends », in : J. Dupuy & D. Vignes (éd.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, 1985, p. 1 133-1 135.
- 20.** Article 187 lit. c, d et e de la Convention. On notera toutefois que l'Autorité des fonds marins, pour sa part, peut saisir la Chambre de n'importe quel différend l'opposant à un Etat partie au sujet de l'application de la partie XI de la Convention (article 187 lit. b, i) de la Convention). S'il ne s'agit pas d'une *actio popularis*, il s'agit bien d'un moyen de défense de l'intérêt général

- 21.** Article 175 § 1 de la Convention.
- 22.** Dans le cadre de l'Union européenne, par exemple, la Commission européenne joue un rôle de gardien des traités qui ne prive pas pour autant un Etat membre du droit de dénoncer devant la Cour de Justice un manquement d'un autre Etat membre (cf. *infra* § 3). Sur la coexistence de l'*actio popularis* et d'institutions collectives, voir *infra* p. 253-254.
- 23.** An 1^{er} janvier 2002, le Tribunal du droit de la mer avait été saisi de neuf requêtes portant sur sept affaires distinctes.
- 24.** *Affaires du Thon à nageoire bleue*, n° 3 et 4. Demandes en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, § 67. Le problème de la pêche en haute mer d'une espèce appartenant aux grands migrateurs est également au cœur de l'affaire entre le Chili et les Communautés européennes qui est actuellement pendante devant le Tribunal du droit de la mer (affaire de la *Conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'Océan Pacifique Sud*).
- 25.** Sur le règlement des différends au sein de l'OMC, voir notamment : E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », RGDIPI, vol. 98, 1994, p. 688-707 ; M. Reisman & M. Wiedman, "Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms", JWTL, vol. 29, 1995, p. 5-38 ; J. Hippler Bello, "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More", AJIL, vol. 90, 1996, p. 416 ; E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du commerce », AFDI, vol. 42, 1996, p. 845-863 ; J. Jackson, "The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", AJIL, vol. 91, 1997, p. 60 ; H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », JDI, 1997, p. 709 ; E.-U. Petersmann, "Dispute Settlement in International Economic Law: Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas", Journal of International Economic Law, vol. 2, 1999, p.
- 26.** Article 1 § 1 du Mémorandum d'accord. Voir aussi l'appendice 1 dudit Mémorandum d'accord, au sein duquel sont énumérés les accords visés.
- 27.** Voir, respectivement, les articles 6 § 1, 16 § 4, 17 § 14 et 22 § 6 du Mémorandum d'accord.
- 28.** Pour partie, le problème n'est cependant que « reporté ». En effet, si les rapports du groupe spécial et de l'organe d'appel peuvent être désormais adoptés facilement, les parties plaignantes se heurtent souvent au problème subséquent de leur non respect. Il est manifeste que l'autorisation de prendre des contre-mesures n'est pas un instrument utile pour obtenir leur respect si le plaignant est un petit pays et la partie récalcitrante les Etats-Unis ou les Communautés européennes. Sur cette question, voir J. Pauwelyn (*op. cit.* (note 25), p. 338-347) qui propose de développer en réponse un régime de contre-mesures collectives.
- 29.** Article 17 du Mémorandum d'accord.
- 30.** H. Ruiz-Fabri, « Le Règlement des différends au sein de l'OMC », Juris-Classeur de droit international, fascicule 130-10, 1998, p. 20.
- 31.** Article 2 § 1 du Mémorandum d'accord.
- 32.** Article 4 § 7 du Mémorandum d'accord.
- 33.** Article 6 du Mémorandum d'accord.
- 34.** Article 17 § 4 du Mémorandum d'accord.
- 35.** Articles 16 § 4 et 17 § 14 du Mémorandum d'accord.
- 36.** Article 21 § 3 du Mémorandum d'accord.
- 37.** Articles 22 § 2 et 22 § 6 du Mémorandum d'accord.
- 38.** Article 5 du Mémorandum d'accord. Au sujet de l'arbitrage, voir l'article 25 du Mémorandum.
- 39.** Au 1^{er} janvier 2004, l'OMC comptait 146 membres. Outre des Etats, l'OMC compte également parmi ses membres des « territoires douaniers distincts » dotés d'une autonomie commerciale extérieure, tels que les Communautés européennes ou Hong-Kong.
- 40.** Pour une présentation générale de la saga de l'affaire des bananes, voir N. Komuro, "The EC Banana Regime and judicial Control", JWTL, vol. 34, 2000, p. 1-87.

- 41.** Dans la mesure où des sociétés multinationales américaines sont fortement engagées dans le commerce mondial des bananes d'Amérique latine, les Communautés européennes ne contestaient la qualité pour agir des Etats-Unis qu'au titre de l'Accord général révisé (GATT de 1994), mais pas au sujet de l'Accord général sur le commerce des services (GATS).
- 42.** Rapport du groupe spécial du 22 mai 1997, OMC Doc. WT/DS27/R, § 2.21.
- 43.** « Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes », rapport du groupe spécial du 22 mai 1997, OMC Doc. WT/DS27/R, § 2.21.
- 44.** Rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, § 6.
- 45.** *Ibid.*, § 2.23.
- 46.** *Ibid.*, § 2.25.
- 47.** *Ibid.*, § 7.50.
- 48.** *Ibid.*, § 7.51.
- 49.** *Ibid.*
- 50.** *Ibid.*, § 7.50. Voir « Taxes intérieures brésiliennes », 30 juin 1949, GATT Doc. IBDD II, § 16 ; « Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles », 23 octobre 1958, GATT Doc. IBDD 7S/60, § 12 ; « Etats-Unis - Article 337 de la Loi douanière de 1930 », 7 novembre 1989, GATT Doc. IBDD 36S/345, § 5.11 -5.13.
- 51.** *Ibid.*
- 52.** Sur cette affaire, voir *supra*, p. 47 ss.
- 53.** Rapport de l'Organe d'appel, préc. (note 44), § 19.
- 54.** *Ibid.*, § 24.
- 55.** *Ibid.* § 21-22.
- 56.** Cf. *supra* p. 91-92.
- 57.** La dimension de troc ressort aussi du fait que les accords de l'OMC ne sont pas ouverts à l'accession unilatérale. Tout candidat doit négocier au préalable une sorte de « ticket d'entrée » consistant en un paquet de concessions commerciales qu'il est prêt à accorder aux membres actuels de l'organisation.
- 58.** On notera d'ailleurs que le libre-échange n'a jamais été prôné seulement comme un échange mutuel bénéfique de concessions commerciales. Les gains résultant pour chaque pays du commerce international ne proviennent pas uniquement des concessions faites par les pays partenaires, qui favorisent les exportations de biens domestiques, mais aussi de l'abaissement des barrières nationales grâce auquel les consommateurs domestiques peuvent importer sans entraves des biens produits meilleur marché à l'étranger. Cette double source de profits est au cœur de la fameuse théorie des gains de l'échange développée en 1817 par David Ricardo dans *Principles of Political Economy and Taxation* et qui continue à servir – avec les ajouts et affinements qui lui ont été apportés par la suite – de modèle de base dans l'analyse économique du commerce international. A ce sujet, voir le manuel classique de P.R. Krugman & M. Obstfeld, *International Economics*, 4^e éd., Reading, 1996.
- 59.** A ce sujet, voir *supra*, p. 237-238.
- 60.** Article 3 § 3 du Mémorandum d'accord.
- 61.** Article 3 § 2.
- 62.** Article 3 § 3.
- 63.** Article 3 § 8 du Mémorandum d'accord.
- 64.** Certains auteurs ont critiqué cette limitation, qu'ils considèrent comme une faiblesse ou une incohérence du système de règlement des différends de l'OMC (voir, par exemple, J. Pauwelyn, "Enforcement and Counter-measures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach", *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 342-345). Dans le cadre de notre étude, il est important cependant de souligner qu'il est parfaitement envisageable d'accepter l'*actio popularis* et de

refuser de reconnaître à tous la possibilité d'adopter des contre-mesures ; il s'agit là de deux problèmes clairement distincts. Sur ce point, voir *infra* p. 296-297.

65. Article 3 § 2 du Mémorandum d'accord.

66. Voir le rapport du groupe spécial dans l'affaire « *Etats-Unis - Sections 301-310 de la Loi douanière de 1974* », OMC Doc. WT/DSI52/R, 22 décembre 1999, § 7.72-7.92. Voir aussi « *Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certaines substances importées* », GATT Doc. BISD 34S/136, 17 juin 1986, § 5.2.1 et 5.2.2

67. Article 3 § 7 du Mémorandum d'accord : « Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable ».

68. Article 3 § 5 du Mémorandum d'accord : « Toutes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettront des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs. »

69. Article 21 § 6 du Mémorandum d'accord (les italiques sont de nous).

70. Rapport de l'Organe d'appel, préc. (note 44), § 25.

71. Article 168 A du traité CEE (devenu article 225 du traité CE). Conformément à une pratique instaurée par le Greffe de la Cour de justice, nous avons cité les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne et du Traité de Maastricht dans leur ancienne numérotation, en indiquant à la suite entre parenthèses la numérotation de la version consolidée des traités résultant de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam.

72. Sur la Cour européenne de justice, voir notamment : J.-V. Louis *et al.*, *Le droit de la CEE (Commentaire)*, 2^e éd., Bruxelles, 1993, vol. 10 ; et V. Constantinesco *et al.* (éd.), *Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)*, Paris, 1992 ; D. Symon, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, 2001. Sur la place de l'ordre juridique communautaire au sein du droit international et la question de savoir s'il s'agit d'un « régime se suffisant à lui-même », voir en particulier A. Marschik, *Subsysteme im Völkerrecht : Ist die Europäische Union ein "Self-Contained Regime" ?*, Berlin, 1997. De manière plus générale, sur la problématique de l'existence ou non de « régimes se suffisant à eux-mêmes », cf. *infra* p. 303-304.

73. Article 220 du traité CE (qui remplace l'ancien article 164 du traité CEE). Voir aussi les articles 31 du traité CECA et 136 du traité Euratom.

74. L'article K.7 du traité sur l'Union européenne (devenu, après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'article 35 UE) étend toutefois la juridiction de la Cour de justice, d'une manière facultative, à une partie de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Dans ce cas, la compétence de la Cour de Justice dépend – conformément à un système analogue à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice – de déclarations expresses de reconnaissance des États membres.

75. Article 219 du traité CEE (devenu article 292 du traité CE).

76. Arrêt du 14 décembre 1971, aff. 7/71, *Commission c. France*, *Recueil*, 1971, p. 1 003.

77. Arrêt du 15 juillet 1960, aff. 25/59, *Pays-Bas. Haute Autorité*, *Recueil*, 1960, p. 761.

78. Article 169 du traité CEE (devenu article 226 du traité CE) ; article 88 du traité CECA ; article 141 du traité Euratom.

79. Article 170 du traité CEE (devenu article 227 du traité CE) ; article 89 du traité CECA ; article 142 du traité Euratom. Les modalités du recours varient selon le traité. Dans le cadre du traité CE et du traité Euratom, l'Etat demandeur, avant de porter l'affaire devant la Cour, doit saisir au préalable la Commission. Celle-ci invite les Etats intéressés à présenter leurs observations et émet ensuite un avis motivé. Cette phase pré-judiciaire obligatoire ne figure pas dans le traité CECA. De plus, le champ d'application de l'article 89 § 1 du traité CECA est plus large, puisqu'il prévoit la soumission à la Cour de « tout différend entre Etats membres au sujet de l'application du présent Traité, qui n'est pas susceptible d'être réglé par une autre procédure prévue au présent traité. »

- 80.** Arrêt du 16 décembre 1960, aff. 6/60, *Humblet, Recueil*, 1960, p. 1145 ; conclusions Reischl, aff. 141/78, *France c. Royaume-Uni, Recueil*, 1979, p. 2 946.
- 81.** Article 171 § 1 du traité CEE (devenu article 228 § 1 du traité CE).
- 82.** Article 173 du traité CEE (devenu, après modification, article 230 du traité CE) ; articles 33 et 38 du traité CECA ; article 140 du traité Euratom. Les textes du traité CE et du traité Euratom sont identiques. Le traité CECA présente en revanche des variations par rapport à ces deux premiers traités, en particulier par rapport à la qualité pour agir. Notre analyse est axée principalement sur le traité CE.
- 83.** Article 173 § 2 du traité CEE (devenu, après modification, article 230 § 2 du traité CE).
- 84.** Article 175 du traité CEE (devenu article 232 du traité CE).
- 85.** Cf. *infra* § 2 et 3.
- 86.** Article 174 du traité CEE (devenu article 231 du traité CE).
- 87.** Article 176 du traité CEE (devenu article 233 du traité CE).
- 88.** Voir, par exemple, arrêt du 26 mars 1987, aff. 45/86, *Commission c. Conseil* (préférences tarifaires généralisées), *Recueil*, p. 1520 (concl. Lenz, p. 1 501) ; arrêt du 23 février 1988, aff. 131/86, *Royaume-Uni c. Conseil, Recueil*, p. 927 (concl. Mischo, p. 914).
- 89.** Arrêt du 12 juillet 1979, aff. 166/78, *Italie c. Conseil* (fécule de pomme de terre), *Recueil*, p. 2596 (concl. Reischl, p. 2 602).
- 90.** Arrêt du 20 mars 1985, aff. 41/83, *Italie c. Commission* (British Telecom), *Recueil*, p. 888 (concl. Darmon, p. 874).
- 91.** La Cour de justice a rejeté ainsi une invocation de l'exception de réciprocité dans la mise en œuvre des obligations communautaires : « Un Etat membre ne saurait, pour justifier son propre manquement, invoquer le manquement d'un autre Etat membre, car, en aucun cas, un Etat membre ne saurait s'autoriser à prendre, unilatéralement, des mesures correctives ou des mesures de défense, destinées à obvier à une méconnaissance éventuelle, par un autre Etat membre, des règles du traité » (arrêt du 25 septembre 1979, aff. 232/78, *Commission c. France, Recueil*, p. 2739).
- 92.** Voir le fameux arrêt *van Gend & Loos*, dans lequel la Cour a déclaré ce qui suit :
- « [...] attendu que l'objectif du traité CEE, qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants ; que cette conception se trouve confirmée par le préambule du traité qui, au-delà des gouvernements, concerne les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens ; [...] qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants » (arrêt du 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend & Loos, Recueil*, p. 23 ; voir aussi l'arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa, Recueil*, ?, 1 158 à 1 160). Dans la doctrine, voir notamment : J.V. Louis, « Ordre public communautaire et intérêts des Etats dans la procédure en constatation de manquement », in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, vol. II, Bruxelles, 1972 ; P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, 1973 ; W.J. Ganshof van der Meersch, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI*, vol. 148, 1978.
- 93.** Voir, par exemple, V. Constantinesco et al. (éd.), *Traité instituant la CEE : Commentaire*, préc. (note 72), p. 1 011 et 1 023.
- 94.** Article 155 du traité CEE (devenu article 211 traité du traité CE).
- 95.** Arrêt du 4 avril 1974, aff. 167/73, *Commission c. France* (code du travail maritime). *Recueil*, p. 371 ; arrêt du 26 mars 1987, aff. 45/86, *Commission c. Conseil* (préférences tarifaires généralisées), *Recueil*, p. 1 520.

- 96.** Voir, par exemple, arrêt du 14 décembre 1971, aff. 7/71, *Commission c. France* (régime d'approvisionnement Euratom), *Recueil*, p. 1 021 ; arrêt du 11 avril 1978, aff. 96/77, *Commission c. Pays-Bas*, *Recueil*, p. 863.
- 97.** Arrêt du 19 décembre 1961, aff. 7/61, *Commission c. Italie*, *Recueil*, p. 633.
- 98.** Arrêt du 7 février 1973, aff. 39/72, *Commission c. Italie* (primes à l'abattage des vaches), *Recueil*, p. 101 ; arrêt du 20 février 1986, aff. 309/84, *Commission c. Italie*, *Recueil*, p. 605 ; arrêt du 24 mars 1988, aff. 240/86, *Commission c. Grèce*, *Recueil*, p. 1 835.
- 99.** Arrêt du 17 février 1970, aff. 31/69, *Commission c. Italie*, *Recueil*, p. 33 ; arrêt du 4 avril 1974, aff. 167/73, *Commission c. France*, *Recueil*, p. 359 (concl. Reischl, p. 377).
- 100.** Cf. V.J. Louise et al. (éd.), *Le droit de la CEE : Commentaire*, préc. (note 72), vol. 10, p. 80.
- 101.** J. Amphoux, « Le recours en constatation de manquement », in : *Le droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, n° 1079.
- 102.** Arrêt du 7 février 1979, aff. jtes 15 et 16/76, *France r. Commission*, *Recueil*, p. 1 331-1 332 ; arrêt du 14 février 1989, aff. 247/87, *Star Fruit*, *Recueil*, p. 291.
- 103.** Article 173 § 3 du traité CEE (devenu, après modification, article 230 § 3 du traité CE).
- 104.** D. Symons, *op. cit.* (note 72), p. 525.
- 105.** Voir l'arrêt du 22 mai 1990, aff. C 70/88, *Parlement c. Conseil (règlement post-Tchernobyl)*, *Recueil*, 1, p. 2 041.
- 106.** Article 230 § 2 du traité CE, tel que modifié par le traité de Nice.
- 107.** Aff. 58/77, *Irlande c. France*.
- 108.** Arrêt du 4 octobre 1979, aff. 141/78, *France c. Royaume-Uni*, *Recueil*, 1979, p. 2 923.
- 109.** Arrêt du 3 octobre 1992, aff. C-349/92, *Espagne c. Royaume-Uni*, JOCE, n° C 256, p. 14.
- 110.** Arrêt du 16 mai 2000, aff. C-388/95, *Belgique c. Espagne*.
- 111.**¹¹¹Voir, par exemple, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission soutenue par Pays-Bas et Royaume-Uni c. Allemagne*, *Recueil*, p. 3 793 ; arrêt du 9 juillet 1987, aff. 356/85, *Commission soutenue par France c. Belgique*, *Recueil*, p. 3321.
- 112.** Article 173 § 4 du traité CEE (devenu, après modification, article 230 § 4 du traité CE). On notera que le droit de recourir en annulation conféré aux entreprises par le traité CECA a une portée singulièrement plus étendue. D'une part, alors que les personnes physiques et morales ne peuvent pas recourir au titre du traité CE contre les actes de portée générale (règlement), les entreprises CECA peuvent attaquer de tels actes (décisions générales) lorsqu'elles considèrent qu'ils sont « entachés de détournement de pouvoir à leur égard ». D'autre part, tandis que les personnes physiques et morales ne peuvent agir dans le cadre du traité CE que si elles établissent que la décision les concerne « directement et individuellement », les entreprises CECA peuvent attaquer toute décision ou recommandation individuelle les « concernant », ce qui leur permet de recourir plus facilement contre des décisions adressées à un autre destinataire (par exemple à un Etat membre).
- 113.** Arrêt du 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann c. Commission*, *Recueil*, p. 197.
- 114.** Arrêt du 14 décembre 1962, aff. jtes 16 et 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes (et autres.) c. Conseil*, *Recueil*, p. 901.
- 115.** Dans la jurisprudence plus récente, voir par exemple : arrêt du 10 juillet 1986, aff. 282/85, *Comité de développement et de promotion du textile et de l'habillement c. Commission*, *Recueil*, p. 2469 ; arrêt du 2 avril 1998, aff. C-321/95 P, *Stichting Greenpeace Council (et autres) c. Commission*, *Recueil*, vol. I, p. 1651.
- 116.**¹¹⁶Article 175 § 3 du traité CEE (devenu, après modification, article 232 § 3 du traité CE).
- 117.** Voir, par exemple, arrêt du 26 octobre 1971, aff. 15/71, *Makprang c. Commission*, *Recueil*, p. 805, ordonnance du 11 juillet 1979, aff. 60/79, *Producteurs de vins de table et vins de pays c. Commission*, *Recueil*, p. 2 429.

118. Cf. T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1994, p. 368 : “it’s hard to avoid feeling that the Court decides first whether it wants the application to be admissible and then applies whichever test will produce the desired result.”

119. Cf. arrêt du Tribunal du 18 février 1998, aff. T-189/97, *Comité d’entreprise de la Société française de production (et al.) c. Commission*, Recueil, 1998, § 16 ; arrêt du Tribunal du 15 juin 1999, aff. T-288/97, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c. Commission*, Recueil, 1999, § 18.

120. Voir, par exemple, H. Rasmussen, “Why Is Article 173 Interpreted against Plaintiffs?”, *European Law Review*, vol. 5, 1980, p. 114 ss. Pour une appréciation récente, voir A. Arnulf, “The Action for Annulment: A Case of Double-Standard?”, in : D. O’Keeffe (éd.), *Liber Amicorum Lynn*, La Haye, 2000, p. 177-190, et C. Harlow, “Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union”, in : P. Alston (éd.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 187-213. Ce dernier auteur se montre nuancé quant à l’opportunité d’un changement de jurisprudence ou d’une modification des traités communautaires. Il fait valoir qu’un élargissement de la qualité pour agir des personnes privées augmenterait les risques de conflits avec la Cour européenne des droits de l’homme et les cours constitutionnelles nationales. D’autre part, cet élargissement profiterait surtout aux acteurs économiques, dont l’influence sur le processus de décision communautaire est déjà forte.

121. Article 177 du traité CEE (devenu article 234 du traité CE) ; voir aussi les articles 41 du traité CECA et 150 du traité Euratom.

122. Cf. arrêt du 7 juillet 1981, aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord (et autres) c. Hauptzollamt Kiel*, Recueil, p. 1 805.

123. Il en résulte naturellement une disparité dans le fonctionnement du système préjudiciel à l’égard des différents Etats membres, disparité qui ne pourrait être effacée que par une harmonisation à travers l’article 234 du traité CE (ex article 177) de la qualité pour agir. Une telle réforme a cependant peu de chances d’aboutir. Elle représente sans doute une interférence trop importante dans l’autonomie traditionnelle des droits nationaux en matière procédurale pour qu’elle soit acceptée par les Etats membres.

124. RTNU, vol. 1 522, p. 3.

125. Au 1^{er} janvier 2004, 185 Etats étaient parties à la Convention de Vienne (RTNU, vol. 1 513, p. 293) et 184 d’entre eux étaient parties au Protocole de Montréal (RTNU, vol. 1 522, p. 3).

126. Article 8 du Protocole de Montréal de 1987.

127. La procédure originelle de non-respect a été révisée successivement en 1992, 1993 et 1998. Sur cette procédure de non-respect, voir notamment : M. Koskeniemi, “Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montréal Protocol”, *Yb Int’l Envtl L.*, vol. 3, 1991, p. 123-162 ; D. Victor, “The Operation and Effectiveness of the Montreal Protocol Implementation Commutée”, in : D. Victor et al. (ed.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments*, 1998 ; J. Werksman, “Compliance and Transition: Russia’s Non-Compliance Tests the Ozone Regime”, *ZaöRV*, vol. 56, 1996, p. 750-773.

128. Procédure de non-respect tel que révisé en 1998, § 1

129. *Ibid.*, § 2.

130. *Ibid.*, § 3 et 4.

131. *Ibid.*, § 5.

132. *Ibid.* § 8.

133. *Ibid.*, § 7, lit. c) et e).

134. *Ibid.*, lit. d) et § 9.

135. *Ibid.*, § 9.

136. Voir la liste indicative de mesures établie en 1992 et figurant dans le Rapport de la deuxième réunion des Parties (ONU Doc. UNEP/OZ L Pro 2/3, Annexe V, Décision II/5).

137. Voir les rapports du Comité d’application disponibles sur le site internet du Secrétariat de la Convention : <http://unep.org/secretar/ozone/home.htm>.

- 138.** Au sujet du caractère juridictionnel de l'*actio popularis*, voir *supra*, p. 38-39 et p. 107.
- 139.** Une réserve expresse en ce sens est faite dans le paragraphe introductif du texte adopté par la réunion des Parties au sujet de la procédure de non-respect.
- 140.** Cf. T. Gehring, "International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems", *Yb Int'l Envtl. L.*, vol. 1, 1990, p. 35.
- 141.** Pour un regard critique sur cette évolution du droit international de l'environnement, voir en particulier : M. Koskenniemi, *op. cit.* (note 127), p. 123-162; *id.*, "New Institutions and Procedures for Implementation Control and Reaction", in : J. Werksman (éd.), *Greening International Institutions*, Londres, 1996, p. 236-248. On notera que la procédure de contrôle qui vient d'être mise en place dans le cadre du Protocole de Kyoto renonce à ce terme de « non-respect » et revêt un caractère plus juridictionnel (cf. *infra* p. 4).
- 142.** Article 13 de la Convention-cadre de 1992 sur les changements climatiques (RTNU, vol. 1 771, p. 107).
- 143.** Article 18 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre sur les changements climatiques (ONU Doc. FCCC/CP/1997/Décision 1).
- 144.** Article 3 § 3 du Protocole de 1991 relatif à la lutte contre les émissions organiques volatiles ou leurs flux transfrontières (RTNU, vol. 2001, p. 187) ; article 7 du Protocole de 1994 relatif à une nouvelle réduction des émissions de souffre (ONU Doc. ECE/EB.AIR/40).
- 145.** Article 27 de la Convention de 1994 sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (RTNU, vol. 1954, p. 3).
- 146.** ONU Doc. FCCP/CP/2001/L.21.
- 147.** Article II § 6.
- 148.** Article V § 3.
- 149.** Voir *supra* p. 4.
- 150.** Article VI § 1.
- 151.** Article VI § 1 lit. b.
- 152.** Sur la Commission d'établissement des faits, voir notamment : Y. Sandoz (*et al.*) (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977*, Genève, 1986, p. 1 061-1 077 ; J.A. Roach, « La Commission internationale d'établissement des faits : L'article 90 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 », *RICR*, n° 788, 1991, p. 178 ss ; F. Hampspon, "Fact-Finding and the International Fact-Finding Commission", in : H. Fox & M.A. Meyer (ed.), *Effecting Compilante : Armed Conflicts and the Nezo Law*, Londres, 1993 ; M. Sager, *Die Internationale Ermittlungskommission gemäss Artikel 90 von Zusatzprotokoll I zu den Genfer Konventionen von 1949*, Zurich, 1995 ; L. Condorelli, "L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario", in : *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padoue, 1995, p. 225-308 ; S. Vité, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, 1999.
- 153.** Article 90 § 2, lit. a) du Protocole additionnel I.
- 154.** Ph. Bretton, « La mise en œuvre des Protocoles de Genève de 1977 », *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 95, 1979, p. 398.
- 155.** Article 90 § 2 lit. d).
- 156.** Article 90 § 2 lit. c).
- 157.** La portée de la distinction entre « infractions graves » et « violations graves » est malaisée à déterminer. Dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, les termes d'« infractions graves » sont utilisés pour désigner les « crimes de guerre », c'est-à-dire les violations du droit des conflits armés qui engagent la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs (voir les articles 50, 51, 130 et 147 des Conventions de Genève et les articles 11 § 4 et 85 du Protocole additionnel I) ; les termes de « violations graves » n'apparaissent pour leur part qu'à un seul autre endroit, dans l'article 89 du Protocole additionnel 1, qui prévoit que les Parties

Contractantes s'engagent à agir par rapport à de telles violations, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies. En plaçant en parallèle les « infractions graves » et les « autres violations graves », l'article 90 du Protocole additionnel semble indiquer que la première catégorie est plus étroite que la seconde. Sur ce point, voir le commentaire de l'article 89 *in : Y. Sandoz (et al.) (éd.), Commentaire*, préc. (note 152), p. 1 057. Voir aussi S. Vite, *op. cit.* (note 152), p. 147-163.

158. A noter que le Protocole additionnel I inclut dans son champ d'application les luttes menées par des mouvements de libération nationale, en considérant celles-ci comme des conflits armés internationaux (cf. article 1 § 4 du Protocole additionnel I).

159. La compétence *ratione materiae* de la Commission ne n'étend pas, en principe, au Protocole additionnel II relatif aux conflits armés non internationaux. On s'est demandé toutefois, à bon droit, si la Commission pouvait faire complètement abstraction du Protocole II, alors que celui-ci est réputé « développer et compléter » l'article 3 commun aux Conventions de Genève (cf. article 1 du Protocole II). Sur ce point, voir L. Condorelli, “L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umani-tario”, préc. (note 152), p. 257-258.

160. Cf. CICR, *Rapport sur la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1993. Sur la compétence de la Commission par rapport à des conflits armés non internationaux, voir L. Condorelli, “L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario”, préc. (note 152), p. 263.

161. Article 90 § 2 lit. c) ch. ii).

162. Article 90 § 5 lit. a).

163. Cette possibilité est affirmée expressément dans une lettre du Président de la Commission adressée en 1997 à la Fondation Médecins sans Frontières. Dans la doctrine, voir en ce sens : M. Bothe (et al.), *New Rides for Victims of Armed Conflicts*, La Haye, 1982, p. 543 ; Y. Sandoz (et al.) (éd.), *Commentaire*, préc. (note 152), p. 1 069 ; L. Condorelli, “L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario”, préc. (note 152), p. 260 ; S. Vité, *op. cit.* (note 152), p. 193.

164. Actes de la Conférence diplomatique, vol. III, p. 352, CDDH/I/241.

165. Actes, vol. x, p. 224, CDDH/I/GT/114 (proposition présentée par l'Autriche, le Danemark, les Etats-Unis, le Japon, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan et la Suède).

166. Voir l'article adopté finalement lors de la Conférence diplomatique par la première Commission le 13 mai 1977, Actes, vol. x, p. 269, CDDH/405/Rev. 1 /Annexe IV.

167. Voir notamment : L. Condorelli & L. Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de “respecter et faire respecter” le droit international humanitaire “en toutes circonstances” », *in : Ch. Swinarski (éd.), Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, p. 17-35 ; G. Barile, “Obligationes *erga omnes* e individui nel diritto internazionale umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68, 1985, p. 5-31 ; H.-P. Casser, “Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations”, *in : H. Fox 8c M.A. Meyer (éd.), Effecting Compliance*, préc. (note 152), p. 15-49 ; Th. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 31-32 ; D. Schindler, “Die *erga omnes*-Wirkung des humanitären Völkerrechts”, *in : Recht zwischen Umbruch und Bewahrung : Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht : Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 199-211.

168. Aff. Kupreskic et consorts (IT-95-16-T), jugement de la Chambre de première instance du 14 janvier 2000, § 519.

169. Article 6 de la Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne.

170. ¹⁷⁰J. Pictet (ed.), *Commentaire des Conventions de Genève de 1949*, vol. 1, Genève, 1952, p. 26.

171. Sur la nature coutumière des règles contenues dans les Conventions de Genève, voir notamment *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989.

- 172.** A ce sujet, voir en particulier : L. Condorelli & L. Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de “respecter et faire respecter” le droit humanitaire “en toutes circonstances” », préc. (note 167), p. 18 ss ; *id.*, “Commun Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective inter-ests”, *RICR*, vol. 82, 2000, p. 67-86.
- 173.** Article 2 § 3 commun aux Conventions de Genève.
- 174.** Articles 46/47/13 §3/33 § 3 des Conventions de Genève.
- 175.** Voir l'article 60 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.
- 176.** Article 63/62/142/158 commun aux Conventions de Genève ; article 99 du Protocole I ; article 25 du Protocole II.
- 177.** Article 6/6/6/7 commun aux Conventions de Genève.
- 178.** Article 7/7/7/8 commun aux Conventions de Genève.
- 179.** Article 51/52/131/148 commun aux Conventions de Genève.
- 180.** L. Condorelli, « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », in : *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler*, Bâle, 1989, p. 193 ss. Sur cet aspect, voir aussi G. Abi-Saab, “The Specificities of Humanitarian Law”, in : Ch. Swinarski (éd.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, p. 265-280.
- 181.** Voir notamment la résolution 1 de la 27^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui s'est réunie à Genève en 1999 ainsi que les déclarations annexées (in : *RICR*, vol. 81, 1999, p. 878-895). L'article 1 commun a été évoqué aussi parfois au sein du Conseil de sécurité, notamment en relation avec la protection des personnes civiles dans les conflits armés. A ce sujet, voir le rapport du Secrétaire général du 8 septembre 1999 (ONU Doc. S/1999/957) ainsi que la résolution 1 265 adoptée par le Conseil de sécurité le 17 septembre 1999.
- 182.** Dans sa résolution 681, du 20 décembre 1990, le Conseil de sécurité a rappelé expressément aux Etats parties la teneur de l'article premier commun aux Conventions de Genève et les a invité à assurer le respect par Israël de la quatrième Convention de Genève. De son côté, l'Assemblée générale de l'ONU a tenu plusieurs sessions d'urgence pour discuter de la situation dans les territoires occupés par Israël. A cette occasion, elle a invité la Suisse, en tant qu'Etat dépositaire, à convoquer une réunion des Etats parties pour discuter des mesures à prendre. A l'invitation du Gouvernement suisse, une première Conférence s'est tenue le 15 juillet 1999. Elle fut suspendue rapidement après lecture d'une déclaration du Président de la Conférence qui exprimait l'accord des Etats participants sur la pleine applicabilité de la quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés par Israël (un point crucial qui avait toujours été contesté par Israël). Suite au blocage du processus de paix et à la dégradation de la situation dans les territoires occupés par Israël, une seconde Conférence d'Etats parties s'est réunie à l'invitation de la Suisse le 5 décembre 2001. La déclaration adoptée à cette occasion va beaucoup plus loin. Elle rappelle à l'ensemble des Etats parties qu'ils sont concernés (§ 4 à 7) et énumère certaines des obligations essentielles qui incombent aux parties au conflit (§ 8-11) et à l'Etat d'Israël en tant que puissance occupante (§12-15).
- 183.** Y. Sandoz, « Appel du CICR dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran », *AFDI*, vol. 29, 1983, p. 165.
- 184.** Au sujet de l'irrélevance de l'importance du contenu d'une obligation internationale comme critère de son caractère *erga omnes*, voir *infra* p. 243-246.
- 185.** Au 1^{er} janvier 2004, 65 Etats avaient fait la déclaration reconnaissant la compétence de la Commission d'établissement des faits conformément à l'article 90 § 2, lit. a) du Protocole I.
- 186.** Ce principe de non rétroactivité est inscrit à l'article 11 du Statut de Rome. Il signifie que la Cour n'est compétente que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur de son Statut, à savoir le 1^{er} juillet 2002.

187. Au 1^{er} janvier 2004, le nombre des Etats parties au Statut de Rome s'élevait à 92. Parmi ceux-ci, 22 sont des pays africains, 39 sont européens (dont 15 pays d'Europe de l'Est), 18 sont des pays d'Amérique latine et des Caraïbes et 11 sont des pays du continent asiatique.

188. Article 12 § 2 du Statut de Rome. Cette condition préalable à l'exercice de la compétence de la Cour ne vaut toutefois que dans les cas où une situation est déférée au Procureur par un Etat partie ou lorsque le Procureur ouvre de lui-même une enquête. Elle ne s'applique pas en cas de saisine du Procureur par le Conseil de sécurité. Sur les différents modes de saisine, voir *infra* § 2.

189. Article 17 du Statut de Rome.

190. Lors de l'adoption du Statut de Rome en 1998, les Etats parties à la Conférence n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur une définition du crime d'agression et ont reporté le règlement de cette question à plus tard (voir l'article 5 § 2 du Statut de Rome).

191. Article 16 du Statut de Rome.

Chapitre III. Un bilan contrasté

p. 219-225

- ¹ Au terme de ce survol de la pratique internationale, il convient de formuler quelques constatations d'ordre général en guise de bilan provisoire. Les éléments les plus fondamentaux qui se dégagent de cette pratique seront ensuite repris et approfondis dans la troisième partie.

Section I – Une question laissée à l'appréciation du juge

§ 1^{er} – Le silence des textes conventionnels

- ² Une première constatation est le silence des textes des conventions internationales établissant une procédure contentieuse. Si celles-ci définissent des catégories générales de justiciables, elles ne traitent généralement pas de l'intérêt à agir requis de la part du demandeur. Et lorsque les textes conventionnels abordent cette question, ils le font en utilisant des notions – telles celle de « victime » – qui nécessitent un travail jurisprudentiel d'interprétation et de concrétisation. Les travaux préparatoires s'avèrent aussi généralement d'un maigre secours. Implicitement, la question de l'admissibilité de l'*actio popularis* est donc laissée au pouvoir d'appréciation du juge international. Celui-ci n'opère certes pas dans un vide absolu. Il peut construire une position jurisprudentielle sur divers indices figurant dans le texte conventionnel : les finalités de la convention, telles qu'elles ressortent notamment du préambule, le contenu des obligations souscrites par les Etats parties, la nature des intérêts protégés, l'agencement du système juridictionnel, etc. Il demeure néanmoins étonnant de constater à quel point il est fréquent que la création d'une procédure contentieuse ne soit assortie d'aucune définition précise de la qualité ou de l'intérêt à agir du requérant. Ce renoncement de la part des auteurs des traités est d'autant plus surprenant qu'il ne s'agit assurément pas d'une question de pure technique judiciaire, mais d'un enjeu important de l'accès à la justice internationale.

§ 2 – L'attitude hésitante des juridictions internationales

- 3 Confrontées à cette question de la qualité ou de l'intérêt à agir du demandeur, les juridictions internationales se sont montrées souvent hésitantes, perpétuant ainsi l'incertitude créée par le silence des textes conventionnels. Dans l'ensemble, l'attitude des juridictions internationales semble un mélange de prudence et de perplexité : prudence à ne pas ouvrir trop grandes les portes du règlement contentieux ; perplexité vis-à-vis de notions qui ont une nature principalement procédurale et sont réglées différemment dans les divers droits nationaux. La Cour internationale de Justice n'a pas apporté la clarté que l'on pourrait souhaiter en cette matière. Par ses revirements et sa jurisprudence sinusoïdale, elle a au contraire contribué à l'incertitude ambiante.

§ 3 – Le lien établi avec la nature des normes invoquées et l'intégrité du système

- 4 Là où une qualité de tous pour agir a été affirmée, elle l'a été invariablement en se fondant sur la nature des normes du droit international invoquées par le demandeur et sur l'existence d'un intérêt collectif à leur respect. Ce lien a été exprimé avec une force particulière par la Commission européenne des droits de l'homme qui s'est référée à la notion d'obligations de caractère « objectif » et a évoqué l'idée d'un « ordre public européen ». Ce lien est également au cœur du concept d'obligations *erga omnes* auquel la Cour internationale de Justice a fait référence à plusieurs reprises. Des considérations sur la nécessité d'assurer une meilleure défense de la légalité et de préserver l'intégrité du système normatif reviennent également régulièrement dans l'argumentation en faveur d'un droit de tous à agir.

§ 4 – La disparité de traitement entre Etats et individus

- 5 En dépit de ce lien « objectif » entre qualité pour agir et nature des normes invoquées, des différences importantes sont faites dans les textes conventionnels, et surtout dans la jurisprudence des juridictions concernées, entre les acteurs « subjectifs » d'une telle procédure judiciaire. Lorsqu'une possibilité d'*actio popularis* est affirmée, elle l'est en faveur des Etats, sujets primaires du droit international, mais beaucoup plus rarement en faveur des individus, quitte à créer une certaine incohérence dans le raisonnement. Ainsi, les organes de Strasbourg ont invoqué régulièrement l'idée d'une garantie collective des droits de l'homme pour expliquer le fonctionnement de la procédure interétatique, mais ils feignent d'ignorer que ce même argument plaide aussi en faveur d'une interprétation plus généreuse de la notion de victime. En fait, les juridictions internationales semblent craindre comme la peste un droit de recours trop large des individus ou des associations, sans doute par peur d'une croissance incontrôlée du nombre d'affaires pendantes, et elles utilisent donc la notion de victime comme un régulateur du flot des requêtes.

Section II – Une conception erronée de l'*actio popularis*

§ 1^{er} – Le spectre de l'*actio popularis*

- ⁶ Depuis que la Cour internationale de Justice a évoqué en 1966 la notion d'*actio popularis* en estimant que « le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas », l'idée d'une action judiciaire en défense d'un intérêt commun éveille la méfiance et les suspitions. En dépit de l'absence du caractère d'emblée très controversé de l'arrêt de 1966 et des corrections postérieures dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice, l'*actio popularis* demeure un anathème en droit international. De fait, le spectre de l'*actio popularis* est évoqué régulièrement par la partie défenderesse dans l'espoir d'effrayer une juridiction qui serait tentée d'être trop généreuse dans son appréciation de la qualité pour agir. Inversement, plusieurs juridictions internationales paraissent vouloir se défendre d'un tel reproche en répétant mécaniquement qu'elles n'admettent pas l'*actio popularis*, mais sans avoir une conception très claire de ce que celle-ci représente véritablement. Le rejet proclamé de l'*actio popularis* représente une sorte de formule incantatoire, une manière commode d'affirmer l'existence de limites au droit de recours. En réalité, ce refus porte souvent non sur l'*actio popularis*, mais sur d'autres formes de recours auxquelles l'institution du droit romain est assimilée erronément.

§ 2 – L'assimilation à un contrôle abstrait des actes législatifs

- ⁷ La première forme de confusion consiste à identifier l'*actio popularis* à un recours dirigé contre des actes législatifs, en dehors d'un cas d'application concrète. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et celle des organes de Strasbourg, pour prendre deux exemples, paraissent fortement influencées dans leur position à l'égard de l'*actio popularis* par leur refus d'exercer un contrôle abstrait des actes législatifs. Ce refus est parfaitement compréhensible. Il vise à laisser aux autorités étatiques nationales la possibilité de corriger d'elles-mêmes les dispositions contestées desdits actes législatifs. La tâche de faire prévaloir le droit international incombe en effet d'abord aux autorités exécutives et administratives et, sur recours, aux tribunaux internes. Ce souci de préserver la subsidiarité du contrôle juridictionnel international n'implique pas pour autant un refus de l'*actio popularis*. Il s'agit de deux questions clairement distinctes¹.

§ 3 – L'assimilation à un contrôle préventif de la légalité

- ⁸ Une deuxième forme de confusion, proche de la précédente, est l'assimilation de l'*actio popularis* à un contrôle préventif de la légalité. Plusieurs juridictions internationales tendent à identifier l'*actio popularis* à une action dans laquelle le demandeur n'est pas en mesure de démontrer un intérêt actuel à agir, mais prétend avoir un simple intérêt potentiel ou futur. Il est vrai que lorsque la jurisprudence est libérale vis-à-vis d'intérêts potentiels ou futurs, on est très proche en pratique d'une reconnaissance de l'*actio popularis*. Il s'agit cependant, là aussi, de deux problèmes techniquement distincts. Même s'il élargit considérablement le cercle des demandeurs, l'intérêt potentiel reste un intérêt « subjectif », en ce sens qu'il revêt un caractère spécifique pour chaque demandeur. En revanche, l'*actio popularis* est fondée sur un intérêt

« objectif » similaire pour tous les membres d'une communauté. D'autre part, une *actio popularis* ne suppose pas nécessairement admettre un contrôle préventif de la légalité. L'*actio popularis* implique que le demandeur n'a pas à démontrer un intérêt personnel, mais pas qu'il est dispensé de prouver un intérêt actuel².

§ 4 – L'illusion d'une action en justice « désintéressée »

- 9 Une troisième forme de confusion est l'idée, fréquemment véhiculée en doctrine, qu'une *actio popularis* devrait viser à la défense exclusive d'intérêts communs. Parce qu'une procédure vise à défendre un intérêt collectif, on paraît souvent attendre du demandeur qu'il n'ait aucun intérêt direct dans l'affaire, qu'il soit parfaitement altruiste et désintéressé. Evidemment, en plaçant la barre si haut, on ne peut qu'être déçu par la réalité des relations internationales où les actions judiciaires complètement « désintéressées » sont très rares. Il s'agit cependant d'une méprise sur la nature de l'*actio popularis*. Comme cela a été souligné dans la partie de cette étude qui leur est consacrée, les actions populaires romaines visaient à protéger non seulement des intérêts collectifs, mais aussi des intérêts individuels concomitants. L'usage d'une *actio popularis* par un citoyen romain directement lésé était considéré comme parfaitement légitime, et constituait probablement le cas le plus fréquent en pratique. Il ne faut pas s'étonner qu'il en aille de même dans la société internationale. L'utilisation d'une procédure juridictionnelle est généralement assez longue, coûteuse et mobilise des moyens importants. L'Etat requérant doit donc avoir une motivation particulière à agir, une motivation qu'il trouvera plus facilement lorsqu'il est spécialement concerné par le fait illicite. La Cour européenne des droits de l'homme a correctement exposé cette ambiguïté, ou cette double fonction, en soulignant dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* que la Convention crée à la fois des « engagements synallagmatiques bilatéraux » et des obligations « objectives » bénéficiant d'une garantie collective.

Section III – Les réticences des Etats

- 10 Les hésitations des juridictions internationales quant à l'admissibilité de l'*actio popularis* n'expliquent pas à elles seules la maigreur de la pratique, loin s'en faut. Il est manifeste que les Etats éprouvent, de leur côté, d'importantes réticences à intenter une telle action³.

§ 1^{er} – Les réticences à assumer un rôle de procureur

- 11 L'opposition à l'*actio popularis* est parfois motivée par la crainte qu'en chaque Etat sommeille un justicier et que, si on autorise une telle action judiciaire, tous voudront jouer avidement le rôle de procureur de la communauté internationale. En réalité, si les Etats se complaisent parfois au sein d'enceintes politiques à s'accuser mutuellement, ils sont très réticents à assumer le rôle de procureur dans une procédure juridictionnelle, avec les responsabilités et les risques que cela implique. Bien qu'elle ne doive pas être considérée comme un acte inamical, une plainte interétatique constitue dans les faits une menace pour les relations politiques et économiques entre les deux pays parties à la procédure, de sorte qu'elle n'est utilisée qu'en dernier recours. Ce caractère exceptionnel des plaintes interétatiques est aussi le produit d'une sorte de cercle

vieux : les Etats hésitent à déposer de telles plaintes tant que la pratique est restreinte ; et parce que les procédures interétatiques sont peu utilisées, elles paraissent réservées à des situations exceptionnelles. La requête déposée par le Ghana contre le Portugal au titre de la procédure de plaintes de l'OIT ou les affaires grecques et turques dans le cadre du système de la Convention européenne des droits de l'homme montrent cependant que certains Etats, face à des violations graves des droits de l'homme, sont prêts à assumer les risques d'une telle action, même lorsqu'ils n'ont pas d'intérêt direct en cause. Cette forme de courage dans les relations internationales honore les Etats concernés, mais il est rare. On notera d'ailleurs qu'il est le fait surtout de « petits » Etats. Des pays comme le Royaume-Uni, l'Allemagne ou l'Espagne n'ont, par exemple, jamais introduit de requête contre un autre pays européen devant les organes de Strasbourg.

§ 2 – Les réticences à l'égard des procédures judiciaires

¹² Au-delà de ce manque d'enthousiasme à assumer un rôle de procureur, de nombreux Etats paraissent douter de l'efficacité des procédures juridictionnelles interétatiques et, en tout cas, se montrent réticents à les consacrer dans des instruments conventionnels sous une forme obligatoire. Il n'y a pas lieu ici d'entrer dans un débat sur l'opportunité de la justice internationale ou de retracer les phases de crise et de rédemption que celle-ci a traversées depuis la fin du XIX^e siècle. Cela dépasserait considérablement l'objet de notre étude. Nous nous contenterons donc de souligner qu'un grand nombre des procédures examinées dans le cadre de cette deuxième partie de notre étude revêtent un caractère facultatif et/ou sont peu contraignantes. Dans le domaine des droits de l'homme, par exemple, seules quatre des procédures interétatiques citées – celles prévues à l'article 26 de la Constitution de l'OIT, dans la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte africaine – s'imposent de plein droit à l'égard de l'ensemble des Etats parties. Toutes les autres procédures dépendent d'un consentement spécifique des Etats concernés. Et le niveau d'acceptation parmi les Etats parties de ces mécanismes optionnels est faible, puisqu'il ne dépasse pour aucun traité le seuil des 50 %, et qu'il est souvent considérablement inférieur⁴. Il est étonnant de constater que les procédures d'examen de requêtes individuelles, qui susciteront à l'origine davantage de résistance chez les Etats, car elles étaient perçues comme des atteintes plus sérieuses à la souveraineté, sont aujourd'hui plus largement acceptées que les procédures interétatiques. Ces réticences des Etats se manifestent également dans les pouvoirs souvent limités qui sont accordés aux organes de surveillance. L'exemple peut-être le plus symptomatique est le confinement dans un rôle purement conciliatoire des comités de surveillance des conventions onusiennes de protection des droits de l'homme.

§ 3 – La concurrence entre mécanismes

¹³ Une dernière explication de la maigreur de la pratique – déjà mise en avant à plusieurs reprises – est la prolifération, dans certains domaines, des procédures et moyens internationaux de contrôle. Dans le cadre des droits de l'homme et pour ne prendre que l'exemple du Conseil de l'Europe, la procédure interétatique créée par la Convention européenne des droits de l'homme est loin de constituer le seul instrument de contrôle.

On peut mentionner le rôle joué dans ce même domaine par l'Assemblée parlementaire, la procédure de "monitoring" mise en place au sein du Comité des ministres, les fonctions spécifiques dévolues au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, le poste nouvellement créé de Commissaire aux droits de l'homme, ou encore les mandats spéciaux assumés par d'autres organes conventionnels, tel le Comité européen pour la prévention de la torture. Cette prolifération des instruments de contrôle diminue l'intérêt pratique de la procédure interétatique instituée par la Convention. Elle ne le supprime toutefois pas complètement, chaque mécanisme ayant ses particularités, et donc ses avantages et ses inconvénients. L'intérêt de la procédure interétatique est son caractère juridictionnel, qui place le débat sur un niveau plus nettement juridique et permet d'assurer un traitement plus impartial des problèmes soulevés de respect des droits de l'homme. De ce point de vue, il existe un certain rapport de « concurrence » entre la procédure interétatique et la procédure des requêtes individuelles. Cependant, il s'agit là aussi davantage d'une complémentarité que d'une concurrence véritable. Dans la pratique, le rôle de contrôle assumé par la Cour européenne des droits de l'homme est alimenté essentiellement par le biais des requêtes individuelles. Cependant, il peut exister des raisons particulières pour utiliser la procédure interétatique. C'était le cas, par exemple, dans l'ancien système conventionnel, lorsque certains Etats n'avaient pas encore reconnu la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme à examiner des requêtes individuelles. Aujourd'hui encore, la procédure interétatique peut compléter utilement celles des requêtes individuelles, notamment pour examiner des violations à large échelle des droits de l'homme ou lorsqu'un Etat empêche le fonctionnement effectif du système des requêtes individuelles.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. A ce sujet, voir *infra* p. 341-345.
2. Cf. *infra* p. 4 et p. 341-345.
3. Pour un examen plus détaillé des motifs de réticence des Etats, voir la partie consacrée à l'opportunité de l'*actio popularis*, *infra* p. 375 ss.
4. Au 1^{er} janvier 2004, parmi les 151 Etats parties au Pacte relatif aux droits civils et politiques, seuls 46 avaient ratifié ou adhéré au premier protocole facultatif ; sur les 70 Etats parties à la Convention de l'UNESCO de 1960, seuls 30 avaient ratifié le protocole relatif au règlement des différends ; la proportion est de 46 sur 133 pour la Convention contre la torture ; et de 13 sur 24 pour la Convention américaine des droits de l'homme.

Troisième partie. Mise en perspective de l'« actio popularis »

Titre I. Les fondements normatifs de l'« actio popularis »

Introduction au titre premier

p. 229

- ¹ L'*actio popularis* n'est pas seulement une technique juridique ; elle est aussi le reflet de l'organisation et surtout de certaines valeurs de la société. Il n'en va pas différemment dans la société internationale. L'*actio popularis* y trouve sa source dans l'affirmation d'intérêts collectifs et leur consécration par le droit international, que ce soit sur le plan de la communauté internationale dans son ensemble ou au sein de groupes plus restreints d'Etats. Nous nous proposons d'analyser les fondements normatifs de l'*actio popularis* en suivant *grosso modo* la distinction établie par la Commission du droit international entre normes « primaires » et normes « secondaires¹ ». Notre analyse commence donc par un examen du contenu et de la structure juridique des obligations internationales invoquées dans le cadre d'une *actio popularis*, puis elle se poursuit par une étude de l'influence décisive qu'exercent les règles générales du droit des traités et surtout celles de la responsabilité internationale.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Cette distinction entre normes « primaires » et normes « secondaires » a été établie d'abord par le Britannique Herbert Lionel Hart (cf. H.L. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 77 ss). Elle est devenue par la suite un des principaux jalons utilisés par la Commission du droit international (CDI) dans ses travaux sur la responsabilité des Etats. Compte tenu du rôle central de la responsabilité au sein du droit international, une des difficultés principales auxquelles la CDI devait faire face était d'éviter que la codification des règles sur la responsabilité ne finisse par embrasser l'ensemble des règles de fond du droit international, et qu'elle devienne ainsi prisonnière des inévitables divergences sur le contenu de celles-ci. C'était probablement là une des raisons principales de l'échec des travaux de codification entrepris dans les années trente. Dans un premier temps, la CDI tomba elle-même dans ce piège. En effet, les rapports présentés de 1956 à 1961 par le premier Rapporteur spécial, Garcia Amador, portaient sur la « responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne et aux

biens des étrangers ». Au début des années soixante, La CDI parvint cependant à la conclusion que les désaccords sur la portée et le contenu des règles de fond relatives à la protection diplomatique des étrangers laissaient peu d'espoirs d'aboutir. Après la non-réélection à la CDI de son Rapporteur spécial, la CDI créa un sous-comité sur la responsabilité des Etats, placé sous la présidence de R. Ago, qui tira les leçons des échecs passés. Il décida de limiter les travaux aux règles générales sur la responsabilité, en laissant de côté le contenu des règles de fond violées. C'est cette nouvelle approche qui est traduite sur le plan terminologique par la distinction entre les « normes primaires » (les différentes règles de fond régissant les relations internationales entre les Etats) et les « normes secondaires » (celles définissant les conséquences juridiques du non-respect des normes primaires). Au sujet de cette distinction, voir en particulier le Deuxième Rapport de Roberto Ago, *Annuaire CDI*, 1970, vol. II, 2^e partie, § 66, ainsi que le Premier Rapport de M. Crawford, ONU Doc. A/CN.4/490, § 12-18. Dans la doctrine, voir J. Combacau & D. Alland, “‘Priman’ and ‘Secondary’ Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations”, *NYIL*, vol. 16, 1985, p. 81-109.

Chapitre I. Un droit international en transformation

p. 230-238

Section I – Droit de coexistence et droit de coopération

- ¹ Bien que les origines du droit international remontent sans doute à l'Antiquité², il est loisible d'affirmer que les structures fondamentales de la société et du droit international contemporain se sont mises en place dans le courant du XVII^e siècle. L'étape probablement la plus marquante est la conclusion en 1648 des Traités de Westphalie qui reconnaissent la souveraineté religieuse de chaque Etat sur son territoire et consacrent la fin des prétentions du Saint-Empire Romain Germanique à exercer une autorité universelle en Europe. Les traités de Westphalie jettent les fondements juridiques de la société internationale moderne, une société composée d'Etats souverains et égaux qui n'acceptent plus au-dessus d'eux aucune autorité supérieure. Dans ce nouveau modèle d'organisation internationale, le droit des gens a pour fonction de définir des règles de conduite entre les Etats souverains et de délimiter leurs sphères de compétences respectives. Il constitue, pour reprendre le mot célèbre d'un auteur, un droit de coexistence³. Tant que ce droit se limite à une réglementation minimale de la coexistence, l'intérêt collectif n'y occupe qu'une place marginale : il consiste tout au plus à un intérêt de chacun à la préservation des fondements de l'ordre social.
- ² Le XIX^e siècle va élargir progressivement cette conception minimale de l'intérêt collectif. L'Acte final du Congrès de Vienne de 1815, en restaurant l'ordre ancien et en perpétuant l'alliance des monarques qui s'étaient coalisés contre la France révolutionnaire, puis contre Napoléon, consacre une forme d'intérêt commun au maintien de l'ordre monarchique en Europe. Les réunions périodiques les années suivantes du « concert européen » et les interventions militaires décidées contre les foyers révolutionnaires (Italie en 1821, Espagne en 1822) témoignent de la réalité de cet intérêt idéologique commun des princes européens. Les traités de Vienne de 1815 contiennent également pour la première fois certains engagements au sujet de la traite négrière, ce qui constitue une reconnaissance d'un autre intérêt (ou valeur) de nature

collective. L'affirmation d'intérêts collectifs va croître considérablement au cours du XIX^e siècle, en même temps que s'établit une interdépendance croissante entre les Etats européens, interdépendance qui est alimentée par la révolution industrielle, le développement des moyens de communication et l'explosion des échanges internationaux de toute nature. Des traités multilatéraux sont conclus pour réglementer la coopération internationale, par exemple dans les domaines des télégraphes et des postes, des communications fluviales et ferroviaires, de la santé publique, de la protection des ressources naturelles (aux fins initialement d'assurer simplement leur exploitation durable), de la protection des blessés de guerre ou de la codification du droit de la guerre. Dans son ouvrage intitulé *International Legislation*, Hudson recense 157 traités conclus entre 1864 et 1914 à des fins de collaboration dans des domaines d'intérêts communs⁴. Cette floraison des traités multilatéraux s'accompagne de développements institutionnels : les conférences deviennent périodiques ; des secrétariats sont créés pour régler des questions d'abord administratives, puis sont dotés de pouvoirs plus étendus ; progressivement, ce sont de véritables organisations internationales qui apparaissent, fondées sur un traité constitutif et dotées d'une personnalité juridique propre. Ces organisations internationales servent d'enceintes à leur tour à l'adoption de nouveaux traités multilatéraux sur des questions d'intérêt commun. Aux règles traditionnelles du droit de coexistence, de nature essentiellement coutumière, s'ajoutent donc désormais des traités et structures institutionnelles dont l'objectif est la coopération internationale⁵.

³ Aujourd'hui, il n'existe guère de domaine des relations internationales où il n'existe aucune forme d'intérêt commun. Cet intérêt commun est cependant particulièrement évident dans certains secteurs, par exemple ceux du maintien de la paix internationale, de la sécurité humaine, des droits de l'homme, de la coopération au développement, de la sauvegarde de l'environnement naturel, des communications internationales, ou de la gestion des ressources et espaces communs (fonds marins échappant à la juridiction des Etats côtiers, ressources halieutiques de la haute mer, espace extra-atmosphérique, lune et autres corps célestes).

Section II – L'évolution de la structure de la règle de droit

§ 1^{er}- Le modèle bilatéral classique

⁴ On ne s'étonnera pas que l'objet et les finalités de la réglementation internationale aient influencé la structure de la règle de droit. Dans la conception traditionnelle, la norme de droit international est conçue par référence au traité bilatéral, c'est-à-dire comme un contrat visant à un échange de prestations entre deux parties sur une base de réciprocité : *do ut des*. Le schéma bilatéral s'applique aussi à la violation du droit : seul l'Etat directement affecté peut faire valoir la responsabilité internationale de l'Etat fautif. C'est la règle du chacun pour soi⁶.

⁵ Cette conception de la structure de la règle de droit était parfaitement compréhensible dans un système international de coexistence, où l'intérêt commun était réduit à presque rien. En revanche, il est étonnant de constater que ce modèle bilatéral continua à être appliqué aux traités multilatéraux qui réglementèrent à partir du XIX^e siècle les domaines où s'affirmait une interdépendance croissante des Etats. Du point de

vue de leur fonctionnement, ces traités furent analysés le plus souvent comme la jonction d'autant de traités bilatéraux qu'il y avait de paire d'Etats parties. En fait, la forme même du traité multilatéral ne s'est imposée que lentement⁷. Les premiers traités collectifs étaient des assemblages de traités bilatéraux. Les Traité de Westphalie, par exemple, furent négociés entre deux groupes d'Etats réunis dans des villes distinctes. L'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 est généralement considéré comme le premier traité collectif. En réalité, il n'était cependant qu'un cadre général rassemblant dans le même document la série de traités bilatéraux conclus entre les participants au Congrès. Ce n'est que dans la seconde moitié du xix^e siècle que s'imposa définitivement l'idée d'un instrument juridique unique, dont on confia l'exemplaire original à un Etat dépositaire.

- ⁶ Ainsi, dans cette conception traditionnelle, la règle de droit demeure confinée dans un moule bilatéral, même lorsqu'elle découle du droit international coutumier ou d'un traité multilatéral : les obligations qui en découlent sont dues non pas *urbi et orbi*, mais dans chaque cas à l'égard d'un Etat déterminé ; seul cet Etat est légitimé à faire valoir la violation de l'obligation internationale. En d'autres termes, le contenu de la règle de droit est décomposé en une série de droits et obligations réciproques entre des paires d'Etats⁸.

§ 2 – Vers un intérêt universel au respect de la légalité ?

- ⁷ Si cette conception bilatérale du droit international a été longtemps dominante, elle n'était cependant pas aussi absolue qu'on veut parfois le prétendre. Selon Redslob, dès l'Antiquité, il arrivait que des peuples ou cités « tiers » protestent en cas d'atteinte au principe de l'inviolabilité des ambassadeurs « éllevant ainsi le caractère sacro-saint des envoyés diplomatiques au rang d'une question d'intérêt commun sur laquelle tous les Etats doivent veiller de concert⁹. » Tite-Live rapporte ainsi qu'après que des parents du roi des Sabins, Tatius, eurent maltraité grossièrement les ambassadeurs de la cité de Laurente, des messagers d'autres cités intervinrent, dénoncèrent cette violation du droit des gens et menacèrent les coupables de guerre s'ils ne fournissaient pas satisfaction¹⁰. Dans le même esprit, Grotius et Vattel estiment qu'un souverain a le droit de punir des violations graves du droit des gens même s'il n'est pas directement affecté. Ils justifient un tel droit par des arguments relevant du droit naturel, mais aussi par le souci de ne pas laisser impunis des comportements qui affectent la crédibilité et la stabilité de l'ordre juridique international¹¹.

- ⁸ C'est cependant seulement au xx^e siècle que se répand dans la doctrine l'idée d'un intérêt de tous au respect de la légalité internationale, ou du moins au respect de certains principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Parmi les internationalistes qui ont le plus contribué à affranchir le droit international du carcan du bilatéralisme, le juriste américain Philipp Jessup occupe sans doute une place de premier rang. Sa pensée à ce sujet est définie pour la première fois dans *A Modern Law of Nations*, un ouvrage achevé en 1947, au lendemain d'une guerre qui avait profondément affecté la crédibilité du droit international. Dans cet ouvrage qui suscita un fort intérêt bien au-delà des cercles traditionnels spécialisés¹², Jessup propose une sorte de « plan Marshall » de reconstruction du droit international autour de l'intérêt communautaire. L'éminent juriste américain y appelle expressément à une reconnaissance de l'intérêt de tous au respect de la légalité :

[...] there must be basic recognition of the interest which the whole international society has in the observance of the law. Breaches of the law must no longer be considered the concern of only the state directly and primarily affected¹³.

- 9 Ce souhait est formulé apparemment pour l'ensemble du droit international, et se place donc clairement dans une perspective de *lege ferenda*. Cependant, Jessup affirme dès 1947 que tout Etat partie à certains traités multilatéraux peut intenter une *actio popularis* devant la Cour internationale de Justice, ce qui est une sorte de préfiguration de la position qu'il défendra une quinzaine d'années plus tard en tant que juge à la Cour internationale de Justice dans ces célèbres opinions de l'affaire du Sud-Ouest africain :

The acceptance of the hypothesis of community interest would require an acknowledgement of the right of any state to take cognizance of a breach of a treaty even if not directly affected by the breach. This is probably true under existing international law with reference to a multipartite treaty, any party to which would be justified in protesting against a breach of the agreement, because of its interest in the maintenance of the system which the treaty establishes. This would be clearly true in regard to a breach of an international sanitary convention, a postal convention, a convention on radio, or particularly a treaty codifying some part of international law. [...] If the state directly affected should take no step to vindicate its rights, another party to the treaty might itself apply to the Court¹⁴.

- 10 L'opposition dessinée par Jessup entre le bilatéralisme traditionnel et la protection de l'intérêt communautaire a fait l'objet par la suite d'une attention croissante de la doctrine¹⁵. De fait, l'*actio papillaris* n'est qu'un instrument parmi d'autres pour assurer une meilleure protection des intérêts communs. D'autres concepts ou techniques juridiques du droit international contemporain ont été développés dans la même finalité :

- Des normes protégeant des intérêts communs ont été soustraites à la libre disposition des Etats. C'est le cas, par exemple, des conventions en matière de droit international humanitaire qui interdisent aux Etats parties de conclure entre eux des arrangements limitant la protection garantie¹⁶ ;
- Des formes de hiérarchisation ont été développées au sein de l'ordre juridique international au moyen principalement du concept de *jus cogens*, mais aussi d'autres techniques juridiques, telles que celle de l'article 103 de la Charte des Nations Unies¹⁷ ;
- Certains espaces géographiques ou certains biens ont été déclarés *res communes omnium*, par exemple en les définissant comme un « patrimoine commun de l'humanité ». C'est le cas de la lune et des autres corps célestes (articles 4 et 11 § 1 de l'Accord de 1979) ainsi que des fonds marins au-delà des limites de la juridiction nationale des Etats côtiers (article 136 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer¹⁸) ;
- Il a été suggéré de sanctionner plus sévèrement les violations les plus graves du droit international en introduisant une distinction entre délits et crimes (c'est la voie explorée un temps par la Commission du droit international sur l'initiative de son deuxième Rapporteur spécial sur la responsabilité des Etats, Roberto Ago¹⁹) ;
- Enfin, il est reconnu de plus en plus largement – sur la base notamment du concept d'obligations *erga omnes* – que tous les membres d'une collectivité doivent être autorisés à agir individuellement pour assurer le respect des normes protégeant des intérêts collectifs (par exemple en exigeant la cessation d'un fait illicite par le biais des canaux diplomatiques bilatéraux, en portant la question devant un organe judiciaire ou politique, ou en exerçant des contre-mesures²⁰).

¹¹ L'*actio popularis* n'est donc qu'un aspect d'une évolution plus profonde du droit international contemporain et de ses finalités. Cela étant, l'intérêt universel au respect de la légalité que Jessup appelait de ses vœux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale continue à relever du domaine de la *lex ferenda*. Un intérêt de tous au respect du droit n'existe que par rapport à des catégories spécifiques d'obligations internationales.

§ 3 – Des transformations partielles et inachevées

¹² Si l'intérêt universel au respect de la légalité n'existe pas, c'est parce que le droit international conserve une forte dimension bilatérale. Aujourd'hui encore, la grande majorité des traités conclus chaque année le sont entre deux Etats. De plus, une partie des règles du droit international général et du droit conventionnel multilatéral continuent à être interprétées à travers la lunette du bilatéralisme. Comme le soulignait un auteur :

One must not forget that traditionally patterned, bilateralist international law still constitutes the basis on which the new developments are taking shape – and a rather pertinacious basis at that²¹.

¹³ Cette constatation est vraie également si l'on s'intéresse aux mécanismes de mise en œuvre du droit international. Les procédures de règlement des différends, par exemple, sont encore souvent construites sur un modèle bilatéral, même lorsqu'elles doivent s'appliquer à des règles protégeant des intérêts communautaires. De manière générale, on constate un décalage au sein du droit international contemporain entre les progrès accomplis sur le plan normatif et ceux – nettement plus faibles – réalisés dans le domaine institutionnel. L'apparition de nouveaux concepts normatifs n'a pas été accompagnée des développements des institutions internationales auxquels on aurait pu s'attendre.

¹⁴ De même qu'il serait faux de penser que le droit bilatéral a été purement et simplement remplacé par un droit communautaire, de même il serait erroné de croire que des domaines entiers des relations internationales relèvent exclusivement de l'une ou de l'autre de ces deux catégories²². En réalité, dans presque tous les domaines du droit, il y a plusieurs méthodologies juridiques à l'œuvre simultanément. En ce sens, le droit international ressemble moins à une montagne composée de strates rocheuses distinctes qu'au delta d'un fleuve où les alluvions s'accumulent et se mélagent année après année.

¹⁵ Enfin, une dernière note de prudence doit être émise. Même dans les domaines où le droit international est manifestement inspiré par l'intérêt communautaire, cela n'exclut pas pour autant toute forme de réciprocité. En matière de droits de l'homme, par exemple, il est fréquent d'utiliser la terminologie d'obligations « absolues » ou « objectives » par opposition à d'autres obligations fondées clairement sur la réciprocité. Cette présentation est cependant trompeuse. Certes, les normes de protection des droits de l'homme sont inspirées davantage par l'existence d'intérêts (ou de valeurs) collectives que par l'idée d'un échange réciproque de prestations. On sait aussi que le non-respect d'un traité relatif aux droits de l'homme n'autorise pas les autres parties à violer à leur tour ledit traité²³. Cela étant, même dans le domaine des droits de l'homme, la réciprocité n'est pas complètement absente. En général, les Etats n'acceptent de devenir partie à un traité en matière de protection des droits de

l'homme qu'en sachant que d'autres Etats ont déjà fait de même ou vont le faire. Il s'agit pour les uns de donner l'exemple, pour les autres de montrer qu'on est prêt à respecter certaines règles. Tout processus de ratification d'un traité contient donc une forme inhérente de réciprocité. Cela explique probablement que tant la Cour internationale de Justice que la Cour européenne des droits de l'homme se sont gardées d'exclure complètement toute réciprocité dans le fonctionnement des normes de protection des droits de l'homme²⁴.

NOTES DE BAS DE PAGE

2. Sur les origines du droit international, voir notamment : A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1954 ; R. Ago, « Les premières collectivités interétatiques méditerranéennes », in : *Mélanges offerts à Paul Reuler*, Paris, 1981, p. 9-34 ; W.G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2^e éd., Baden-Baden, 1988 ; A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Paris, 1995.
3. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964, p. 60.
4. Cité par P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Paris, 1995, p. 12.
5. Sur cette distinction classique entre droit de coexistence et droit de coopération, voir l'ouvrage précité de W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964, p. 60-71. La mutation décrite par Friedmann avait déjà été mise en lumière avant lui par d'autres auteurs, notamment par W. Jenks dans *The Common Law of Mankind*, Londres, 1958, p. 17 : “[...] the emphasis of the law is increasingly shifting from the formal structure of the relationship between States and the delimitation of their jurisdiction to the development of substantive rules on matters of common concern vital to the growth of an international community and to the individual well-being of the citizens of its members”. Jenks, qui fut le Conseiller juridique de l'OIT, puis son Directeur général, accorde une attention particulière dans son ouvrage au phénomène des traités multilatéraux et des organisations internationales. Voir aussi l'article de M. Huber, “Koexistenz und Gemeinschaft : Völkerrechtliche Erinnerungen aus sechs Jahrzehnten”, *ASDI*, vol. 12, 1955, p. 11-33. Pour un approfondissement récent de la distinction entre droit de coexistence et droit de coopération, voir G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1984, p. 319-323.
6. Prosper Weil (« Vers une normativité relative endroit international », *RGDIP*, vol. 86, 1982, p. 31) résume cette conception bilatérale traditionnelle du droit international par la formule suivante : « à chaque Etat de protéger ses propres droits ; nul n'a à se faire le champion des droits des autres. » Voir aussi B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973, p. 50 ss.
7. A ce sujet, voir P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Paris, 1995, p. 14-15.
8. Voir, en ce sens, un rapport du Secrétaire général de l'ONU préparé en 1948 au sujet des réserves à la Convention sur le génocide dans lequel il est dit à propos des traités multilatéraux qui visent à un échange réciproque de prestations : “Such conventions, although multilateral in torni, are, in opération, simply a complex of bilateral agreement” (ONU Doc. A/1372, § 31-37 ; les italiques sont de nous).
9. R. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, p. 81.
10. Cité par Redslob, *loc. cit.*

11. Selon Grotius, « Les Rois [...] ont le droit de punir non seulement les injures faites à eux ou à leurs sujets, mais encore celles qui ne les regardent point en particulier, lorsqu'elles renferment une violation énorme du Droit de la Nature ou de celui des Gens, envers qui que ce soit » (H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1648, traduction de J. Barbeyrac, Amsterdam, 1724, vol. II, p. 613). Emer de Vattel va plus loin encore dans l'affirmation d'un intérêt commun aux membres d'une société : « Les lois de la société naturelle sont d'une telle importance au salut de tous les Etats, que si l'on s'accoutumait à les fouler aux pied, aucun peuple ne pourrait se flatter de se conserver et d'être tranquille chez lui [...]. Donc toutes les Nations sont en droit de réprimer par la force celle qui viole ouvertement les lois de la société que la nature a établie entre elles, ou qui attaque directement le bien et le salut de cette société. » (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*, Discours préliminaire, § 22 ; voir aussi livre I, chap. 23, § 283 et livre II, chap. 7, § 84). Dans la littérature du XIX^e siècle, des idées similaires ont été exprimées notamment par F. de Martens, *Le droit international contemporain des peuples civilisés*, vol. 1, 1895, p. 429 et C.J. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der rivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 8^e éd., 1872, p. 264.

12. Ph. C Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948. Oscar Schachter souligne que l'ouvrage a reçu un accueil particulièrement favorable, non seulement dans des journaux spécialisés, mais aussi – ce qui est beaucoup plus rare – auprès des médias à large diffusion. A l'époque de l'achèvement de l'ouvrage, Jessup avait déjà servi de conseiller juridique pour le Département d'Etat, notamment lors de la Conférence de San Francisco. Il sera nommé ensuite par le Président Truman à une série de hautes fonctions diplomatiques, eu particulier en 1948 à celle de représentant des Etats-Unis auprès du Conseil de Sécurité de l'ONU, et de 1949 à 1953 à celle de premier « Ambassadeur itinérant » avec pour mission de représenter son pays à des conférences ou négociations internationales (cf. O. Schachter, "Philip Jessup's Life and Ideas", *AJIL*, vol. 80, 1986, p. 882-889).

13. *Ibid.*, p. 2.

14. *Ibid.*, p. 154. Comme nous l'avons vu, Jessup reprenait en l'amplifiant une thèse déjà défendue par différents auteurs dès le XVII^e siècle (cf. *supra* note 11). C'était une thèse qu'avait également soutenue l'un des plus influents internationalistes américains du début du XX^e siècle, Elihu Root, qui fut Secrétaire d'Etat, Secrétaire à la défense et le premier Président de l'*American Society of International Law*. C'est Root qui avait éveillé l'intérêt de Jessup lors de ses études pour le droit international. Dans une conférence donnée en 1915, Elihu Root affirmait qu'il était nécessaire de reconnaître en droit international – à l'instar de ce qui existe en droit interne – que les violations les plus graves affectent l'ensemble de la communauté et qu'en conséquence la faculté de réagir à leur encontre ne doit pas être limitée à l'Etat directement lésé : “[...] there must be a change in theory, and violations of the law of such a character as to threaten the peace and order of the community of nations must be deemed to be a violation of the right of every civilized nation to have the law maintained and a legal injury to every nation” (E. Root, “The Outlook for International Law: Opening Address”, *Proc. ASIL*, vol. 9, 1915, p. 9).

15. Parmi les nombreux auteurs utilisant cette distinction, voir plus particulièrement Sh. Rosenne, “Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties”, in : W. Friedmann, L. Henkin & O. Lissitzyn (éd.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Philip C. Jessup*, New York, 1972, p. 202-227 ; G. Gaja, “Obligations *Erga omnes*. International Crimes and *Jus cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts”, in : H. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (éd.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article on State Responsibility*, Berlin, 1989, p. 151-160 ; B. Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, in : Y. Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 821-844 ; id., “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *RCADI* vol. 250, 1994-VI, p. 217-384.

- 16.** 1 Au sujet du caractère précurseur sur de nombreux points du droit international humanitaire, voir L. Condorelli, « Le droit international humanitaire comme laboratoire d'expérimentation juridique », in : *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler*, Bale, 1989, p. 193 ss.
- 17.** Voir *infra* p. 256-260.
- 18.** Sur la notion de patrimoine commun de l'humanité, voir l'étude récente de K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye, 1998 (ainsi que les ouvrages cités).
- 19.** A ce sujet, cf. *infra* p. 306-318.
- 20.** Voir *infra* p. 296-300.
- 21.** B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *RCADI*, vol. 250, 1994-VI, p. 230.
- 22.** Voir en ce sens G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1984, p. 320.
- 23.** Article 60 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En dépit de la formulation quelque peu ambiguë de cette disposition, il résulte clairement des travaux préparatoires qu'elle s'applique non seulement aux traités relevant du droit humanitaire proprement dit, mais aussi aux traités relatifs à la protection des droits de l'homme. De manière similaire, le droit de la responsabilité prévoit que des contre-mesures ne doivent pas porter atteinte à des obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme (voir l'article 50 § 1 lit. b du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, in : ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 58).
- 24.** Ainsi, dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice parle de l'intérêt commun inspirant la Convention sur le génocide, mais en prenant soin d'utiliser des termes nuancés qui n'excluent pas toute forme de réciprocité : « Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêt propre ; ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme » (*Réerves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil, 1951, p. 23 ; les italiques sont de nous). De même, dans l'affaire *Irlande c. Royaume Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme déclare : « A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" » (Série A, n° 25, 1978, p. 90-91 ; les italiques sont de nous). A ce sujet, voir *supra*, Partie II, p. 142.

Chapitre II. Obligations *erga omnes*, *jus cogens* et *actio popularis*

p. 239-262

Section I – Le concept d’obligations *erga omnes*

- ¹ Parmi les développements normatifs intervenus depuis la Seconde Guerre mondiale, le plus important par rapport à la possibilité d'une *actio popularis* est probablement l'affirmation de l'existence d'obligations *erga omnes*. Contrairement à ce que laisse croire une partie de la littérature, le concept d'obligations *erga omnes* n'a pas été inventé par la Cour internationale de Justice en 1970 dans l'affaire de la Barcelona Traction. Il est antérieur d'au moins plusieurs dizaines d'années. Ce terme figure déjà, par exemple, dans un article publié en 1956 par l'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme, le Belge Henri Rolin. Commentant le mécanisme nouveau à l'époque de la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci écrivait en effet à propos des requêtes interétatiques :

Si on désire à toute force rechercher l'intérêt dont s'inspireront les requêtes gouvernementales, on constatera qu'il ne sera parfois pas autre que celui que leurs auteurs prétendent avoir à ce que les *engagements soient respectés* [...] *erga omnes* ; en d'autres mots, il se confondra en pareil cas avec l'intérêt général¹.

- ² Si le concept est donc antérieur à l'affaire de la Barcelona Traction, c'est incontestablement l'arrêt de la Cour internationale de Justice qui a assuré sa popularité. Trente années après cet arrêt, le concept d'obligations *erga omnes* paraît avoir fait définitivement son chemin dans le droit international positif. Le professeur Weil, qu'on ne soupçonnera guère d'être un partisan forcené de cette évolution normative², reconnaît volontiers que la notion d'obligation *erga omnes* constitue « l'une des pièces maîtresses de l'arsenal conceptuel du droit international³ » ; il ajoute même qu'elle « répond à une nécessité du monde international d'aujourd'hui⁴ ». En fait, le concept d'obligations *erga omnes* se présente sous la forme d'un noyau entouré d'une nébuleuse de conséquences directes et indirectes. Le noyau dur du concept, à savoir l'existence d'obligations dues à l'égard de tous, n'est plus aujourd'hui véritablement contesté. En revanche, les conséquences qui en découlent – notamment dans le

domaine du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale – demeurent en partie incertaines ou contestées⁵. Pour prendre une image, le concept d'obligations *erga omnes* constitue une sorte d'élément radioactif qui irradie la matière environnante du droit international, mais dont les effets sont difficiles à mesurer d'une manière exacte.

Sous-section I – Une définition encore fluctuante

§ 1^{er} – La définition de l'arrêt de la *Barcelona Traction*

- 3 La définition donnée par la Cour internationale de Justice dans son célèbre *obiter dictum* a été abondamment commentée. Selon la Cour :

Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à leur respect ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général [...]; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel⁶.

- 4 Cette définition des obligations *erga omnes* n'est pas vraiment satisfaisante. Elle en dit à la fois trop et pas assez. D'une part, elle n'est pas assez précise par rapport aux éléments qui font la spécificité des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire leur caractère indivisible et la multiplicité des créanciers (*infra Section A*). D'autre part, elle est trop étroite, car elle restreint inutilement le champ d'application du concept à des obligations protégeant des intérêts fondamentaux de la communauté internationale et affirme – probablement en tirant la conséquence de cette première restriction – qu'elles ne peuvent découler que du droit international général ou de traités universels ou quasi universels (*infra Section B*).

§ 2 – Essai de redéfinition

A. Les éléments constitutifs

1) Une obligation indivisible

- 5 Les obligations *erga omnes* sont définies par la Cour internationale de Justice positivement, comme des obligations au respect desquelles chaque Etat possède un intérêt juridique, et négativement en les opposant aux obligations invocables dans le cadre de la protection diplomatique. Il ressort de cette définition que la caractéristique fondamentale des obligations *erga omnes* est d'être indivisibles : leur contenu juridique ne peut pas être divisé en une série de relations juridiques bilatérales⁷. Il s'agit d'obligations instituées pour la protection d'intérêts collectifs et dont le respect est dû simultanément à l'égard de l'ensemble des membres de la collectivité.

- 6 Il a été prétendu assez fréquemment que toutes les règles du droit international général contiennent des obligations *erga omnes*, en ce sens qu'elles sont toutes dues à

l'égard de tous. C'est cependant le fruit d'un malentendu. Il est vrai que n'importe quel Etat peut se prévaloir d'une règle du droit international général. Dans leur fonctionnement, la plupart des normes du droit international général peuvent cependant se décomposer en un faisceau d'obligations bilatérales synallagmatiques ; leur respect n'est dû, dans chaque cas concret, qu'à l'égard d'un Etat (ou de plusieurs Etats) déterminé(s). Des exemples souvent cités sont ceux du droit de passage inoffensif dans la mer territoriale ou de la liberté de la haute mer. Il s'agit d'obligations multilatérales figurant dans des traités ainsi que dans le droit international général, mais qui valent dans chaque cas à l'égard d'un Etat déterminé. Si un navire est arrêté en violation de ces règles par un bâtiment de guerre d'un autre Etat, seul l'Etat du pavillon est affecté. Par obligations *erga omnes*, on entend seulement celles protégeant des intérêts collectifs et qui sont dues, à chaque fois, d'une manière indivisible à l'égard de tous les membres de la collectivité.

- ⁷ D'autres terminologies sont utilisées dans la pratique pour désigner le caractère indivisible de l'obligation internationale. Dans le domaine des droits de l'homme, il est fréquent de parler d'obligations « objectives⁸ », voire d'obligations « absolues⁹ ». Dans le cadre du droit des traités, Sir Gerald Fitzmaurice a popularisé le terme d'obligations « intégrales¹⁰ », qui a été retenu à l'article 60 § 2 de la Convention de Vienne¹¹. Enfin, on rencontre assez souvent dans la doctrine récente le terme d'obligations « multilatérales » utilisé dans un sens étroit, par opposition aux obligations bilatérales ou bilatéralisables. Pour autant qu'elles visent à désigner le caractère indivisible de l'obligation internationale, ces différentes expressions peuvent être considérées comme des équivalents terminologiques de la notion d'obligations *erga omnes* ou comme des sous-catégories plus restreintes de celle-ci.

2) Un intérêt juridique de tous

- ⁸ Dire d'une obligation *erga omnes* qu'elle est d'une nature indivisible revient à reconnaître l'existence d'une multitude de créanciers. Le *dictum* de la Cour internationale de Justice indique que tous les Etats membres de la communauté internationale ont un intérêt juridique au respect d'une telle obligation internationale. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, le cercle des créanciers peut être constitué par une catégorie plus restreinte d'Etats, par exemple par le groupe que forme les Etats parties à un traité dans le cas d'une obligation *erga omnes* de caractère conventionnel¹². D'autre part, le cercle des créanciers ne se limite pas nécessairement aux seuls Etats¹³.

B. Les éléments superflus

1) Le caractère fondamental de l'intérêt protégé

- ⁹ Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice paraît clairement vouloir limiter le concept d'obligations *erga omnes* à certaines normes fondamentales du droit international. Elle souligne en effet « l'importance des droits en cause » et ne cite à titre d'exemples que des principes cardinaux du droit international contemporain, telles l'interdiction de l'agression, la prohibition du génocide ou les normes protégeant les droits fondamentaux de la personne humaine. Il est indéniable que la Cour avait à l'esprit des obligations protégeant des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les premiers commentateurs ont vu dans l'*obiter dictum* de la Cour une référence à la

notion de *jus cogens* qui venait d'être consacrée une année plus tôt par la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁴. Selon nous, il serait cependant erroné d'identifier complètement les deux concepts et d'exclure du même coup l'existence d'obligations *erga omnes* en dehors du cercle des normes fondamentales du droit international. En tant que tel, le concept d'obligation *erga omnes* ne suppose pas nécessairement que l'intérêt protégé revête un caractère fondamental. A la réflexion, cette restriction apparaît même clairement étrangère au concept. Le caractère *erga omnes* d'une obligation internationale découle de sa nature indivisible ainsi que de l'existence d'un intérêt collectif, non de l'importance intrinsèque de l'intérêt protégé¹⁵.

- ¹⁰ Une analyse des obligations internationales relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire confirme la justesse de notre propos. Dans le domaine des droits de l'homme, certains auteurs ont soutenu que la catégorie des obligations *erga omnes* n'englobait que certaines règles, celles qui découlent du droit international général et protègent les droits fondamentaux de la personne humaine¹⁶. Il est vrai que, dans la pratique, tous les droits de l'homme n'ont pas le même degré d'importance. On ne saurait mettre sur le même pied, par exemple, un crime de génocide et le refus d'accorder à un accusé l'assistance gratuite d'un interprète (un droit qui est garanti expressément par la Convention européenne des droits de l'homme, mais ne figure pas dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques). D'autre part, les principaux traités relatifs aux droits de l'homme prévoient tous la possibilité de suspendre certains droits protégés dans des situations de danger public menaçant la nation, tout en définissant un « noyau dur » de dispositions auxquelles il ne peut jamais être dérogé quelles que soient les circonstances¹⁷. Ces quelques constatations démontrent d'une manière incontestable que l'intérêt protégé n'a pas nécessairement le même degré d'importance. Est-il pour autant justifié d'établir une hiérarchie formelle des droits de l'homme et de considérer que seuls certains d'entre eux correspondent à des obligations *erga omnes* ?
- ¹¹ Comme l'a souligné un auteur, vouloir différencier entre les droits « fondamentaux » de l'homme et de simples droits « ordinaires » serait un exercice à la fois ardu d'un point de vue conceptuel et délicat sur le plan politique¹⁸. En pratique, limiter la catégorie des obligations *erga omnes* aux droits fondamentaux de l'être humain conduirait à des résultats absurdes. En effet, la plupart des normes en la matière du droit international contemporain concerne le traitement par l'Etat de ses propres ressortissants. Si certaines d'entre elles ne sont pas des obligations *erga omnes*, cela équivaut à dire qu'elles ne sont dues à l'égard de personne. Autant dire qu'il n'y a pas d'obligation véritable. D'autre part, il faut constater qu'aucune hiérarchie de ce type n'est faite dans les mécanismes conventionnels de contrôle. Les procédures conventionnelles d'examen des requêtes s'appliquent de la même manière à l'ensemble des droits protégés, quel que soit leur degré d'importance. Enfin, d'un point de vue politique, une telle distinction irait clairement à contre-courant de la tendance actuelle à une approche unifiée des droits de l'homme¹⁹. Ainsi, selon nous, les obligations relatives à la protection des droits de l'homme ont toutes une nature *erga omnes*, et cela quel que soit leur degré d'importance²⁰.
- ¹² Des constatations similaires peuvent être faites à propos du droit international humanitaire. Là aussi on ne saurait nier que, dans la pratique, les règles de protection n'ont pas nécessairement toutes la même importance. Pour reprendre un exemple donné par un auteur, de légères entorses à la règle sur l'avance des soldes n'ont pas la

même gravité que la torture systématique des prisonniers²¹. Pourtant, du point de vue de leur nature juridique, toutes les obligations en matière de droit humanitaire doivent être considérées comme des obligations *erga omnes*. Comme on l'a déjà vu, l'existence d'un intérêt juridique de tous à leur respect ressort de l'article 1 commun aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels par lequel les Etats parties s'engagent non seulement à les respecter, mais aussi à les « faire respecter²² ». Or, cette disposition vaut à l'égard de l'ensemble des règles conventionnelles. L'absence de hiérarchie formelle ressort également des dispositions communes qui interdisent, pour tous les droits protégés, la conclusion d'accords spéciaux limitant leur jouissance²³ et déclarent que l'ensemble des droits protégés sont inaliénables²⁴. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a confirmé récemment cette interprétation en déclarant que toutes les normes du droit humanitaire énoncent des obligations *erga omnes*, alors qu'il estime dans le même jugement que seule une partie d'entre elles relève du *jus cogens*²⁵.

2) La portée universelle de la norme

- 13 Un autre aspect critiquable de la définition des obligations *erga omnes* donnée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt de la *Barcelona Traction* est l'affirmation selon laquelle lesdites obligations découlent des règles du droit international général ou de traités de caractère universel ou quasi universel. Cette limitation à des normes universelles ou quasi universelles est logique si les obligations *erga omnes* protégeaient uniquement des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Mais l'importance de l'intérêt protégé n'étant pas indispensable au concept, l'universalité est, elle aussi, un élément superflu de la définition.
- 14 Il est parfaitement envisageable d'établir par traité des obligations *erga omnes* dans le cadre d'un groupe limité d'Etats. Du point de vue de la structure juridique de l'obligation, il n'existe aucune différence, par exemple, entre des obligations relatives à la protection des droits de l'homme découlant du droit international général, de traités de portée quasi universelle (comme le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques) ou de traités adoptés dans le cadre d'organisations régionales. Le respect de ces obligations est dû à chaque fois d'une manière indivisible à l'égard de l'ensemble des membres de la communauté ou du groupe concerné. Cela étant, conformément aux règles usuelles du droit des traités, il est clair qu'une obligation *erga omnes* de nature conventionnelle ne s'impose et n'est due qu'à l'égard des Etats parties au traité. Aussi parle-t-on parfois dans ce cas d'obligations *erga omnes partes*²⁶.
- 15 Une précision s'impose encore : en général, les obligations *erga omnes* ne sont pas seulement dues à l'égard de tous, elles s'imposent également à tous au sein du groupe concerné. En d'autres termes, il existe une identité entre le cercle des débiteurs et celui des créanciers. Cependant, la règle n'est pas absolue. Certains traités multilatéraux qui protègent des intérêts collectifs n'imposent pas à tous les Etats parties le même type d'engagements. Un exemple bien connu est le Protocole de Kyoto, qui oblige les Etats parties d'une manière différenciée, en fonction notamment de leur niveau d'émission de gaz à effets de serre enregistré lors de l'année de la conclusion du Protocole.

Sous-section II – Qui sont les *omnes* ?

- ¹⁶ Tel Janus, la règle juridique a deux visages : celui de l'obligation et celui du droit correspondant. S'agissant des obligations *erga omnes*, l'aspect obligataire a été passablement commenté dans la doctrine. En revanche, l'autre versant du concept, celui de la créance, a été souvent laissé en friche²⁷. Dire que les obligations *erga omnes* sont dues à l'égard de tous n'est qu'une simple traduction en français de l'expression latine, une forme de lapalissade. Il convient donc de se demander qui sont les créanciers de ces obligations : La communauté internationale dans son ensemble ou le groupe formé par les Etats parties à un traité ? Les Etats membres de la collectivité concernée ? Les Etats, peuples ou individus subjectivement concernés ? D'autres créanciers encore ?
- ¹⁷ En fait, l'expression latine est suffisamment vague pour couvrir toutes ces différentes possibilités. Le terme *omnis* (*omnes* au pluriel) revêt en effet un sens à la fois collectif et distributif : il désigne le tout, le groupe, mais aussi chacune des parties individuelles qui le composent²⁸. L'expression d'obligations *erga omnes* embrasse donc, sans les identifier clairement, un large cercle de créanciers potentiels. On peut se demander d'ailleurs si son succès n'est pas dû à cette commode ambiguïté²⁹.

§ 1^{er} – Quelques remarques préliminaires

- ¹⁸ Avant de passer en revue les différentes catégories possibles de créanciers, il est nécessaire de s'arrêter un instant à une question préliminaire : celle de savoir qui peut être titulaire de droits (ou de devoirs) internationaux. Cette question touche à un problème classique de l'étude du droit des gens, celui de la définition de la subjectivité internationale³⁰.
- ¹⁹ La conception traditionnelle selon laquelle la communauté internationale ne serait qu'une société d'Etats, que ceux-ci seraient les seuls sujets du droit international, n'est plus guère défendue aujourd'hui. Les Etats conservent certes un rôle de premier plan dans le théâtre des relations internationales. Ils sont à la fois les créateurs et les principaux destinataires des règles du droit international. En ce sens, ils demeurent les sujets primaires du droit des gens. Cependant, les organisations internationales, les individus et d'autres entités occupent aujourd'hui un rôle croissant dans les relations internationales. Dans son avis consultatif de 1949 relatif à la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, la Cour internationale de Justice a reconnu cette évolution en soulignant que « [1]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs fonctions³¹. » Qu'est-ce qui définit cependant les sujets de droit et quelles autres entités que les Etats et les organisations internationales peuvent-elles prétendre à ce statut ?
- ²⁰ Bien qu'il existe de nombreuses définitions, deux tendances principales se dessinent dans la doctrine. La première identifie la notion de sujets de droit à la titularité de droits ou d'obligations internationales. Le contenu des règles du droit des gens détermine donc directement la subjectivité internationale. Sur la base d'une telle définition, on reconnaît la qualité de sujets de droit aux Etats, aux organisations internationales, aux individus, aux peuples ainsi qu'à une variété d'autres entités qui sont titulaires de droits et/ou d'obligations internationales. La seconde tendance doctrinale ajoute cependant à cette titularité de droits ou d'obligations une condition

supplémentaire : la capacité de faire valoir effectivement ces droits ainsi que la possibilité d'être rendu responsable sur le plan international. Dans cette conception plus restrictive, la subjectivité internationale est reconnue aux Etats, aux organisations internationales et à certaines entités apparentées (par exemple, le Saint-Siège). En revanche, selon la rigueur de la définition retenue, la qualité de sujet de droit est déniée aux individus et à diverses autres entités.

²¹ Dans son avis consultatif de 1949, la Cour internationale de Justice paraît avoir penché plutôt en faveur de la seconde approche. Elle s'est efforcée en effet de déterminer si l'ONU se trouvait dans une situation « telle qu'elle ait vis-à-vis de ses Membres des droits dont elle ait qualité pour leur demander le respect³². » La Cour a utilisé un critère similaire dans son avis consultatif de 1975 relatif au Sahara Occidental pour déterminer si l'*« ensemble mauritanien »* était, au moment de la colonisation espagnole, une personne ou entité juridique distincte des différents émirats et tribus qui le constituaient. Elle a indiqué que cette capacité était le « critère essentiel à appliquer lorsqu'il est prétendu qu'un groupe, qu'il soit composé d'Etats, de tribus ou d'individus, est une entité juridique distincte de ses membres³³. »

²² Il serait cependant vain dans le cadre de cette étude de prétendre trancher le débat relatif à la personnalité juridique internationale (à supposer qu'il puisse être tranché un jour définitivement). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de le faire. En effet, il existe une identité de vues dans la doctrine quant à la possibilité d'être titulaires de droits ou d'obligations sur le plan international. Ni l'un, ni l'autre de deux courants doctrinaux évoqués ne nie que les individus ou d'autres entités puissent être bénéficiaires directs de droits – ou se voir imposer directement des obligations – en vertu du droit international. Si on applique cette constatation à la problématique des obligations *erga omnes*, il en ressort que la question de savoir si une communauté non organisée sur le plan institutionnel, des peuples ou des individus peuvent être créanciers de droits n'est pas conditionnée à l'attribution préalable à ceux-ci d'une pleine personnalité juridique internationale. La réponse à cette question dépend seulement du contenu des règles primaires du droit international. Une entité est titulaire de droits dans la mesure où des normes internationales le prévoient.

§ 2 – La collectivité

²³ Le premier créancier possible des obligations *erga omnes* est la collectivité en tant que telle, c'est-à-dire la communauté internationale ou des groupes plus restreints d'Etats (dans le cas d'obligations de nature conventionnelle).

A. La communauté internationale

1) Une réalité juridique incontestable

²⁴ Morcelée en plus de 190 Etats, divisée par des intérêts souvent antagonistes, la communauté internationale paraît manquer d'unité pour être la destinataire directe de droits ; et elle semble encore plus mal outillée pour les faire valoir et les défendre³⁴. Pourtant, la communauté internationale jouit d'une incontestable reconnaissance juridique. La notion de « communauté internationale dans son ensemble » auquel se réfère l'arrêt de la *Barcelona Traction* n'a pas été inventée par la Cour internationale de Justice. La formule avait été consacrée l'année précédente à propos du *jus cogens* dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁵. La notion de

communauté internationale apparaît également dans plusieurs textes de codification de la Commission du droit international, par exemple dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats³⁶ ou dans celui relatif à la clause de la nation la plus favorisée³⁷. Récemment, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a recouru à la même terminologie en interprétant les obligations de coopération et d'entraide judiciaire avec le Tribunal comme des obligations dues « envers la communauté internationale dans son ensemble³⁸ ». D'autres notions inspirées par des considérations communautaires, comme celle de « patrimoine commun de l'humanité », se réfèrent implicitement à l'existence d'une communauté internationale.

- 25 Loin de rester simplement un terme ou un slogan du langage politique, la communauté internationale s'est donc vue reconnaître un statut juridique dans plusieurs textes internationaux. Le vocabulaire demeure encore fluctuant ; il est probable d'ailleurs que les notions de « communauté internationale », de « communauté internationale dans son ensemble » ou de « patrimoine commun de l'humanité » ne coïncident pas parfaitement. L'utilisation de ces différents concepts poursuit cependant le même dessein idéologique : affirmer l'existence d'une communauté (ou d'une humanité) qui incarne des valeurs ou intérêts communs et transcende ainsi les intérêts particuliers ou égoïstes des Etats.

2) Une entité dépourvue d'organes propres

- 26 Une constatation de fait s'impose pourtant : la communauté internationale n'a pas de réalité institutionnelle. Elle n'a pas d'organes communs capables de défendre ses droits et de la personnaliser vis-à-vis des Etats. Les expressions de « communauté internationale » ou de « communauté internationale dans son ensemble » ne doivent pas être interprétées comme des qualificatifs désignant simplement l'ONU. Lorsque l'arrêt de la *Barcelona Traction* a été rendu par la Cour internationale de Justice, l'ONU n'était pas l'organisation universelle ou quasi universelle qu'elle est devenue aujourd'hui³⁹. Même maintenant que l'ONU peut se prévaloir d'une quasi universalité, il n'y a pas nécessairement d'identité entre la communauté internationale et l'ONU. Si les auteurs des textes concernés avaient souhaité faire référence à l'ONU, ils n'auraient pas eu recours à une périphrase, et l'Organisation serait désignée directement par son nom. Il est révélateur de constater que la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, en même temps qu'elle déclare que les grands fonds marins appartiennent au patrimoine commun de l'humanité, attribue la responsabilité de leur gestion non pas à l'ONU, mais à une institution spéciale créée par la Convention, l'Autorité internationale des fonds marins⁴⁰. La haute mer, qui constitue un autre espace commun, n'est pas non plus placée sous la responsabilité directe de l'ONU.

- 27 Même si l'on faisait de l'ONU la représentante attitrée de la communauté internationale, on resterait confronté à une difficulté de mise en œuvre des obligations *erga omnes*. L'ONU n'a de moyens efficaces pour veiller à cette mise en œuvre que dans le cadre du chapitre VII de la Charte, c'est-à-dire en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or, le champ d'application du concept d'obligations *erga omnes* ne se limite pas à ce domaine. Et même si le Conseil de sécurité a développé durant la décennie écoulée une interprétation large de la notion de menace pour la paix et la sécurité internationales, il n'en reste pas moins qu'en dehors de ce domaine, les moyens d'agir de l'ONU sont très limités. Selon nous, l'ONU ne peut donc pas être la seule représentante attitrée de la communauté internationale. Il convient d'accepter

l'expression de « communauté internationale » pour ce qu'elle est : un terme désignant une entité dépourvue d'organes propres⁴¹.

3) Une entité distincte des Etats ?

- 28 Constatant que la communauté internationale n'a pas d'incarnation institutionnelle, certains auteurs ne veulent y voir qu'un mythe, un leurre ou un alibi politique. Selon eux, la communauté internationale n'existerait pas ; elle n'aurait pas d'existence distincte par rapport aux Etats qui la composent⁴². Ce débat nous paraît cependant oiseux. Il est vrai que la réalité est équivoque. Pourtant, quelles que soient les imperfections de la communauté internationale, il est incontestable qu'il existe des liens de solidarité, des intérêts communs au niveau international. L'intensité de ces liens varie considérablement selon les domaines, mais ils ne peuvent pas être complètement niés.
- 29 Le concept de communauté internationale est une sorte de fiction juridique au service d'objectifs politiques. Il vise à consacrer l'existence, dans des secteurs déterminés, d'intérêts communs⁴³. Il n'y a pas matière à s'offusquer du recours à une fiction juridique pour donner corps en droit à quelque chose qui n'existe pas nécessairement dans la réalité. Les législations nationales recourent fréquemment à un tel instrument sans que personne ne s'en étonne. Pour ne prendre qu'un exemple, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » n'est-elle pas une fiction juridique ? Sur le plan de la logique juridique, rien n'empêche de reconnaître à une entité abstraite des droits. L'incapacité dans laquelle se trouve la communauté internationale d'exercer ou de défendre par elle-même les droits qui lui sont reconnus, faute d'organes propres, constitue une carence importante dans la pratique, mais non un obstacle à la jouissance de droits⁴⁴.

B. Un groupe d'Etats

- 30 Des constatations similaires peuvent être faites à propos des obligations *erga omnes* posées dans le cadre d'un traité (obligations *erga omnes partes*) ou découlant d'une norme coutumière de portée régionale. Seule l'échelle varie : les obligations *erga omnes* relevant du droit international général sont dues à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, alors que des obligations découlant d'un traité ou d'une coutume régionale sont dues à l'égard de communautés spécifiques, à savoir respectivement celles que constituent les parties au traité ou celles que forment les Etats d'une même région géographique.

§ 3 – Les membres de la collectivité

A. Les Etats à titre individuel

- 31 Conformément au sens originel du terme latin, le concept d'obligations *erga omnes* doit être compris, selon nous, comme visant à la fois le tout et les parties qui le composent. Comme nous l'avons vu, le respect des obligations *erga omnes* est dû en premier lieu à l'égard de la communauté internationale en tant que telle, qui constitue sur le plan du droit une entité distincte des Etats qui la composent. Cependant, cette communauté n'ayant pas d'organes propres susceptibles de la représenter et de défendre ses intérêts, il apparaît logique de reconnaître le statut de créancier à titre individuel aux Etats qui la composent. Le concept d'obligations *erga omnes* n'aurait guère de sens, et en

tout cas aucune portée pratique, si la collectivité était l'unique créancière de l'obligation internationale.

- 32 Il arrive toutefois que des obligations *erga omnes partes* découlent d'un traité établissant des organes collectifs ou soient adoptées dans le cadre d'une organisation internationale déjà existante. Faut-il considérer que les obligations sont dues dans un tel cas uniquement à l'égard de l'organisation internationale (et non de la communauté des Etats parties) ? La tâche de veiller à leur respect incombe-t-elle alors exclusivement aux institutions collectives ? C'était la thèse soutenue par les juges Fitzmaurice et Spender dans leur opinion dissidente commune relative à l'arrêt de 1962 sur le Sud-Ouest africain. Selon eux, les obligations de l'Afrique du Sud concernant le bien-être général de la population du territoire sous mandat existaient à l'égard de la Société des Nations (puis, par effet de succession, à l'égard de l'ONU), mais non à l'égard des membres individuels de la Société des Nations⁴⁵. Que l'ONU ait ou non les moyens de les faire valoir et de les défendre, seule l'organisation collective était en droit d'agir. Jenks a défendu également dans les années trente l'idée que la ratification d'une convention de l'OIT engage l'Etat non envers les autres parties contractantes, mais envers l'organisation elle-même⁴⁶. Cependant, Jenks voulait surtout montrer par là que les engagements n'étaient pas de nature synallagmatique ; il n'a jamais soutenu que seuls les organes de l'OIT auraient qualité pour demander le respect d'une convention. De fait, la Constitution de l'OIT prévoit expressément que la procédure de plaintes peut être intentée à l'initiative non seulement du Conseil d'administration, mais aussi de n'importe quel autre Etat partie⁴⁷.
- 33 La création par un traité d'organes collectifs n'implique nullement que ceux-ci possèdent un monopole sur la surveillance du respect des obligations conventionnelles *erga omnes*. Tout d'abord, un tel monopole ne paraît envisageable que si les organes collectifs ont non seulement les compétences, mais aussi la capacité de faire valoir et de défendre efficacement les droits de la collectivité. De plus, même si les organes collectifs ont cette capacité de défendre efficacement les droits de la collectivité, cela n'implique pas encore pour autant que les membres de la collectivité soient privés de tout droit propre et/ou de la qualité pour les faire-valoir en justice. Dans un tel cas, les arguments fondés sur la nécessité ou l'utilité pratique perdent de leur force, mais la question de l'opportunité de reconnaître des droits à titre individuel aux membres de la collectivité n'est pas résolue pour autant. Si l'on examine la pratique conventionnelle, il faut constater qu'elle n'accrédite nullement la thèse d'un monopole des organes collectifs, du moins en ce qui concerne la possibilité d'une action judiciaire. Au contraire, plusieurs des procédures conventionnelles examinées dans la seconde partie de notre étude reconnaissent un droit d'agir tant aux institutions collectives qu'aux membres de la collectivité⁴⁸.

B. D'autres personnes ou entités ?

- 34 Outre les Etats membres de la collectivité, existe-t-il encore d'autres créanciers des obligations *erga omnes* ? N'est-il pas imaginable de créer dans le cadre d'un traité des obligations dont le respect est dû non seulement à l'égard de l'ensemble des Etats parties, mais aussi vis-à-vis d'autres entités ? Ainsi, lorsque la Convention interaméricaine des droits de l'homme reconnaît aux individus ou aux associations un droit de saisir la Commission par la voie d'une *actio popularis*, s'agit-il de l'attribution d'une simple qualité procédurale pour agir au profit d'autrui ou faut-il considérer que

ceux-ci possèdent eux-mêmes des droits propres ? Dans un tel traité, on sort en tout clairement du schéma traditionnel d'une société interétatique pour s'engager dans une conception plus proche de celle de l'approche du droit constitutionnel ou du droit administratif.

- 35 Dans ses travaux sur la responsabilité des Etats, la Commission du droit international a envisagé le cas d'obligations internationales dont la violation entraînerait une responsabilité vis-à-vis de personnes ou entités autres que les Etats ou la communauté internationale. Elle a cependant renoncé à traiter expressément de cet aspect dans son projet d'articles et s'est contentée d'insérer une clause de réserve à ce sujet⁴⁹.

§ 4 – Les bénéficiaires directs

- 36 Le fait que le respect des obligations *erga omnes* est dû à l'égard de tous n'exclut pas qu'il puisse y avoir des créanciers plus « directement » ou « subjectivement » intéressés. En fait, nombre de règles instituant des obligations *erga omnes* bénéficient au premier chef, dans un cas concret d'application, à un Etat, un peuple ou un individu particulier. Si l'on prend par exemple l'interdiction du recours à la force, la règle bénéficie d'abord aux Etats sur un plan subjectif. A chaque fois que la règle trouve matière à application, un Etat en bénéficie de manière directe, alors que les autres Etats ne sont concernés par son respect qu'au titre de leur intérêt général au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Dans d'autres cas, comme ceux de l'interdiction du génocide, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou en général des normes relatives à la protection des droits de l'homme, les bénéficiaires directs sont les individus et groupes d'individus protégés⁵⁰. Parfois, il n'existe cependant aucun bénéficiaire direct au sein de la communauté des créanciers. Ainsi, dans le cas des règles relatives à la sauvegarde de l'environnement en haute mer, celles concernant l'exploitation des fonds marins situés au-delà des zones placées sous la juridiction des Etats côtiers, ou encore celles relatives à la protection de la couche d'ozone, tous les Etats sont en principe intéressés de la même manière au respect du droit international. Ils appartiennent donc tous à la même catégorie de créanciers.

- 37 L'identification des bénéficiaires directs de l'obligation internationale peut se faire à partir du contenu des normes de fond du droit international. En pratique, la question se pose cependant surtout en cas de fait illicite, car les droits découlant de la responsabilité varient en fonction de la nature et du degré de l'atteinte subie par chacun. La question de l'identification de l'Etat lésé et la détermination des droits appartenant aux différentes catégories de créanciers sont d'ailleurs depuis longtemps au cœur des travaux sur la responsabilité entrepris par la Commission du droit international. Aujourd'hui, il est largement admis que les Etats qui possèdent un simple intérêt de caractère général au respect de l'obligation *erga omnes* ne peuvent pas prétendre à l'ensemble des droits reconnus à l'Etat spécialement affecté⁵¹.

Section II – Obligations *erga omnes* et *jus cogens*

- 38 Le concept d'obligations *erga omnes* et celui de *jus cogens* sont parvenus à maturité presque au même moment, à la fin des années soixante. Ils sont incontestablement de proches parents et certains commentateurs ont même été jusqu'à les identifier complètement, en estimant que l'expression d'obligations *erga omnes* n'était qu'un

subterfuge terminologique utilisé par la Cour internationale de Justice pour se référer au *jus cogens* tout en évitant de prononcer ce mot. Nous ne partageons pas ce point de vue, mais il nous paraît nécessaire de clarifier les relations entre ces deux concepts, puis d'examiner les liens qui les unissent à l'*actio popularis*.

§ 1^{er} – Le berceau du *jus cogens* : Le droit des traités

- 39 Le *jus cogens* (ou droit impératif) est un concept dont les origines dans la pensée juridique sont anciennes, mais auquel on a longtemps reproché sa connotation jusnaturaliste, son manque de précision et ses effets, que l'on craignait dévastateurs pour la stabilité des relations conventionnelles⁵². Lors de la Conférence diplomatique de Vienne sur le droit de traités en 1969, certains Etats s'opposèrent encore vigoureusement à son adoption⁵³. Cependant, l'idée avait fait progressivement son chemin dans les esprits et les deux dispositions pertinentes – qui devinrent les articles 53 et 64 de la Convention – furent acceptées finalement toutes les deux à une forte majorité⁵⁴. Cette consécration du *jus cogens* dans la Convention de 1969 sur le droit des traités – et la reprise de ces deux dispositions en des termes identiques dans la Convention de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales – assurent aujourd'hui au *jus cogens* un statut incontestable dans le droit international positif.
- 40 Dans le cadre du droit des traités, le *jus cogens* constitue une limite à la liberté contractuelle des Etats. D'où la définition donnée dans les deux Conventions de Vienne selon laquelle une règle de *jus cogens* (ou règle impérative) est une norme découlant du droit international général et qui est « acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère⁵⁵. » La sanction appliquée est sévère, puisque tout traité contraire au *jus cogens* est frappé d'une nullité absolue⁵⁶ et que celle-ci s'applique à l'intégralité du traité⁵⁷. Cette sévérité de la sanction explique la prudence dont on a fait preuve la CDI dans l'énonciation d'exemples de règles impératives⁵⁸.

§ 2 – Le *jus cogens* au-delà du droit des traités

- 41 En pratique, les conflits directs entre le texte d'un traité et une norme impérative sont extrêmement rares. Cependant, en consacrant le *jus cogens* dans le cadre du droit des traités, la Convention de Vienne a entériné du même coup l'existence au sein de l'ordre juridique international d'une hiérarchie normative dont les effets ne se limitent pas au seul domaine contractuel. De fait, la notion de *jus cogens* a essaimé à partir du droit des traités vers d'autres domaines du droit international, en particulier dans celui de la responsabilité internationale. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite accorde une importance particulière au droit impératif. Il pose le droit impératif comme une limite absolue à l'invocation de certains motifs d'exonération de la responsabilité⁵⁹ et traite les violations graves du droit impératif dans le cadre d'un chapitre distinct du projet d'articles⁶⁰.
- 42 Aujourd'hui, la notion de *jus cogens* est donc bien ancrée dans le droit international. Les craintes de ceux qui y voyaient un ferment d'instabilité du droit international ne se

sont pas matérialisées. En fait, c'est au contraire la rareté de la jurisprudence et de la pratique internationales en la matière qui frappent l'observateur. Près de vingt ans après l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne de 1969, le *jus cogens* n'a été invoqué qu'à une seule reprise pour faire annuler un traité⁶¹ et, jusqu'ici, la Cour internationale de Justice a soigneusement évité d'employer l'expression, quitte à utiliser des expressions très proches comme celle de « règles intransgressibles⁶² ». Cette maigreur de la pratique internationale s'explique par le caractère restrictif que les Etats ont volontairement donné à la notion de *jus cogens*, mais aussi simplement par le fait que certaines questions demeurent sans réponse⁶³. Une des incertitudes concerne la manière dont une norme juridique accède au statut de *jus cogens*. Le critère retenu par la Convention de Vienne est celui de l'acceptation de la règle comme norme impérative par la « communauté internationale dans son ensemble ». Cette formule ne précise cependant pas quelle forme de consensus est nécessaire et si la règle, une fois qu'elle a acquis un caractère impératif, s'impose à tous les Etats, même aux éventuels « objecteurs persistants⁶⁴ ». Une autre incertitude – liée à la précédente – est de savoir s'il n'existe pas d'autres modes de formation du *jus cogens*. La Convention de Vienne sur le droit des traités n'envisage comme droit impératif que des normes découlant du droit international général. Cependant, il est difficile de comprendre pourquoi une norme de *jus cogens* ne pourrait pas émerger dans un cadre régional⁶⁵. On peut aussi légitimement se demander si une norme de *jus cogens* ne peut pas découler du droit conventionnel⁶⁶.

§ 3 – Une catégorie « renforcée » d'obligations *erga omnes*

⁴³ Le concept de *jus cogens* ayant été ainsi un peu débroussaillé, il convient maintenant de clarifier ses relations avec la notion d'obligations *erga omnes*. On l'a vu, les deux concepts sont de proches cousins. Une obligation découlant d'une norme impérative est nécessairement de caractère *erga omnes*. La restriction à la liberté contractuelle des Etats qu'incarne le *jus cogens* n'est compréhensible qu'au motif de protéger des intérêts collectifs, donc parce que les normes en cause instituent des obligations *erga omnes*. Si seuls les intérêts des Etats ayant conclu le traité étaient affectés, il n'y aurait pas de raison de frapper ce traité de nullité. La concordance entre les deux concepts ne fonctionne cependant pas en sens inverse. D'un point de vue conceptuel, il est en effet parfaitement envisageable qu'une obligation ait un caractère *erga omnes* sans pour autant être élevée à un rang normatif supérieur. Autrement dit, la sanction de la nullité constitue une caractéristique spéciale qui ne s'attache pas forcément à la violation de toute obligation *erga omnes*. C'est à la communauté internationale de décider si elle veut conférer à une obligation *erga omnes* un caractère indérogeable⁶⁷.

⁴⁴ Il ressort de cette analyse que le *jus cogens* constitue une catégorie normative plus restreinte que le groupe des normes instituant des obligations *erga omnes*. En d'autres termes, le droit impératif constitue un sous-ensemble de normes revêtues d'une armure juridique plus résistante aux coups⁶⁸.

Section IV – Obligations *erga omnes* et *actio popularis*

⁴⁵ La référence par la Cour internationale de Justice aux obligations *erga omnes* apparaît dans un passage de l'arrêt de la *Barcelona Traction* traitant de la qualité pour agir en

justice de la Belgique. Aussi n'est-il nullement étonnant que de nombreux commentateurs aient d'emblée fait un lien entre ce concept et l'*actio popularis* et aient vu dans ce passage une manière pour la Cour de se distancier du contenu de l'arrêt rendu quatre ans plus tôt dans l'affaire du Sud-Ouest africain, arrêt qui lui avait valu les plus sévères critiques⁶⁹. Il faut cependant se demander si l'acceptation sur le plan normatif du concept d'obligations *erga omnes* implique automatiquement la possibilité d'une action judiciaire ouverte à tous⁷⁰.

§ 1^{er} – Le germe est dans l'œuf

- ⁴⁶ La notion d'obligations *erga omnes* et celle d'*actio popularis* visent toutes les deux à la protection d'intérêts collectifs. Le concept d'obligations *erga omnes* exprime une caractéristique normative, celui d'*actio popularis* en traduit simplement les conséquences sur le plan judiciaire. De l'affirmation d'un intérêt juridique de tous au respect d'une obligation internationale (obligations *erga omnes*) à la reconnaissance à tous d'un droit d'agir en justice (*actio popularis*), il n'y a donc qu'un pas, facile à franchir. Le concept d'obligations *erga omnes* ouvre grande la voie à l'*actio popularis*. En ce sens, le germe est dans l'œuf.

§ 2 – Le caractère néanmoins distinct de l'*actio popularis*

- ⁴⁷ Bien qu'étroitement liées, les deux concepts d'obligations *erga omnes* et d'*actio popularis* ne se confondent pas pour autant, et cela au moins pour deux raisons.

A. L'*actio popularis* est un instrument judiciaire

- ⁴⁸ Tout d'abord, alors que le concept d'obligation *erga omnes* concerne le contenu de la norme primaire et entraîne un faisceau assez large de conséquences juridiques, l'*actio popularis* est un instrument de nature judiciaire. Ihering définissait l'action en justice comme « l'enveloppe protectrice du droit⁷¹ ». Par analogie, on pourrait affirmer que l'*actio popularis* est une enveloppe judiciaire protectrice de l'intérêt au respect des obligations *erga omnes*. Il ne s'agit cependant pas du seul instrument pouvant être utilisé pour la défense d'intérêts collectifs. D'autres techniques juridiques ont été développées à cette fin, par exemple la notion de patrimoine commun de l'humanité, l'interdiction des mesures de réciprocité par rapport aux normes protégeant des intérêts collectifs ou encore la faculté offerte à tous de prendre des contre-mesures. Ces différents instruments ne doivent cependant pas être confondus avec l'*actio popularis*⁷².

B. L'*actio popularis* suppose une compétence juridictionnelle

- ⁴⁹ Une seconde différence importante entre la notion d'obligations *erga omnes* et celle d'*actio popularis* tient au fait que cette dernière ne peut être intentée que si l'Etat auteur du fait illicite a accepté de se soumettre à une procédure juridictionnelle. En cas de violation d'une obligation *erga omnes*, certaines conséquences découlant de la responsabilité s'imposent de plein droit à l'Etat fautif en vertu des règles du droit international général relatives à la responsabilité. En revanche, l'*actio popularis* suppose toujours une acceptation préalable par l'Etat fautif du mécanisme juridictionnel. Sur ce point, il existe une différence importante avec les droits internes dans lesquels le lien

entre le droit et sa protection judiciaire est plus étroitement marqué, à tel point que l'on considère parfois l'action en justice comme un élément intrinsèque du droit⁷³.

NOTES DE BAS DE PAGE

- 1.** H. Rolin, « Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Convention européenne des droits de l'homme », *RHDI*, vol. 9, 1956, p. 8 (les italiques sont de nous). En fait, le terme d'obligations *erga omnes* a été longtemps utilisé dans un contexte différent, celui de la théorie des traités dits objectifs. Selon cette théorie, certains traités pourraient créer des droits et obligations *erga omnes*, en ce sens qu'ils seraient valables non seulement pour les Etats parties au traité, mais aussi pour des Etats tiers, et cela sans même le consentement de ces derniers. Cette idée n'a cependant pas été retenue dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui affirme au contraire une conception purement consensuelle en matière d'effets des traités à l'égard des Etats tiers (voir les articles 34 à 38 de la Convention de Vienne).
- 2.** Voir P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, vol. 86, 1982, p. 5-47 (adaptation en anglais parue sous le titre “Towards Relative Normativity in International Law?” dans l'*AJIL*, vol. 77, 1983, p. 413-442).
- 3.** F. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 287
- 4.** *Ibid.*, p. 290.
- 5.** En ce sens : B. Simma : “[...] any observer entering the terrain of obligations *erga omnes* should be aware that one will be moving on largely uncharted and dangerous grounds, where the animals whose actions we will observe rarely display the tameness – or the willingness to perform – which some academics guidebooks so readily foresee. Viewed realistically, the world of obligations *erga omnes* is still the world of the ‘ought’ rather than of the ‘is’” (B. Simma, “Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *erga omnes*?”, in : J. Delbrück (éd.), *The Future of International Law Enforcement: Nexus Scenarios – New Law?*, Berlin, 1993, p. 125).
- 6.** *Bacelona Traction Light and Power Company Limited (deuxième phase)*, *CLJ Recueil*, 1970, p. 32, § 34-3 : 5.
- 7.** Voir en ce sens, le Quatrième Rapport d'Arangio Ruiz sur la responsabilité des Etats, ONU Doc. A/CN.4/444/Add. 1, § 92. Voir aussi *supra* p. 232 ss.
- 8.** Voir la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire Autriche c. Italie (citée *supra* p. 143).
- 9.** Voir, par ex., la position défendue par l'agent du Gouvernement britannique devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide : “[...] we are in the presence here of absolute obligations, not subject to any consideration of reciprocity at all” (*CIJ Plaidoiries*, p. 387). Cette terminologie est cependant d'un usage moins fréquent, probablement parce qu'il introduit une confusion avec l'idée que certains droits de l'homme sont intangibles, c'est-à-dire ne sont susceptibles d'aucune dérogation.
- 10.** Voir le Deuxième Rapport de Fitzmaurice sur le droit des traités, *Annuaire CDI*, 1957, vol. II, p. 54.
- 11.** Sur cette notion, voir *infra* p. 275-277.
- 12.** Cf. *infra* p. 246-247.

13. Cf. *infra* p. 254-255.

14. Cf. *infra* p. 256 ss.

15. C'est la position défendue notamment par Arango Ruiz dans son Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats : « [...] la notion d'obligations *erga omnes* ne se caractérise pas par l'importance de l'intérêt protégé par la norme – trait qui est au contraire typique du *jus cogens* –, mais par “l'indivisibilité juridique” du contenu de cette obligation » (*Annuaire CDI*, 1992, vol. II, 1^{ère} partie, § 92).

16. Voir, par exemple, l'intervention en ce sens de Simma au cours des débats de la CDI en l'an 2000 consacrés à la définition des Etats lésés. Selon Simma, « les régimes conventionnels régionaux imposent des obligations en matière de droits de l'homme qui ne sont pas fondamentales et, par conséquent, ne sont pas des obligations *erga omnes* » (2 621^e séance de la CDI, ONU Doc. A/CN.4/SR.2621). Le Rapporteur spécial de la CDI, le professeur Crawford, paraît abonder dans ce sens lorsqu'il déclare lors de la même séance « qu'il faut veiller à ne pas affirmer que tous les droits de l'homme sont nécessairement des obligations *erga omnes* : à l'évidence, les droits de l'homme énoncés dans les accords régionaux et certaines dispositions des instruments [universels] relatifs aux droits de l'homme ne le sont pas » (*ibid.*). Cependant, il ressort clairement du Troisième Rapport présenté par le professeur Crawford qu'il utilise le terme d'obligations *erga omnes* dans le sens spécifique d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ; il entend donc simplement souligner par là que certains droits de l'homme reconnus dans des instruments conventionnels n'ont pas de portée universelle, mais sont dus seulement à l'égard des Etats parties au traité (*erga omnes partes*) (cf. ONU Doc. A/CN.4/507, § 92 et 106). Voir aussi la réponse de Pellet qui s'oppose à une interprétation restrictive de la notion d'obligations *erga omnes* en indiquant que ces termes signifient essentiellement « à l'égard de tous », et non « impératif » ni « fondamental » (2 621^e séance de la CDI, ONU Doc. A/CN.4/SR.2621).

17. Voir, par exemple, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme. Il est compréhensible, par exemple, qu'un gouvernement souhaite en cas de guerre imposer certaines restrictions à l'accès à l'information, alors que ce même état de guerre ne justifie nullement des actes de torture ou des exécutions sommaires. On notera cependant que la catégorie des droits intangibles n'est pas définie uniformément dans les instruments conventionnels, ce qui témoignent de différences dans la pesée des intérêts et peut-être dans l'appréciation de l'importance des droits en cause.

18. Th. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 192.

19. Voir en particulier le paragraphe 5 de la Déclaration et Programme d'action adoptés à la Conférence mondiale de Vienne de 1993 sur les droits de l'homme (ONU Doc. A/Conf. 157/23).

20. Voir, en ce sens, la résolution adoptée en 1989 par l'Institut de droit international intitulée « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats » et qui affirme, à son article premier, que l'obligation de respecter les droits de l'homme revêt un caractère *erga omnes* (*Annuaire IDI*, 1989, vol 63-11, p. 338). Pour une appréciation différente de cette question, voir M. Koskenniemi, *AJIL*, vol. 84, 1990, p. 1 959 ss. On notera cependant que Koskenniemi part d'une vision très traditionnelle et restrictive des droits de l'homme, en affirmant notamment que l'exercice par un Etat de sa protection diplomatique ou son droit de déposer une requête en justice dépendent d'un lien de nationalité avec la victime.

21. Cf. Y. Sandoz, « Appel du CICR dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran », *AFDI*, vol. 29, 1983, p. 165 (on notera toutefois que l'auteur donne cet exemple dans un contexte différent, pour expliquer les critères présidant à une dénonciation publique par le CICR d'une violation du droit humanitaire).

22. Voir *supra* p. 210-213.

23. Article 6/6/7 commun aux Conventions de Genève.

24. Article 7/7/7/8 commun aux Conventions de Genève.
25. Aff. *Kupreskic et consorts* (IT-95-16-T), jugement de la Chambre de première instance du 14 janvier 2000, § 519-520.
26. Cette terminologie est utilisée notamment par les derniers rapporteurs spéciaux de la CDI sur la responsabilité des Etats (voir, par exemple, le Troisième Rapport de Crawford, ONU Doc. A/CN.4/507, § 92).
27. Ainsi l'analyse pourtant touillée du concept d'obligations *erga omnes* menée par m. Ragazzi (*The Concept of International Obligations Erga omnes*, Oxford, 1997) ne couvre-t-elle curieusement pas du tout ce aspect. Selon Ragazzi (*op. cit.*, note 1), l'identification des créanciers constitue une problématique étrangère à l'objet de son étude, car elle relèverait du débat sur la personnalité juridique internationale ainsi que de la question des moyens de mise en œuvre des obligations *erga omnes*. L'identification des créanciers de l'obligation dépend pourtant du contenu même de la norme primaire. Peut-on affirmer l'existence d'une créance en ignorant (ou en passant sous silence) l'identité des créanciers ?
28. Voir P.G.W. Glare (éd.), *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, 1982, p. 1 248-1 249.
29. On notera qu'en droit interne, les termes *erga omnes* sont utilisés à propos de droits et non d'obligations. On dit ainsi que les droits réels – comme le droit à la propriété d'un fonds – sont des droits *erga omnes*, en ce sens qu'ils sont opposables à tous. L'expression d'obligations *erga omnes* ne paraît pas, en revanche, avoir d'équivalent en droit interne.
30. Sur cette question, voir J.A. Barberis, « La personnalité juridique internationale », *RCADI*, vol. 179, 1983-1, p. 150-304 (et l'abondante littérature citée) ou l'étude plus récente de Ch. Dominicé, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in : J. Makarczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century . Essays in honour of Krzysztof Skuhiszavski*, La Haye, 1996, p. 142-172.
31. *CIJ Recueil*, 1949, p. 178.
32. *CIJ Recueil*, 1949, p. 178.
33. *CIJ Recueil*, 1975, p. 63.
34. Sur cette question, voir notamment : Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1960, p. 1 16-122 ; H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Berlin, 1980 ; R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, 1986 ; M. Lachs, « Quelques réflexions sur la communauté internationale », in : *Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 349-357 ; G. Abi-Saab, « Humanité et Communauté internationale dans la dialectique du droit international », in : *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, p. 3-12 ; P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 306-312 ; G. Abi-Saab, « La communauté internationale saisie par le droit : essai de radioscopie juridique », in : *Mé lange Boutros Boutros-Ghali*, Bruxelles, 1998, p. 81-108.
35. Voir *infra* p. 256 ss.
36. Voir *infra* p. 278 ss. On notera qu'il a été soutenu assez fréquemment, du temps de la guerre froide, que la référence dans la définition du *jus cogens* et des crimes internationaux à la « communauté internationale dans son ensemble » impliquait une acceptation de la norme par les trois principales composantes de cette communauté : le bloc occidental, le bloc socialiste et les pays du tiers-monde. Cette division sommaire de la communauté internationale entre trois blocs politiques – alors que ceux-ci n'étaient en réalité nullement homogènes – n'a jamais été pleinement satisfaisante. Aujourd'hui, avec la fin de la guerre froide, cette interprétation a perdu une grande partie de sa légitimité. En tout état de cause, elle n'est daucune utilité en ce qui concerne la définition des créanciers des obligations *erga omnes*. Interpréter ces dernières comme des obligations dues à l'égard de blocs d'Etats n'aurait évidemment aucun sens.
37. Article 23 du projet d'articles (in : *Annuaire CDI*, 1978, vol. II, deuxième partie).
38. AIT. *Blaskic* (IT-95-14-AR), arrêt de la Chambre d'appel du 29 octobre 1997, § 26.

39. En 1970, le siège de la Chine au sein de l'ONU était encore occupé par le gouvernement nationaliste de Tchang Kai Tchek replié sur l'île de Taïwan (le gouvernement communiste ne sera autorisé par l'Assemblée générale à le remplacer que l'année suivante) et plus d'une vingtaine d'Etats n'étaient pas membres de l'organisation. Au début de ce millénaire, l'ONU compte 191 Etats membres, soit la quasi-totalité de la communauté internationale.

40. Article 137 § 2 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer : « L'humanité tout entière, pour le compte de laquelle agit l'Autorité, est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone » (les italiques sont de nous).

41. Voir, en ce sens, l'intervention de Paul Reuter lors de la 1892 séance de la CDI, *Annuaire CDI*, 1985, vol. I, p. 94 ;

42. Cf. P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 306-312.

43. En ce sens, George Abi-Saab constate que « [l]a communauté est [...] un phénomène parcellaire et quand on dit qu'une réglementation juridique procède de la présomption de l'existence d'une communauté, cela ne veut pas dire qu'elle existe dans le groupe concerné de la même manière et avec la même intensité partout et par rapport à tous les sujets » (G. Abi-Saab, « La communauté internationale saisie par le droit : essai de radioscopie juridique », préc. (note 59), p. 82).

44. A noter que l'Etat ou l'organisation internationale sont certes pourvus d'organes, mais ils demeurent aussi des concepts abstraits. L'identification de l'Etat à ces organes – que traduit à merveille le mot apocryphe mis dans la bouche de Louis XIV, « L'Etat, c'est moi ! » – est une fiction juridique ; elle ne donne pas une réalité matérielle à l'Etat.

45. *CIJ Recueil*, 1962, p. 520 et p. 547-548. Voir *supra* p. 56 ss.

46. C.W. Jenks, “Are International Labour Conventions Agreements between Governments?”, *Canadian Bar Review*, vol. 15, 1937, p. 574-578.

47. Voir *supra* p. 111-114.

48. Nous n'envisageons ici que la question de savoir qui est créancier de l'obligation *erga omnes* et qui peut exiger son respect en justice. Nos commentaires ne concernent pas la titularité d'autres droits, notamment la question beaucoup plus controversée de la faculté de chaque Etat de prendre des contre-mesures. Il est parfaitement concevable de reconnaître tous les Etats comme créanciers à titre individuel de la norme primaire sans pour autant leur accorder tous les droits usuels naissant de la responsabilité. Pour une discussion détaillée sous l'angle de la responsabilité, voir *infra* p. 278 ss.

49. Article 34 § 2 du projet d'articles (dans sa version provisoirement adoptée en seconde lecture par le comité de rédaction de la CDI) (ONU Doc. A/CN.4/L.600).

50. Dans ses avis consultatifs sur la Namibie et sur le Sahara occidental, la Cour internationale de Justice reconnaît expressément la possibilité qu'un peuple puisse avoir non seulement des intérêts de fait, mais aussi des droits à part entière protégés par l'ordre juridique international, et cela même s'il n'est pas organisé institutionnellement ou ne l'est que faiblement. En ce qui concerne la Namibie (ancien Sud-Ouest africain), la Cour parle dès 1950 d'un « droit de la population de voir le Territoire administré » conformément aux règles du mandat et affirme que ce droit existe indépendamment de la Société des Nations et a donc survécu à la disparition de cette dernière (*CIJ Recueil*, 1950, p. 133). Dans son avis consultatif de 1971, la Cour utilise une terminologie comparable en indiquant que l'Afrique du Sud demeure pleinement responsable, malgré l'abrogation du Mandat, de « toute violation de ses obligations internationales ou des droits du peuple namibien » (*CIJ Recueil*, 1971, p. 54). Enfin, dans son avis consultatif relatif au Sahara occidental, la Cour considère que le « droit des populations du Sahara occidental » à l'autodétermination est un élément acquis, qui forme la base des questions adressées à la Cour par l'Assemblée générale dans sa requête d'avis consultatif (*CIJ Recueil*, 1975, p. 36).

51. Sur le droit de la responsabilité et la question de l'identification des Etats lésés, cf. *infra* p. 4 ss. On notera que l'article 34 § 1 du projet d'articles de la CDI se réfère au « bénéficiaire final » de l'obligation internationale dans un sens analogue à celui du terme de « bénéficiaire direct » que nous utilisons ici.

52. Le concept de *fus cogens* fait l'objet d'une très riche littérature. Voir notamment : E. Suy, “The Concept of *Jus cogens* in Public International Law”, in : *The Concept of *fus cogens* in Public International Law: Papers and Proceedings of the Conference held in Lagonissi*, vol. II, Genève, 1967, p. 17-25 ; A. Gómez Robledo, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, vol. 172, 1981-III, p. 9-217 ; L. Alexidze, “Legal Nature of *Jus cogens* in Contemporary International Law”, *RCADI*, vol. 172, 1981-III, p. 219-269 ; G. Gaja, “*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention”, *RCADI*, vol. 172, 1981-III, p. 271-316 ; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (*Jus cogens*) in International Law*, Helsinki, 1988 ; G. M. Danilenko, “International *Jus cogens*: Issues of Law-Making”, *EJIL*, vol. 2, 1991, p. 42-65 ; S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992. Pour une critique classique du concept, voir M. Vitaly, « Réflexions sur le *jus cogens* », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 5 ss ; et K. Marek, « Contributions à l'étude du *fus cogens* en droit international », in : *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 426-469. Dans la littérature critique plus récente, on peut citer aussi A. d'Amato, “It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus cogens*!”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, 1990, p. 1 ss.

53. L'une des délégations qui se montra le plus farouchement opposée lors de la Conférence diplomatique au concept de *jus cogens* était celle de la France. L'opposition à ce concept est à l'origine du refus de ce pays de devenir partie à la Convention de Vienne sur le droit des traités, une position qui n'a été modifiée que très récemment.

54. Pour l'article 53, le vote était de 87 voix pour 8 contre et 12 abstentions.

55. Articles 53 de la Convention de Vienne de 1969.

56. Voir les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969.

57. Cf. Article 44 de la Convention de Vienne de 1969.

58. Au cours des débats de la CDI sur le droit des traités, on mentionna en particulier l'interdiction de l'emploi de la force, la prohibition de l'esclavage, du génocide et de la piraterie ainsi que l'interdiction d'autres actes constituant des crimes internationaux. Cependant, la CDI refusa de dresser une liste d'exemples, par peur que celle-ci soit considérée comme exhaustive ou définitive et pour ne pas s'aventurer dans une tâche qui aurait nécessité une étude approfondie et l'aurait détournée du projet d'articles qu'elle avait reçu mandat de préparer.

59. Article 26 du projet Final d'articles de la CDI (ONU Doc. A/56/10, Supp. n° 10, p. 51).

60. Articles 40 et 41 du projet d'articles de la CDI. A ce sujet, voir *infra* p. 291 ss.

61. Dans l'affaire de la *Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, RGDP, vol. 94, 1990, p. 204

62. Avis consultatif dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, CIJ Recueil, 1996, § 79. Il faut noter que la notion de *jus cogens* est utilisée en revanche plus fréquemment par les tribunaux nationaux, et cela dans des contextes assez divers. Voir, par exemple, la décision récente de la Chambre des Lords britannique dans l'affaire Pinochet ([1999] 1 All ER97, notamment p. 108-115). D'autre part, certaines constitutions nationales reconnaissent expressément la notion de *jus cogens*. C'est le cas en particulier de la nouvelle Constitution fédérale de la Suisse, adoptée en 1999, qui dispose qu'aucune révision constitutionnelle ne doit porter atteinte à des normes imperatives du droit international (voir les articles 139 § 2, 193 § 4 et 194 § 2). Le Parlement fédéral peut déclarer nulle une initiative populaire visant à une révision constitutionnelle lorsque son contenu apparaît contraire à une norme impérative du droit international ; il peut aussi décider de ne prononcer qu'une invalidité partielle et soumettre l'initiative constitutionnelle, amputée de sa partie litigieuse, au vote du peuple et des cantons. Sur cette question, voir Ch. Dominicé & F. Voeffray, « Rapport relatif à la Suisse », in : P.-M.

Eisemann (éd.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, La Haye, 1996, p. 562.

63. Voir à ce sujet la courte étude établie en 1992 par un des membres de la CDI, A.J. Jacovides, aux fins de déterminer si la question du *jus cogens* méritait d'être inscrit sur le programme de travail à long terme de la CDI (ONU Doc. A/CN.4/454, p. 17-26).

64. Lors de la Conférence diplomatique de Vienne, le Président du comité de rédaction expliqua que ces termes impliquaient l'acceptation d'une "very large majority" (cf. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, documents officiels, ONU Doc. A/Conf.39/11, p. 472). Pour un éclairage récent de cette question, voir l'étude précitée de Jacovides, ONU Doc. A/CN.4/454, p. 22-23.

65. Voir, en ce sens, l'avis n° 1 de la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, *RGDIP*, vol. 95, 1991, p. 265-266.

66. Dans son commentaire de son projet d'articles sur le droit des traités, la CDI avait abordé le cas d'un traité stipulant qu'aucune dérogation à ses dispositions n'est permise (cf. *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 248). La CDI considérait cependant que la conclusion postérieure par des parties à ce traité d'un accord contraire ne constituait qu'un problème de violation d'un engagement conventionnel à régler à la lumière de la disposition du projet relatif aux traités successifs (devenue l'article 30 de la Convention de Vienne) et des règles sur la responsabilité internationale. Il n'est cependant pas sûr que cette réponse puisse être considérée aujourd'hui encore comme suffisante.

67. L'importance de l'intérêt protégé peut être considérée également comme un critère de distinction, puisque les obligations *erga omnes* ne portent pas nécessairement sur des intérêts fondamentaux, alors que le concept de *jus cogens* contient implicitement cet élément. C'est cependant le caractère indérogeable de la norme de *jus cogens* qui traduit l'importance reconnue à la communauté à l'intérêt protégé et constitue donc l'élément central de la différence entre les deux concepts. A noter encore que l'origine de la norme n'est pas non plus un critère utile de distinction, dans la mesure où les deux concepts peuvent s'appliquer à des normes tant coutumières que conventionnelles.

68. De nombreux auteurs ont tendance à identifier *jus cogens* et obligations *erga omnes*. Ils partent cependant généralement de définitions plus restreintes de ces deux concepts. S'il l'on se réfère, par exemple, au *jus cogens* et aux obligations *erga omnes* dans le sens limité d'obligations découlant du droit international général et dues envers l'ensemble de la communauté internationale, les deux catégories tendent alors effectivement à se confondre (voir, par exemple, le Troisième Rapport sur la responsabilité de J. Crawford, ONU Doc. A/CN.4/507, § 106 a).

69. Voir *supra* p. 65 ss.

70. En ce sens, O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, p. 209.

71. R. von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 3^e éd., tome IV, § 70.

72. A ce sujet, voir le chapitre relatif au droit de la responsabilité (en particulier p. 296- 300).

73. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 97-98.

Chapitre III. L'*actio popularis* au regard du droit des traités

p. 263-277

- ¹ La possibilité d'une *actio popularis* dépend d'abord du contenu des normes primaires¹, c'est-à-dire des règles de fond qui régissent les relations entre Etats. Elle est cependant aussi influencée par la manière dont est définie la qualité pour réagir à la violation du droit dans les règles générales du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale. Dans le droit des traités, la question d'une *actio popularis* se pose plus particulièrement au sujet de l'invocation de la nullité d'un traité (*infra section I*) ainsi que dans les cas de violations de traités protégeant des intérêts collectifs (*infra section II*).

Section I – L'invocation de la nullité du traité

- ² L'opportunité de reconnaître à n'importe quel Etat le droit d'invoquer la nullité d'un traité dépend de la nature de l'intérêt protégé. Si la nullité vise à protéger uniquement les intérêts des cocontractants, seul l'Etat victime doit être autorisé à faire valoir la nullité. En revanche, si l'intérêt protégé est de caractère général, l'*actio popularis* intentée par un Etat tiers devient légitime. Dans le droit interne des contrats, cette distinction se traduit à travers l'opposition entre nullité relative et nullité absolue. Il convient d'examiner comment cette distinction a été reprise dans les règles du droit international des traités, en particulier dans les travaux de codification de la Commission du droit international.

§ 1^{er} – Nullité absolue et nullité relative

- ³ Dans les ordres juridiques internes, la distinction entre nullité relative et nullité absolue est en général clairement marquée. La nullité absolue sanctionne les irrégularités graves dans la formation ou le contenu du contrat, celles qui troublent l'ordre public. Le régime juridique qui lui est applicable est donc directement dicté par le fait qu'un intérêt général est en jeu : toute personne (partie contractante ou tiers) est autorisée à invoquer la nullité ; le juge peut l'examiner d'office ; enfin, la nullité absolue

ne peut être écartée ni par un quelconque consentement donné par la victime, ni par la voie d'une prescription. Pour sa part, la nullité relative vise à protéger les intérêts privés des contractants. De ce fait, son fonctionnement est dicté dans une large mesure par la volonté et le comportement de la victime : la nullité relative ne peut être invoquée que par celle-ci ; le juge ne peut pas la soulever d'office ; enfin, la nullité relative peut être couverte par un consentement de la victime ou par la prescription. Bien qu'elle n'utilise pas directement cette terminologie, la Convention de Vienne sur le droit des traités a consacré implicitement en droit international cette distinction entre nullité absolue et nullité relative. En effet, selon les motifs de nullité, des solutions différentes sont prévues dans la Convention quant au droit d'invoquer la nullité (limité aux parties ou ouvert aux Etats tiers), quant à l'étendue avec laquelle elle frappe le traité (nullité partielle ou totale) et quant au rôle du consentement donné par la victime². Cependant, la Convention de Vienne s'arrête à mi-chemin ; elle renonce (ou oublie ?) d'appliquer dans toutes ses conséquences procédurales la distinction entre nullité absolue et nullité relative. En effet, une seule procédure de règlement des différends est prévue dans la Convention de Vienne et celle-ci est construite dans une perspective essentiellement bilatérale. Elle ne tient donc pas compte des spécificités de la nullité absolue et de la présence d'un intérêt de caractère général. Il convient d'examiner cette anomalie à la lumière des travaux de la CDI et de la Conférence diplomatique.

§ 2 – Les travaux de codification de la CDI

A. La première mention de l'*actio popularis* en 1950

- ⁴ La question de l'*actio popularis* fut soulevée à un stade très précoce des travaux de la CDI sur le droit des traités. En effet, dès 1950, un des membres de la CDI, M. Yepes (Colombie), suggéra de prévoir une disposition relative à la licéité de l'objet du traité et de créer à ce sujet une action populaire. Le projet d'article proposé par M. Yepes était formulé de la manière suivante :

Pour être valable, un traité au sens de cette convention doit avoir un objet licite selon le droit international. En cas de controverse sur la licéité d'un traité, la Cour internationale de Justice se prononcera sur la demande de tout Etat directement ou indirectement intéressé, ou des Nations Unies. Un traité dont l'objet n'est pas licite ne peut pas être enregistré au Secrétariat des Nations Unies. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies demandera un avis consultatif à la Cour internationale de Justice toutes les fois qu'il y aura des doutes sur la licéité d'un traité présenté à l'enregistrement³.

- ⁵ Ce projet d'article est formulé d'une manière maladroite et avait peu de chances d'être retenu sous cette forme. M. Yepes quitta ses fonctions au sein de la CDI en 1953 et sa proposition ne fut pas discutée officiellement. On retiendra cependant de ce projet d'article qu'il reconnaissait expressément la possibilité d'une action judiciaire ouverte à tout Etat et que son auteur justifiait cette option par des considérations d'efficacité. On relèvera également que son auteur, en le présentant aux autres membres de la CDI, parla lui-même d'une « action populaire internationale », ce qui constitue peut-être la première référence à cette institution dans un document officiel⁴.

B. Les propositions de Lauterpacht

- 6 Dans son rapport présenté en 1953, Sir Hersch Lauterpacht, le second Rapporteur spécial de la CDI sur le droit des traités, proposa deux dispositions qui couvraient partiellement la question soulevée par M. Yépes. La première concernait les traités conclus sous l'effet de la contrainte, alors que la seconde portait sur la licéité de l'objet du traité.
- 7 Dans l'hypothèse d'un traité entaché d'une contrainte, Lauterpacht suggérait d'appliquer un régime de nullité absolue en réservant la compétence pour déclarer cette nullité à la Cour internationale de Justice. La procédure judiciaire était proposée comme un garde-fou contre les abus. Lauterpacht soulignait qu'on éviterait ainsi que l'argument de la contrainte soit invocable unilatéralement par un Etat et se transforme en une « force désintégrante » des traités⁵. L'article qu'il proposait avait la teneur suivante :
- Treaties imposed by or as the result of the use of force or threats of force against a State in violation of the principles of the Charter of the United Nations are invalid if so declared by the International Court of Justice *at the request of any State*⁶.
- 8 Ce qui est intéressant dans le contexte de notre étude, c'est que Lauterpacht reconnaissait lui aussi expressément à tout Etat le droit de saisir unilatéralement la Cour. Il justifiait une telle action populaire par le fait que l'interdiction de l'emploi de la force est une préoccupation de l'ensemble de la communauté internationale et mettait aussi en avant l'argument que l'Etat directement victime n'est en pratique pas toujours en mesure de faire valoir par lui-même la nullité⁷. Pour Lauterpacht, cette qualité pour agir de tous était clairement liée aux autres éléments du régime de la nullité absolue, en particulier à l'impossibilité de l'acquiescement de la part de la victime⁸.
- 9 Lauterpacht formula une disposition séparée au sujet de la licéité de l'objet du traité. Comme pour la contrainte, le Rapporteur spécial proposait d'attribuer la responsabilité de prononcer la nullité du traité à la Cour internationale de Justice, mais sans établir cette fois-ci expressément la possibilité qu'elle soit saisie par n'importe quel Etat. Cette disposition était formulée de la manière suivante :
- A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice⁹.
- 10 L'absence ici d'une référence explicite à l'action populaire, alors qu'une telle référence figurait dans la disposition au sujet de la contrainte, est difficile à comprendre et à interpréter. Les commentaires écrits et oraux de cet article donnés par Lauterpacht n'expliquent pas ces différences de rédaction ; ils ne permettent donc pas de savoir si le Rapporteur spécial envisageait l'action populaire pour faire valoir l'illégalité de l'objet du traité. Il faut constater cependant que le texte des dispositions rédigées par le Rapporteur spécial au sujet des autres causes de nullité (violation d'une disposition constitutionnelle en matière de conclusion des traités, fraude et erreur) réserve tous expressément le droit d'invoquer la nullité à l'Etat victime, ce qui n'est pas le cas du projet d'article sur l'illégalité de l'objet du traité.
- 11 Absorbée à l'époque par la codification du droit de la mer, la CDI n'eut pas l'occasion de discuter les deux rapports présentés par Lauterpacht. En 1955, après l'élection de ce dernier à la Cour internationale de Justice, c'est Sir Gérald Fitzmaurice qui le remplaça dans ses fonctions de membre de la Commission et de rapporteur spécial. Fitzmaurice

adopta une approche différente de celle de son prédécesseur. Il choisit de diriger les travaux de la CDI vers un « code exposant » le droit des traités plutôt que vers un projet de convention à adopter dans le cadre d'une conférence diplomatique¹⁰. Sur le fond, les rapports de Fitzmaurice expriment aussi une conception plus traditionnelle du droit international. Bien qu'il retienne lui aussi la contrainte et l'illégalité de l'objet du traité comme des motifs de nullité, il les définit d'une manière plus restrictive que son prédécesseur¹¹ et considère qu'il s'agit de problèmes limités aux relations entre les parties au traité (et non des motifs de nullité invocables par n'importe quel membre de la communauté internationale¹²).

C. Les propositions de Waldock et le texte final retenu par la CDI

¹² En 1961, la CDI fut contrainte de nommer un nouveau rapporteur spécial pour le droit des traités, Sir Gérald Fitzmaurice ayant été élu à son tour comme juge à la Cour internationale de Justice¹³. Son successeur, Sir Humphrey Waldock, reçut de la CDI le mandat de revenir à l'objectif initial de préparer un projet de convention¹⁴. Il s'acquitta avec succès de son mandat en prenant appui sur les travaux de ses prédécesseurs et en définissant, là où cela était nécessaire, des solutions médianes ou nouvelles.

¹³ S'agissant de la contrainte, Waldock revint à l'idée originelle de Lauterpacht de reconnaître comme cause de nullité – outre la contrainte contre le représentant de l'Etat – celle exercée contre l'Etat lui-même par la menace ou l'emploi illicite de la force. Les deux articles qu'il proposa initialement à ce sujet étaient formulés d'une manière qui semblait limiter le droit d'invoquer la nullité à l'Etat victime¹⁵. Au cours des débats de la CDI en 1963, plusieurs de ses membres soulignèrent toutefois que la contrainte – contrairement à l'erreur ou au dol – ne concernait pas seulement l'Etat dont le consentement avait été vicié, mais l'ensemble de la communauté internationale. En conséquence, on proposa d'appliquer dans ce cas un régime plus sévère prenant la forme d'une nullité absolue *ab initio*¹⁶. Le Rapporteur spécial ne s'opposa pas à l'application d'une telle nullité absolue dans le cas d'une contrainte exercée contre l'Etat. Il expliqua que si l'article proposé faisait effectivement référence à l'Etat victime, il était formulé de manière à ne pas exclure le droit de tout autre Etat de soulever la question devant un des organes des Nations Unies¹⁷. En revanche, il se montra d'abord plus réticent à appliquer une nullité absolue dans l'hypothèse d'une contrainte exercée contre le représentant de l'Etat, avant de se rallier finalement aux vues de la majorité des membres de la CDI¹⁸. Dans son commentaire du projet final, la CDI justifia le choix de la nullité absolue en soulignant à la fois la gravité des actes concernés et le fait qu'ils affectent un intérêt général de la communauté internationale. Ainsi déclara-t-elle à propos de la contrainte exercée contre l'Etat :

[...] a treaty procured by a threat or use of force in violation of the principles of the Charter must be characterized as void, rather than as voidable. The prohibitions on the threat or use of force contained in the Charter are rules of international law the observance of which is legally a matter of concern to every State¹⁹.

¹⁴ En ce qui concerne les traités contraires au *jus cogens*, Waldock proposa d'emblée de les sanctionner par une nullité *ab initio*²⁰. Le droit pour n'importe quel Etat d'invoquer la nullité du traité ne fut pas discuté spécifiquement par le Rapporteur spécial, ni lors des débats de la CDI. Cependant, il découle implicitement à la fois du choix de la nullité absolue et de la nature même du *jus cogens*. C'est parce que le *jus cogens* incarne des

intérêts collectifs d'une nature supérieure que deux Etats ne peuvent pas y déroger par un accord dans leurs relations *inter se*.

- 15 Soucieuse d'établir un régime cohérent de la nullité, la CDI estima que le caractère absolu de la nullité devait se refléter dans les règles relatives à la divisibilité du traité ainsi que dans celles régissant la perte du droit d'invoquer la nullité du fait d'un acquiescement. Ainsi, s'écartant des propositions initiales de Waldock²¹, la CDI décida qu'un traité entaché de contrainte ou contraire à une règle du *jus cogens* devait être considéré comme nul dans son ensemble²². D'autre part, elle écarta les causes de nullité absolue du champ d'application de la disposition sur l'acquiescement²³.
- 16 Conscient qu'une codification des causes de nullité et d'extinction des traités pouvait être dangereuse pour la stabilité des relations conventionnelles, Sir Humphrey Waldock proposa – comme ses deux prédecesseurs – d'accompagner cette codification d'un mécanisme procédural destiné à empêcher les abus. Il renonça cependant à l'idée formulée par Lauterpacht d'attribuer une compétence obligatoire à la Cour internationale de Justice pour statuer sur la nullité du traité, jugeant qu'une telle solution serait difficile à faire accepter par une conférence diplomatique. La procédure suggérée à la place par Waldock – inspirée par les Rapports de Fitzmaurice – vise à empêcher une automatичité des effets en cas d'invocation unilatérale de la nullité ou de l'extinction du traité. Elle impose à l'Etat souhaitant se prévaloir d'un motif ou d'extinction de notifier au préalable sa prétention aux Etats concernés et, en cas de contestation, d'engager des négociations ou d'accepter de soumettre le différend à l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage ou à un règlement judiciaire²⁴. Au cours des débats de la CDI en 1963, plusieurs membres firent remarquer qu'une telle procédure s'appliquait difficilement aux causes de nullité absolue²⁵. Bien qu'aucun d'entre eux n'aient précisé en quoi consistaient ces difficultés, il est manifeste qu'ils avaient à l'esprit le caractère essentiellement bilatéral de la procédure proposée, caractère bilatéral qui s'accorde mal avec la présence d'intérêts collectifs. Le Rapporteur spécial se déclara néanmoins favorable au maintien d'une procédure uniforme pour l'ensemble des causes de nullité²⁶ et renonça à présenter des aménagements de la procédure tenant compte des caractéristiques de la nullité absolue. La procédure fut donc laissée en l'état.

§ 3 – Le texte de la Convention de Vienne

A. L'établissement d'un régime de nullité absolue

- 17 La Conférence diplomatique réunie à Vienne pour adopter la convention sur le droit des traités maintint la distinction proposée par la CDI entre les vices de consentement invocables seulement par la victime et les causes de nullité absolues invocables par tous, et cela malgré les tentatives de certains pays visant à établir un régime uniformisé de nullité relative pour l'ensemble des causes de nullité²⁷. Dans la version finale du texte de la Convention de Vienne, les causes de nullité relative sont définies aux articles 46 à 50 : il s'agit de la violation des règles du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, de l'erreur, du dol, et de la corruption du représentant d'un Etat. Il ressort expressément du texte des articles concernés que seul l'Etat dont le consentement a été vicié peut invoquer la nullité²⁸. De plus, l'article 44 de la Convention de Vienne autorise, sous certaines conditions, l'Etat victime à n'invoquer la nullité qu'à l'égard de certaines dispositions du traité. Enfin, l'article 45 de la

Convention prévoit la possibilité d'un acquiescement explicite ou implicite de l'Etat victime. Un régime de nullité plus sévère sanctionne la contrainte exercée contre l'Etat ou son représentant (articles 51 et 52) et les cas d'atteinte au *jus cogens* (article 53). Le caractère absolu de la nullité résulte de la teneur même des dispositions susmentionnées. Au lieu de limiter comme les articles qui les précèdent la possibilité d'une invocation à l'Etat victime, les articles 51 à 53 utilisent une formulation absolue et impersonnelle. Le caractère absolu de la nullité ressort également du fait que la nullité frappe l'ensemble du traité et que la possibilité d'un acquiescement de l'Etat directement concerné est exclue (articles 44 et 45). La raison d'être de ce régime de nullité absolue est claire : il s'agit non seulement de protéger la victime, mais aussi et surtout de décourager de tels comportements contraires à l'intérêt général.

B. L'utilisation de la procédure en défense de l'intérêt général

- ¹⁸ S'agissant de la procédure de règlement des différends élaborée par la CDI, le changement peut-être le plus notable apporté par la Conférence diplomatique est l'introduction d'une possibilité de saisine unilatérale de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral pour statuer de manière obligatoire sur la conformité d'un traité avec le *jus cogens* (article 66, lettre a, du texte final de la Convention de Vienne). Cet amendement fit partie d'un "package deal" qui permit de surmonter les divergences de vue entre les délégations favorables au *jus cogens* et celles qui craignaient une déstabilisation des traités et souhaitaient en conséquence que son utilisation soit soumise à un contrôle judiciaire. On notera que les travaux de la Conférence diplomatique montrent que certaines délégations étaient conscientes du fait que la procédure générale de règlement des différends était inadaptée par rapport à des différends mettant en jeu des intérêts collectifs. Ainsi la délégation du Japon défendit-elle ce recours à la justice internationale en faisant valoir que le mécanisme prévu de règlement des différends était essentiellement bilatéral et inadapté à de tels différends :

Les questions de *jus cogens*. mettent en jeu les intérêts de toute la communauté des nations et seule la Cour internationale de Justice peut décider de façon autorisée si une disposition d'un traité est en conflit avec une règle du droit international général et si cette règle doit être considérée comme une norme impérative ; la délégation japonaise ne peut admettre qu'un différend de cette nature soit réglé en privé par les parties, par la voie d'une procédure établie *ad hoc*²⁹.

- ¹⁹ Cette attribution d'une compétence à la Cour internationale de Justice équivaut-elle à la reconnaissance d'une action populaire telle que l'avait envisagée Yepes et Lauterpacht ? A la première lecture, on peut penser que tel n'est pas le cas. En effet, même dans le cas d'un conflit avec le *jus cogens*, la possibilité d'une saisine de la Cour internationale de Justice n'est prévue que dans une seconde étape, après une phase initiale procédurale réglée dans l'article 65 de la Convention de Vienne. Or, l'article 65 se réfère seulement aux « parties », une expression qui vise, d'après l'article 2, lettre g, de la Convention, les Etats parties au traité litigieux.

- ²⁰ Cette interprétation littérale excluant toute action populaire ne résiste pas à une analyse systématique de la question. En effet, une telle interprétation est contradictoire avec l'existence d'un intérêt général, pourtant inhérente à la notion même de *jus cogens*. Il serait paradoxal, pour ne pas dire absurde, que seuls les Etats responsables du traité litigieux puissent invoquer sa nullité. On l'a vu, la procédure de l'article 65 a été

proposée par Sir Humphrey Waldock à un moment où le Rapporteur spécial n'envisageait l'invocation de la nullité que par l'Etat victime. L'inadaptation de cette procédure aux motifs de nullité absolue a été soulignée très tôt par certains membres de la CDI. Dans le cas du *jus cogens*, l'expression « parties » figurant à l'article 65 doit être interprétée à la lumière de l'article 66, lettre a, de la Convention comme signifiant les « parties au différend », et non les seuls parties au traité. En d'autres termes, n'importe quel Etat – du moins n'importe quel Etat partie à la Convention de Vienne – peut soulever la question de la non-conformité d'un traité avec le *jus cogens* et porter unilatéralement le différend devant la Cour internationale de Justice. Cette interprétation trouve une confirmation dans les déclarations faites par plusieurs délégations lors de la Conférence diplomatique qui ont affirmé le droit de n'importe quel Etat de faire valoir la nullité du traité³⁰.

- 21 En ce qui concerne les traités conclus sous l'effet de la contrainte, la Conférence diplomatique n'a pas retenu l'idée défendue par certaines délégations d'un règlement judiciaire obligatoire³¹. Selon nous, la question de savoir quels Etats sont autorisés à faire valoir la nullité d'un traité doit être résolue dans le même sens que pour le *jus cogens*. La nullité absolue retenue pour la contrainte dans les dispositions de fond implique que n'importe quel Etat – et non les seuls Etats parties au traité – a le droit de faire valoir cette nullité en suivant la procédure prévue par les articles 65 et 66, lettre b, ainsi que dans l'Annexe de la Convention de Vienne³².

Section II – L'invocation de la violation du traité

§ 1^{er} – La doctrine et la pratique antérieures à la codification du droit des traités

- 22 La question de savoir quels Etats sont concernés par la violation d'un traité et sont légitimés à y répondre n'a pas fait l'objet d'un examen très approfondi dans la doctrine avant que la CDI n'entrepreneille ses travaux de codification du droit des traités³³. La tendance dominante au sein de la doctrine s'en tenait à l'approche bilatérale traditionnelle et considérait que le contenu d'un traité multilatéral pouvait être décomposé en un faisceau de relations juridiques bilatérales fondées sur la réciprocité. En conséquence, seul l'Etat ayant subi un préjudice direct était considéré comme affecté par la violation et était légitimé à s'en plaindre ou à y répondre.

- 23 Cependant, certains auteurs mirent en avant déjà à cette époque la solidarité d'intérêts unissant les parties à un traité multilatéral, les plus radicaux d'entre eux affirmant que la violation d'un traité multilatéral affecte à un titre ou à un autre tous les Etats parties, ne serait-ce qu'en raison de l'atteinte portée à la crédibilité du traité³⁴. Cette manière de voir est reflétée dans le projet de codification du droit des traités entrepris dans les années trente sous les auspices de l'Université d'Harvard, dont l'article 27 a la teneur suivante :

If a State fails to carry out in good faith its obligations under a treaty, *any other party to the treaty*, acting within a reasonable time after the failure, may seek from a competent international tribunal or authority a declaration to the effect that the treaty has ceased to be binding upon it in the sense of calling for further performance with respect to such State³⁵.

- ²⁴ Enfin, d'autres auteurs établirent des distinctions en fonction de la gravité de la violation ou de la nature du traité, en y attachant à vrai dire des conséquences parfois diamétralement opposées. Ainsi, les implications de la célèbre distinction entre traités-contrat et traités-loi ne sont pas analysées de la même manière selon les auteurs. Certains considèrent que les traités-contrat peuvent être décomposés en un réseau de relations bilatérales synallagmatiques, de sorte que la violation du traité n'affecte à chaque fois qu'un seul l'Etat, alors que les traités-loi instituent des obligations absolues au respect desquelles tous les Etats parties ont un intérêt légitime. D'autres tirent cependant de cette distinction des conséquences exactement inverses : la violation de traités-contrat donnerait un droit d'action à tous les Etats parties, alors que la violation de traités-loi n'affecterait que l'Etat directement lésé dans ses droits subjectifs³⁶.
- ²⁵ L'approche bilatérale domine également dans la pratique internationale. Cependant, l'existence d'un intérêt collectif au respect de certains traités multilatéraux est affirmée ça et là, en particulier par rapport aux traités relatifs au *jus ad bellum*, aux traités de paix ou aux traités en matière de désarmement. Ainsi, une note du Gouvernement français remise au Ministre allemand des affaires étrangères le 16 juin 1925 affirmait au sujet des traités de paix conclus à la fin de la Première Guerre mondiale que « les Alliés ne sauraient renoncer au droit de s'opposer à toute inobservation des stipulations de ces Traité, même si ces stipulations ne les concernent pas directement³⁷. » Cet intérêt au respect de l'exécution des Traité de paix de 1919 a été affirmé également dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, puisque la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon firent valoir devant la Cour qu'ils étaient « intéressés au respect du principe du libre passage dans le canal de Kiel et à l'exacte exécution des clauses du traité de Versailles³⁸. » Dernier exemple, dans une note datée du 23 juin 1928 qu'il adressa aux Etats engagés dans la négociation du Pacte de non-agression, le Secrétaire d'Etat américain Kellogg affirmait une solidarité entre les Etats parties, cette fois-ci dans l'extinction du traité à l'égard de l'Etat qui le violerait :

There can be no question that a violation of a multilateral anti-war treaty through resort to war by one party thereto would automatically release the other parties from their obligations to the treaty-breaking State. Any express recognition of this principle of law is wholly unnecessary³⁹.

§ 2 – Une codification parceliaire

- ²⁶ La Convention de Vienne sur le droit des traités aborde dans son article 60 la question de savoir quels Etats peuvent se prévaloir de la violation d'un traité multilatéral, mais elle le fait sous un angle spécifique : celui du cas où les autres Etats parties voudraient suspendre ou éteindre le traité à l'égard de l'Etat partie qui l'a violé. Encore faut-il relever que l'article 60 de la Convention de Vienne n'impose ses solutions dans un tel cas que si le traité ne contient pas de règle spécifique à ce sujet. Dans les autres cas de figure où est invoquée une violation du traité, la Convention de Vienne fait renvoi aux règles générales de la responsabilité.

A. L'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

- ²⁷ L'article 60 de la Convention de Vienne codifie de manière restrictive le droit de suspendre ou d'éteindre un traité multilatéral en réaction à sa violation par un Etat partie. Tout d'abord, l'article 60 limite ce droit au cas d'une violation « substantielle »

du traité, une condition valable au demeurant aussi bien pour un traité bilatéral que pour un traité multilatéral⁴⁰. Ensuite, il réserve la possibilité d'une réaction unilatérale à l'Etat « spécialement atteint » par la violation du traité multilatéral⁴¹. Les autres Etats parties, ceux qui ne sont pas « spécialement atteints », ne peuvent suspendre ou éteindre le traité à l'égard de l'Etat auteur de la violation qu'en agissant par accord unanime. En pratique, une telle réaction collective est peu probable, car l'accord unanime sur une mesure de ce genre est toujours très difficile à réaliser. Naturellement, la difficulté croît en même temps qu'augmente le nombre des Etats parties et une réaction collective paraît d'emblée impossible à mettre en œuvre lorsqu'il s'agit d'un traité de portée universelle ou quasi universelle⁴².

B. L'articulation des régimes juridiques d'après la Convention de Vienne

- 28 Le choix paraît délibérément fait dans l'article 60 de la Convention de Vienne de préserver autant que possible les relations conventionnelles, au prix d'un affaiblissement de l'efficacité de la réaction multilatérale et peut-être d'une perte de crédibilité du traité. Cependant, les solutions énoncées dans l'article 60 n'excluent pas d'autres formes de réaction. Deux réserves sont expressément formulées dans la Convention de Vienne, l'une en faveur des règles spécifiques contenues dans le traité violé, l'autre en faveur des règles générales de la responsabilité internationale⁴³.

1) La primauté des règles spécifiques du traité

- 29 Savoir si n'importe quel Etat partie à un traité multilatéral peut invoquer sa violation – qu'il soit ou non directement affecté – est une question qui relève au premier chef du traité lui-même. Aussi l'article 60 de la Convention de Vienne prévoit-il expressément que les règles énoncées ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation⁴⁴. Il s'agit en réalité d'une simple application du principe de *lex specialis*. On notera qu'une réserve similaire en faveur des dispositions spécifiques du traité est formulée dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats⁴⁵.

2) Le renvoi au droit de la responsabilité

- 30 D'autre part, la CDI s'est efforcée tant bien que mal d'éviter d'aborder dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités des questions relevant d'autres domaines du droit international. Cela vaut en particulier à l'égard de la responsabilité internationale. La CDI souhaitait en effet ne pas s'éloigner de son objectif principal ni empiéter sur un domaine faisant l'objet depuis le début des années cinquante de travaux séparés de codification⁴⁶. Une réserve expresse en faveur des règles générales de la responsabilité internationale fut donc insérée dans le projet d'articles de la CDI ; elle figure à l'actuel article 73 de la Convention de Vienne.

- 31 Ainsi, mis à part le cas spécifique de réaction réglé dans l'article 60 de la Convention de Vienne, les travaux de codification du droit des traités n'ont pas abordé la question de savoir quels Etats ont le droit d'invoquer la violation d'un traité multilatéral. Par conséquent, ils ont également laissé ouverte la question de savoir si un Etat non directement intéressé peut intenter une action populaire pour demander le respect d'un tel traité. La réponse à cette question est à déterminer à la lumière des dispositions spécifiques figurant dans le traité concerné et, lorsqu'une telle

réglementation spécifique fait défaut ou est incomplète, à la lumière complémentaire des règles générales relatives à la responsabilité.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Sur la distinction entre normes primaires et normes secondaires, voir *supra* p. 229.
2. A ce sujet, voir P. Daillier & A. Pellet, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, 1999, p. 206-209.
3. *Annuaire CDI*, 1953, vol. II, p. 165 (les italiques sont de nous). La première formulation du texte de M. Yépes prévoyait seulement une requête d'avis consultatif de la Cour (cf. compte-rendu de la 78^e session de la CDI, du 27 juillet 1950, *Annuaire CDI*, 1950, vol. I, p. 299-300). Sur la base d'observations faites par d'autres membres de la CDI (notamment de G. Scelle), M. Yépes amenda son texte en vue d'y introduire une compétence contentieuse de la Cour. Le texte cité est celui de la proposition amendée définitive présentée par M. Yépes en 1950.
4. « Il arrive bien souvent qu'un Etat faible soit obligé de signer un traité illicite sous la pression qu'exerce sur lui un autre Etat plus puissant. C'est pourquoi il faut établir *une sorte d'action populaire internationale pour autoriser tout Etat, même s'il n'a aucun intérêt direct*, à demander l'annulation d'un traité à objet illicite conclu par d'autres Etats. C'est là le seul moyen efficace d'obtenir l'annulation de certains traités [...] conclus en violation des normes les plus élémentaires de la morale internationale et de la morale tout court » (*Annuaire CDI*, 1953, vol. II, p. 166 (les italiques sont de nous)).
5. Premier Rapport de Lauterpacht sur le droit des traités, *Annuaire CDI*, 1953, vol. II, p. 151.
6. Projet d'article 12, *Annuaire CDI*, 1953, vol. II, p. 147 (les italiques sont de nous).
7. Lauterpacht s'expliquait à ce sujet de la manière suivante : “As the continued validity of a treaty imposed by force is a matter of concern for the entire international community, the present article gives to every Member of the United Nations – whether it has become a party to the Code of the Law of Treaties or not – the right to ask the Court to declare, in contentious proceedings, the invalidity of a treaty imposed by force. The State directly affected may not always be in the position to do so” (*ibid.*, p. 151).
8. *Ibid.*, p. 151, note 2.
9. Projet d'article 15, *Annuaire CDI*, 1953, vol. II, p. 154.
10. Voir le Premier Rapport de Fitzmaurice sur le droit des traités, *Annuaire CDI*, 1956, vol. II, p. 105-106. Voir aussi les débats de la CDI lors de sa 368^e et de sa 370^{ème} session, *Annuaire CDI*, 1956, vol. I, p. 216-217 et 226.
11. On notera en particulier que Fitzmaurice refuse de considérer l'emploi de la force contre un Etat comme un motif de nullité du traité, arguant que cela affecterait la stabilité des traités (cf. Troisième Rapport, *Annuaire CDI*, 1958, vol. II, p. 38).
12. L'article 17 proposé par Fitzmaurice au sujet de l'illégalité de l'objet du traité indique notamment ceci : “it is only if the treaty involves a departure from or conflict with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of *jus cogens* that a cause of invalidity can arise. Since the treaty if in any event *res inter alios acta*, and without force as against non-parties, the invalidity as such of the treaty only affects directly the relations between the parties to it, and means that neither or none of the parties can claim compliance with it on the part of the other or others” (Troisième Rapport, *Annuaire CDI*, 1958, vol. II, p. 27 ; les italiques sont de nous). Fitzmaurice mettait également en doute la compétence des juridictions internationales pour

prononcer la nullité : “In pronouncing that treaties possessing an illegal object [...] are ‘invalid’ and ‘null and void’, a certain theoretical difficulty arises, for it may well be that no international tribunal or other international organ is in a position effectively to declare the invalidity of the treaty concerned, and if the parties choose to apply it *inter se*, and can do so without affecting the rights of any third State, they may be able to carry it out. The real point therefore, as a practical matter, is that such a treaty is *unenforceable*. If either party refuses to carry it out, the other will have no legal right to require it to do so, even if thereby the defaulting party in a certain sense takes advantage of its own wrong” (*ibid.*, p. 41, note 61). Sur les positions adoptées par Fitzmaurice en tant que juge dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, voir *supra* p. 60-62 et p. 65-73.

13. On notera que seul le Premier Rapport présenté par Fitzmaurice fut discuté par la CDI. Il n'y eut donc aucun débat au sein de la CDI au sujet de la suggestion du Rapporteur spécial de réserver aux Etats parties au traité le droit d'invoquer la contrainte et la violation du *jus cogens*.

14. Voir les débats de la CDI lors de sa 620^e et 621^e sessions, *Annuaire CDI*, 1961, vol. I, p. 247-258.

15. Cf. Deuxième Rapport de Waldock, *Annuaire CDI*, 1963, vol. II, p. 50-52.

16. Voir le compte-rendu des 681^e, 682^e et 683^e sessions de la CDI, *Annuaire CDI*, 1963, vol. I, en particulier les interventions de Tunkin (p. 48 et 57), Rosenne (p. 49 et 55), Verdross (p. 50), Yasseen (p. 50), de Luna (p. 52 et 60), Bartos (p. 53), Ago (p. 56), Pal (p. 57), Tabibi (p. 59).

17. Cf. l'intervention de Sir Humphrey Waldock lors de la 683^e session de la CDI, *Annuaire CDI*, 1963, vol. I, p. 61. Waldock déclara à ce propos : “Quite apart from the law of treaties as such, the act of any State seeking to procure the conclusion of a treaty by the use of threat or use of force could be challenged as a violation of the rules of international law concerning the maintenance of peace proclaimed in the United Nations Charter, and could be brought before the Security Council or the General Assembly by the injured party, whether a Member of the United Nations or not, or by any other State even if it had no direct interest in the object of the treaty” (*ibid.*, p. 61 ; les italiques sont de nous). On notera que Waldock se réfère surtout à la possibilité pour chaque Etat de porter la question devant un organe politique (Conseil de sécurité, Assemblée générale) et ne fait pas expressément mention d'une action populaire de caractère judiciaire. Cela s'explique par le fait que Waldock n'avait pas repris l'idée de Lauterpacht d'attribuer une compétence spécifique à la Cour internationale de Justice.

18. Dans son Cinquième Rapport, Sir Humphrey Waldock proposa de revenir – comme cela avait été demandé par certains Etats – à une nullité relative invocable seulement par l'Etat victime (cf. *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 15). Une majorité des membres de la CDI préféra cependant maintenir la nullité absolue (voir le compte-rendu de la 825^e session de la CDI, *Annuaire CDI*, 1966, vol. I, première partie, p. 21-24).

19. *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 247. Voir aussi *ibid.*, p. 246.

20. *Annuaire CDI*, 1963, vol. II, p. 52-53 et 94.

21. Cf. Deuxième Rapport, *Annuaire CDI*, 1963, vol. II, p. 90-93.

22. *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 238-239.

23. *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 239-240.

24. Cf. Deuxième Rapport, *Annuaire CDI*, 1963, vol. II, p. 86-90.

25. Voir en particulier les interventions de Briggs, de Rosenne et de Tunkin, *Annuaire CDI*, 1963, vol. I, respectivement p. 62, 64, et 180.

26. *Ibid.*, p. 181 et 278.

27. Dans le cas de la contrainte contre l'Etat, amendement franco-suisse défait à une majorité de 63 voix contre 12.

28. Sur ce point, voir aussi la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 relative à la *Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal* dans laquelle le Tribunal a refusé d'entrer en matière sur l'allégation de la Guinée-Bissau selon laquelle l'Accord franco-portugais de 1960 serait nul du fait

de la violation par la France de son droit interne : « Le seul Etat qui pourrait invoquer cette cause de nullité est le Sénégal » en tant que successeur de la France (*RCDIP*, vol. 94, 1990, p. 250).

29. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Documents officiels, p. 438.

30. Voir en particulier les interventions en Commission plénière des délégations d'Israël, de l'Ethiopie, du Canada et de la Suisse (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Documents officiels, ONU Doc. A/Conf.39/11, p. 337, 341, 351 et 352). Voir aussi la déclaration faite par la Suisse juste après l'adoption de l'article 66 de la Convention de Vienne : “Under that paragraph 1 of the new article just adopted, *every State party to the convention on the law of treaties would have the right to submit, by application, to the International Court of Justice any dispute with another party concerning the application or the interpretation of article 50 [article 53 du texte final] or article 61 [article 64]*”, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Seconde session, Documents officiels, ONU Doc. A/Conf.39/II/Add.1, p. 194 ; les italiques sont de nous). En ce sens dans la doctrine, voir par exemple : René-Jean Dupuy, « Codification et règlement des différends : Les débats de Vienne sur les procédures de règlement », *AFDI*, vol. 15, 1969, p. 70-91 ; K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice” » *RCADI*, vol. 209, 1988-11, p. 317 et I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Londres 1990, p. 648-649.

31. Voir à ce sujet les interventions des délégations des Pays-Bas, de la France, de la Suisse, de l'Italie et de la Colombie lors de la 34^e séance plénière, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Seconde session, Documents officiels, ONU Doc. A/Conf.39/11/Add. 1, p. 190, 191 et 194. En ce sens, voir aussi l'intervention de Pellet lors des débats de la CDI en 1995 relatifs aux crimes (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2393^e séance, § 33).

32. Il faut noter que la Convention de Vienne de 1986 a repris sans les changer les mécanismes de procédure de la Convention de 1969. Cela découle de l'approche suivie par la CDI et son Rapporteur spécial, Paul Reuter, qui se sont efforcés de conserver autant que possible l'uniformité du droit des traités et de ne procéder à des adaptations que lorsqu'elles étaient exigées par la particularités des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (cf. *Annuaire CDI*, 1982, vol. II, deuxième partie, § 35-44).

33. Sur cette problématique, voir notamment : K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured’ State and Its Legal Status”, *NILR*, vol. 35, 1988, p. 273-289, et D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, *BYIL*, vol. 59, 1988, p. 151-215.

34. Voir, par exemple, A.F. Frangulis, *Théorie et pratique des traités internationaux*, Paris, 1934, p. 135 ; Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, p. 154 ; P. Reuter, *La responsabilité internationale*, Cours de doctorat 1955-1956, Paris, p. 111. On notera que l'article 63 du Statut de la Cour internationale de Justice établit que tous les Etats parties à un traité multilatéral ont un intérêt légitime à intervenir dans une procédure pendante au sujet de l'interprétation ou de l'application dudit traité. Cette disposition reconnaît donc une sorte d'intérêt « systémique » de tous à l'égard du régime conventionnel. Un tel droit d'intervention a cependant une portée singulièrement plus limitée que l'*actio popularis*, qui est un droit de tous d'agir en justice en tant que demandeur. Sur cette question, voir *supra* p. 4-4 et p. 4.

35. *AJIL*, vol. 29, 1935, suppl., p. 662 (les italiques sont de nous). Le commentaire de cette disposition affirme – comme un principe général – que tous les Etats parties sont autorisés à réagir à la violation d'un traité multilatéral. Le commentaire ajoute qu'il est parfaitement concevable que certaines parties à un traité multilatéral choisissent de ne pas réagir à la violation du traité. Cependant, il s'agit là d'une décision discrétionnaire de l'Etat concerné (cf. *ibid.*, p. 1 092-1 093).

36. Ainsi, pour A. Decencière-Ferrandière, la violation d'un traité-contrat à l'égard d'une partie « donne un droit d'action à tous les cocontractants de cette dernière. Il en est autrement dans les

accords normatifs où la violation du Droit (objectif) ne fait naître de responsabilité qu'à l'égard de l'Etat lésé (droit subjectif) » (*La responsabilité des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, 1925, p. 21).

37. A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française*, Paris, vol. I, n° 232.

38. CPJI Série C, n° 3, vol. supp. , p. 65. Cf. *supra* p. 4 ss.

39. CH. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. v, Washington, 1943, p. 345.

40. L'article 60 § 3 définit la violation « substantielle » comme étant constituée soit par un rejet du traité non autorisé par la Convention de Vienne, soit par la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et du but du traité.

41. Article 60 § 3.

42. On relevera encore que l'article 60 contient également à son paragraphe 5 une clause d'intangibilité en faveur des dispositions relatives à la protection de la personne humaine. Cette clause fut introduite lors de la Conférence diplomatique de Vienne à la demande de la délégation suisse et était inspirée principalement par le droit international humanitaire. Il ressort cependant clairement des travaux préparatoires qu'elle s'applique aussi à l'égard de traités ou dispositions protégeant les droits de l'homme. Cette clause de sauvegarde est une traduction de la nature collective de l'intérêt protégé par de tels traités.

43. A ce sujet, voir A. Yahi, « La violation d'un traité : L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité », *RBDI*, vol. 26, 1993, p. 437-469.

44. Article 60 § 4.

45. Article 55 du projet final d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats (ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 60 ; à ce sujet, cf. *infra* p. 303).

46. Cf. *Annuaire CDI*, 1964, vol. II, p. 175-176, § 18 ; *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 177, § 31.

Chapitre IV. L'*actio popularis* au regard du droit de la responsabilité

p. 278-318

- ¹ En principe, comme cela a été dit dans le chapitre précédent, c'est d'abord le contenu et la nature des normes primaires qui déterminent les créanciers de l'obligation internationale. Ce sont donc ces normes primaires qui sont pertinentes, au premier chef, pour identifier qui est habilité à réagir au fait illicite. Cependant, les règles primaires ne suffisent généralement pas. Il est rare en effet qu'un traité multilatéral prévoie explicitement quels Etats sont concernés par la violation de l'une de ses dispositions. Et de telles réponses sont encore plus difficiles à trouver au sein d'un droit non écrit comme le droit international coutumier. En pratique, les règles générales du droit de la responsabilité jouent donc un rôle essentiel par rapport à l'*actio popularis*. D'une part, elles aident à déterminer qui est habilité à invoquer la responsabilité de l'auteur d'un fait internationalement illicite, en tenant compte pour ce faire, outre de la nature et du contenu des normes primaires, des circonstances particulières de la violation¹. A ce titre, elles sont directement pertinentes dans l'examen par le juge de la qualité pour agir. D'autre part, ces règles secondaires définissent les conséquences de la responsabilité en termes d'obligations de cessation et de réparation. Elles sont donc applicables, à défaut ou en complément des règles spécifiques, pour déterminer les remèdes que le juge peut identifier après constatation d'une violation du droit international².
- ² Le présent chapitre est divisé en trois parties. La première traite de la responsabilité internationale en tant qu'institution, afin de montrer que l'évolution moderne de la nature et de la fonction de la responsabilité a ouvert la voie à l'*actio popularis*. La deuxième aborde le cœur de notre sujet : la multilatéralisation de la responsabilité, c'est-à-dire l'élargissement du cercle des Etats autorisés à faire valoir tout ou partie des conséquences de la responsabilité. Enfin, la troisième partie examine un cas particulier de responsabilité multilatérale, le régime applicable aux violations particulièrement graves du droit international, que la CDI avait proposé d'abord de qualifier de crimes d'Etats avant de renoncer finalement à cette expression.

Section I – La responsabilité en tant qu'institution

- ³ La responsabilité internationale a subi au cours des cinquante dernières années des transformations substantielles non seulement dans son contenu, mais aussi dans sa nature et ses fonctions. Il convient d'examiner brièvement ces transformations, qui ont des conséquences directes pour *l'actio popularis*, en comparant la conception classique de la responsabilité aux tendances modernes.

§ 1^{er} – La conception classique

- ⁴ Dans sa conception traditionnelle, la responsabilité internationale a pour fonction d'assurer la réparation d'un préjudice subi à la suite d'une violation du droit international³. Elle remplit donc une fonction limitée, de nature exclusivement réparatoire. Dans une telle conception, les représailles sont considérées comme étrangères à l'institution de la responsabilité. Etant destinées à assurer le rétablissement de l'ordre juridique, elles relèvent de la problématique de l'exécution du droit international ou des sanctions, et non de la réparation.
- ⁵ D'autre part, du point de vue de sa structure, la responsabilité internationale est construite – pour reprendre une formule de Charles Rousseau – comme une « relation d'Etat à Etat⁴ ». Elle se moule dans un cadre bilatéral : l'auteur d'un fait illicite engage sa responsabilité vis-à-vis d'un autre Etat déterminé, et non vis-à-vis de la société en général. La corrélation existant sur le plan de la norme primaire entre l'obligation d'un Etat et le droit d'un autre Etat se prolonge, au niveau de la responsabilité, sous la forme d'une obligation de réparation de l'Etat fautif et d'un droit correspondant de l'Etat victime⁵.
- ⁶ Enfin, dans l'approche classique, le dommage joue un rôle central dans la naissance et le contenu de la responsabilité. En raison de la fonction réparatoire de la responsabilité – et probablement aussi parce que les règles de la responsabilité ont été développées principalement en relation avec des violations du droit des étrangers – la survenance d'un dommage conditionne l'existence même de la responsabilité. La responsabilité internationale est construite dans l'approche classique sur le modèle de la responsabilité civile telle qu'elle est connue dans la plupart des droits internes. On considère donc que trois éléments sont indispensables : 1) la violation d'une règle du droit international ; 2) la survenance d'un dommage ; 3) l'existence d'un rapport de causalité entre la violation et le dommage. C'est également le dommage qui détermine quel Etat est autorisé à faire valoir la responsabilité ainsi que l'étendue de l'obligation de réparer.

§ 2 – Les tendances modernes

- ⁷ Bien que défendue encore par certains, cette conception purement réparatoire de l'institution de la responsabilité internationale tend à être supplantée par diverses tendances modernes lui attribuant une fonction beaucoup plus étendue. Les travaux consacrés par la CDI à la responsabilité internationale ont servi de catalyseur à cette évolution. Initiés en 1953 à la demande de l'Assemblée générale de l'ONU, ces travaux ont ouvert un large débat sur les finalités et le contenu de la responsabilité. Par leur importance intrinsèque et par l'ampleur des réactions qu'ils ont suscitées, les travaux

de la CDI constituent un texte de référence incontournable pour apprécier l'évolution contemporaine de l'institution de la responsabilité internationale. Après une odyssée de plus de cinquante ans au cours de laquelle cinq rapporteurs spéciaux ont servi successivement de timonier, la CDI a achevé ses travaux en 2001 par l'adoption d'un ensemble complet d'articles⁶. L'Assemblée générale de l'ONU a pris officiellement note du texte de la CDI sans le modifier⁷. Elle s'est réservée toutefois la possibilité, compte tenu de l'importance de la matière de la responsabilité, de convoquer ultérieurement une conférence diplomatique en vue d'adopter une convention internationale à ce sujet⁸.

- 8 Dans les travaux de la CDI, la responsabilité internationale n'est plus cantonnée dans une fonction réparatoire ; elle est conçue comme un mécanisme d'une portée beaucoup plus large couvrant l'ensemble des conséquences de la violation du droit. Elle consiste, pour reprendre la terminologie utilisée par la CDI, en une série de « relations juridiques nouvelles » qui s'établissent à la suite d'un fait illicite entre l'Etat responsable et les autres Etats lésés ou intéressés au respect de la légalité. La responsabilité comprend donc non seulement la réparation, mais aussi la cessation, les assurances et garanties de non-répétition ainsi que la faculté de recourir à des contre-mesures. Dans cette conception élargie, l'institution de la responsabilité devient un moyen de garantir le respect de la légalité internationale.
- 9 D'autre part, au niveau de sa structure, la responsabilité cesse d'être exclusivement bilatérale. En fonction du contenu et de la nature de la violation, ainsi que des circonstances de la violation, la responsabilité peut être soit bilatérale, soit multilatérale. Dans ce dernier cas, les conséquences de la responsabilité peuvent être invoquées parallèlement par plusieurs Etats, voire par tous les Etats lorsque l'obligation violée est due envers la communauté internationale dans son ensemble.
- 10 Une dernière évolution significative est la relativisation du rôle joué par le dommage. Alors qu'il conditionnait dans la doctrine classique l'existence même de la responsabilité, le dommage cesse dans l'approche moderne d'en être un élément constitutif. Cette relativisation du rôle du dommage est liée à l'affranchissement de la responsabilité de sa fonction exclusivement réparatoire. Le deuxième Rapporteur spécial, Roberto Ago, justifia toutefois cette disparition du dommage comme élément constitutif de la responsabilité en faisant valoir simplement que le dommage se confond avec la violation du droit. Il souligna que le dommage subi par l'Etat en raison d'un fait illicite peut être non seulement matériel, mais aussi moral ou juridique. Dès lors, n'importe quelle violation d'une obligation internationale peut être considérée comme constitutive d'un dommage juridique⁹. En d'autres termes, le dommage ne disparaît pas complètement, mais il cesse d'être un élément « distinct » dans le déclenchement de la responsabilité internationale¹⁰. La relativisation du rôle du dommage se manifeste également dans la définition de la qualité pour agir. Alors que le dommage permet clans le schéma de responsabilité classique de déterminer l'Etat lésé et par là d'identifier celui qui est autorisé à demander réparation, le dommage perd une grande partie de cette fonction dans la conception moderne, car le cercle des Etats autorisés à invoquer la responsabilité s'élargit à des Etats qui n'ont pas été directement lésés par le fait illicite.

Section II – La multilatéralisation de la responsabilité

- ¹¹ Dans la perspective de l'*actio popularis*, l'aspect le plus fondamental de l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité est la reconnaissance du fait que certaines violations du droit international affectent simultanément tous les membres d'un groupe d'Etats ou de la communauté internationale, et par conséquent que chacun d'entre eux a le droit de faire valoir tout ou partie des conséquences de la responsabilité. Cette multilatéralisation de la responsabilité n'est naturellement que partielle ; elle se limite aux faits illicites affectant des intérêts collectifs. Il s'agit pourtant d'une évolution d'une portée considérable qui tranche avec le modèle classique de la responsabilité et pave le chemin de l'*actio popularis*.
- ¹² Dans le cadre de ses travaux, la CDI a procédé à cette multilatéralisation de la responsabilité en suivant successivement deux approches différentes à ce sujet. Elle a opté d'abord pour une extension large et uniforme du statut d'Etat lésé (*infra* § 1), puis elle a choisi une voie peut-être plus classique en distinguant entre le(s) Etat(s) (spécialement) lésé(s) et ceux qui se prévaudraient simplement de leur intérêt au respect de la légalité (*infra* § 2).

§ 1^{er} – L'approche initiale de la CDI

A. La multiplication des Etats lésés

- ¹³ L'identification des Etats autorisés à faire valoir la responsabilité ne fut abordée dans le cadre des travaux de la CDI que tardivement. La première partie du projet d'articles, élaborée dans le courant des années septante sous l'égide de M. Ago, établissait les conditions dans lesquelles naît la responsabilité internationale exclusivement autour de la violation de l'obligation internationale ; elle ne mentionnait pas le(s) Etat(s) affecté(s) par le fait illicite, ni ne définissait la qualité pour invoquer la responsabilité. Dans son Deuxième Rapport, M. Ago avait posé cependant un jalon important en postulant que, sur le plan des normes primaires, la « corrélation entre obligation juridique, d'un côté, et droit subjectif, de l'autre, ne souffre pas d'exception¹¹. » Etendant cette corrélation au domaine de la responsabilité, il ajoutait qu'il est « tout à fait légitime, en droit international [...] de considérer l'idée de violation d'une obligation comme l'équivalent parfait de celle de lésion du droit subjectif d'autrui¹². » Cette idée fut incorporée telle quelle dans le commentaire par la CDI des premiers articles du projet¹³.
- ¹⁴ Lorsqu'il reprit en 1980 le mandat de rapporteur spécial, M. Riphagen proposa de définir la qualité pour agir à travers la notion d'Etat lésé¹⁴. Ce faisant, il se montrait fidèle à l'idée défendue par son prédécesseur d'une corrélation absolue entre violation d'une obligation internationale et lésion d'un droit. Cependant, M. Riphagen souligna en même temps que le droit international s'était affranchi dans certains domaines du modèle bilatéral classique et qu'il fallait en conséquence tenir dûment compte de la pluralité des Etats concernés par le respect de certaines obligations internationales. Selon lui, dans de tels cas de figure, tous les Etats intéressés au respect de l'obligation internationale devraient être considérés comme lésés dans leur droit propre. Le Rapporteur spécial développa à ce sujet le concept de « régimes objectifs », une

catégorie dans laquelle il rangea différents types de normes protégeant des intérêts collectifs¹⁵.

¹⁵ Après que la CDI eut débattu pendant plusieurs années de la définition des Etats lésés¹⁶, M. Riphagen proposa, en 1984, un projet d'article dans lequel il distinguait entre plusieurs types de faits illicites, les uns découlant de la violation d'une obligation bilatérale (ou bilatéralisable) et n'affectant qu'un seul Etat, les autres lésant simultanément une pluralité d'Etats¹⁷. Après quelques remaniements¹⁸, le projet de disposition fut adopté par la CDI en première lecture en tant qu'article 5 de la deuxième partie (article 40 du texte complet adopté en première lecture¹⁹).

¹⁶ Cet article posait tout d'abord dans son paragraphe 1 la règle générale selon laquelle l'expression « Etat lésé » s'entend de « tout Etat qui est atteint dans un droit par le l'ait d'un autre Etat, si ce fait constitue [...] un fait internationalement illicite de cet Etat. ». Ce paragraphe reprend donc la stricte corrélation postulée par Ago entre violation d'une obligation internationale et lésion d'un droit. D'autre part, il entérine la relativisation du rôle du dommage, puisqu'il renonce à faire de celui-ci un élément distinct de la responsabilité (ou, ce qui revient au même, considère que toute lésion d'un droit constitue *ipso facto* un préjudice juridique²⁰). Les paragraphes 2 et 3 fournissaient ensuite une liste d'exemples de violations d'obligations internationales. Parmi les exemples mentionnés, quatre constituaient des faits illicites lésant simultanément tous les membres d'un groupe d'Etats, à savoir :

- La violation d'un traité multilatéral ou d'une coutume lorsqu'elle « affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres Etats parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier » (article 40, § 2, lettre e, ii) ;
- La violation d'une obligation (conventionnelle ou coutumière) relative à la protection des droits de l'homme (article 40, § 2, lettre e, iii) ;
- La violation d'un traité multilatéral protégeant expressément des intérêts collectifs (article 40, § 2, lettre f) ;
- Enfin, une violation du droit international entrant dans la catégorie des crimes internationaux de l'Etat (article 40 § 3).

B. Les problèmes

¹⁷ Dès son adoption, la définition des Etats lésés retenue par la CDI en première lecture fit l'objet de diverses critiques, au sein même de la CDI ainsi que de la part des Etats et de la doctrine²¹.

1) Une formulation maladroite

¹⁸ Une partie des critiques portait sur la formulation du projet d'article 5 adopté en première lecture ainsi que sur les exemples mentionnés. Il ressort clairement du texte même de l'article 5 ainsi que des travaux de la CDI que la liste d'exemples fournie n'a pas un caractère exhaustif et que l'ensemble de l'article est d'une application subsidiaire par rapport aux normes primaires²². Cependant, toute liste non exhaustive provoque inévitablement des questions sur les raisons d'admettre ou d'exclure tel ou tel exemple. Le problème était corsé en l'espèce par le fait que la liste d'exemples donnée dans cette définition des Etats lésés est longue et maladroite. Les catégories énoncées dans les paragraphes 2 et 3 se chevauchent partiellement. Ainsi, les règles

relatives à la protection des droits de l'homme (paragraphe 2, lettre e, iii) peuvent être rangées, en amont, dans la catégorie des normes dont la violation affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres Etats (paragraphe 2, lettre e, ii) ou, en aval, dans celles des normes protégeant des intérêts collectifs (paragraphe 2, lettre f). Ces mêmes règles de protection de droits de l'homme peuvent aussi, dans certains cas de violations graves, équivaloir à des crimes de l'Etat (paragraphe 3). En outre, aucune mention n'est faite dans cette liste d'exemples de certaines sources du droit international, en particulier de la coutume régionale et bilatérale. Enfin, un dernier aspect particulièrement critiquable est la mention de l'intérêt collectif dans le contexte seulement du droit conventionnel et sous la condition que la volonté de protéger l'intérêt collectif ressorte expressément du texte du traité (paragraphe 2, lettre f). Pourquoi la finalité collective ne pourrait-elle pas découler implicitement de la teneur et de la nature de l'obligation conventionnelle et pourquoi une obligation de même type ne pourrait-elle pas exister également en droit international général ?

2) Une multilatéralisation mal maîtrisée

¹⁹ D'autre part, dans cette approche initiale suivie par la CDI, la multilatéralisation de la responsabilité internationale apparaît mal maîtrisée. Elle est à la fois excessive et trop timorée. L'excès tient, selon nous, moins à la teneur même de la définition des Etats lésés qu'au commentaire qui l'accompagne. La CDI semble en effet affirmer dans ledit commentaire un intérêt collectif très large au respect de la légalité. Elle affirme que lorsqu'une règle du droit international général ou d'un traité multilatéral est violée, « on ne peut pas toujours présumer » que tous les Etats liés par ladite règle sont simultanément lésés²³. Ce faisant, la CDI renverse la présomption usuelle : elle transforme ce qui était et demeure probablement l'exception – le fait illicite *erga omnes* – en une règle, tandis que la règle ancienne – le fait illicite lésant un seul Etat – paraît devenir l'exception. On a parlé à ce propos d'une « multilatéralisation banalisée²⁴ ».

²⁰ Les articles adoptés par la CDI en première lecture pèchent en même temps par une prudence excessive quant aux conséquences à tirer de l'extension du cercle des Etats lésés. Celle-ci ne s'accompagne en effet pas d'une redéfinition du contenu de la responsabilité. Les relations juridiques nouvelles naissant de la responsabilité sont énoncées en effet dans des termes purement bilatéraux, même lorsqu'il s'agit de la violation d'obligations *erga omnes* ou de crimes internationaux des Etats. Elles sont envisagées comme un faisceau d'obligations et de droits réciproques établis dans le cadre de relations bilatérales et donc invocables de manière séparée par chaque Etat lésé. En d'autres termes, la CDI feignait de reconnaître la spécificité de certaines obligations dues simultanément à l'égard de plusieurs Etats ou de la communauté internationale dans son ensemble, mais en réalité elle s'empressait de les enfermer dans le carcan du droit bilatéral²⁵.

3) L'uniformité trompeuse du statut d'Etat lésé

²¹ Les critiques les plus sévères que l'on peut adresser à l'article adopté en première lecture se rapportent cependant à l'idée implicite d'une uniformité des droits entre les différents Etats lésés. Dès lors qu'on considère que chaque Etat est lésé dans un droit subjectif, il est difficile ne pas reconnaître à tous des droits similaires. La notion élargie

d'Etats lésés posée par la CDI conduisait donc presque inévitablement à l'idée erronée que tous ont des droits et intérêts similaires au regard de la responsabilité.

- 22 Au cours des débats de la CDI qui précédèrent l'adoption du projet d'article, certains membres s'interrogèrent déjà sur l'adéquation d'une approche qui mettait sur un pied d'égalité tous les Etats lésés. On souligna l'importance de distinguer entre le(s) Etat(s) directement affecté(s) et ceux qui le sont simplement au titre de leur intérêt au respect de la légalité²⁶. Des réserves similaires furent exprimées à la Sixième Commission de l'Assemblée générale de l'ONU²⁷. Ces critiques amenèrent le quatrième Rapporteur spécial de la CDI, M. Arangio-Ruiz, à réexaminer cette question dans les rapports qu'il présenta au début des années quatre-vingt-dix²⁸. Cependant, il estima qu'il n'y avait pas lieu de modifier l'approche retenue et refusa la distinction proposée par certains membres de la CDI et au sein de la Sixième Commission entre Etats « directement » et « indirectement lésés ». Selon Arangio-Ruiz, cette distinction est le fruit d'une « méprise flagrante » sur la nature du préjudice :

[...] la distinction entre Etats directement et non directement lésés ne tient pas. Les cas envisagés paraissent indiquer que l'application de cette distinction aboutirait : i) dans certains cas (droits de l'homme et peut-être environnement planétaire) à la qualification d'Etats *non directement lésés* pour *tous les Etats* atteints dans leur droit par une violation ; ii) dans d'autres cas (comme l'atteinte à la liberté de navigation ou l'agression) à une *présentation incorrecte*, en ternies d'atteinte « directe ou indirecte », de différences tenant uniquement à la nature ou au degré du préjudice²⁹.

- 23 La position de l'internationaliste italien semble toutefois inspirée par des raisons plus profondes, de nature conceptuelle. Elle s'explique en effet par la corrélation entre l'obligation et le droit subjectif, qui avait été posée comme un principe de portée générale par son compatriote Roberto Ago aux débuts des travaux de la CDI et à laquelle Arangio Ruiz s'est montré lui-même très attaché. Pour Arangio-Ruiz, cette corrélation vaut également par rapport à des obligations *erga omnes*. Il considère donc que les Etats membres de la communauté internationale n'ont pas seulement un intérêt, mais un véritable droit « subjectif » à leur respect³⁰. Si on accepte de telles prémisses, il est légitime de considérer qu'en cas de violation d'une obligation *erga omnes*, tous les Etats membres de la communauté internationale – ou tous les Etats parties au traité concerné – sont des Etats lésés et qu'ils le sont tous au même titre, puisqu'ils sont tous simultanément lésés dans un droit propre identique. Mais la notion de droit subjectif est-elle vraiment appropriée dans un tel cas³¹ ?

- 24 M. Arangio-Ruiz défendit également l'idée que les conséquences en termes de responsabilité de la violation d'une obligation *erga omnes* sont les mêmes pour tous. Selon lui, tous les Etats peuvent se prévaloir de l'ensemble des droits et facultés découlant usuellement de la responsabilité internationale³². Ainsi sont-ils tous fondés, en principe, à réclamer la cessation du fait illicite, la réparation sous une forme adéquate (restitution, indemnisation, satisfaction et/ou garanties de non-répétition), ainsi qu'à prendre, le cas échéant, des contre-mesures³³. L'internationaliste italien concédait néanmoins que tous les Etats ne sont pas nécessairement lésés de la même manière, ni au même degré, et qu'en conséquence le contenu de chaque droit découlant de la responsabilité est déterminé, dans chaque cas d'espèce, par la nature et la gravité du préjudice. Ainsi souligna-t-il que lorsqu'un Etat agit en tant que membre de la collectivité, il ne peut le faire que pour défendre l'intérêt commun protégé par la norme primaire³⁴.

²⁵ Sur la base de cette analyse, le professeur Arangio-Ruiz proposa de conserver le statut uniforme pour les Etats lésés, tel qu'il figurait dans le projet d'article 5 adopté par la CDI en première lecture, et de le compléter simplement par une disposition indiquant, d'une manière laconique, que « lorsqu'il y a plusieurs Etats lésés, chacun d'eux est fondé à exercer les droits qui lui sont reconnus » par les règles régissant les conséquences de la responsabilité³⁵. Cette proposition reçut un accueil mitigé au sein de la CDI et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. On continua à demander l'établissement d'une distinction entre le(s) Etat(s) spécialement affecté (s) et ceux qui agiraient en tant que simples défenseurs de la légalité internationale³⁶. Comme Arangio-Ruiz le reconnut plus tard, son projet d'article supplémentaire ne fournissait guère de réponse à la question centrale de savoir dans quelle mesure les droits des Etats lésés diffèrent³⁷. L'universalité du statut d'Etat lésé et la définition uniforme des droits qui y sont attachés furent critiquées principalement en relation avec la question des contre-mesures, certains s'inquiétant qu'on mette sur le même plan, dans un tel contexte, l'Etat directement lésé et les autres Etats³⁸. L'attribution de droits uniformes est cependant aussi problématique par rapport au droit de réclamer certaines formes de réparation. Comment régler les situations où plusieurs Etats réclameraient simultanément des formes différentes (et contradictoires) de réparation du même fait illicite ? Ainsi, dans l'hypothèse où l'Etat spécialement lésé déciderait de refuser la restitution, les autres Etats sont-ils légitimés à remettre en cause un tel choix, et si oui dans quelles circonstances³⁹ ? Un autre aspect délicat est le droit reconnu à tous les Etats de demander une compensation financière⁴⁰. Selon nous, un tel droit de tous n'apparaît acceptable que s'il est expressément précisé qu'il ne peut être exercé qu'au bénéfice de la victime directe du fait illicite.

§ 2 – La version finale du projet d'articles

²⁶ Après avoir achevé en 1996 l'adoption provisoire en première lecture d'un ensemble complet de 60 articles, la CDI le transmit aux Etats pour commentaires. Si les réactions des Etats furent assez, peu nombreuses en regard de l'importance de la matière de la responsabilité, la définition des Etats lésés fit l'objet de diverses critiques. Celles-ci se rapportaient principalement à la formulation maladroite des différentes catégories de faits illicites *erga omnes*. Plusieurs Etats s'interrogèrent aussi sur l'extension du cercle des Etats lésés, en exprimant leur crainte que les conséquences de la responsabilité soient invoquées trop facilement par des Etats non directement affectés. Toutefois, à une exception près⁴¹, ces critiques portaient non pas sur le principe même que des Etats non directement affectés puissent faire valoir certaines des conséquences de la responsabilité, mais sur l'étendue des droits de ceux-ci ainsi que sur les modalités de leur exercice⁴².

A. La distinction entre l'Etat lésé et les titulaires d'un intérêt au respect de la légalité

²⁷ En réponse à ces critiques persistantes, le nouveau rapporteur spécial nommé après la démission d'Arangio-Ruiz, le professeur James Crawford, préconisa un remodellement en profondeur de la définition de la qualité pour invoquer la responsabilité. Il proposa de limiter le statut d'Etat lésé aux Etats directement affectés par le fait illicite, tout en reconnaissant parallèlement certains droits aux Etats qui ont un intérêt juridique à

l'exécution de l'obligation violée (soit en tant que membre de la communauté internationale, soit en tant que membre du groupe d'Etats à l'égard duquel l'obligation est due⁴³). En établissant ces deux catégories, le Rapporteur spécial cherchait à clarifier pour les uns et les autres l'étendue de leurs droits. Aux termes des propositions de Crawford, seuls les Etats lésés (conformément à la nouvelle définition restrictive) pourraient invoquer en leur nom propre l'ensemble des conséquences de la responsabilité, c'est-à-dire la cessation du fait, la réparation ainsi que la faculté de prendre des contre-mesures. Pour leur part, les Etats ayant un intérêt juridique au respect de l'obligation internationale violée auraient le droit de réclamer librement la cessation du fait illicite ainsi que des assurances et garanties de non-répétition. En revanche, ils ne seraient habilités à réclamer réparation ou à prendre des contre-mesures unilatérales qu'au nom de la victime (c'est-à-dire du peuple ou de l'individu directement concerné) ou au nom de l'Etat spécialement atteint⁴⁴.

- 28 Le remodèlement proposé par le Rapporteur spécial fut accueilli favorablement par la CDI ainsi que par les Etats qui s'exprimèrent à ce sujet au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Par souci de clarté, deux dispositions distinctes furent finalement introduites à ce sujet dans le projet d'articles. La première est consacrée exclusivement à l'Etat lésé par le fait illicite, alors que la seconde traite des Etats qui ont un intérêt juridique à l'exécution de l'obligation internationale sans avoir été pour autant directement affectés.
- 29 Dans la version finale du projet d'articles de la CDI, ces deux dispositions ont la teneur suivante :

Article 42. Invocation de la responsabilité par l'Etat lésé

- 30 Un Etat est en droit, en tant qu'Etat lésé, d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due :
 - 31 a) A cet Etat individuellement ou ;
 - 32 b) A un groupe d'Etats dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation :
 - i. Atteint spécialement cet Etat ou ;
 - ii. Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres Etats auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

Article 48. Invocation de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé

- 33 1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si :
 - a. L'obligation violée est due à un groupe d'Etats dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ou ;
 - b. L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
- 34 2. Tout Etat en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :
 - a. La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 et ;

b. L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

- 35 3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un Etat lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un Etat en droit de le faire en vertu du paragraphe 1⁴⁵.

B. Appréciation critique

1) Une restructuration bienvenue autour de la nature de l'obligation de fond

- 36 La redéfinition opérée par la CDI de la qualité pour invoquer la responsabilité s'articule autour d'une distinction entre les faits illicites purement bilatéraux et ceux qui revêtent une portée multilatérale parce qu'ils touchent à des intérêts collectifs. Les premiers sont couverts par la lettre a) de l'article 42 qui se réfère aux obligations dont un Etat est « individuellement » le bénéficiaire, c'est-à-dire à des obligations bilatérales ou « bilatéralisables ». Les seconds peuvent être identifiés à la violation d'obligations *erga omnes* (dans l'acception large du concept) et sont traités à la lettre b) de l'article 42 ainsi qu'à l'article 48. La nouvelle approche suivie par la CDI met ainsi mieux en lumière la distinction à opérer sur le plan de la responsabilité en fonction de la nature de l'obligation de fond violée. Elle traduit, au niveau des règles secondaires relatives à la responsabilité, les différences essentielles qui existent entre deux catégories d'obligations primaires que nous avons évoquées abondamment dans les chapitres précédents de cette étude. Dans sa version maintenant finale, le projet d'articles de la CDI accorde de manière justifiée une importance capitale au concept d'obligation *erga omnes*⁴⁶ et établit une distinction claire entre deux groupes d'Etats atteints différemment par le fait illicite *erga omnes* : ceux qui le sont pour ainsi dire personnellement (le ou les Etats « lésé(s) » au sens de l'article 42) et ceux qui sont affectés en tant que membre du groupe d'Etats envers lequel l'obligation est due ou en tant que membre de la communauté internationale (les « autres » Etats visés par l'article 48).

- 37 Ce recentrage autour de la nature de l'obligation de fond violée va de pair avec une remise en cause de certains choix antérieurs de la CDI :

- Tout d'abord, la CDI s'écarte de l'affirmation de Roberto Ago selon laquelle toute violation d'une obligation internationale équivaut à la lésion d'un droit subjectif. Dans son Troisième Rapport, le professeur Crawford souligne à juste titre que ce schéma n'est pas (ou plus) représentatif de l'ensemble des situations juridiques existant en droit international contemporain : « dans le domaine des relations internationales – dit-il – il n'y a plus (s'il n'y a jamais eu) aucune raison *a priori* de ramener toutes les relations de responsabilité à une forme unique de relations bilatérales droits-obligations entre deux Etats, comme dans un traité bilatéral⁴⁷. » Le terme de « droit » étant perçu comme une source de difficultés, le projet d'articles de la CDI évite intentionnellement de l'employer. Ainsi, dans les nouveaux articles rédigés au cours de la seconde lecture, la qualité pour invoquer la responsabilité est définie par référence exclusive à l'obligation violée, et non par rapport aux « droits » des Etats concernés. Il n'en demeure pas moins qu'un Etat ne peut invoquer la responsabilité d'un autre Etat que si l'obligation est due individuellement à son égard ou à l'égard d'un groupe dont il fait partie, c'est-à-dire, en d'autres termes, s'il est créancier de l'obligation primaire⁴⁸ ;

- S'agissant de la nature des obligations *erga omnes*, le projet d'articles de la CDI consacre dans sa version finale une définition large du concept similaire à celle que nous avons défendue dans les chapitres précédents. Le projet d'articles fait référence en effet non seulement aux obligations existant envers la communauté internationale dans son ensemble (et découlant par conséquent du droit international général), mais aussi aux obligations dues à l'égard d'un groupe plus limité d'Etats (les obligations *erga omnes partes* qui peuvent être contenues dans un traité universel ou régional ou résulter même d'une coutume régionale) ;
- Enfin, la CDI réhabilite partiellement le dommage, non pas comme un élément constitutif de la responsabilité internationale, ni comme une condition spécifique de la qualité pour agir, mais du moins comme un critère d'appréciation de la nature de cette qualité pour agir et donc des droits y afférents. L'Etat est habilité à invoquer (tout ou partie) des conséquences de la responsabilité selon qu'il est ou non créancier de l'obligation violée, et non en fonction du préjudice subi. Cependant, lorsqu'une obligation *erga omnes* est violée, l'Etat n'est considéré comme lésé que s'il est « spécialement atteint » ; s'il ne l'est pas, il n'est habilité à invoquer que certaines des conséquences de la responsabilité. Ainsi, c'est la nature et le degré du préjudice subi qui déterminent le type de qualité pour agir et l'étendue des droits qui y sont attachés⁴⁹.

2) Les droits des Etats non spécialement atteints

³⁸ L'idée directrice ayant guidé la CDI dans sa révision de la définition de la qualité pour agir était de préciser dans quelle mesure les Etats non spécialement atteints par le fait illicite *erga omnes* peuvent exiger la mise en œuvre des conséquences usuelles de la responsabilité. L'article 48 de la version finale du projet d'articles de la CDI assure de ce point de vue une meilleure clarté. Il établit une distinction entre trois types de conséquences soumis à des conditions d'exercice d'une sévérité croissante :

- Premièrement, la cessation du fait illicite ainsi que les assurances et garanties de non-répétition qui peuvent être exigées librement par tous les Etats ayant un intérêt au respect de l'obligation violée (article 48, § 2, lettre a) ;
- Deuxièmement, le devoir de réparation (sous ses différentes formes) que tous sont habilités également à invoquer, mais seulement dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée (article 48, § 2, lettre b) ;
- Troisièmement, les éventuelles contre-mesures que le projet d'articles de la CDI renonce finalement à traiter et qui font l'objet d'une clause de sauvegarde de portée volontairement limitative (article 54).

³⁹ De ces trois formes de conséquences, la dernière a toujours été la plus brûlante politiquement et la plus controversée. Pendant plus de vingt ans, l'un des principaux écueils auxquels se sont heurtées les tentatives pour définir un régime de responsabilité *erga omnes* était la question de savoir si des Etats non directement atteints ont le droit de prendre des contre-mesures individuelles. Aujourd'hui encore, la communauté internationale paraît divisée quant à la licéité des contre-mesures individuelles, c'est-à-dire des mesures adoptées unilatéralement par un ou plusieurs Etats sans l'aval de l'organisation universelle. Selon nous, une partie de la controverse est liée à une confusion entre plusieurs questions distinctes et en partie étrangères au projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats. D'un point de vue politique, ce que craignent principalement de nombreux pays est la légitimation d'interventions

militaires menées à des fins humanitaires ou en réaction à des violations graves des droits de l'homme⁵⁰. Or, il n'a jamais été envisagé dans le cadre des travaux de la CDI sur la responsabilité internationale d'autoriser des réactions unilatérales de nature militaire et le projet d'articles de la CDI ne traite pas des éventuelles réactions institutionnelles, en particulier des actions qui seraient menées au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies⁵¹. Au vu cependant des réticences persistantes de certains Etats, la CDI a choisi finalement de ne pas traiter de ce problème, afin de sortir ainsi de l'ornière politique dans laquelle elle se trouvait bloquée. Le projet d'articles contient donc une clause de sauvegarde qui laisse la question ouverte et réserve son règlement à un développement ultérieur du droit international. La formulation de cette clause de sauvegarde n'est toutefois pas neutre. Elle est au contraire clairement limitative, puisqu'elle se réfère uniquement à d'éventuelles mesures prises « afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée⁵². »

- 40 Si la question des contre-mesures est la plus controversée, c'est aussi la moins pertinente pour notre étude. En effet, seules les deux premières formes de conséquences énoncées ci-dessus ont des implications judiciaires et se rattachent par conséquent à la problématique de l'*actio popularis*. Selon nous, hormis sur la question des contre-mesures, la définition des droits des Etats non directement affectés soulève des problèmes davantage techniques que politiques.
- 41 En ce qui concerne la cessation du fait illicite, il n'y a rien à redire au fait que tous les Etats intéressés au respect de l'obligation *erga omnes* puissent exiger individuellement la cessation d'une violation qui perdure. Dans la mesure où le devoir de cessation n'est qu'une sorte de prolongement logique de l'obligation primaire⁵³, le droit de tous d'exiger la cessation du fait illicite constitue une conséquence minimale de leur statut de créanciers de l'obligation violée⁵⁴. Pour des motifs similaires, il paraît aussi logique que tous soient habilités à demander des assurances et des garanties de non-répétition, à tout le moins dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque le fait illicite est susceptible de se reproduire⁵⁵. Il convient de relever que le dernier Rapporteur spécial, le professeur Crawford, incluait dans cette première série de conséquences de la responsabilité comprend la possibilité de demander auprès d'une cour ou d'un tribunal compétent une déclaration constatatoire du fait illicite⁵⁶. Il reconnaissait ainsi expressément la possibilité d'intenter une *actio popularis* en vue d'assurer un contrôle de la légalité. Le commentaire de la CDI au sujet de l'article 48 est tout aussi explicite. La CDI y indique en effet notamment qu'elle s'est écartée délibérément dans l'article 48 de l'arrêt très critiqué rendu en 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain⁵⁷.
- 42 Les demandes de réparation du préjudice formulées par des Etats non spécialement affectés soulèvent des problèmes plus complexes. Signe de cette difficulté, le dernier Rapporteur spécial proposa successivement aux membres de la CDI deux variantes assez différentes : la première prévoyait la possibilité de demander les diverses formes de la réparation et cela au nom de l'Etat lésé ou de la victime ou, à défaut, par accord entre les Etats parties⁵⁸ ; la seconde n'envisageait plus que le droit de demander la restitution⁵⁹. La CDI a opté finalement pour la première des deux variantes en habilitant chaque Etat à demander une réparation adéquate, quelle que soit la forme de celle-ci. Cependant, le Comité de rédaction de la CDI a utilisé une formule un peu différente de celle proposée par le Rapporteur spécial. L'article 48, § 2, lettre b, indique en effet que la demande doit être faite non pas *au nom de*, mais simplement *dans l'intérêt de* l'Etat

lésé, s'il y en un, ou des bénéficiaires de l'obligation violée. La formulation retenue par le Comité de rédaction nous paraît clairement meilleure. Elle évite de subordonner le droit d'agir au consentement de l'Etat lésé ou de la victime, ce qui ne serait ni nécessairement facile à obtenir (songeons, par exemple, au cas où la victime serait un peuple n'ayant pas de représentants légitimes reconnus), ni simplement justifié compte tenu de l'intérêt collectif en cause. En outre, cette formulation est plus adaptée à l'hypothèse d'une action judiciaire. En effet, lorsqu'un Etat agit devant la Cour internationale de Justice ou devant une autre juridiction, il le fait en son nom propre⁶⁰. Si elle a posé ainsi quelques jalons, la CDI n'a pas cherché à réglementer dans les détails la demande de réparation. Au fur et à mesure qu'elle se développe, la pratique des tribunaux internationaux devrait fournir davantage de précisions à ce sujet⁶¹.

⁴³ Il convient de préciser encore que la cessation du fait illicite et la réparation du préjudice peuvent être exigés par les Etats intéressés de concert, mais ils peuvent l'être aussi individuellement par chacun d'entre eux. Cela ressort de la formulation même de l'article 48 du projet de la CDI ainsi que du commentaire de cette disposition⁶². Postuler que ces droits ne peuvent être exercés que collectivement reviendrait à les priver en réalité de la plus grande partie de leur portée⁶³.

⁴⁴ L'article 48 § 3 du projet de la CDI assujettit au surplus l'invocation de la responsabilité par des Etats non spécialement affectés aux conditions qui régissent son invocation par un Etat lésé. Il s'agit notamment du devoir de notification préalable⁶⁴, ainsi que des exigences de recevabilité de la demande liées à la nationalité et à l'épuisement des voies de recours internes⁶⁵. L'application de ces deux conditions n'appelle pas de commentaire particulier⁶⁶. En revanche, la troisième condition mentionnée dans l'article 48 § 3, à savoir la référence à la perte du droit d'invoquer la responsabilité⁶⁷, pose un problème d'interprétation et peut-être de fond. En effet, le texte tel qu'il est formulé n'indique pas clairement si cette condition s'applique de manière séparée à chaque Etat habilité à invoquer la responsabilité ou si, au contraire, une renonciation par l'Etat lésé empêche tout autre Etat d'agir. Si l'Etat victime d'une agression décide – sous l'effet ou non de la contrainte – de renoncer à invoquer toute responsabilité de l'agresseur, cela empêche-t-il les autres Etats de faire-valoir leur propre intérêt juridique au respect de l'interdiction du recours à la force ? De même, en cas de pollution maritime en haute mer, l'Etat dont les côtes sont affectées peut-il par son comportement empêcher d'autres Etats d'agir ? Selon nous, dans la mesure où l'intérêt protégé est de nature collective, nul ne peut en disposer librement⁶⁸. Il est intéressant de relever que la Convention de Vienne sur le droit des traités exclut pour sa part toute possibilité d'acquiescement vis-à-vis d'un traité conclu sous la contrainte ou qui est contraire au *jus cogens*, et cela précisément parce qu'un intérêt général est en cause⁶⁹.

3) Le régime spécial des obligations « intégrales » (ou « interdépendantes »)

⁴⁵ Dans l'ensemble, la restructuration de la qualité pour invoquer la responsabilité opérée par la CDI constitue une importante amélioration par rapport à la définition uniforme des Etats lésés adoptée en première lecture. Les principes posés nous semblent plus clairs et mieux en phase avec l'état actuel du droit et de la pratique internationale. Nous avons toutefois quelques réserves au sujet d'un point particulier : la place spéciale accordée à ce qu'on appelle parfois les obligations « intégrales » (ou « interdépendantes »). Le projet d'articles de la CDI considère en effet que tous les Etats à l'égard desquels l'obligation est due sont « lésés » dans le cas où le fait illicite « est de

nature à modifier radicalement la situation de tous [...] quant à l'exécution ultérieure de cette obligation⁷⁰. » Cela revient à créer une sous-catégorie spéciale d'obligations *erga omnes* bénéficiant d'un traitement privilégié au niveau de la responsabilité⁷¹. En effet, tous les Etats étant considérés dans un tel cas comme lésés, ils peuvent tous exercer en leur nom propre les droits complets naissant de la responsabilité.

- ⁴⁶ La justification de ce traitement spécial n'est pas claire. Il ressort cependant des travaux de la CDI et du commentaire du projet d'articles qu'il s'agit d'une transposition dans le droit de la responsabilité du cas visé par l'article 60, § 2, lettre c, de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷². Selon nous, il n'est cependant nullement indispensable de reprendre dans le droit de la responsabilité la formule de la Convention de Vienne. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de définir la réaction à un fait illicite. Toutefois, les deux dispositions portent sur des objets nettement distincts : l'article 60 de la Convention de Vienne traite uniquement du droit d'éteindre ou de suspendre le traité et ne s'applique qu'à une violation « substantielle » de celui-ci ; l'article 42 du projet de la CDI détermine pour sa part la qualité pour invoquer la responsabilité et embrasse à ce titre l'ensemble des conséquences du fait illicite⁷³.

- ⁴⁷ Si l'on s'intéresse à ses origines, on doit constater que le texte de l'article 60, § 2, lettre c, de la Convention de Vienne sur le droit des traités correspond à une proposition formulée par Sir Gerald Fitzmaurice et avait été justifié par ce dernier sur la base de la notion d'obligations « intégrales ». Or, si l'on reprend la description qu'en donne Fitzmaurice, les obligations « intégrales » ne semblent rien d'autre qu'une formulation antérieure, mais de portée similaire, du concept d'obligations *erga omnes*⁷⁴. La CDI paraît avoir été consciente de cette difficulté. En effet, dans son commentaire du projet d'articles sur la responsabilité, la CDI souligne que le concept d'obligations « intégrales » a parfois donné lieu à des confusions et propose en fait une définition plus restrictive que celle formulée originellement par Fitzmaurice. Le critère déterminant serait que l'obligation « intégrale » est due sur la base du « tout ou rien⁷⁵ » et la CDI donne comme exemples un traité de désarmement ou un traité de dénucléarisation⁷⁶. Par souci de clarification, elle suggère aussi de ne plus parler à ce propos d'obligations « intégrales », mais plutôt d'obligations « interdépendantes⁷⁷ ». Demeure cependant deux questions : d'une part, celle de l'opportunité du traitement spécial dont ces obligations font l'objet dans le projet d'articles sur la responsabilité ; d'autre part, celle de savoir si les précisions données dans le commentaire suffisent à distinguer dans la pratique la violation d'une telle obligation d'autres faits illicites *erga omnes*.

4) L'invocation de la responsabilité par d'autres entités que les Etats

- ⁴⁸ Délibérément, la CDI n'a pas voulu traiter de la qualité pour invoquer la responsabilité que pourraient posséder d'autres entités que les Etats. Pourtant, en fonction de la nature et du contenu de l'obligation violée, on peut parfaitement imaginer qu'une organisation internationale, un individu ou une organisation non gouvernementale souhaite faire valoir la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite. De fait, divers traités reconnaissent à des entités non étatiques un droit de recours pour leur propre compte, sans intervention de l'Etat. Outre le cas classique des traités relatifs aux droits de l'homme, le commentaire du projet d'articles de la CDI mentionne l'exemple de certains traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements⁷⁸. Bien que le projet d'articles de la CDI ne traite pas de cette question, il contient une clause

de sauvegarde aux termes de laquelle les règles énoncées sont « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat⁷⁹. »

5) Le caractère supplétif du droit de la responsabilité

49 Comme nous l'avons déjà relevé, les règles générales du droit de la responsabilité sont d'une application subsidiaire. Elles ne s'appliquent que si et dans la mesure où des règles spécifiques au domaine considéré ne déterminent pas elles-mêmes les conséquences du fait illicite. L'article 55 du projet de la CDI affirme expressément cette primauté des normes primaires, qui est conforme au principe de la *lex specialis*⁸⁰. Cela étant, il est rare qu'un traité multilatéral défisisse lui-même quels Etats parties sont lésés par la violation d'une de ses dispositions et quelles conséquences s'attachent à cette violation. Même lorsqu'une réglementation spéciale existe à ce sujet, il reste à déterminer si celle-ci entend bien exclure toutes les conséquences qui résultent des règles du droit international général relatives à la responsabilité. Ainsi, le concept de « régime se suffisant à lui-même » – que la Cour internationale de Justice a utilisé une fois à propos du droit des relations diplomatiques⁸¹ – paraît une réponse d'une portée trop générale et absolue ; elle s'adapte mal à une réalité infiniment plus complexe⁸². Selon nous, il convient au contraire plutôt de postuler une sorte de présomption en faveur de l'application supplétive des règles générales sur la responsabilité. En tout cas, la réponse devra être trouvée en principe à travers une analyse séparée pour chaque aspect de la responsabilité⁸³.

C. L'*actio popularis* légitimée

50 La CDI s'est efforcée dans ses travaux sur la responsabilité de ne pas préjuger de questions de nature judiciaire, en particulier celles touchant à la compétence des juridictions internationales ou à la recevabilité d'une demande. Cependant, le droit de la responsabilité étant l'un des outils principaux de fonctionnement du droit international, la définition de son contenu a inévitablement certaines conséquences par rapport à la saisine et au fonctionnement des juridictions internationales. En ce qui concerne la problématique de l'*actio popularis*, il est manifeste qu'elle ne peut pas être réglée seulement à la lumière du droit de la responsabilité. Mais en accordant une place de premier rang à la notion d'obligations *erga omnes* et en définissant la qualité pour invoquer la responsabilité d'une manière large, la CDI a posé des fondements solides pour une telle action en justice. Les travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats légitiment indiscutablement l'*actio popularis*.

51 Malgré cette volonté affichée par la CDI de ne pas préjuger de questions de nature judiciaire, la possibilité d'une *actio popularis* a été évoquée directement à plusieurs reprises. Le dernier Rapporteur spécial, par exemple, a laissé clairement entendre qu'une action judiciaire de tous en défense de l'intérêt collectif était possible. Dans son Troisième Rapport, il indique ainsi que lorsqu'une obligation *erga omnes* est violée, tous les Etats à l'égard desquels l'obligation est due ont le droit de réclamer la cessation de la violation ainsi que des assurances et garanties de répétition, « y compris, sous cette rubrique, au minimum le droit à une déclaration émise par une cour ou un tribunal compétent à l'égard de la violation⁸⁴. » Dans le même rapport, le professeur Crawford procède à une lecture critique de l'arrêt de 1966 relatif à l'affaire du Sud-Ouest africain.

Il souligne que celui-ci n'excluait pas en réalité la possibilité d'une *actio popularis* et ajoute : « en tout état de cause, la décision a été fortement critiquée et doit maintenant être lue à la lumière de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁸⁵. » Le commentaire du projet final d'articles établi par la CDI est tout aussi explicite quant à la possibilité d'intenter une *actio popularis* en vue de défendre un intérêt collectif. Au sujet de l'article 48, la CDI indique par exemple qu'elle s'est écartée délibérément de l'arrêt rendu en 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain⁸⁶.

- 52 Naturellement, la possibilité d'intenter une *actio popularis* devant la Cour internationale de Justice ou devant un autre organe de règlement des différends continue à dépendre de l'existence d'un titre de compétence juridictionnelle. Le projet d'articles sur la responsabilité des Etats ne contient pas de dispositions à ce sujet. La CDI a renoncé finalement au mécanisme de règlement des différends qu'elle avait incorporé dans le texte adopté en première lecture⁸⁷. Certains membres de la CDI estimaient en effet que le règlement des différends est déjà suffisamment couvert par les mécanismes conventionnels existants. On fit valoir aussi qu'en définissant un régime spécial de règlement des différends pour la responsabilité des Etats, on risquait d'empêter sur les mécanismes de règlement existants ou d'en provoquer la fragmentation. De fait, les règles sur la responsabilité sont applicables potentiellement vis-à-vis de la violation de n'importe quelle obligation internationale. Un mécanisme de règlement des différends en matière de responsabilité aurait donc eu un champ d'application très large, ce qui aurait constitué un changement notable par rapport à la règle du libre choix des moyens de règlement des différends qui est inscrite à l'article 33 de la Charte des Nations Unies⁸⁸. L'opportunité d'inclure des dispositions sur le règlement des différends était liée d'autre part à la question de la forme à donner au projet d'articles. De telles dispositions n'ont naturellement d'effets qu'en tant que partie intégrante d'une convention. Or, la CDI ayant choisi finalement de recommander à l'Assemblée générale de prendre seulement note dans un premier temps du projet d'articles sur la responsabilité, l'opportunité d'inclure une partie relative au règlement des différends était moindre.

Section III – Un cas particulier de multilatéralisation : Les crimes d'Etats

- 53 Un cas particulier de multilatéralisation de la responsabilité est le régime spécial aggravé que la CDI a voulu mettre en place au sujet des crimes internationaux des Etats. Bien que la CDI ait fait marche arrière et finalement démantelé presque entièrement ce qu'elle avait cherché à construire, ce régime de responsabilité aggravée est intéressant non seulement en raison des liens étroits qu'il entretient avec les concepts de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, mais aussi parce qu'il était accompagné d'une *actio popularis*.

§ 1^{er} – Le concept de crimes

- 54 Depuis que Roberto Ago a proposé de l'insérer dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité, le concept de crimes internationaux de l'Etat a soulevé les passions et fait couler beaucoup d'encre⁸⁹. L'idée directrice de ce concept était simple : établir deux régimes de responsabilité différents en fonction de l'importance de l'obligation violée et de la gravité de la violation. En d'autres termes, les formes les plus graves de faits

illicites (qualifiés de « crimes ») devaient être sanctionnées d'une manière plus sévère que les autres violations du droit international (les « délits internationaux »). Cette distinction entre crimes et délits fait l'objet de l'article 19 de la première partie du projet d'articles. Le « crime international » y est défini au paragraphe 2 de la manière suivante :

Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble, constitue un crime international⁹⁰.

- 55 Bien que cela ne ressorte pas explicitement de cette définition, deux conditions distinctes devaient être réunies : la première est l'importance accordée par la communauté internationale à l'obligation violée ; la seconde est la gravité de cette violation⁹¹. Le paragraphe 3 complétait cette définition par une liste indicative d'exemples⁹².
- 56 Le projet d'article 19, adopté en 1976, posait le principe d'une distinction entre crimes et délits, mais ne déterminait pas les conséquences de celle-ci, cette tâche ayant étant remise par la CDI à plus tard, c'est-à-dire au moment de la définition des articles relatifs aux conséquences de la responsabilité. Un corollaire toutefois inhérent à la notion de crimes était le fait que tous les Etats de la communauté internationale devaient être considérés comme, directement ou indirectement, affectés. Cela fut admis sans discussion lors de l'adoption en première lecture de la définition des Etats lésés. Celle-ci prévoit que la commission d'un crime constitue un fait illicite *erga omnes*⁹³.
- 57 Dans l'esprit de Roberto Ago, le concept de crimes était étroitement lié aux obligations *erga omnes*, au *jus cogens* et à l'*actio popularis*. Dès 1971, l'illustre internationaliste italien s'interrogeait sur les conséquences par rapport à la responsabilité de l'*obiter dictum* de l'arrêt de la Barcelona Traction et dessinait les premières lignes d'un régime différencié de responsabilité. C'est cependant dans son Cinquième Rapport, présenté en 1976, que le Rapporteur spécial de la CDI essaya de mettre ensemble ces concepts en posant les bases d'un régime de responsabilité pour crimes. Implicitement, son argumentation était fondée sur l'idée que les obligations *erga omnes* se confondent largement avec les règles du *jus cogens* et que les violations des unes et des autres constituent des crimes. En outre, établissant un parallèle avec le fait que l'acceptation du *jus cogens* a été conditionnée lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités à un contrôle judiciaire, il suggérait que la notion de crimes serait davantage acceptable pour les gouvernements si la détermination de l'existence du crime était réservée au Conseil de sécurité ou à la Cour internationale de Justice (qui pourrait être saisie par le biais d'une *actio popularis*⁹⁴).
- 58 En fait, comme nous l'avons vu, toutes les obligations *erga omnes* n'ont pas nécessairement le caractère de droit impératif (*jus cogens*). De plus, si un crime ne peut découler que de la violation d'obligations *erga omnes*, la concordance n'existe pas en sens inverse. Dans la mesure où la gravité du fait illicite est un élément constitutif des crimes, seules certaines violations d'obligations *erga omnes* (ou du *jus cogens*) peuvent être qualifiées de crimes. En doctrine, on a utilisé à ce propos l'image de trois cercles concentriques : le cercle le plus large regroupe les violations d'obligations *erga omnes* ; le cercle médian contient les violations du *jus cogens*, c'est-à-dire d'une catégorie particulière d'obligations *erga omnes* revêtues d'une carapace normative renforcée ; enfin, le dernier cercle, le plus étroit, comprend les crimes internationaux de l'Etat,

c'est-à-dire les violations graves de celles parmi les obligations *erga omnes* qui protègent des intérêts fondamentaux de la communauté internationale⁹⁵

§ 2 – Chronique d'une mort annoncée

A. Les principales critiques

⁵⁹ Nul ne conteste que les violations citées usuellement comme exemples de crimes affectent, de manière directe ou indirecte, l'ensemble de la communauté internationale. Ce qui fut d'emblée contesté était l'idée d'établir un régime distinct de responsabilité et les conséquences particulières de celui-ci. Les principales critiques formulées contre la notion de crimes peuvent être regroupées de la manière suivante :

- *Les doutes quant à la légitimité d'une pénalisation du comportement de l'Etat* : Une partie des critiques portent sur l'opportunité même d'établir un double régime de responsabilité, cette distinction étant perçue comme une rupture de l'unité traditionnelle de la responsabilité internationale⁹⁶. Ces critiques partent toutefois d'une sorte de parti pris conservateur et sont probablement les plus faciles à récuser. Plus pertinentes, selon nous, sont les critiques formulées à l'encontre de l'idée d'une pénalisation de la responsabilité internationale. On a fait valoir, non sans raison, que la responsabilité internationale vise à la prévention et à la réparation des faits illicites, et non à la punition de l'Etat fautif. Inévitablement, le concept de crimes éveille l'idée d'une responsabilité collective, alors que cette responsabilité résulte en réalité d'actes individuels commis par les organes de l'Etat. Comme l'a indiqué le Tribunal militaire de Nuremberg, « [c]e sont les hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international⁹⁷ » ;
- *L'imprécision et le caractère aléatoire de la définition* : Comme pour le *jus cogens*, l'identification en tant que crime international est confiée à la « communauté internationale des Etats dans son ensemble ». Selon le commentaire de la CDI (qui a repris à son compte l'interprétation donnée par son Rapporteur spécial), cette formule implique que le fait illicite doit être reconnu comme un crime par les principaux groupes d'Etats de la communauté internationale. Il est cependant plus difficile d'établir une liste d'exemples que dans le cas du *jus cogens*. En effet, la qualification en tant que crime dépendant de la gravité de la violation, elle ne peut être déterminée qu'en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, notamment des conséquences de la violation. Cela rend problématique l'établissement à l'avance d'une classification de portée générale. En pratique, une telle qualification ne peut être faite que *ex post facto* et, si on veut éviter des qualifications unilatérales et contradictoires, devrait être établie à travers une procédure institutionnelle (par exemple par le Conseil de sécurité agissant dans le cadre du chapitre VII de la Charte). C'est cette « relativité » inhérente au concept de crime qui explique que la liste d'exemples donnée à l'article 19 n'est pas exhaustive, ce qui est légitime pour préserver toute évolution future du droit international, mais revêt aussi un caractère hypothétique, ce qui est plus curieux dans un tel projet⁹⁸ ;
- *L'absence de distinction claire avec d'autres faits illicites erga omnes* : Une autre critique découle du fait que toute violation d'une obligation *erga omnes* - et non les seuls crimes internationaux - sont des faits illicites *erga omnes*. L'étendue du cercle des

Etats affectés n'est donc pas une spécificité du régime de responsabilité internationale applicable aux crimes. Cette spécificité ne peut donc résulter que du contenu même de la responsabilité, ce qui implique de créer des différences claires à ce niveau entre la responsabilité pour crimes et celles applicables à d'autres violations « ordinaires » d'obligations *erga omnes*. Ainsi, l'acceptation de la notion de crimes peut avoir pour conséquence indirecte (et pas forcément souhaitable) d'affaiblir le régime applicable aux autres violations d'obligations *erga omnes*⁹⁹ ;

- *Le défaut d'institutions collectives capables de gérer cette responsabilité aggravée* : Enfin, un dernier type de critiques est lié au fait que la communauté internationale ne dispose pas d'institutions collectives capables d'imposer et de surveiller avec constance l'application d'un régime aggravé pour crimes. Sa mise en œuvre est laissée par conséquent à l'appréciation unilatérale de chaque membre de la communauté internationale.

B. L'introuvable régime de responsabilité aggravée

60 Trois rapporteurs spéciaux de la CDI se sont attelés successivement sans grand succès à la tâche de définir un régime de responsabilité aggravée pour les crimes.

1) Le régime adopté par la CDI en première lecture

61 La première tentative de définir le contenu de la responsabilité pour crimes fut entreprise sur la base des propositions du successeur de Roberto Ago, le Néerlandais Willem Riphagen¹⁰⁰, puis de celles du professeur Arangio-Ruiz¹⁰¹. Le régime de responsabilité pour crimes qui résulta de ces travaux est contenu aux articles 40 § 3, et 51 à 53 du projet d'articles adopté par la CDI en première lecture¹⁰².

- L'article 40 § 3 (ancien article 5 § 3 de la seconde partie du projet d'articles) établit que tous les Etats autres que celui qui commet le crime sont des « Etats lésés », de sorte qu'ils peuvent tous invoquer les conséquences usuelles de la responsabilité (droit à demander la cessation, la réparation et faculté de prendre des contre-mesures). L'article 51 répète ce principe en affirmant qu'un crime international entraîne toutes les conséquences d'un délit international. Toutefois, aucune de ces deux dispositions n'indique clairement si cette multitude d'Etats lésés peut invoquer les conséquences de la responsabilité de manière individuelle ou seulement dans le cadre d'une action collective. D'autre part, cette pluralité d'Etats lésés ne constitue nullement une spécificité des crimes, puisque les lettres e) et f) de l'article 40 § 2 établissent aussi une telle pluralité d'Etats lésés pour certains délits, par exemple en cas de violation d'une obligation de protection des droits de l'homme découlant d'un traité multilatéral ou du droit international général¹⁰³.
- L'article 52 supprime – d'une manière critiquable – certaines restrictions posées dans le régime normal de responsabilité par rapport à la restitution et à la satisfaction, par exemple le principe que la réparation exigée ne doit pas être hors de toute proportion avec l'avantage produit ou l'idée du respect de l'indépendance politique de l'auteur du fait illicite.
- Enfin, l'article 53 impose une série d'obligations à la charge des autres Etats : devoir de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime ; celui de ne pas aider l'Etat fautif dans le maintien de la situation illicite ; obligation de s'assister mutuellement dans l'accomplissement de ces deux devoirs ; enfin, devoir de coopérer en vue d'appliquer les mesures visant à l'élimination du crime.

62 Ce régime de responsabilité pour crimes défini dans le projet adopté en première lecture ne souleva guère l'enthousiasme. Au sein même de la CDI, les désaccords demeuraient importants. Quant aux Etats, ils réservèrent un accueil très mitigé à cette partie du projet d'articles. Pour les uns, le résultat n'était pas à la hauteur des attentes créées lors de l'introduction du concept de crimes. Pour d'autres, l'idée même du crime et d'un régime de responsabilité distinct demeurait inacceptable. Certains Etats invitèrent en conséquence la CDI à recentrer son attention sur la notion d'obligations *erga omnes*¹⁰⁴.

2) Un enterrement sans tambours ni trompettes

63 Pour essayer de sortir de l'impasse, le nouveau Rapporteur spécial, le professeur Crawford, proposa d'éliminer complètement le terme de crimes, tout en conservant des dispositions spéciales pour les violations graves d'obligations protégeant des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Après des discussions animées, la CDI décida de suivre l'approche préconisée par son Rapporteur spécial. Ainsi, dans la version finale du projet d'articles, la terminologie criminelle a entièrement disparu, mais deux dispositions sont censées conserver l'idée d'un régime de responsabilité aggravée.

64 En ce qui concerne le déclenchement de cette responsabilité aggravée, la CDI a conservé un seuil élevé. Deux conditions doivent être cumulativement remplies : premièrement, l'obligation violée doit découler d'une norme impérative découlant du droit international général¹⁰⁵ ; deuxièmement, il doit s'agir d'une violation « grave », c'est-à-dire qui « dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation¹⁰⁶. » Mais alors que le seuil est placé très haut, le contenu de ce régime de responsabilité pour fait illicite grave est maigre, pour ne pas dire inexistant. L'article 41 du projet reprend les trois obligations formulées pour la première fois par Riphagen, à savoir de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le fait illicite, de ne pas prêter aide ou assistance à l'Etat responsable pour maintenir la situation ainsi créée, et de coopérer autant que possible pour mettre fin à la violation¹⁰⁷. Toutefois, on peut se demander si de telles obligations n'existent pas également pour d'autres faits illicites *erga omnes* n'atteignant pas le seuil de gravité défini ci-dessus¹⁰⁸. Mais surtout il s'agit d'obligations à la charge des Etats membres de la communauté internationale. Pour l'Etat responsable du fait illicite, il n'existe aucune conséquence plus lourde que celles prévues dans le régime normal de la responsabilité. L'idée d'imposer des dommages-intérêts punitifs a été abandonnée dans le courant des travaux de la CDI, parce qu'elle était jugée – sans doute à bon droit – contraire aux règles établies du droit international. Le même sort a été réservé à la disposition qui écartait certaines restrictions posées dans le régime normal de responsabilité par rapport à la restitution et à la satisfaction¹⁰⁹. Enfin, alors que le professeur Crawford avait proposé d'abord de faciliter l'adoption par tout Etat de contre-mesures lorsqu'il s'agit de réagir à un fait illicite grave¹¹⁰, cet aspect a été supprimé par la CDI du texte final¹¹¹.

65 L'introduction du concept de crimes dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats a été abondamment commentée. Elle avait été saluée par certains observateurs comme une évolution décisive du droit international contemporain. Vingt-cinq ans après, la montagne a accouché d'une souris. L'idée d'un

régime de responsabilité distinct pour les faits illicites graves n'a pas survécu aux critiques et à l'élimination du terme de crime qui l'incarnait. Les deux dispositions de la version finale du projet d'articles de la CDI qui sont consacrées aux faits illicites graves ne font guère illusion. En fait, le principe d'un régime de responsabilité aggravé a bel et bien été discrètement enterré.

3) Le projet avorté d'*actio popularis*

- 66 L'*actio popularis* a été discutée abondamment en relation avec le régime de responsabilité aggravée applicable aux crimes. Pour s'assurer que la mise en œuvre de ce régime controversé répond à des garanties minimales d'objectivité, le quatrième Rapporteur spécial, le professeur Arangio-Ruiz, avait suggéré de créer une compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice et de permettre à n'importe quel Etat de la saisir¹¹². L'intervention de la justice internationale était envisagée à la fois pour déterminer l'existence d'un crime et, à un stade ultérieur, pour statuer sur tout différend quant à la mise en œuvre des conséquences juridiques du crime. Bien que cette *actio popularis* n'ait finalement pas été retenue par la CDI, il est intéressant d'en évoquer les principaux contours ainsi que les réactions qu'elle a suscitées au sein de la CDI.
- 67 Dans la phase de constatation de l'existence d'un crime, la Cour n'aurait pu être saisie qu'après qu'un organe politique de l'ONU – l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité – ait procédé à une sorte de filtrage des allégations portées par le (ou les) Etat(s) accusateur(s). La disposition proposée par le professeur Arangio Ruiz (projet d'article 19 de la deuxième partie) avait la teneur suivante :
1. Tout Etat membre de l'Organisation des Nations Unies partie à la présente Convention alléguant qu'un crime international a été ou est en train d'être commis par un ou plusieurs Etats porte la question à l'attention de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité des Nations Unies conformément au Chapitre VI de la Charte des Nations Unies.
 2. Si l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité décide à la majorité qualifiée des membres présents et votants que l'allégation est suffisamment fondée pour requérir l'attention de la communauté internationale par sa gravité, tout Etat membre de l'Organisation des Nations Unies partie à la présente Convention, y compris l'Etat visé par l'allégation, peut porter l'affaire devant la Cour internationale de Justice par une requête unilatérale demandant à la Cour de se prononcer par un arrêt sur la question de savoir si le crime international allégué a été ou est en train d'être commis par l'Etat qui en est accusé.
 3. La majorité qualifiée visée au paragraphe qui précède est constituée, dans le cas de l'Assemblée générale, par les deux tiers des membres présents et votants, et dans le cas du Conseil de sécurité, par neuf membres présents et votants, dont les membres permanents, étant entendu que les membres qui seraient directement concernés s'abstiendraient lors du vote.
 - [...]
 5. Une décision de la Cour internationale de Justice à l'effet qu'un crime international a été ou est en train d'être commis réalise la condition nécessaire à la mise en œuvre, par tout Etat membre de l'Organisation des Nations Unies partie à la présente Convention, des conséquences juridiques spéciales ou supplémentaires des crimes internationaux des Etats envisagées dans les articles 16, 17 et 18 de la présente partie.¹¹³
- 68 L'action populaire envisagée dans ce premier cas est d'une nature particulière : d'une part, la compétence de la Cour est limitée, puisqu'elle est conditionnée à un constat

politique préalable ; d'autre part, l'Etat accusateur agit, avec le blanc-seing exprès de l'Organisation universelle, comme une sorte de mandataire auquel l'Organisation demande d'agir faute d'avoir elle-même de qualité pour agir dans le cadre de la procédure contentieuse¹¹⁴.

- 69 Le Rapporteur spécial présentait cette procédure en deux étapes comme un moyen de conjurer les défauts d'une intervention d'un seul organe, qu'il s'agisse d'un organe politique, comme l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité, ou d'un organe judiciaire, en l'occurrence la Cour internationale de Justice. Reconnaître un rôle exclusif à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité est évidemment problématique en raison de la nature politique de leur mandat et de leur fonctionnement, alors que l'on attend du constat d'un crime qu'il revête un caractère judiciaire¹¹⁵. Une intervention immédiate de la Cour a été écartée en revanche par le Rapporteur spécial, moins pour des raisons de fond qu'à cause de ses conséquences sur les choix législatifs faits par la CDI au sujet du règlement des différends. Si tout Etat pouvait saisir librement la Cour en qualifiant un délit de crime, ce titre juridictionnel – limité théoriquement aux crimes – aurait pu se transformer en pratique en une clause de juridiction générale valable pour l'ensemble des délits, ce qu'une majorité des membres de la CDI estimait inacceptable pour les Etats¹¹⁶. Dans l'esprit du professeur Arangio-Ruiz, il s'agissait aussi de créer ainsi un système de filtrage des accusations se rapprochant des fonctions exercées par le ministère public dans la procédure pénale¹¹⁷. Un autre aspect intéressant est le fait que l'action populaire projetée par le Rapporteur spécial aurait débouché sur une constatation valable *erga omnes*, ce qui constitue une dérogation au principe de l'autorité relative des arrêts rendus (et qui aurait peut-être nécessité une révision de l'article 59 du Statut de la Cour¹¹⁸).
- 70 Le Rapporteur spécial recommandait également de reconnaître compétence à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice pour se prononcer, dans une seconde phase, sur tout différend relatif aux conséquences juridiques du crime. Cette seconde possibilité d'action judiciaire prenait également la forme d'une action populaire ouverte à tous. L'un des objectifs principaux de ce contrôle judiciaire était de surveiller la licéité des contre-mesures prises unilatéralement en réponse à la commission d'un crime. Cependant, la possibilité de saisir la Cour n'était pas limitée à cette situation. Le projet d'article proposé par M. Arangio-Ruiz (article 7 de la troisième partie) était libellé de la manière suivante :
1. Tout différend qui pourrait s'élever entre des Etats à propos des conséquences juridiques d'un crime aux termes des articles 6 à 19 de la deuxième partie est réglé par voie d'arbitrage sur proposition de l'une ou l'autre des parties.
- Si le différend n'est pas soumis à un tribunal arbitral dans les quatre mois qui suivent la proposition en ce sens, l'une ou l'autre des parties défère unilatéralement l'affaire à la Cour internationale de Justice. [...]¹¹⁹
- 71 Les propositions du Rapporteur spécial furent accueillies avec beaucoup de scepticisme par une majorité des membres de la CDI, l'un d'entre eux parlant même d'un « rêve » de juriste regardant vers le 21^e ou le 22^e siècle¹²⁰. Plusieurs défauts sérieux du mécanisme furent mis en lumière. On fit valoir qu'il soumettait, de manière paradoxale, la réaction aux crimes à des conditions plus sévères que celles applicables aux délits et qu'il retarderait le recours à des contre-mesures¹²¹. On s'interrogea également sur sa compatibilité avec la Charte des Nations Unies¹²². Enfin, plusieurs membres de la CDI se demandèrent s'il était utile de développer un nouveau système complexe alors que la plupart des exemples de crimes donnés jusqu'à présent peuvent être considérés comme

des menaces contre la paix et la sécurité internationales et être traitées à ce titre au sein des mécanismes existants de la Charte des Nations Unies¹²³.

- 72 S'agissant plus particulièrement du recours à la Cour internationale de Justice et de l'action populaire envisagée dans ce contexte, les doutes exprimés portaient essentiellement sur la première des deux formes de recours prévues par le Rapporteur spécial, celle visant à vérifier l'existence d'un crime préalablement à l'adoption par les Etats de toute forme de contre-mesures unilatérales. Plusieurs membres de la CDI soulignèrent que la durée moyenne d'une procédure contentieuse devant la Cour étant de quatre ans, cela occasionnerait des retards considérables dans la réaction à l'encontre d'un crime¹²⁴. Demander aux membres de la communauté internationale de différer leur réaction pendant plusieurs années n'apparaît effectivement ni réaliste, ni souhaitable¹²⁵. Des innovations procédurales seraient certes envisageables pour accélérer la procédure judiciaire, mais il n'est pas sûr qu'elles seraient si facilement réalisables dans un cas tel que celui-ci, où la Cour serait appelée à se prononcer sur les problèmes particulièrement graves de l'existence d'un crime et de son attribution à un Etat. Une des propositions de remplacement formulées au cours des débats de la CDI était de créer un contrôle judiciaire fonctionnant *a posteriori* (plutôt qu'*a priori* comme proposé par le Rapporteur spécial), ce qui réduirait les difficultés liées à la lenteur de la procédure judiciaire et l'utilité d'un filtrage politique préalable ; l'auteur de la proposition établissait une analogie avec la situation existant au sujet du *jus cogens* en vertu de l'article 66, lettre a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui permet à chaque Etat partie au différend de saisir la Cour internationale de Justice¹²⁶.
- 73 La CDI renonça finalement à insérer dans son projet d'articles sur la responsabilité les clauses de compétence judiciaire souhaitées par Arangio-Ruiz. Il est intéressant cependant de relever que le principe de l'admissibilité d'une *actio popularis* ne fut guère contesté aux cours des débats de la CDI¹²⁷. En revanche, on s'interrogea sur ses mérites et ses inconvénients dans le cas d'espèce. On fit valoir en particulier que le mécanisme judiciaire proposé dépendrait de la disponibilité d'un Etat à saisir la Cour et à supporter la charge de l'accusation¹²⁸. Il est vrai que dans les cadres conventionnels déjà existants où l'action populaire est clairement reconnue, peu d'Etats se montrent enclins à l'utiliser. Il n'en demeure pas moins vrai qu'un tel mécanisme de contrôle judiciaire, même s'il est aléatoire dans son fonctionnement, reste préférable à une situation où chaque Etat juge lui-même unilatéralement de l'existence du crime et de ses conséquences.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Voir en ce sens, l'article 33 § 1 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats qui affirme que « [l]es obligations de l'Etat responsable [...] peuvent être dues à un autre Etat, à plusieurs Etats ou à la communauté internationale dans son ensemble, *en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation* » (Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/ 10/Supp. 10, p. 53 ; les italiques sont de nous). Le commentaire de la CDI donne l'exemple d'une pollution maritime qui,

selon sa gravité et les circonstances, peut affecter un seul Etat côtier, tous les Etats côtiers d'une région ou alors la communauté internationale dans son ensemble (cf. *ibid.*, p. 251).

2. Sur ce second aspect, cf. p. 355 ss. Au sujet du caractère supplétif des règles générales de la responsabilité, voir *infra* p. 303.

3. Pour un exposé classique de la responsabilité, voir J. Combacau & S. Sur, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, 1997, p. 517-530. Sur la responsabilité en tant qu'institution et son évolution contemporaine, voir notamment : Deuxième Rapport de Roberto Ago sur la responsabilité des Etats, *Annuaire CDI*, 1970, vol. II, § 1-46 ; P. Renter, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Mélanges Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, tome II, p. 837-846 ; B. Graefrath, "Responsibility and Damages Caused: Relationship Between Responsibility and Damages", *RCADI*, vol. 185, 1984-II, p. 9-149 ; P.-M. Dupuy, « Responsabilité et légalité », in : *La responsabilité dans le système international : Colloque du Mans de la Société française pour le droit international*, Paris, 1991, p. 263-298. Voir aussi le commentaire du projet final de la CDI sur la responsabilité des Etats (in : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001) ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 61-393 ; en particulier p. 61-87).

4. Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, 1983, vol. V, p. 9.

5. Voir le Troisième Rapport de M. Ago sur la responsabilité des Etats, *Annuaire CDI*, 1971, vol. II, 1^{ère} partie, § 33 (ainsi que les différents auteurs cités).

6. Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 45-60.

7. ONU Doc. A/RES/56/83, du 12 décembre 2001.

8. *Ibid.*, § 3. Tous les grands projets de la CDI ayant abouti à l'adoption d'une convention internationale, on peut se demander pourquoi il n'en a pas été de même pour une matière aussi importante que la responsabilité internationale. C'est en fait la CDI qui a recommandé à l'Assemblée générale de procéder de la sorte. Certains membres de la CDI firent valoir que le projet d'articles deviendrait ainsi, avec la bénédiction donnée par l'Assemblée générale, une étude faisant autorité sur les règles en vigueur de la responsabilité internationale (voir le compte-rendu du débat à ce sujet dans le Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001, ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 39-42)). Apparemment, la CDI a tenu compte des réticences manifestées par certains Etats à l'égard d'une nouvelle conférence diplomatique de codification et a cherché aussi à prévenir que soient réouverts dans ce cadre des questions sur lesquelles elle avait eu tant de peine à se mettre d'accord. Si l'on peut comprendre les motivations de la CDI, on ne peut s'empêcher de regretter que celle-ci ait anticipé par ses recommandations les délibérations de l'Assemblée générale et n'ait pas laissé à cette dernière l'entièvre responsabilité de décider de la suite à donner au projet d'articles sur la responsabilité. En théorie, la recommandation de la CDI et la résolution adoptée sur cette base par l'Assemblée générale laissent entièrement ouverte l'option d'adopter à un stade ultérieur une convention internationale. Cependant, il est manifeste que si l'Assemblée générale n'a pas jugé utile de s'engager maintenant dans cette voie, il n'y a guère de raisons qu'elle le fasse dans quelques années. Ainsi, en dépit des formules de précaution utilisées, la démarche suivie sur proposition de la CDI équivaut à un enterrement discret de l'idée d'une convention internationale.

9. Deuxième Rapport de Roberto Ago, *Annuaire CDI*, 1970, vol. II, § 54. La CDI accepta le point de vue défendu par son Rapporteur spécial et s'en expliqua ainsi dans son commentaire : "[...] if we maintain at all costs that 'damage' is an element in any internationally wrongful act, we are forced to the conclusion that any breach of an international obligation towards another state involves some kind of injury to that other state. But this is tantamount to saying that the damage which is inherent in any international wrongful act is the damage which is at the same time inherent in any breach of an international obligation" (Rapport de la CDI, *Annuaire CDI*, 1973, vol. 11, p. 183).

- 10.** Dans la doctrine, voir notamment P. Renter, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *op. cit.* (note 49), p. 844 ; B. Graefrath, “Responsibility and Damages Caused : Relationship Between Responsibility and Damages”, *op. cit.* (note 49), p. 9-149 ; A. Tanzi, “Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?”, in : *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, 1987, p. 1-33.
- 11.** *Annuaire CDI*, 1970, vol. II, § 46.
- 12.** *Ibid.*
- 13.** Commentaire à l'article 3, *ibid.*, § 9. Pour une appréciation critique de cette approche, voir *infra* p. 332 ss.
- 14.** Rapport préliminaire de M. Riphagen sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, *Annuaire CDI*, 1980, vol. II, 1^{ère} partie, §11.
- 15.** Voir en particulier le Quatrième Rapport de M. Riphagen, *Annuaire CDI*, 1983, vol. II, 1^{ère} partie, § 110-130. L'internationaliste néerlandais identifie trois types principaux de « régimes objectifs ». Le premier comprend la Charte des Nations Unies, les règles relatives aux crimes internationaux des États et *le jus cogens* (§ 116). Le deuxième type de régime objectif « est créé lorsqu'un traité impose à chaque partie des obligations parallèles pour protéger les intérêts collectifs du groupe d'Etats en question (tel que les “ressources partagées”) ou pour protéger les particuliers, quelle que soit leur nationalité, placés sous la juridiction de la partie concernée (dans des domaines tels que les droits de l'homme et les libertés fondamentales) ». Il range également dans cette catégorie les “objective regimes of a common market type” comme le droit de la Communauté européenne (§ 120). Enfin, le troisième type de régime objectif “combine the first and (or second type of régime with a machinery for the collective management of the interests concerned” (§ 121). Riphagen ajoute encore une quatrième catégorie « mixte » dans lequel il range le droit diplomatique et les « représailles armées » (*sic*) : “Looking at them in one way they are objective regimes, inasmuch as they provide for parallel obligations. On the other hand, they are also reciprocal” (§ 127). Pour Riphagen, le critère principal de distinction entre un régime objectif et les autres règles bilatérales (ou bilatéralisables) du droit international semble être l'absence de réciprocité. Cette approche ne tient cependant pas compte du fait que la réciprocité peut parfaitement coïncider avec des intérêts collectifs au sein d'un même domaine du droit international. Au sujet de la concomitance de l'intérêt collectif et de la réciprocité, voir *supra* p. 237-238.
- 16.** Voir les débats de la CDI en 1982 et 1983 (*Annuaire CDI*, 1982, vol. I, 1 736^e séance, p. 229 à 235 ; *Annuaire CDI*, 1983, vol. I, 1 772^e à 1 777^{ème} et 1 780^e séances).
- 17.** Cinquième Rapport de M. Riphagen, *Annuaire CDI*, 1984, vol. II, 1^{ère} partie, p. 3.
- 18.** Au cours des débats, les membres de la CDI exprimèrent différentes critiques sur la formulation du projet d'article proposé par Riphagen, notamment en raison des chevauchements entre certaines catégories présentées comme distinctes et parce que le projet d'article n'incluait pas la possibilité d'une violation d'une règle coutumière lésant simultanément plusieurs Etats (voir les débats de la CDI en 1985, notamment les interventions de Sir Ian Sinclair (*Annuaire CDI*, 1985, vol. I, 1 890^e séance, p. 86), McCaffrey (*ibid.*, 1 892^e séance, p. 93-95), de Huang (*ibid.*, 1 893^e séance, p. 107-108), de Balanda (*ibid.*, 1 894^e séance, p. 109) et Ouchakov (*ibid.*, 1 895^e séance, p. 119), de Tomuschat (*ibid.*, 1 896^e séance, p. 125-126) et de Yankov (*ibid.*, 1 899^e séance, p. 145)). Aucun membre ne s'opposa cependant à la notion même d'Etat lésé, ni à l'idée que certains faits illicites affectent simultanément tous les Etats parties à un traité multilatéral ou l'ensemble de la communauté internationale.
- 19.** Cf. *Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 2^e partie, p. 25. L'article 5 de la deuxième partie est devenu, après renumérotation en continu de l'ensemble du projet, l'article 40 du texte transmis pour observations aux Etats en 1996 (*Annuaire CDI*, 1996, vol. II, 2^e partie, § 65).
- 20.** Voir en ce sens les commentaires de P. Renter lors des débats de la CDI en 1984 : « [...] le Rapporteur spécial s'est efforcé de suivre la voie tracée dans la première partie du projet. Le

dommage n'est pas un élément constitutif de la responsabilité, et il a été tenu compte seulement du dommage juridique, abstrait, qu'entraîne toute violation d'une obligation internationale » (*Annuaire CDI*, 1981, vol. I, 1 861^e séance, § 10). Pour une critique de cet aspect, voir les commentaires faits par la France en 1990 suite à l'adoption en première lecture d'un texte complet d'articles. La France lit valoir que le projet d'article définissant les Etats lésés devrait « faire explicitement référence au dommage matériel ou moral subi par un Etat en conséquence d'un fait internationalement illicite d'un autre Etat » (ONU Doc. A/CN.4/488, p. 102). Elle ajoutait qu'elle n'était pas « hostile à l'idée qu'un Etat puisse subir un préjudice juridique du seul fait de la violation d'un engagement à son égard. » Encore faut-il que ce préjudice soit spécial, “which is automatically so in the case of a commitment under a bilateral or restricted multilateral treaty. By contrast, in the case of a commitment under a multilateral treaty, the supposedly injured State must establish that it has suffered special material or moral damage other than that resulting from a simple violation of a legal rule” (*ibid.*).

21. En général, voir la synthèse établie par J. Crawford dans son Troisième Rapport sur la responsabilité des Etats, ONU Doc. A/CN.4/507, S 73-81. Dans la doctrine, voir par exemple : K. Sachariew, “State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the ‘injured State’ and its legal status”, *NILR*, vol. 35, 1988, p. 273-289 ; D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, *BYIL*, vol. 59, 1988, p. 151-215 ; 13. Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, in : Y. Dinstein (éd.), *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 821-844 ; L.A. Siciliano, *Les renditions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1999, p. 116-119 ; G. Perrin, « La détermination de l'Etat lésé : Les régimes dissociables et les régimes indissociables », in J. Makanczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, 1996, p. 243-249.

22. Lorsqu'il présenta le texte de l'article 5 en séance plénière, le Président du Comité de rédaction, Sir Jan Sinclair, souligna qu'il « ne vise ni à définir les règles primaires, ni à fournir une liste exhaustive des situations dans lesquelles un Etat peut se dire lésé » (*Annuaire CDI*, 1985, vol. I, 1 929^e séance, § 59). La subsidianté par rapport à la norme primaire est rappelée aussi dans le commentaire de l'article adopté en 1985 qui souligne que la définition du cercle des Etats lésés ainsi que l'ensemble des conséquences de la responsabilité ont un caractère « résiduel », en ce sens qu'elles ne s'appliquent que si – et dans la mesure où – les normes primaires n'ont rien prévu spécifiquement à ce sujet (*Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 2^e partie, commentaire *ad article 5*, § 5). Sur la subsidante des règles du droit de la responsabilité par rapport aux normes primaires, voir *infra* p. 303-304.

23. *Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 2^e partie, commentaire *ad article 5*, § 17.

24. L.A. Siciliano, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, préc. (note 67), p. 116.

25. Voir, en ce sens, le Troisième Rapport de M. Crawford (ONU Doc. A/CN.4/507, § 96). Cette approche bilatérale était en partie dictée par la corrélation stricte établie au début des travaux de la CDI, à l'instigation de Roberto Ago, entre violation d'une obligation et lésion d'un droit subjectif. Il est douteux cependant que cette corrélation, enracinée dans une conception bilatéraliste traditionnelle, perdure aujourd'hui de manière aussi absolue. Il est intéressant de relever que cette corrélation a été posée par Roberto Ago en 1970, l'année même où la Cour internationale de Justice énonçait le concept d'obligations *erga omnes* dans son célèbre *obiter dictum* dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ce n'est cependant que l'année suivante que le Rapporteur spécial cite l'*obiter dictum* de la Cour et commence à formuler, d'abord sous la forme de simples interrogations, l'idée d'une responsabilité à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. S'agissant des obligations *erga omnes*, il paraît en réalité plus approprié de parler d'un intérêt juridique de chaque Etat à leur respect, plutôt que d'un droit subjectif individuel. A ce sujet, voir *infra* p. 332-335.

- 26.** En ce sens, voir l'intervention au cours des débats de la CDI en 1983 de Sir Ian Sinclair (*Annuaire CDI*, 1983, vol. I, 1 777^e séance, § 28), celle en 1984 de M. Lacleta Munoz (*Annuaire CDI*, 1984, vol. I, 1 867^e séance, § 28) ainsi que celles l'année suivante de Sir Ian Sinclair (*Annuaire CDI*, 1985, vol. I, 1930^e séance, p. 302) et de M. Roucounas (*ibid.*, p. 302).
- 27.** Voir le Rapport de la CDI sur les travaux de sa 37^e session (1985), § 160 ss
- 28.** Voir en particulier le Troisième Rapport de M. Arangio-Ruiz, *Annuaire CDI*, 1991, vol. II, 1^{ère} partie, § 89-95, ainsi que son Quatrième Rapport, *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, 1^{ère} partie, § 128-153.
- 29.** *Ibid.*, § 138 (les italiques figurent dans le texte original). Pour les mêmes motifs. M. Arangio-Ruiz critique également la terminologie d'« Etats non spécialement atteints » et, à plus forte raison, celle d'« Etats tiers », qui laisse entendre implicitement que ceux-ci ne sont pas parties à la relation juridique.
- 30.** Quatrième Rapport, *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, 2^e partie, en particulier § 132 et note 281.
- 31.** Sur cette question, voir *infra* p. 332-335.
- 32.** Il faut préciser toutefois que Arangio-Ruiz établissait une distinction entre les situations dans lesquelles un organe international est compétent pour surveiller et réagir au nom de la collectivité et celles où il n'y a pas de système collectif organisé. Selon lui, la question des réactions unilatérales des Etats ne se pose que dans le second cas ou, dans le cadre du premier, dans la mesure seulement où le système collectif serait mis en échec (cf. Quatrième Rapport, *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, 2^e partie, § 142-143).
- 33.** *Ibid.*, § 144-151.
- 34.** Voir en particulier le Quatrième Rapport d'Arangio-Ruiz : « Chacun des Etats participant à une relation juridique *inter omnes* dispose [...] des mêmes droits et facultés que ceux auxquels il pourrait prétendre dans toute relation bilatérale ou "bilatérisable" de responsabilité internationale. La seule particularité véritable des situations déterminées par la présence d'une pluralité d'Etats lésés - c'est-à-dire par le fait que la règle enfreinte est une règle *erga plurimos* ou *omnes* - est que les droits et facultés des divers Etats lésés doivent nécessairement être déterminés *in concreto* et mis en œuvre en vue de la défense de l'intérêt juridique totalement ou partiellement *commun* qui a été atteint par la violation » (*Annuaire CDI*, 1992, vol. II, 1^{ère} partie, § 144). Cette position fut maintenue trois ans plus tard par Arangio-Ruiz dans le cadre des débats de la CDI au sujet du régime applicable aux crimes. Tous les Etats « différemment lésés », affirme-t-il alors, ont le même droit de demander la cessation et la réparation du fait illicite ou éventuellement de prendre des contre-mesures, mais ils n'ont pas nécessairement le droit de le demander pour eux-mêmes ou de prendre des mesures pour leur propre bénéfice (cf. *Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 395^e séance, S 10).
- 35.** Proposition d'article 5 bis, *Annuaire CDI*, 1982, vol. II, 2^e partie, § 153
- 36.** Voir, par exemple, les interventions au cours des débats de la CDI en 1995 consacrés aux crimes de Tomuschat (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 35 et § 44) ainsi que de Pellet (*ibid.*, 2 397^e séance, § 2-7).
- 37.** Cf. *Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 395^e séance, § 10.
- 38.** Voir, en particulier, les interventions au sein de la CDI en 1992 de Pellet (*Annuaire CDI*, 1992, vol. I, 2 276^e séance, § 3-4) et de Tomuschat (*ibid.*, 2 279^e séance, § 10). Pour les débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, voir ONU Doc. A/CN.4/466.
- 39.** Voir, en ce sens, les remarques faites en 1992 au sein de la CDI par Crawford (*Annuaire CDI*, 1992, vol. I, 2 277^e séance, g 3.3) et d'AI-Khasawneh (*ibid.*, 2 278^e séance, § 48) ainsi que celle de Tomuschat dans le cadre du débat en 1995 sur les crimes (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 44). Ces différentes interventions posent cependant de manière trop absolue la primauté du consentement de l'Etat directement affecté et rejettent également trop radicalement le droit des autres Etats de demander une restitution. A ce sujet, voir *infra*, p. 296-300 et p. 356 ss.

40. Voir, en ce sens, les observations faites au sein de la CDI en 1995 par Pellet qui donne l'exemple des crimes commis durant la guerre en Bosnie-Herzégovine et indique que la France, par exemple, ne pourrait pas demander une compensation financière pour les meurtres, viols et mauvais traitements subis par les musulmans, serbes ou croates de Bosnie (*Annuaire CDI*, 1995, vol. 1, 2 397^e séance, § 6 et 18).

41. La France se montra la plus critique à l'égard de la définition des Etats lésés et afficha une conception très traditionnelle de la responsabilité internationale. Selon le Gouvernement français, l'ambiguïté de la définition “results from the unwillingness to include the concept of damage among the requisites for bringing about a relationship that entails responsibility” (ONU Doc. A/CN.4/488, p. 102). En conséquence, la France suggéra une redéfinition restrictive des Etats lésés qui exclut en pratique toute forme d'action en défense de la légalité par des Etats non directement affectés (*ibid.*). Voir aussi les déclarations faites en 1999 par le représentant de la France à la Sixième Commission (M. Abraham) qui estime que « l'intérêt juridique ne saurait [...] se réduire au simple intérêt que chaque Etat peut avoir dans le respect du droit international par les autres Etats : il doit [...] être identifiable et précis » (ONU Doc. A/C.6/54/SR.21, § 30).

42. Voir en particulier les commentaires transmis par le Japon (ONU Doc. A/CN.4/492, p. 15), de l'Autriche (ONU Doc. A/CN.4/488, p. 103) et de l'Allemagne (*ibid.*, p. 107).

43. Pour le texte du projet d'article (40 bis) proposé par le professeur Crawford, voir son Troisième Rapport sur la responsabilité des Etats, ONU Doc. A/CN.4/507, § 119.

44. Cf. Troisième Rapport, ONU Doc. A/CN.4/507, § 97-118, en particulier les tableaux 1 et 2 ; ainsi que A/CN.4/507/Add.4, note 810.

45. Rapport de la CDI sur sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 55-57.

46. Un membre de la CDI, M. Bruno Simma, s'est étonné que le nouveau Rapporteur spécial accorde une importance si cruciale au concept d'obligations *erga omnes*, alors que celui-ci s'était lui-même employé quelques années plus tôt, en tant que Conseil de l'Australie dans l'affaire du *Timor oriental*, à limiter la portée de ce concept (cf. ONU Doc. A/CN.4/SR.2614). Pour nous, il n'y pas lieu véritablement de s'en étonner, mais de constater simplement que le concept d'obligations *erga omnes* est aujourd'hui solidement ancré au sein du droit international et que la question n'est pas (ou plus) de savoir s'il existe, mais quelles en sont ses conséquences pratiques.

47. Troisième Rapport. ONU Doc. A/CN.4/507, § 84.

48. Le Rapporteur spécial souhaitait que l'on reprenne par rapport à la violation d'une obligation *erga omnes* l'expression d'« intérêt juridique » utilisée par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et proposait de distinguer entre le(s) Etat(s) lésé(s) et les autres Etats ayant simplement un « intérêt juridique » à l'exécution de l'obligation internationale (cf. Troisième Rapport, ONU Doc. A/CN.4/507, § 97). Certains membres de la CDI tirent valoir cependant que, du point de vue de l'obligation primaire, l'Etat spécialement affecté par le fait illicite *erga omnes* est dans la même situation que les autres Etats ; ils sont tous créanciers au même chef de l'obligation primaire. En d'autres termes, l'Etat lésé est lui aussi titulaire d'un intérêt juridique. La spécificité de sa situation ne découle pas d'une différence par rapport au droit ou intérêt juridique qu'il possède, mais de la nature et du degré du préjudice subi. Pour ces raisons, le Comité de rédaction de la CDI décida de renoncer à mentionner l'intérêt juridique. A ce sujet, voir notamment l'intervention au cours des débats de la CDI de Bruno Simma (ONU Doc. A/CN.4/SR.2616), celle du Président du comité de rédaction, Giorgio Gaja (ONU Doc. A/CN.4/SR.2662) ainsi que le commentaire *ad article 48* (*in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 344). En ce qui concerne les notions de droit et d'intérêt juridique, voir *infra* p. 327 ss.

49. Cette réhabilitation du préjudice est très marquée dans la deuxième partie du projet d'articles de la CDI qui accorde un rôle central au préjudice et au dommage, notamment dans l'article 31 (devoir général de réparation) ainsi que dans l'article 39 (contribution au préjudice)

(cf. Rapport de la CDI sur sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 52-54).

50. Voir, par exemple, les interventions lors du débat général de la cinquante-quatrième session de l'Assemblée générale de l'ONU en 1999, l'année des interventions au Kosovo et au Timor oriental, et les discussions cette année-là au sein de la Sixième Commission au sujet des contre-mesures.

51. Voir la clause de sauvegarde de l'article 59 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats.

52. Article 54 du projet d'articles de la CDI. Le commentaire de la CDI est lui aussi plutôt limitatif. Il mentionne plusieurs exemples tirés de la pratique de ces vingt dernières années, mais conclut « [qu']en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des Etats est peu abondante et seul un nombre limité d'Etats sont concernés. A l'heure actuelle, il semble que rien n'autorise clairement les Etats visés à l'article 48 à prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif » (Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 382). Selon nous, il faudrait ajouter toutefois que tout Etat peut réagir en tout temps à un fait illicite par des mesures de rétorsion, qui sont par définition des mesures intrinsèquement licites. Le commentaire de la CDI ne le dit pas expressément, mais cela va de soi au regard des principes bien établis en la matière du droit international.

53. Sur cette nature particulière du devoir de cessation, voir notamment le Rapport préliminaire d'Arangio-Ruiz sur la responsabilité des Etats, *Annuaire CDI*, 1988, vol. II, 2^e partie, § 54.

54. On notera que le devoir de cessation naît dans le cas d'un fait illicite continu, mais aussi lorsqu'un Etat a violé à plusieurs reprises une obligation et qu'il existe un risque de répétition (cf. commentaire de l'article 30, § 3, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 234).

55. Sur la portée du devoir de fournir des assurances et garanties de non-répétition, voir le commentaire de la CDI au sujet de l'article 30 (*in* : ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 236-240) ainsi que les remarques du Président du Comité de rédaction de la CDI, le professeur Giorgio Gaja (ONU Doc. A/CN.4/SR.2662).

56. Cf. Troisième Rapport, ONU Doc. A/CN.4/507, tableau 2, § 116.

57. Commentaire *ad article 48, § 7* (*in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 345, note 766).

58. Troisième Rapport du professeur Crawford, ONU Doc. A/CN.4/507, tableau 2, § 116.

59. Projet d'article 46 bis § 2, ONU Doc. A/CN.4/507/Add.4, note 810.

60. D'après le commentaire de la CDI, cette référence à l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée comporte un élément de développement progressif du droit international (cf. Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, § 12, p. 348). Il est vrai que les textes conventionnels prévoient une *actio popularis* ne font aucune mention expresse de cette condition. Selon nous, il s'agit cependant pour partie d'une condition sous-jacente au concept d'obligations *erga omnes*. La qualité de tous pour invoquer la responsabilité est fondée sur l'intérêt commun ou collectif au cœur de l'obligation violée ; elle doit donc être exercée aux fins de protéger cet intérêt collectif. Cela implique notamment que la demande de cessation soit faite dans le respect des intérêts des bénéficiaires de l'obligation violée, par exemple des individus lorsqu'il s'agit de règles de protection des droits de l'homme.

61. Au nombre des questions non résolues, on peut mentionner par exemple les problèmes suivants : Comment arbitrer entre les éventuelles prétentions contradictoires des Etats quant au contenu des assurances et garanties de non-répétition ou de la réparation ? Compte tenu de la nature collective de l'intérêt protégé et de l'absence généralement d'organes susceptibles de recevoir et de gérer une indemnisation au nom de la collectivité, l'obligation de restitution ne

doit-elle pas être posée comme une absolue priorité chaque fois qu'elle est matériellement possible ? Si une indemnisation est versée, doit-elle l'être directement à l'Etat lésé ou à la victime, ou doit-elle du moins être reversée à celle-ci par l'Etat qui invoque la responsabilité ? Ces questions sont bien fondées. Selon nous, il était cependant probablement préférable que la CDI ne cherche pas à réglementer trop dans les détails, dans le cadre des travaux sur la responsabilité, un domaine qui relève encore pour partie de la *lex ferenda* et où la pratique des tribunaux, pour l'instant maigre, devrait être déterminante.

62. Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 344.

63. En particulier, lorsqu'il s'agit d'une violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, il est parfaitement illusoire de penser que les plus de 190 Etats composant la communauté internationale puissent se mettre d'accord sur une revendication collective. Cela ne serait possible le cas échéant que dans un cadre institutionnel. Or, le projet d'articles sur la responsabilité ne vise pas à réglementer les réactions prises dans le cadre de l'ONU (voir la clause de sauvegarde figurant à l'article 59 du projet de la CDI).

64. Cf. article 43 du projet de la CDI.

65. Cf. article 44 du projet de la CDI.

66. On peut relever toutefois que, dans le cadre des procédures conventionnelles en matière de droits de l'homme, la condition de l'épuisement préalable des recours internes est interprétée d'une manière généralement libérale lorsqu'il s'agit de requêtes interétatiques. A ce sujet, voir en particulier la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme (*supra* p. 138 ss).

67. Cf. article 46 du projet.

68. Voir, en ce sens, les observations de Crawford lors de la 2 613^e séance de la CDI à propos de l'affaire du Sud-Ouest africain : « Il est parfaitement clair que le consentement de l'Ethiopie et du Libéria ne pouvait exclure l'illicéité : ils agissaient pour ainsi dire dans l'intérêt général dans le cadre d'une violation ; ce n'était pas leur droit qui était enjeu » (ONU Doc. A/CN.4/SR.2613).

69. Article 45, 1^{ère} phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. A ce sujet, cf. *supra* p. 267 ss.

70. Article 42 lit. b ii).

71. Voir, en ce sens, le Troisième Rapport du professeur Crawford, ONU Doc. A/CN.4/507, § 106 (en particulier la note 195).

72. On notera que certains Etats s'étaient précisément demandés si la définition des Etats lésés figurant dans le projet adopté par la CDI en première lecture était compatible avec le contenu de l'article 60 § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir, par exemple, les observations écrites de l'Allemagne, du Royaume-Uni et des Etats-Unis, ONU Doc. A/CN.4/488, p. 105-106.

73. On relèvera que dans l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice a mis en garde contre des parallèles abusifs en soulignant que le droit des traités et le droit de la responsabilité ont des « champs d'application distincts » (*CIJ Recueil*, 1997, § 47).

74. Dans son Deuxième Rapport sur le droit des traités, Sir Gerald Fitzmaurice décrivit les obligations « intégrales » de la manière suivante : “[...] neither juridically, nor from the practical point of view, is the obligation of any party dependent on a corresponding performance by the others. The obligation has an absolute rather than a reciprocal character – it is, so to speak, an obligation towards all the world rather than towards particular parties. Such obligations may be called self-existent, as opposed to concessionary, reciprocal or interdependent obligations” (*Annuaire CDI*, 1957, vol. II § 126 ; cf. aussi § 115-120). La similarité est renforcée encore par les exemples donnés par Fitzmaurice qui incluent les conventions de l'OIT, les Conventions de

Genève de 1949 relatives au droit humanitaire, ainsi que des traités interdisant l'usage de certaines armes ou de certaines méthodes de guerre (*ibid.*, § 125).

75. Commentaire de l'article 42, § 5 (*in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 319, note 706).

76. Commentaire *ad article 42, § 13* (*ibid.*, p. 323).

77. Commentaire *ad article 42, § 5* (*ibid.*, p. 319, note 706).

78. Commentaire *ad article 33, § 4* (*ibid.*, p. 252).

79. Article 33 § 2 du projet de la CDI. Cf. Rapport de la CDI sur sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 251-253. Voir aussi le Troisième Rapport du professeur Crawford (ONU Doc. A/CN.4/507, § 99 et 119).

80. L'article 55 du projet de la CDI a la teneur suivante : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international » (Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 60 ; pour le commentaire de cette disposition, cf. *ibid.*, p. 383-386). On notera que cette réserve en faveur des normes primaires se rapportait originellement à la deuxième partie relative au contenu de la responsabilité (cf. article 37 du projet adopté en première lecture ; *Annuaire CDI*, 1996, vol. II, 2^e partie, § 65), mais elle a été étendue lors de l'examen du texte en seconde lecture à l'ensemble du projet d'articles sur la responsabilité.

81. Cf. *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *CIJ Recueil*, 1980, § 86.

82. Sur la notion de « régime se suffisant à lui-même », voir l'examen critique fait par B. Simma (“Self-Contained Regimes”, *NYIL*, vol. 16, 1985, p. 111-136) ainsi que par G. Arangio-Ruiz (dans ses troisième et Quatrième rapports sur la responsabilité des Etats (ONU Doc. A/CN.4/440, § 84 ss et A/CN.4/444, § 97 ss). Dans des contextes spécifiques, voir notamment P.C. Mavroidis, “Das GATT als „self-contained“ Regime”, *Recht internationaler Wirtschaft*, vol. 37, 1991, p. 497-501 ; et A. Marschik, *Subsysteme im Völkerrecht : Ist die Europäische Union ein “Self-Contained Regime”?*, Berlin, 1997.

83. Comme le souligne le commentaire de la CDI, la maxime de la *lex specialis* n'est pas la seule approche possible en cas de concurrence entre plusieurs règles. Une autre voie possible consiste à donner la priorité à la règle la plus récente, conformément à l'article 30 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (cf. commentaire de la CDI *ad article 55, § 2*, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 383).

84. Troisième Rapport du professeur Crawford, ONU Doc. A/CN.4/507, § 118, tableau 2. Voir aussi l'addendum 4 de ce rapport, § 375, note 732.

85. ONU Doc. A/CN.4/507, note 167. On notera que, selon le professeur Crawford, le droit revendiqué par l'Ethiopie et le Libéria dans cette affaire peut être considéré comme un droit « adjectif » ou « procédural » dont la finalité est de veiller à ce que l'Afrique du Sud s'acquitte de ses obligations à l'égard du peuple du territoire sous mandat (*ibid.*, § 85). Cette idée que l'action populaire résulte d'un « droit procédural » figure déjà dans l'arrêt rendu en 1963 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du Cameroun Septentrional. La Cour reconnaît en effet à la République du Cameroun le « droit procédural d'introduire une instance devant la Cour » et estime qu'il s'agit d'un « droit procédural qui lui appartenait – un droit procédural à exercer dans l'intérêt général, quel que soit l'intérêt concret que la République du Cameroun ait pu avoir à titre individuel » (*CIJ Recueil*, 1963, p. 36).

86. Commentaire article 48, § 7 (*in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 345, note 766).

87. Pour le texte des articles adoptés en première lecture et le commentaire de la CDI, voir *Annuaire CDI*, 1995, vol. II, 2^e partie, p. 184-203. On notera que l'architecture de la procédure de

règlement des différends s'inspirait considérablement de celle instaurée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Comme cette dernière, le projet d'articles sur la responsabilité adopté en première lecture instituait un mécanisme obligatoire de conciliation détaillé dans une annexe. Un règlement de nature juridictionnelle n'était prévu sous une forme obligatoire que par rapport à la partie controversée relative aux contre-mesures. Ce mécanisme de règlement des différends était censé pouvoir être utilisé par n'importe quel Etat lésé ou se prétendant tel (cf. commentaire *ad article 54, § 2, in : Annuaire CDI, 1995, vol. II, 2^e partie*). Compte tenu de la définition large des Etats lésés retenue dans le projet adopté en première lecture, cela impliquait qu'il pouvait être invoqué par des Etats non spécialement atteints aux fins de défendre l'intérêt général ou collectif. On peut se demander cependant si le mécanisme envisagé, de nature essentiellement bilatérale, était véritablement adapté à la responsabilité multilatérale qui résulte des faits illicites *erga omnes*. Si elle avait été maintenue, la partie sur le règlement des différends aurait nécessité une révision dans le but de tenir mieux compte de la multilatéralisation de la responsabilité. On ajoutera encore que l'introduction d'une *actio popularis* avait été envisagée en relation avec le régime de responsabilité aggravée applicable aux crimes, mais qu'elle a partagé le sort funeste réservé à ce dernier (cf. *supra* p. 308 ss).

88. Voir à ce sujet le Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 37-39.

89. Dans la littérature, voir en particulier le colloque tenu à l'Institut européen de Florence, dont les travaux sont consignés in : II. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (éd.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of th ILC's Draft Article on State Responsibility*, Berlin, 1989. Parmi les articles et ouvrages récents, voir notamment : R. Rosenstock, "An International Criminal Responsibility of States?", in : *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, New York, 1997, p. 265-285 ; A. Pellet, « Vive le crime ! Remarques sur le degré de l'illicite en droit international », *ibid.*, p. 287-315 ; Ch. Tomuschat, "International Crimes by States: an Endangered Species?", in : K. Wellens (éd.), *International Law: Theory and Practice*, La Haye, 1998, p. 253-274 ; G. Abi-Saab, "The Uses of Article 19", *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 339-351 ; Jorgensen, N., *The Responsibility of States fin International Crimes*, Oxford, 2000.

90. Rapport de la CDI, *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 95.

91. *Ibid.*, § 34.

92. Les exemples donnés dans l'article 19 § 3 sont les suivants : « a) [...] une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression ; b) [...] une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid ; c) [...] une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers. »

93. Article 5 § 3 (devenu par la suite l'article 40 § 3) du projet adopté en première lecture (*Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 2^e partie, p. 24-25).

94. *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, 1^{re} partie, § 141 et 152 (voir aussi le commentaire du projet d'article 19 in : Rapport de la CDI, *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, 2^e partie, § 10). Sur les discussions autour de l'*actio popullaris*, voir *infra* p. 313 ss.

95. Sur ce point, voir en particulier G. Gaja, "Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts", in : H. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (éd.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of th ILC's Draft Article on Stale Responsibility*, Berlin, 1989, p. 151-160 ; et J.B. Acosta Estevez, "Normas de *jus cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos", *Anuario de derecho internacional*, vol. 11, 1995, p. 3-22.

96. Voir par exemple, les commentaires de la France, ONU Doc. A/CN.4/488.

97. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêt du 1^{er} octobre 1946 (extrait cité dans le commentaire du projet d'articles sur la responsabilité, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/0/Supp. 10, p. 301).

98. Le caractère non-exhaustif et hypothétique des exemples donnés ressort explicitement de la formulation utilisée au début du paragraphe 3 de l'article 19 du projet de la CDI (« un crime international peut notamment résulter de [...] » ; les italiques sont de nous).

99. En ce sens, Rosenstock, *Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 7.

100. Voir, en particulier son Sixième Rapport sur le contenu, la forme et les degrés de la responsabilité internationale, *Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 1^{ère} partie, § 14 ss.

101. Voir notamment ses Cinquième, Sixième, Septième et Huitième Rapports, publiés de 1993 à 1996 (ONU Doc. A/CN.4/453, A/CN.4/461, A/CN.4/469, et A/CN.4/476).

102. Cf. *Annuaire CDI* 1996, vol. II, 1^{ère} partie.

103. A ce sujet, cf. *supra* p. 285.

104. Voir par exemple les commentaires écrits sur le projet adopté en première lecture formulés par l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie (ONU Doc. A/CN.4/488).

105. Article 40 § 1 du projet de la CDI.

106. Article 40 § 1 et 2 du projet de la CDI.

107. Article 41 § 1 à 3 du projet de la CDI.

108. Voir en ce sens les remarques du Président du Comité de rédaction de la CDI (ONU Doc. A/CN.4/SR.2662).

109. Article 52 du projet d'articles adopté par la CDI en première lecture (cf. *supra* p. 4).

110. Aux termes du projet d'article proposé initialement par le Rapporteur spécial, tout Etat pouvait prendre des contre-mesures individuelles pour réagir à la violation grave d'une obligation essentielle envers la communauté internationale, du moins pour autant qu'il le fasse « dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée ». En revanche, lorsqu'il s'agissait d'une obligation *erga omnes* n'ayant pas le caractère « essentiel » décrit ci-dessus ou dont la violation n'atteignait pas le seuil de gravité exigé, les Etats n'ayant pas été spécialement affectés ne pouvaient prendre des contre-mesures qu'« à la demande et pour le compte » de l'Etat lésé (voir l'article 54 provisoirement adopté en 2000 par le Comité de rédaction de la CDI, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, ONU Doc. A/55/10/Supp. 10, p. 125).

111. A ce sujet, voir la section ci-dessus relative aux droits des Etats non spécialement affectés (p. 296-300) ainsi que le Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 35-37.

112. Septième Rapport de M. Arangio-Ruiz, *Annuaire CDI*, 1995, vol. II, 1^{ère} partie, § 100-119. On notera que le Rapporteur spécial envisageait également l'utilisation de titres juridictionnels déjà existants aux fins d'une *actio popularis*. Il cite dans ce contexte une série de traités contenant des clauses juridictionnelles qui se prêtent, selon lui, à une *actio popularis* (*ibid.*, § 113). Voir aussi, par exemple, l'intervention au cours du débat au sein de la CDI de Pellet qui affirme, en se référant à la Convention sur le génocide : “it seemed clear that, if Yugoslavia could be accused of the crime of genocide or complicity in that crime, then all States were entitled to seize the Court or come to the defence of Bosnia and Herzegovina” (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 397^e séance, § 5).

113. *Ibid.*, § 139.

114. Ce deuxième aspect rappelle l'affaire du *Sud-Ouest africain* dans laquelle l'Assemblée générale de l'ONU avait expressément invité les anciens membres de la Société des Nations Unies à faire usage de la clause juridictionnelle contenue dans le Mandat pour porter la question du comportement de l'Afrique du Sud devant la Cour internationale de Justice. Cf. *supra* p. 57.

115. Le Rapporteur spécial souligne notamment le fait que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ne sont pas tenus d'appliquer des critères uniformes dans des situations qui peuvent paraître identiques, ni de motiver leurs choix et leurs actions (ou inactions) (cf. *ibid.*, § 97).

116. *Ibid.*, § 89.

117. *Ibid.*, § 118. L'analogie n'est cependant pas pleinement convaincante. En effet, le ministère public exerce cette fonction de filtrage en partie parce qu'il se charge lui-même de porter l'accusation devant les tribunaux, alors que dans le mécanisme proposé l'initiative de l'action judiciaire était laissée entièrement aux Etats.

118. Paragraphe 5 du projet d'article cité. Sur la question de l'autorité relative des décisions judiciaires et sur les problèmes que cela peut impliquer dans l'exercice d'une action populaire, voir *infra* p. 352-354.

119. *Ibid.*, § 146.

120. Intervention de Lukashuk, *Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 25.

121. Voir, par exemple, l'intervention de Pellet (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 393^e séance, § 6-8).

122. Les principaux problèmes de contrariété possible avec la Charte des Nations Unies qui ont été relevés au cours des débats de la CDI concernent la possibilité offerte à l'Etat accusateur de saisir simultanément le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale (une possibilité jugée par certains contraire à l'article 12 de la Charte des Nations Unies) ; l'interférence avec le rôle du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix, interférence d'autant plus probable que celui-ci a étendu considérablement cette dernière décennie la notion de menace à la paix et que presque tous les exemples de crimes donnés dans l'article 19 § 2 du projet d'articles adopté par la CDI en première lecture peuvent être qualifiés de menaces ou d'atteintes à la paix et à la sécurité internationales ; enfin, les exigences de majorité prévues dans le projet d'article 19 § 2 présenté par le Rapporteur spécial ainsi que la condition spécifique selon laquelle « les membres qui seraient directement concernés s'abstiendraient lors du vote » (qu'on jugea incompatible avec l'article 27 § 3 de la Charte). A ce sujet, voir en particulier les interventions de Roscnstock (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 18-21) et de Pellet (*ibid.*, 2 393^e séance, § 10 ; 2 397^e séance, § 8-12) ainsi que les réponses (partielles) données par le Rapporteur spécial (*ibid.*, 2 405^e séance, § 36-50).

123. En ce sens, Rosenstock (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 8).

124. Voir en particulier les interventions de Bowett (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 51), de Pellet (*ibid.*, 2 393^e séance, § 8) et de Barboza (*ibid.*, 2 396^e séance, § 17).

125. Il convient de préciser que les articles proposés par le Rapporteur spécial n'excluaient pas une réaction « centralisée », c'est-à-dire décidée par le Conseil de sécurité dans le cadre des prérogatives en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales qui lui sont reconnues par la Charte des Nations Unies. Il n'excluait pas non plus complètement toute forme de réaction « décentralisée », c'est-à-dire à travers des contre-mesures prises unilatéralement par les Etats. Celles-ci n'étaient cependant licites, en attendant le prononcé judiciaire, que dans des conditions très restrictives. Le projet d'article 17 § 2 proposé n'autorisait en effet que « des mesures conservatoires d'urgence qui seraient nécessaires pour préserver les droits d'un Etat lésé ou limiter le dommage occasionné par le crime international » (Septième Rapport d'Arangio-Ruiz, *Annuaire CDI*, 1995, vol. II, 1^{re} partie, § 139).

126. Cf. intervention de Pellet (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 393^e séance, § 9).

127. Seul M. Yamada exprima certains doutes à ce sujet en mentionnant les réticences exprimées par la Cour internationale de Justice à l'endroit de l'*actio popularis*. Il ne se réfère cependant dans son intervention qu'à l'arrêt de 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 396^e séance, § 8). Le Rapporteur spécial répondit à cet argument en soulignant le rôle de filtrage des accusations joué dans le cadre de ses propositions par un organe politique et souligna que, de toute façon, la décision de la Cour dans cette affaire ne constituait nullement à ses yeux un « heureux précédent » (*ibid.*, vol. II, 2^e partie, § 332).

128. Voir l'intervention de Bowett qui proposait, à la place d'une action populaire ouverte à tout Etat, que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité nomme un procureur spécial ainsi qu'une commission indépendante de juristes, laquelle serait chargée de mener l'accusation sur la base

des preuves que lui fournirait le procureur spécial (*Annuaire CDI*, 1995, vol. I, 2 392^e séance, § 52-53).

Titre II. L'« actio popularis » dans la procédure judiciaire

Introduction au titre deuxième

p. 319

- ¹ Prise dans son sens propre, l'*actio popularis* désigne une action en justice, et non n'importe quelle démarche en défense d'intérêts collectifs¹. Les fondements normatifs de l'*actio popularis* ayant été établis dans le titre précédent, il convient maintenant d'examiner comment cette action en défense d'intérêts collectifs prend forme dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans cette partie de notre étude, nous entendons résumer d'abord brièvement les conditions indispensables à l'exercice d'une *actio popularis*. Nous procéderons ensuite à une analyse critique des exceptions procédurales soulevées à son encontre, avant d'examiner les finalités d'une telle action en justice.
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Voir la définition donnée au début de cette étude (p. 38-40).

Chapitre I. Les conditions d'existence de l'*actio popularis*

p. 320-323

- ¹ La possibilité d'intenter une *actio popularis* devant une juridiction internationale suppose la conjonction de trois éléments principaux. Le premier est le droit d'accès formel du demandeur à la juridiction concernée. Le deuxième est l'existence d'un titre établissant de manière appropriée la compétence de la juridiction saisie par rapport au litige en question. Enfin, le troisième est la possession par le demandeur d'une qualité pour agir en justice dans l'intérêt général.

Section I - L'accès à la juridiction

- ² Pris dans son sens le plus large, l'accès à la justice désigne le droit de porter une affaire devant une juridiction et d'être partie à la procédure. Il englobe à ce titre au moins deux aspects procéduraux séparés, même s'ils sont ne pas toujours clairement distingués en pratique : le premier est celui de l'appartenance du demandeur à une catégorie générique et prédéterminée d'entités ou de personnes auxquels le traité constitutif reconnaît le droit d'introduire une requête ; le second recouvre l'idée que le demandeur est légitimé à porter devant la juridiction concernée le litige spécifique qui forme l'objet de sa requête. Le premier aspect est une question d'accès formel à la juridiction et peut se vérifier indépendamment du contenu et de la nature des droits invoqués. Le second aspect est habituellement désigné en termes de qualité ou d'intérêt à agir et est étroitement lié aux droits invoqués dans la demande.
- ³ S'agissant du premier aspect, il est généralement réglé directement par le traité établissant la juridiction. En pratique, cet aspect procédural ne soulève guère de difficultés d'interprétation : le droit d'accès existe ou il n'existe pas. Ainsi, l'article 34 § 1 du Statut de la Cour internationale de Justice prévoit que – dans le cadre de la procédure contentieuse – « [s]euls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour ». Les organisations internationales, les individus et les organisations non gouvernementales n'ont donc pas de droit d'accès direct à la Cour internationale de Justice au titre de sa compétence contentieuse². Pour prendre un autre exemple, dans le

cadre de la Convention américaine des droits de l'homme, tout Etat, personne, groupe de personnes ou entité non gouvernementale a le droit de déposer une requête devant la Commission³. En revanche, le droit d'accès à la Cour interaméricaine des droits de l'homme est limité à la Commission et aux Etats⁴. Cette solution contraste avec le système actuel de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque celui-ci accorde désormais le droit de porter une requête devant la Cour non seulement aux Etats contractants, mais aussi aux personnes physiques, aux organisations non gouvernementales ainsi qu'à des groupes de particuliers.

Section II - La compétence juridictionnelle

- ⁴ Idéalement, l'*actio popularis* devrait s'exercer dans un système où l'autorité du juge s'impose à l'ensemble des sujets de droit. Ce n'est que dans cette hypothèse qu'elle permettrait à tout un chacun de dénoncer l'auteur de n'importe quel délit. Dans l'état actuel d'organisation de la société internationale, un tel contrôle judiciaire n'existe cependant pas. L'*actio popularis* ne peut donc être intentée sur le plan international qu'à l'égard d'Etats ayant accepté de se soumettre à un système juridictionnel et dans les limites du consentement exprimé par chacun d'eux.
- ⁵ L'*actio popularis* est bien sûr facilitée lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un traité qui institue une procédure juridictionnelle obligatoire pour l'ensemble des Etats parties. Tel est le cas actuellement de la Cour européenne des droits de l'homme ou des procédures de plainte existant dans le cadre de l'OIT ou de l'OMC⁵. En revanche, les possibilités pratiques d'intenter une *actio popularis* sont plus limitées lorsque la compétence de la juridiction dépend d'une acceptation spécifique des Etats concernés, c'est-à-dire d'une manifestation de consentement distincte de celle qu'exprime la ratification ou l'adhésion au traité établissant la juridiction en question. L'exemple par excellence est la Cour internationale de Justice⁶. Diverses autres juridictions internationales examinées dans la deuxième partie de cette thèse fonctionnent cependant aussi selon des principes similaires.

Section III - La qualité pour agir dans l'intérêt commun

- ⁶ Enfin, la troisième et dernière condition nécessaire pour intenter une *actio popularis* est la possession par le demandeur d'une qualité pour agir dans l'intérêt commun. Même dans les systèmes conventionnels où l'*actio popularis* est incontestée, cette qualité pour agir en défense de l'intérêt commun n'est jamais énoncée expressément dans le texte même du traité. Elle a toujours été établie à travers un processus d'interprétation. Les éléments essentiels à considérer sont la formulation du droit d'agir dans le traité considéré, les finalités du mécanisme de contrôle et la nature des obligations auquel il se rapporte. Bien qu'il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les différents éléments à considérer dans le processus d'interprétation, il n'en demeure pas moins que l'élément le plus essentiel dans un tel cas est le fait que l'obligation dont la violation est alléguée vise à protéger des intérêts communs ; c'est le fondement ultime de l'*actio popularis*⁷.
- ⁷ La qualité pour agir est incontestablement une notion de procédure. Cependant, elle est par nature liée à l'obligation invoquée au fond. Ce n'est pas un hasard si la Cour

internationale de Justice utilise souvent les expressions « qualité », « intérêt juridique », et « droit » comme des synonymes. Ce lien est particulièrement évident dans le cas de l'*actio popularis*. La qualité du requérant dépend de l'existence d'un intérêt au respect de l'obligation internationale dont il allègue la violation. Il n'est donc pas possible de séparer la question de l'existence d'une qualité pour recourir en défense d'un intérêt commun de celle de la détermination de la nature de l'obligation. Dans l'affaire des Essais nucléaires de 1974, les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock exprimèrent une opinion de cette nature dans une opinion dissidente commune. Ils y affirmèrent en effet que la question de la qualité pour agir de l'Australie et la Nouvelle-Zélande, notamment par rapport aux règles imposant des obligations *erga omnes*, ne pouvait pas être tranchée dans une phase purement préliminaire. Selon eux, cette question ne pouvait pas être dissociée de la question juridique de fond relative à l'existence et à la portée de la règle de droit international coutumier dont la violation était alléguée⁸. Cette jonction préconisée de l'examen de la qualité pour agir à la procédure sur le fond n'exclut pas pour autant un examen préliminaire de celle-ci dans le cadre de la procédure sur le fond. En effet, cet examen peut souvent être mené avant d'aborder la question de savoir si l'obligation a été effectivement violée et quelles en sont les conséquences, notamment en matière de réparation⁹.

NOTES DE BAS DE PAGE

2. Cette disposition est à lire en connexion avec l'article 93 § 1 de la Charte des Nations Unies qui prévoit que tous les Etats membres des Nations Unies sont *ipso fado* parties au Statut de la Cour internationale de justice. Sur les travaux préparatoires du Statut de la Cour ayant conduit à l'adoption de cette règle, voir en particulier Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 3^e éd., La Haye, 1996, vol. III (Jurisdiction), p. 638-656. Pour des propositions de révision de cette règle, dont les chances d'aboutissement sont au demeurant très faibles, voir notamment Sir Gerald Fitzmaurice, "Enlargement of the Contentious Jurisdiction of the Court", in : L. Gross (éd.), *The Future of the International Court of Justice*, New York, 1976, p. 461-498 ; et J.P. Gardner & Ch. Wickremasinghe (éd.), *The International Court of Justice: Progress, Practice and Procedures*, Londres, 1996.

3. Articles 44 et 45 de la Convention.

4. Article 61 de la Convention.

5. On précisera que les procédures de plaintes de l'OIT et de l'OMC s'imposent *ipso fado* à l'ensemble des Etats membres de ces deux organisations, mais ne s'appliquent *ratione maleriae* qu'aux traités auxquels sont parties à la fois l'Etat plaignant et l'Etat défendeur.

6. En ce qui concerne la compétence de la Cour internationale de Justice pour connaître d'une requête prenant la forme d'une *actio popularis* et l'interprétation des titres juridictionnels, voir *supra* p. 91 ss.

7. Voir le titre précédent relatif aux fondements normatifs de l'*actio popularis* (p. 229 ss). Sur les notions de qualité pour agir et d'intérêt à agir, cf. *infra* p. 328 ss.

8. Opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jimenez de Aréchaga et Waldock dans l'affaire des Essais nucléaires (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, CIJ Recueil, 1974, p. 370).

9. On notera que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice examine la question de la qualité parfois au stade de la procédure préliminaire (affaires du Sud-Ouest africain (1^{ère} phase), etc.), parfois au niveau de la procédure au fond (cf. affaires Administration du prince von Pless, Sud-Ouest africain (2^{ème} phase), *Barcelona Traction*, etc.) (cf. G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1967, p. 171, note 19).

Chapitre II. La contestation procédurale de l'*actio popularis*

p. 324-354

- ¹ L'*actio popularis* peut être contestée par le défendeur au moyen de diverses exceptions de nature procédurale : les unes portent sur l'intérêt du demandeur ainsi que sur la nature du droit dont il allègue la violation ; d'autres ont trait à la possibilité même pour le juge de statuer sur la requête, ce que les juristes anglo-saxons ont pris l'habitude de désigner par le terme de « justiciabilité » ; d'autres encore découlent du fondement consensuel de la justice internationale et de la nécessité prétendue de préserver les droits des tiers.
- ² L'accent est mis délibérément dans cette partie de notre étude sur la procédure devant la Cour internationale de Justice. Il est en effet difficile de passer en revue l'ensemble des juridictions examinées dans la deuxième partie, dans la mesure où elles ont chacune leur propre traité constitutif et leurs propres règles de procédure¹. Le choix de la Cour internationale s'explique en raison de son statut prééminent dans l'histoire et l'histoire de la justice internationale, mais aussi parce que c'est devant cette Cour que la plupart des objections ou théories invoquées à l'encontre de l'*actio popularis* ont été développées. Cependant, référence sera faite aux autres procédures à chaque fois que cela permet de clarifier ou de mettre mieux en perspective un problème.

Section I - Des exceptions préliminaires de nature diverse

- ³ Il n'est guère possible de classer les exceptions soulevées à l'encontre de l'*actio popularis* dans des catégories procédurales précises. Il advient en effet souvent dans la construction d'une stratégie judiciaire que la même théorie donne lieu à plusieurs arguments soulevés à différents stades de la procédure. On sait, d'autre part, que la délimitation entre les domaines de la compétence, de la recevabilité de la requête et les autres questions préliminaires, de même que la frontière entre la procédure préliminaire et celle relative au fond du litige ne sont pas clairement définies. Malgré les acquis de la jurisprudence, il s'agit de notions aux contours encore imprécis et dont

l'appréciation dépend, pour partie, des circonstances du cas². Cependant, l'appréciation de la nature des exceptions préliminaires n'est pas sans intérêt pratique. D'une part, elle peut déterminer l'ordre dans lequel chacune de ces exceptions sera examinée par le juge. D'autre part, elle détermine le pouvoir dont dispose celui-ci de les examiner d'office.

- ⁴ La Cour internationale de Justice estime qu'elle doit toujours vérifier – d'office et comme une question préliminaire à la vérification de sa compétence – s'il existe un différend d'ordre juridique entre les parties³. A plusieurs reprises, la Cour a refusé de statuer sur un différend – ou limité la portée de son arrêt – en se fondant sur des arguments et moyens qui n'avaient pas été avancés par les parties⁴. La Cour a affirmé ce pouvoir avec une force particulière dans l'affaire du *Cameroun Septentrional* :

C'est par l'acte du demandeur que la Cour est saisie, mais, même si, une fois saisie, elle estime avoir compétence, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence. Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour⁵.

- ⁵ En tant que tel, le principe est indiscutable. Il convient à ce sujet de faire une distinction entre un tribunal arbitral créé d'une manière *ad hoc* par deux Etats et une juridiction permanente établie dans le cadre d'un traité multilatéral. Dans le premier cas, il convient d'appliquer en principe la maxime de disposition, puisque le tribunal tire son origine même de la volonté des parties. En revanche, la liberté des parties joue un rôle plus limité dans la procédure applicable devant une juridiction permanente. Une telle juridiction ne peut en effet pas ignorer les règles relatives à son rôle et à son fonctionnement telles que définies entre l'ensemble des Etats ayant négocié son traité constitutif ; elle ne peut pas non plus modifier librement, au gré des désirs particuliers des parties, le règlement qu'elle a adopté en vue d'assurer une uniformité de la procédure. Dans le cas de la Cour internationale de Justice, son Statut et son Règlement définissent des espaces où intervient la liberté des Etats (par exemple, l'octroi de la compétence pour régler des différends, le choix de soumettre un différend à une chambre de la Cour plutôt qu'à la Cour plénière, etc.). Ce Statut et ce Règlement ne peuvent pas être modifiés à leur guise par les parties à un différend. En d'autres termes, il appartient à la Cour de veiller à leur respect et d'examiner d'office les problèmes s'y rapportant. Le cas échéant, elle peut refuser de statuer⁶.

- ⁶ Si le principe est donc indiscutable, il ne doit pas être appliqué de manière discrétionnaire et servir d'échappatoire commode lorsque les membres de la Cour sont confrontés à un différend juridiquement ou politiquement délicat à trancher. La Cour est certes libre de soulever d'office certaines exceptions et d'aboutir à ses propres conclusions, mais elle doit le faire avec constance, en gardant à l'esprit la nécessité de préserver son autorité et sa crédibilité. Elle devrait, en outre, informer les parties d'une manière appropriée sur ses éventuels doutes quant à la possibilité de statuer, afin de leur donner la possibilité de s'exprimer au cours de la procédure orale sur des moyens que celles-ci n'auraient pas soulevés elles-mêmes⁷.

Section II - Les exceptions relatives au titre juridique du demandeur

- ⁷ Dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'*actio popularis* peut être contestée au premier chef en mettant en cause le titre dont se prévaut le demandeur. Le moyen de défense peut consister soit à invoquer un défaut d'intérêt pour agir du demandeur, soit à faire valoir que le demandeur n'a pas été lésé dans un de ses droits subjectifs. A y regarder de plus près, ces deux formes de défense procédurale sont moins des arguments distincts que deux variations chromatiques autour du même thème : le demandeur n'a pas de légitimation personnelle suffisante pour introduire une action en justice. Ces moyens de défense ne sont pas nécessairement les premiers que le juge examine, mais nous avons fait le choix de commencer par eux car ils sont – parmi les différents moyens examinés dans ce chapitre – ceux qui sont les plus spécifiquement dirigés contre l'*actio popularis*.

§ 1^{er}- « Le demandeur n'a pas d'intérêt pour agir »

- ⁸ L'exception procédurale la plus directe et la plus radicale à l'encontre d'une *actio popularis* consiste à arguer d'un défaut d'intérêt pour agir du demandeur. Il convient d'examiner en premier lieu ce qu'il faut entendre par intérêt pour agir et quel est le lien entre cette notion et celle de qualité pour agir. Ensuite, nous examinerons si l'exigence d'un intérêt pour agir exclut véritablement l'*actio popularis*.

A. Intérêt et qualité pour agir

- ⁹ La notion d'intérêt pour agir apparaît assez régulièrement dans la littérature, en particulier chez les auteurs de langue français ou originaire de pays ayant subi l'influence du droit français. Selon plusieurs auteurs, l'exigence d'un intérêt à agir constituerait un principe général du droit de la procédure, valable en droit international comme en droit interne, et qu'illustrent les vieux brocards « pas d'intérêt, pas d'action » et « l'intérêt est la mesure de l'action⁸ ». S'agissant du contenu de cette règle procédurale, on affirme fréquemment que l'intérêt du demandeur doit être « juridique », « positif et concret », « né et actuel », et « direct ou personnel⁹ ».

- ¹⁰ En y regardant de plus près, on s'aperçoit cependant que la jurisprudence internationale ne se réfère guère à l'intérêt à agir et que cette notion n'est pas aussi solidement établie qu'on a bien voulu le dire ou le croire à une époque. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons. Tout d'abord, la notion d'intérêt pour agir n'est pas connue de tous les ordres juridiques nationaux, du moins pas sous une forme autonome¹⁰. Il en résulte d'inévitables différences de perception auxquelles la Cour internationale de Justice a fait référence dans l'affaire du Cameroun Septentrional¹¹. Ensuite, les juridictions internationales trouvent leur source dans la volonté des parties, et non – comme sur le plan interne – dans un pouvoir étatique placé au-dessus d'eux. Il est donc plus difficile pour le juge international d'écartier du prétoire un Etat en déterminant à sa place s'il a un intérêt suffisant à agir.

- ¹¹ Toutefois, le fait que l'intérêt à agir n'est guère mentionné dans la jurisprudence internationale ne signifie pas qu'il est complètement absent. Souvent, l'intérêt à agir est simplement absorbé par d'autres notions de procédure élaborées à partir des

termes du traité instituant la juridiction saisie. Le Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple, ne parle pas de l'intérêt pour agir du demandeur. Il utilise certes le terme d'« intérêt d'ordre juridique », mais en relation avec l'intervention dans la procédure contentieuse d'un Etat non partie à l'instance¹². Cependant, une partie des composantes susmentionnées de la notion d'intérêt pour agir paraît avoir été intégrée par la Cour dans d'autres concepts ou règles de procédure, en particulier dans l'exigence qu'il existe un « différend » entre les parties¹³ – une condition expressément prévue dans le Statut – et dans la notion de « qualité » de l'Etat demandeur¹⁴. Une tendance similaire est perceptible dans la jurisprudence d'autres juridictions internationales. Ainsi, dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, c'est sans succès que les Communautés européennes ont essayé de présenter l'exigence de l'intérêt à agir comme un principe général du droit procédural, à examiner séparément de la recevabilité formelle. L'Organe d'appel de l'OMC a nié l'existence d'un principe relevant du droit international général et il a estimé que l'évaluation de l'intérêt à agir des Etats-Unis faisait partie intégrante de l'appréciation de la « qualité » pour se porter partie plaignante (*standing* dans le texte original anglais¹⁵). L'autonomie de la notion d'intérêt à agir a été évoquée également à propos de certains recours devant la Cour de justice des Communautés européennes. On a fait valoir qu'une fois établie la qualité du requérant, il demeure nécessaire de rechercher si celui-ci fait valoir un intérêt suffisant à l'action ; l'intérêt ne serait donc pas absorbé complètement par la qualité¹⁶. Pour l'heure, la Cour de justice ne paraît cependant pas vouloir s'engager dans cette voie et s'est abstenu de consacrer l'intérêt à agir en tant que notion indépendante de la qualité pour recourir.

B. Intérêt pour agir et *actio popularis*

¹² Indépendamment des réserves que l'on peut avoir à l'égard de la notion même d'intérêt pour agir, il faut se demander si celle-ci exclut véritablement l'*actio popularis*. En fait, si l'on examine les quatre caractéristiques les plus souvent citées à propos de l'intérêt du demandeur (intérêt juridique ; positif et concret ; né et actuel ; personnel ou direct), seule la dernière paraît constituer véritablement un obstacle à l'*actio popularis*¹⁷. Or, cette dernière condition n'est pas interprétée dans la doctrine de manière absolue. Parmi les auteurs qui affirment l'existence de l'intérêt à agir comme une notion autonome, presque tous admettent néanmoins la possibilité d'intenter une *actio popularis* pour faire valoir certaines violations du droit international. En d'autres termes, l'exigence d'un intérêt personnel peut parfaitement connaître des exceptions¹⁸.

¹³ Pour notre part, nous pensons simplement que cet intérêt à agir est inhérent au concept d'obligations *erga omnes*. Tous les Etats concernés ont un intérêt au respect de telles obligations internationales ; par conséquent, il est inévitable que cet intérêt se concrétise aussi sous la forme d'un intérêt à agir en justice. D'une certaine manière, l'intérêt personnel de chacun est présumé. On peut y voir une analogie avec la réglementation prévue dans le Statut de la Cour internationale de Justice pour l'intervention d'un Etat tiers dans une procédure se rapportant à un traité multilatéral. En principe, le Statut de la Cour prévoit que l'intervention est conditionnée à la démonstration par l'Etat intervenant qu'il possède un « intérêt d'ordre juridique¹⁹ ». Cependant, cet intérêt est automatiquement présumé par le Statut lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un traité à l'élaboration duquel l'Etat intervenant a participé²⁰.

- ¹⁴ Il faut relever encore que la délimitation entre l'exigence d'un intérêt personnel et *l'actio popularis*, bien que nette en théorie, n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. En effet, plus une juridiction se montre libérale dans l'appréciation de l'intérêt potentiel du demandeur, plus l'on se rapproche d'une action judiciaire ouverte à tous. Lorsque la Cour permanente, dans l'affaire du Vapeur Wimbledon, admet comme suffisant un intérêt potentiel du demandeur, la condition d'un intérêt personnel est formellement remplie, mais on est en réalité très proche de l'action populaire²¹. On peut se demander d'ailleurs si l'intérêt potentiel n'est pas une *actio popularis* qui refuse de dire son nom.
- ¹⁵ Pour terminer sur ce point, il convient de souligner que la matière de la procédure est, par nature, rebelle à des solutions générales. Le postulat de l'arrêt du Sud-Ouest africain selon lequel il existerait une règle générale de procédure prohibant expressément l'action populaire ne résiste pas à un examen sérieux. Comme le montre la deuxième partie de notre étude, la diversité des solutions adoptées sur le plan international en matière d'intérêt ou de qualité pour agir est patente. La réglementation diffère d'une juridiction à l'autre et parfois, devant la même juridiction, selon les diverses catégories de demandeurs. Dans ces conditions, on ne voit pas comment une règle de droit international coutumier aurait pu émerger sur un sujet comme celui-ci. Il n'est pas plus soutenable de prétendre qu'il s'agit d'un principe général de droit. Au vu de la variété des solutions retenues sur le plan national, toute prétention de dégager des ordres juridiques internes un principe commun transposable en droit international est complètement illusoire²².
- ¹⁶ Plusieurs auteurs, et non des moindres, affirment qu'il existe une règle de procédure de portée générale au sujet de l'intérêt à agir. Nous ne contestons pas cette affirmation. Ce que nous mettons en doute, c'est que cette règle, si elle existe, puisse s'étendre en droit international à la question de l'intérêt personnel. Ceux-là même qui affirment que l'intérêt à agir est une règle générale se montrent néanmoins prudents par rapport à l'élément de l'intérêt personnel et admettent une série d'exceptions. Pour notre part, nous soutenons que sur cet aspect spécifique – celui de l'intérêt personnel – le nombre élevé des exceptions et la diversité de la jurisprudence internationale aboutissent à nier l'existence d'une règle. La question de l'admissibilité de l'action populaire doit être résolue séparément par chaque juridiction, en se fondant notamment sur la nature des obligations invoquées par le demandeur et sur la manière dont est définie la qualité pour agir dans le traité pertinent, mais non sur la base d'un présumé principe général de procédure.

§ 2 – « Le demandeur n'a pas été lésé dans un droit subjectif »

- ¹⁷ En aval, la possibilité d'une *actio popularis* peut être aussi contestée en arguant que le demandeur n'a pas été lésé dans un droit subjectif. Il s'agit d'une variante de l'argumentation selon laquelle le demandeur n'a pas d'intérêt à agir. Cependant, l'accent est mis ici plus particulièrement sur le fait que le demandeur ne possède pas en propre le droit qu'il allègue²³.
- ¹⁸ Dans la philosophie moderne du droit, le terme de « droit subjectif » est souvent utilisé par antithèse avec celui de « droit objectif²⁴ ». Le droit objectif désigne la règle de droit, tandis que le droit subjectif équivaut à une prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu ou d'une collectivité et qui en fait des sujets de droit²⁵.

Une notion plus élaborée du droit subjectif ressort cependant des travaux de Dabin. Cet auteur définit le contenu du droit subjectif par trois éléments : l'appartenance (c'est-à-dire l'attribution par l'ordre juridique d'un bien déterminé à un sujet de droit) ; la maîtrise (parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle) ; enfin, la faculté d'exiger son respect par les tiers (inviolabilité et exigibilité²⁶). A ces trois éléments définissant le contenu même du droit subjectif, Dabin en ajoute cependant encore un quatrième : celui de la protection juridique par l'action ou la voie de droit²⁷. Cette dernière condition rend difficile une transposition des thèses de Dabin dans la société internationale, où la justice est facultative. Cependant, on doit retenir des travaux de Dabin qu'il n'y a aucune incompatibilité entre l'idée de droit subjectif et l'action populaire. Dans son ouvrage, Dabin évoque d'ailleurs directement l'action populaire en parlant à ce propos d'un « droit subjectif [de chacun] au respect de la légalité²⁸ ». La formule ne nous paraît pas très heureuse. Cependant, elle montre que même ceux qui défendent l'idée d'une application générale du concept de droit subjectif admettent que ce dernier n'exclut pas l'action populaire. Postuler une incompatibilité n'est qu'une pétition de principe.

- ¹⁹ En droit international, le concept de droit subjectif n'a guère été développé. Il est presque complètement absent de la pratique internationale et a été peu analysé par la doctrine²⁹. Le droit international est généralement conçu – à l'instar du droit public dans les ordres juridiques nationaux – comme un ensemble de règles normatives axées sur l'obligation plutôt que sur le droit subjectif. L'existence même du droit subjectif est directement niée dans deux courants majeurs de la doctrine internationale : celui du « normativisme » dont Kelsen est le fondateur³⁰ ; et celui de l'« objectivisme sociologique » développé particulièrement par Scelle³¹. Le terme « droit subjectif » apparaît néanmoins ici et là chez certains auteurs. Pour eux, la règle internationale aurait une structure binaire : à chaque obligation internationale incomtant à un Etat correspondrait un droit subjectif d'un autre Etat³². Dans son Deuxième Rapport à la CDI sur la responsabilité des Etats, Roberto Ago affirma ainsi :

[il est] tout à fait légitime, en droit international, de considérer l'idée de violation d'une obligation comme l'équivalent parfait de celle de lésion du droit subjectif d'autrui. [...] La corrélation entre obligation juridique d'un côté et droit subjectif, de l'autre, ne souffre pas d'exception³³.

- ²⁰ Le célèbre internationaliste ne semble toutefois pas vouloir conférer au terme de « droit subjectif » une portée très spécifique ; il paraît utiliser cette expression simplement pour se référer à la possession du droit par l'Etat. L'arrêt de la Cour permanente qu'il cite ne contient d'ailleurs pas l'expression de « droit subjectif » ; il y est seulement question d'un acte « contraire au droit conventionnel d'un autre Etat³⁴ ». Conformément à sa conception axée sur le droit subjectif, l'ancien Rapporteur spécial commentait l'*obiter dictum* de la *Barcelona Traction* en suggérant que le concept d'obligations *erga omnes* implique que chaque membre de la communauté internationale possède un droit subjectif correspondant³⁵. Le danger cependant est de mettre trop l'accent, en parlant de « droit subjectif », sur la possession par chacun du droit, alors que le concept d'obligations *erga omnes* vise à protéger des intérêts communs à tous les membres d'un groupe d'Etats. Cette construction d'Ago est en outre inutile du point de vue de la procédure judiciaire. Etre titulaire du droit dont on allègue la violation n'est en effet nullement une exigence absolue de procédure. Dans tout système judiciaire, il est admis qu'un demandeur puisse agir en représentation ou sur la base simplement d'intérêts légitimes.

²¹ La notion de droit subjectif a disparu aujourd’hui complètement du projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des Etats. Elle a été éliminée de la définition de l’Etat lésé en deux temps. Tout d’abord, alors qu’Ago officiait encore comme rapporteur spécial, c’est la notion d’atteinte à un droit – et non celle de lésion d’un droit subjectif – qui a été retenue dans le projet d’articles³⁶. Dans une seconde étape, à la suggestion du dernier Rapporteur spécial, le professeur Crawford, l’Etat lésé a été défini non par rapport à la lésion de son droit, mais par référence à la violation de l’obligation internationale³⁷. Dans son commentaire de la version finale du projet d’articles, la CDI souligne que si l’obligation internationale va de pair avec un droit correspondant, ce droit peut appartenir en commun à plusieurs sujets de droit international ou être un droit spécifique d’un ou de plusieurs Etats donnés. La CDI ajoute que les Etats peuvent avoir, par conséquent, des intérêts différents à l’exécution de l’obligation internationale³⁸.

Section III - Les exceptions relatives à la justiciabilité

§ 1^{er}- « *Vactio popularis* porte sur des différends politiques »

- ²² Il est souvent fait grief à *l’actio popularis* de porter sur des différends politiques et comme tels inadaptés à un règlement judiciaire. En réalité, cette critique n'est cependant pas dirigée spécifiquement contre *Vactio popularis*, puisqu'elle accompagne, depuis la fin du XIX^e siècle, les efforts en vue d'établir une juridiction internationale permanente. L'argument consiste à dire que les différends ayant un caractère politique prépondérant ou d'importantes conséquences politiques ne devraient pas être tranchés par un juge. De tels différends relèveraient de la diplomatie et non de la justice. En conséquence, si un tribunal international est confronté à un tel différend, il devrait s'abstenir de statuer³⁹. On peut voir un lien de parenté entre cette thèse de la non-justiciabilité des différends politiques et certaines constructions jurisprudentielles développées sur le plan national, notamment les théories américaines des “political questions” ou de l’“Act of State”⁴⁰, ou le concept français de l’« acte de gouvernement⁴¹ », par lesquelles les tribunaux internes refusent de statuer sur des questions à caractère trop clairement politique.
- ²³ Le postulat implicite sur lequel repose cette objection est qu'il est possible de distinguer clairement deux catégories de différends internationaux : les uns purement juridiques, les autres essentiellement politiques. Ce postulat est cependant simpliste et ne résiste pas à un examen sérieux de la question. Dès les premiers temps de la juridiction internationale, on a réalisé que tout différend international revêt des aspects à la fois politiques et juridiques, qu'il n'y a pas deux catégories véritablement distinctes, mais simplement des différences d'approches, le même différend pouvant être examiné alternativement sous un angle politique ou juridique. Puisque tout différend revêt – à des degrés divers – une composante politique, le juge ne peut pas refuser de statuer pour cette seule raison, faute de quoi il abdiquerait complètement sa fonction.
- ²⁴ Poser la question en termes de justiciabilité est source des malentendus. Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'une décision judiciaire ait un impact – parfois important – sur le plan politique⁴². Du point de vue du bon fonctionnement de la justice, l'essentiel est que le juge ne tranche que l'aspect juridique du litige dont il est saisi et le fasse sur la base du droit. Envisagée par rapport aux gouvernements, la justiciabilité se pose en termes

différents. Pour eux, la question se pose en aval, lors de l'acceptation d'une procédure judiciaire, et elle se réduit en définitive à savoir s'ils sont prêts à accepter le fait que le juge statue sur le différend en se référant uniquement au droit, sans tenir compte des aspects purement politiques de leurs positions⁴³.

- 25 Malgré sa claire réfutation en doctrine, la thèse selon laquelle certains différends sont trop politiques pour faire l'objet d'un règlement judiciaire a été invoquée à diverses reprises devant la Cour internationale de Justice. Elle semble revenir avec une constance particulière lorsque le demandeur intente une action populaire, comme si le fait même d'intenter une telle action devait être vu comme un acte de nature purement politique. Ainsi, dans l'affaire du Cameroun Septentrional, le Royaume-Uni arguait comme première exception préliminaire de l'absence de différend entre lui et la République du Cameroun, et faisait valoir que si différend il y avait, il existait entre ce dernier Etat et l'Organisation des Nations Unies. La Cour rejeta explicitement cette exception préliminaire⁴⁴. Cependant, la crainte de servir de forum politique apparaît néanmoins dans son arrêt – mélangée à la question du caractère juridique et concret du différend – lorsqu'elle affirme « [qu']un tribunal n'a pas simplement pour fonction de fournir une base d'action politique alors qu'aucune question juridique concernant des droits effectifs n'est en jeu⁴⁵ ». Des considérations similaires avaient été exprimées une année auparavant, en 1962, dans l'opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice jointe au premier arrêt de l'affaire du Sud-Ouest africain. Les deux juges y déclaraient qu'ils n'étaient « ni aveugles, ni insensibles quant aux différentes considérations de caractère non juridique, social, humanitaire, ou autre, qui soulignent cette affaire ; mais ce sont là des questions qui ressortissent à l'arène politique plutôt que juridique⁴⁶ ». Lorsque quatre ans plus tard les juges dissidents de 1962 furent en mesure de faire prévaloir leurs vues grâce à la voix prépondérante du Président, il est vraisemblable que ce type de considérations a pesé fortement dans le rejet des demandes de l'Ethiopie et du Liberia. Même si l'arrêt de 1966 se fonde en définitive sur un autre motif, certains passages de l'arrêt trahissent clairement la préoccupation que le différend soumis à la Cour relève plus d'un forum politique que judiciaire⁴⁷.
- 26 Dans la jurisprudence postérieure, la Cour internationale de Justice a tenu cependant un langage moins ambigu et rejeté constamment toute argumentation tirée du caractère politique du différend ou des motivations politiques de l'Etat demandeur. La Cour s'en explique clairement dans son arrêt relatif à l'affaire des Actions armées frontalières et transfrontalières :
- La Cour n'ignore pas que tout différend juridique porté devant elle peut présenter des aspects politiques. Mais, en tant qu'organe judiciaire, elle doit seulement s'attacher à déterminer d'une part si le différend qui lui est soumis est d'ordre juridique, c'est-à-dire s'il est susceptible d'être résolu par application des principes et règles du droit international, et d'autre part si elle a compétence pour en connaître et si l'exercice de cette compétence n'est pas entravé par des circonstances qui rendent la requête irrecevable. L'objet de la saisine de la Cour est le règlement pacifique de tels différends. La Cour se prononce en droit et n'a pas à s'interroger sur les motivations d'ordre politique qui peuvent amener un Etat, à un moment donné ou dans des circonstances déterminées, à choisir le règlement judiciaire⁴⁸.
- 27 La position de la Cour internationale de Justice est partagée par d'autres juridictions internationales. Ainsi, la Commission d'enquête de l'OIT chargée en 1962 d'examiner la plainte du Portugal contre le Liberia a rejeté une exception de l'Etat défendeur selon laquelle la plainte serait « fondée sur des motifs politiques ». Elle affirma à cette

occasion qu'elle « n'[avait] point à s'arrêter aux mobiles de la plainte » et que sa tâche était – une fois régulièrement constituée – d'examiner si les obligations de la convention sont exécutées ou ne le sont pas⁴⁹. De manière similaire, la Commission européenne des droits de l'homme a refusé de qualifier des requêtes étatiques d'abusives au motif qu'elles contiendraient des accusations de caractère politique⁵⁰. Elle a estimé aussi, dans le même ordre d'idées, que la sélectivité dont ferait preuve un Etat dans l'usage de son droit de requête ne constitue pas un motif d'irrecevabilité. Ainsi, dans l'affaire grecque, la Commission a jugé qu'il n'y avait pas de motif d'irrecevabilité dans le fait qu'un Etat ne dépose pas de requête contre un Etat Y, alors qu'il le fait pour une situation similaire contre l'Etat X⁵¹. Cette position est bien fondée. En effet, des considérations et choix politiques interviennent inévitablement dans toute décision prise par un Etat de saisir une juridiction. On ne peut pas raisonnablement attendre d'un Etat qu'il joue le rôle d'un procureur en portant toute violation du droit international dont il aurait connaissance devant les juridictions internationales compétentes.

- ²⁸ Une forme particulière de l'argument que nous sommes en train d'examiner consiste à affirmer que la Cour devrait s'abstenir de statuer sur un différend lorsqu'il entre dans les compétences dévolues au Conseil de sécurité en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette argumentation fut développée notamment dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua. Les Etats-Unis présentèrent en effet plusieurs exceptions d'irrecevabilité fondées sur l'impact qu'aurait une décision de la Cour internationale de Justice sur les compétences du Conseil de sécurité et sur le droit de légitime défense. La Cour a rejeté cependant ces exceptions en soulignant que l'article 24 de la Charte des Nations Unies confiait au Conseil de sécurité la responsabilité « principale » du maintien de la paix et de la sécurité internationales, mais pas une compétence exclusive. Elle en a déduit une complémentarité de fonctions entre l'organe politique et l'organe judiciaire : « Le Conseil a des attributions politiques ; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements⁵². »
- ²⁹ De la part d'une juridiction, le refus de statuer sur un différend politiquement délicat peut faire partie d'une forme de « politique judiciaire » visant à préserver l'autorité de ses décisions. Cette préoccupation est légitime, mais le juge ne peut pas faire abstraction pour autant de l'intérêt du demandeur ou des parties à obtenir une décision judiciaire. Un refus de statuer, s'il est exercé d'une manière discrétionnaire, constitue un déni de justice d'autant plus difficile à justifier dans la société internationale que les juridictions dérivent leur existence même de la volonté des Etats⁵³. En outre, indépendamment de la question du devoir du juge de statuer, l'échappatoire du droit procédural lui permettant de s'abstenir peut s'avérer dans certains cas un remède pire que le mal. Il ne fait guère de doute, par exemple, que le refus de la Cour internationale de justice de statuer en 1966 dans une affaire intéressant l'ensemble de la communauté internationale, loin de préserver son autorité, lui a attiré au contraire des foudres bien plus considérables et a affecté sérieusement sa crédibilité auprès d'une partie importante des Etats⁵⁴.
- ³⁰ Les données sont évidemment différentes lorsqu'un traité exclut délibérément du règlement judiciaire certaines catégories de différends ou offre cette option aux Etats parties. La Convention de 1982 sur le droit de la mer, par exemple, prévoit que tout Etat

partie peut choisir d'exclure du champ du règlement juridictionnel les différends pour lesquels le Conseil de sécurité exerce les fonctions qui lui sont conférées en vertu de la Charte des Nations Unies⁵⁵. C'est bien la dimension politique du différend qui explique la mise à l'écart du juge ou de l'arbitre. Mais le caractère optionnel de cette exclusion démontre aussi, s'il en était besoin, qu'il n'y a pas d'obstacle de principe à ce qu'une juridiction internationale statue sur les aspects juridiques d'un différend dont traite parallèlement le Conseil de sécurité. Dans le cadre de l'ancien GATT et de l'OMC, on a invoqué parfois une mise en danger de la sécurité nationale pour contester la compétence des organes de règlement des différends. Ce type de défense revient à arguer du caractère politique du différend⁵⁶. Cependant, à la différence d'autres procédures juridictionnelles, cette échappatoire a été ici voulue, puisque les accords du GATT, du GATS et du TRIPS contiennent tous les trois une clause d'exception au sujet de la sécurité nationale⁵⁷. Reste évidemment à déterminer, dans chaque cas, si l'invocation de ces clauses échappatoires est fondée⁵⁸.

§ 2 – « *L'actio popularis* vise à un contrôle abstrait de légalité »

- ³¹ Un deuxième grief formulé fréquemment à l'encontre de l'action populaire est qu'elle dénaturerait la justice internationale en l'entraînant dans la voie d'un contrôle abstrait de la légalité, alors que son rôle serait de statuer sur une violation concrète du droit international dont le demandeur a personnellement souffert et dont il réclame réparation.
- ³² Il n'est guère nécessaire de souligner à quel point cette critique est fondée sur une conception ancienne de la responsabilité internationale réduite à une fonction purement réparatoire. Cette critique ignore l'évolution moderne du droit de la responsabilité qui ne couvre plus la seule réparation, mais l'ensemble des conséquences du fait illicite, et est devenu précisément un instrument de contrôle de légalité⁵⁹. Il convient de relever aussi que cette critique résulte de l'idée erronée qu'une action populaire porte sur des situations où il n'y a aucune forme de préjudice. Or, un dommage matériel existe souvent, mais le lésé est l'ensemble de la collectivité (dans le cas par exemple d'une pollution de la haute mer) ou le bénéficiaire direct du droit protégé (l'individu ou le peuple dont les droits sont violés, par exemple). De plus, il est aujourd'hui largement admis que la violation du droit international est constitutive d'un préjudice juridique et requiert une réparation appropriée, cela indépendamment de ses éventuelles conséquences matérielles⁶⁰.
- ³³ Dans l'hypothèse cependant où le demandeur n'alléguerait aucun dommage concret, il convient de se demander s'il entre dans la fonction d'une juridiction internationale de rendre un jugement purement déclaratoire, c'est-à-dire dans lequel elle se prononce seulement sur l'existence d'une violation du droit international et n'alloue pas de réparation matérielle au demandeur. Pendant longtemps, cette possibilité n'a guère été contestée. Ainsi, dans son arrêt de 1949 relatif à l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a rendu un arrêt déclaratoire au sujet d'une violation du droit international pour laquelle l'Albanie n'avait demandé aucune réparation matérielle. La Cour déclara que le Royaume-Uni avait violé la souveraineté de l'Albanie en menant une opération de déminage dans les eaux territoriales de cet Etat et jugea – à l'unanimité sur ce point – que cette déclaration judiciaire constituait en tant que telle une satisfaction appropriée⁶¹.

³⁴ Ce qui était incontesté parut soudain mis en doute par larrêt rendu en 1963 dans l'affaire du Cameroun Septentrional. Le refus de la Cour internationale de Justice de statuer sur cette affaire et son invocation des « limites de la fonction judiciaire » ne signifiaient-ils pas une remise en cause de la possibilité même de rendre un arrêt déclaratoire ? Dans le passage crucial de son arrêt, la Cour explique son refus de statuer de la manière suivante :

La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques⁶².

³⁵ Plusieurs juges estimèrent que l'arrêt du Détroit de Corfou et celui du Cameroun Septentrional étaient contradictoires, l'un admettant la possibilité d'un jugement déclaratoire, alors que l'autre la refusait⁶³. Cette lecture n'est cependant pas la seule possible. On peut parfaitement estimer que si la Cour s'est abstenue de trancher le différend, ce n'est pas parce qu'elle refusait le principe d'un jugement déclaratoire, mais plutôt parce que l'accord de tutelle sur le Cameroun Septentrional avait pris fin et ne pouvait plus faire l'objet à l'avenir d'un acte d'interprétation ou d'application. En réalité, ce n'est donc pas le manque d'un intérêt *concret* ou *réel* de l'Etat demandeur qui était en cause, mais le fait que le différend n'existe plus, c'est-à-dire l'absence d'un intérêt *actuel* du demandeur⁶⁴. La jurisprudence postérieure a confirmé que cette interprétation de l'arrêt du Cameroun Septentrional était effectivement la bonne. Ainsi, dans l'arrêt de 1966 sur le Sud-Ouest africain, la Cour rejeta certes les demandes de l'Ethiopie et du Liberia, mais elle reconnut explicitement la possibilité de rendre un jugement déclaratoire⁶⁵. Cette interprétation a été endossée encore plus explicitement dans l'arrêt rendu en 1998 à propos de l'affaire de Lockerbie, où la Cour internationale de Justice affirme qu'elle « a déjà reconnu à plusieurs reprises par le passé que des événements postérieurs à l'introduction d'une requête peuvent “[priver] ensuite la requête de son objet” » et où elle cite, entre autres, l'affaire relative au Cameroun Septentrional⁶⁶. Dans ces conditions, que reste-t-il encore de l'exigence du caractère « *concret* » du différend ? Probablement pas grande chose. En doctrine, certains la maintiennent, mais en l'assimilant au prononcé de l'arrêt relatif au Cameroun Septentrional qui porte en réalité, nous venons de le voir, sur le problème du caractère *actuel* du différend⁶⁷.

³⁶ Une question différente, et plus délicate à trancher, est de savoir si le juge peut se prononcer avant même que ne survienne une violation du droit international, soit parce que le demandeur allègue une menace de violation, soit parce qu'il sollicite simplement un avis interprétatif de la Cour. Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans les détails de cette problématique, qui n'est pas spécifique à l'*actio popularis*. On se contentera ici de quelques commentaires généraux. En ce qui concerne la possibilité de demander un avis interprétatif, elle dépend au premier chef du contenu du traité établissant la juridiction et de la délimitation à opérer entre la fonction contentieuse et une éventuelle fonction consultative parallèle⁶⁸. En son temps, la Cour permanente de Justice internationale ne s'était guère effarouchée de devoir rendre – dans le cadre de la procédure contentieuse – un jugement interprétatif d'un point de droit⁶⁹. La Cour internationale de Justice s'est montrée plus nuancée. Comme nous l'avons vu, elle a admis la possibilité de rendre un jugement purement déclaratoire sur une question de

droit pour autant qu'il y ait un différend à ce sujet entre les parties. En revanche, elle a refusé de rendre dans le cadre de la procédure contentieuse un « simple avis » en invoquant le fait que son Statut n'autorise pas les Etats à solliciter un avis consultatif⁷⁰.

- ³⁷ S'agissant du second aspect, il revient essentiellement à se demander dans quelle mesure est admise l'invocation d'un intérêt potentiel. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice se rapporte surtout à l'hypothèse d'un différend qui cesse d'exister ; elle fournit peu d'indications sur l'appréciation de l'intérêt actuel ou futur. On rappellera cependant que sa devancière a reconnu dans l'affaire du Vapeur Wimbledon une forme d'intérêt potentiel des demandeurs au respect des dispositions du Traité de Versailles relatives au libre passage à travers le canal de Kiel⁷¹. Une jurisprudence plus étoffée a été développée par d'autres juridictions internationales, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice des Communautés européennes, qui sont confrontées à un nombre important de requêtes. Bien que les règles ne soient pas parfaitement uniformes, la tendance qui s'en dégage est que l'intérêt du demandeur peut être simplement « potentiel » ou « éventuel », mais ne doit pas être « purement hypothétique⁷² ». Cette délimitation aux contours incertains représente en fait la frontière fragile entre l'exigence classique d'un intérêt personnel et l'admission d'une *actio popularis*. Comme on l'a déjà relevé à plusieurs reprises, admettre de manière libérale un intérêt potentiel du demandeur, c'est reconnaître sans le dire la possibilité d'une *actio popularis*⁷³.

Section IV - Les exceptions liées au caractère consensuel de la justice internationale

§ 1^{er} – « L'*actio popularis* requiert un système judiciaire obligatoire pour tous »

- ³⁸ Certaines voix se sont demandées si l'*actio popularis* était compatible avec une justice facultative, ou si au contraire un tel droit de recours n'était envisageable que dans le cadre d'un mécanisme juridictionnel s'imposant à tous⁷⁴. L'argument est difficile à comprendre si l'on veut dire par là qu'il existe une incompatibilité radicale entre l'*actio popularis* et un système de justice facultative. Il est réfuté par la pratique conventionnelle puisque plusieurs traités instituant des procédures juridictionnelles ont prévu un tel droit d'agir de tous dans le cadre d'un mécanisme facultatif. Pour prendre un exemple, la Convention américaine des droits de l'homme institue un droit de requête interétatique dont l'exercice par les Etats parties n'est pas limité aux violations dont sont victimes ses ressortissants, alors même que la compétence de la Commission interaméricaine est facultative et basée sur la réciprocité⁷⁵. Il est certes préférable pour l'effectivité pratique de l'action populaire qu'elle déploie ses effets dans le cadre d'une procédure obligatoire pour tous. Mais sur le plan des principes, on ne voit pas en quoi l'*actio popularis* serait inconciliable avec une justice facultative.
- ³⁹ Une variante de cette argumentation consiste à prétendre que l'acceptation d'une action populaire porterait atteinte au fondement consensuel sur lequel repose la juridiction internationale, parce que cela dépasserait les limites de la volonté exprimée par les Etats lors de l'acceptation de la juridiction⁷⁶. Cette argumentation est évidemment fondée si on peut établir clairement sur la base du texte du traité ou des travaux préparatoires que l'action populaire a été délibérément écartée. Cependant,

rien ne permet d'affirmer d'emblée et d'une manière générale qu'admettre l'*actio popularis* irait à l'encontre de la volonté originelle des auteurs du traité. Au contraire, lorsqu'une convention internationale protège des intérêts communs et contient une clause juridictionnelle, la possibilité que cette clause soit utilisée un jour en vue de défendre l'intérêt commun a été sans doute envisagée lors des négociations. En tout cas, un tel usage était prévisible dès l'origine. Ainsi, sauf indication contraire, il y a lieu d'admettre dans de tels cas la possibilité d'une utilisation de la clause juridictionnelle en défense des intérêts communs protégés par le traité⁷⁷.

- 40 Certains auteurs admettent l'action populaire fondée sur une clause juridictionnelle conventionnelle, mais rejettent en revanche celle-ci lorsqu'elle repose sur des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire faites conformément à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice⁷⁸. Pourtant, en formulant de telles déclarations, les Etats consentent à la juridiction de la Cour pour n'importe quel type de différend susceptible de surgir avec un Etat ayant pris le même engagement. Pourquoi faudrait-il limiter la portée générale de ces déclarations en excluant une catégorie particulière de différends, ceux portés devant la Cour par le biais d'une *actio popularis*? S'ils souhaitent exclure certaines catégories de différends ou certains modes de saisine de la Cour, les Etats peuvent le faire librement en formulant une réserve *ad hoc*.

- 41 Parfois, on a avancé aussi qu'admettre l'action populaire aurait un effet désastreux sur le nombre de déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire formulées par les Etats⁷⁹. C'est partir cependant de l'idée, complètement démentie par les faits, qu'une telle forme d'action serait utilisée avec suffisamment de fréquence pour effrayer les Etats⁸⁰. C'est partir aussi du présupposé que les Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour ou susceptibles de le faire à l'avenir seraient particulièrement indisposés à l'égard de cette forme d'action judiciaire. En réalité, ce que craignent surtout les Etats, c'est qu'une juridiction internationale statue sur certaines catégories de différends présentant une importance essentielle à leurs yeux. Or, pour s'en protéger, ils ont pleine liberté de formuler des réserves dans leur déclaration d'acceptation et ne s'en privent d'ailleurs pas.

§ 2 – « L'*actio popularis* porte sur un différend multilatéral »

- 42 Une dernière famille d'objections à l'encontre de l'action populaire se rapporte au fait qu'elle porte sur des différends multilatéraux, alors que les procédures judiciaires internationales demeurent essentiellement bilatérales. De cette nature multilatérale du litige, qui est au demeurant indiscutable, on a tiré deux exceptions procédurales différentes : la première consiste à dire que le jugement rendu affecterait inévitablement les droits ou intérêts d'Etats tiers à l'instance (*infra section A*) ; la seconde allègue l'inutilité de l'arrêt dans la mesure où il ne peut pas avoir d'effets *erga omnes* (*infra section B*).

A. La théorie dite des parties indispensables

- 43 Le concept d'obligations *erga omnes* signifie que tous les Etats ont un intérêt égal à leur respect. Dès lors, si une telle obligation est violée, peut-on admettre que le différend soit porté devant une juridiction internationale par l'un seulement de ces Etats intéressés et qu'il soit tranché en l'absence à l'instance de tous les autres Etats

intéressés ? En d'autres termes, la présence de ces autres Etats n'est-elle pas indispensable à tout prononcé judiciaire ? Telles sont en substance les questions sur lesquelles est fondée la théorie dite des parties indispensables. A l'instar des exceptions relatives au caractère politique d'un différend, cette théorie entretient un lien de parenté étroit avec certains moyens de défense développés sur le plan national. Vu le rôle proéminent des Etats-Unis dans la promotion de cette théorie devant la Cour internationale de Justice⁸¹, on peut même se demander s'il ne s'agit pas simplement d'une tentative de transposition en droit international d'un principe similaire ancré dans la législation fédérale américaine régissant la procédure civile⁸².

- ⁴⁴ Si cette théorie des parties indispensables était admise, ses conséquences seraient dévastatrices pour la justice internationale. En effet, cette théorie aboutit à dénier à la Cour internationale de Justice toute possibilité réelle de statuer sur un différend relatif à des obligations *erga omnes*. Elle soustrait donc au règlement judiciaire une partie importante des normes internationales, notamment celles qui protègent les intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Cette théorie aurait donc des conséquences beaucoup plus dangereuses sur le plan international que dans les ordres juridiques internes, puisqu'une juridiction internationale n'a pas le pouvoir d'étendre la procédure à un Etat tiers considéré comme « indispensable », ou du moins elle n'a pas le pouvoir de le faire sans le consentement de celui-ci.
- ⁴⁵ Les problèmes d'adaptation d'un mécanisme judiciaire essentiellement bilatéral à des différends auxquels sont parties plus de deux Etats ne sont pas nouveaux. Ils ont été envisagés et discutés bien avant qu'émerge en droit international le concept d'obligations *erga omnes*. Le Statut de la Cour internationale de Justice répond à la nécessité de préserver les droits des Etats tiers par le biais de deux instruments complémentaires : le premier est le principe, bien connu des juridictions internes, de l'autorité relative de la chose jugée (article 59 du Statut) ; le second est la possibilité donnée à l'Etat tiers d'intervenir dans la procédure pendante (articles 62 et 63 du Statut). En outre, l'Etat tiers peut naturellement introduire en tout temps sa propre requête devant la Cour. Cette protection statutaire des Etats tiers a été complétée en 1954 par la Cour dans l'affaire de l'Or monétaire pris à Rome. La Cour était confrontée à la question de savoir si elle pouvait décider sur une partie du différend, celui entre l'Italie et l'Albanie, alors même cette dernière était absente à l'instance. Un trait insolite de cette affaire était que la compétence sur ce point était contestée par l'Etat demandeur lui-même⁸³. Dans son arrêt, la Cour jugea effectivement qu'elle ne pouvait pas répondre à la question posée sans déterminer au préalable la conformité au droit international de certains actes de l'Albanie vis-à-vis de l'Italie et qu'elle ne pouvait pas le faire sans le consentement de l'Albanie. La Cour posa en même temps les limites de cette jurisprudence. Elle mentionna d'une part le fait que le différend dont la détermination préalable était indispensable revêtait un caractère purement bilatéral et que seules l'Italie et l'Albanie étaient « directement intéressés » à sa solution. Elle souligna d'autre part qu'en l'espèce « les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constituerait l'objet même de ladite décision⁸⁴. »
- ⁴⁶ Toute autre cependant est la portée de la théorie dite des parties indispensables. Cette dernière vise en effet à dénier compétence à la Cour internationale de Justice non seulement lorsque *l'objet même de la décision* est le comportement d'un Etat non partie à l'instance, mais de manière générale à chaque fois que la décision rendue affecte les

intérêts d'Etats tiers. Cette théorie trouve ses origines dans l'argumentation des Etats-Unis dans l'affaire Nicaragua. L'Etat défendeur souleva deux exceptions dérivées de l'absence à l'instance de certains Etats : la première était construite comme un principe général d'incompétence et d'irrecevabilité visant à protéger « l'intégrité de la fonction judiciaire » ; la seconde était déduite d'une réserve faite par les Etats-Unis en acceptant la juridiction obligatoire de la Cour, la réserve dite de Vandenberg. Seule la première nous intéresse ici, la seconde étant basée sur une réserve spécifique que nous avons déjà eu l'occasion de discuter⁸⁵. Au stade de l'examen des mesures conservatoires, les Etats-Unis firent valoir que « les autres Etats d'Amérique centrale ont fait savoir que la demande du Nicaragua en indication de mesures conservatoires mettait directement en jeu leurs droits et leurs intérêts, et que l'indication de telles mesures ferait obstacles aux négociations de Contadora. Ces autres Etats sont des parties *indispensables*, en l'absence desquelles la Cour ne saurait véritablement statuer » ; ils ajoutaient que « toute décision d'indiquer les mesures conservatoires demandées ou toute autre décision au fond porterait nécessairement atteinte aux droits des Etats non parties à l'instance⁸⁶. » La Cour décida cependant, à l'unanimité de ses membres, de rejeter la demande américaine de rayer l'affaire du rôle de la Cour. Durant la phase relative à la compétence et à la recevabilité, les Etats-Unis développèrent à nouveau leur argumentation relative à l'absence de parties indispensables en le présentant cette fois-ci comme un motif d'irrecevabilité. La Cour rejeta cette exception – à nouveau à l'unanimité – en indiquant que son arrêt n'avait d'effet obligatoire qu'à l'égard des parties à l'instance et que « les autres Etats qui pensent pouvoir être affectés par la décision ont la faculté d'introduire une instance distincte ou de recourir à la procédure de l'intervention⁸⁷. » Elle ajouta :

Dans le Statut comme dans la pratique des tribunaux internationaux, on ne trouve aucune trace d'une règle concernant les « parties indispensables » comme celle que défendent les Etats-Unis, qui ne serait concevable que parallèlement à un pouvoir, dont la Cour est dépourvue, de prescrire la participation à l'instance d'un Etat tiers. Les circonstances de l'affaire de l'Or monétaire marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction⁸⁸.

- 47 La Cour fut confrontée à nouveau à cette problématique dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* et dans celle du *Timor oriental*. Dans la première de ces deux affaires, l'Etat défendeur, l'Australie, invoquait notamment le fait que la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni n'étaient pas parties à l'instance, alors même que les Gouvernements de ces deux Etats avaient exercé « conjointement » avec celui de l'Australie la fonction d'autorité administrante du territoire de Nauru avant son accession à l'indépendance. Par neuf voix contre quatre, la Cour rejeta cette exception préliminaire en affirmant que la détermination de la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni n'était pas en l'espèce une « condition préalable » à la détermination de la responsabilité de l'Australie, et que cette dernière formait le seul objet de la demande de Nauru. La Cour reconnut explicitement que son arrêt pouvait avoir des « incidences sur la situation juridique des deux autres Etats concernés », mais elle jugea qu'elle n'avait pas en l'espèce à se prononcer directement sur cette situation juridique et, par conséquent, qu'elle ne pouvait pas refuser d'exercer sa juridiction⁸⁹.
- 48 Dans l'affaire du Timor oriental, l'Australie fit valoir à nouveau l'absence dans la procédure d'un Etat tiers, en l'occurrence l'Indonésie⁹⁰. Tirant cependant les conséquences du sort réservé par la Cour à son argumentation dans l'affaire de Nauru, l'Australie n'alléguait pas l'idée générale de parties « indispensables », mais se référait

directement à l'arrêt de 1954 relatif à l'Or monétaire pris à Rome. L'Etat défendeur faisait valoir que tout jugement porté sur la validité du Traité de 1989 conclu avec l'Indonésie au sujet du fossé maritime du Timor oriental impliquait nécessairement pour la Cour de se prononcer au préalable sur les droits et obligations de l'Indonésie, une partie absente à l'instance. Le Portugal ne remettait pas en cause le principe jurisprudentiel de l'arrêt de 1954, mais contestait son applicabilité au cas d'espèce. Il faisait valoir notamment que les droits violés par l'Australie, en particulier le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental, étaient des droits *erga omnes* et qu'en conséquence l'Australie était tenue de les respecter indépendamment du comportement de tout autre Etat. La Cour estima cependant – par quatorze voix contre deux – qu'elle ne pouvait pas « dissocier » clans l'affaire qui lui était soumise le comportement de l'Australie de celui de l'Indonésie. Selon la Cour, « l'objet même de la décision » qu'elle était invitée à rendre aurait été nécessairement de statuer sur la licéité au regard du droit international de l'intervention militaire de l'Indonésie au Timor oriental au milieu des années soixante-dix et des revendications de l'Indonésie au sujet de ce territoire⁹¹. L'arrêt de la Cour s'écarte cependant des principes jurisprudentiels posés dans l'affaire de l'Or monétaire : il tient certes compte de l'une des deux limites posées en 1954 (la condition que « l'objet même de la décision » porte sur les droits d'un Etat tiers), mais il oublie la seconde (le fait que le différend à trancher entre l'Albanie et l'Italie soit purement bilatéral). Si la Cour avait appliqué strictement la jurisprudence de l'affaire de l'Or monétaire, elle aurait dû constater que la question de la légalité de la présence de l'Indonésie au Timor oriental intéressait l'ensemble de la communauté internationale, et écarter pour cette raison le principe de l'affaire de l'Or monétaire. Quoi qu'il en soit, on demeure néanmoins dans cet arrêt de 1995 dans la logique de raisonnement du principe de l'affaire de l'Or monétaire, et non dans celle de la théorie des parties indispensables.

⁴⁹ En conclusion, nous estimons qu'il ressort de la jurisprudence une volonté claire de distinguer entre la situation dans laquelle l'objet même de l'arrêt de la Cour porterait sur les droits ou la responsabilité d'Etats tiers et le cas dans lequel cet arrêt affecte simplement leurs intérêts. Les contours de la jurisprudence manquent de précision, mais le principe de cette distinction est solidement établi. Dans ces conditions, on ne saurait opposer à l'action populaire le simple fait qu'elle porte sur un différend multilatéral et que d'autres Etats non parties à l'instance ont un intérêt similaire à celui du demandeur⁹². Si certains Etats ont des intérêts supplémentaires ou partiellement différents de celui de l'Etat demandeur, par exemple parce qu'ils ont subi un préjudice propre, ils ont la possibilité de déposer une requête distincte ou d'intervenir dans la procédure pendante. Dénier compétence à une juridiction vis-à-vis de différends présentant un caractère multilatéral affaiblirait considérablement la justice internationale ; elle limiterait en particulier sévèrement toute possibilité d'un contrôle judiciaire des violations les plus fondamentales du droit international⁹³.

B. Problèmes liés à l'autorité relative de la chose jugée

⁵⁰ Selon l'article 59 du Statut, « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Cette disposition reflète un principe bien établi du règlement judiciaire. Cependant, son application dans le cas d'une action populaire pose deux questions spécifiques : la première est de savoir si l'Etat défendeur, dans l'hypothèse où il était « blanchi » dans une première procédure, peut à nouveau

être attrait devant le juge par un autre Etat au sujet de la même violation du droit international⁹⁴; la seconde consiste à s'interroger d'une manière plus générale sur l'adéquation d'une telle décision judiciaire qui ne fait autorité qu'entre les parties au litige, alors qu'elle porte sur le respect de normes protégeant des intérêts collectifs⁹⁵.

- 51 S'agissant de la première question, il est incontestable que la teneur actuelle du Statut de la Cour internationale de Justice empêche le règlement judiciaire d'être définitif valable *erga omnes*. Cependant, le risque parfois dénoncé d'une multiplication chaotique des procédures judiciaires n'existe guère. Jusqu'à présent, l'action populaire a été utilisée sur le plan international avec une extrême parcimonie et on peine à imaginer que ces mêmes Etats, qui sont si réticents à introduire une instance pour la première fois, soient tentés davantage de le faire après une première décision négative. Il faut d'ailleurs distinguer deux situations clairement différentes. Si une nouvelle requête est formée par un Etat absent de la première instance et qu'elle porte sur un objet clairement distinct, aucun problème ne se pose. Il s'agit de deux litiges distincts et la protection que confère à l'Etat défendeur le principe de l'autorité de la chose jugée se limite logiquement au cas décidé. Un problème véritable ne se pose que si un Etat est insatisfait du résultat de la première procédure et saisit le juge d'une demande identique. Dans un tel cas, les conditions de la litispendance ne sont pas non plus remplies, puisqu'il n'y a pas identité des demandeurs⁹⁶. Cependant, la juridiction saisie tranchera très vraisemblablement ce litige de la même manière qu'à l'issue de la première procédure. Le risque qu'un nouveau demandeur dépose une requête identique est donc infime ; et il est réduit à rien par le souci qu'aura la juridiction saisie de préserver la cohérence et la crédibilité de sa jurisprudence⁹⁷.
- 52 Le second problème mentionné, celui de l'adéquation d'un règlement judiciaire bilatéral à une violation d'une obligation *erga omnes*, équivaut en fait à une reformulation en termes d'opportunité de la théorie des parties indispensables. Il est incontestable que le Statut de la Cour internationale de justice n'est pas pleinement satisfaisant. Mais une révision du Statut est pour l'heure hautement improbable et il faut donc s'accommoder de son contenu. D'autre part, il faut rappeler que le mécanisme de l'intervention prévu aux articles 62 et 63 du Statut constitue un moyen d'atténuer le caractère bilatéral de la procédure. Lorsqu'une obligation *erga omnes* est invoquée dans une procédure contentieuse, n'importe quel Etat ayant un intérêt au respect de ladite obligation peut demander sur cette base à intervenir dans la procédure pendante⁹⁸. Ainsi, lorsque la Nouvelle-Zélande déposa devant la Cour internationale de Justice une requête en réexamen de l'arrêt de 1974 relative aux Essais nucléaires, l'Australie, le Samoa, les îles Salomon, les îles Marshall et les Etats fédérés de Micronésie déposèrent dans les jours suivants des requêtes à fins d'intervention.
- 53 Sous l'angle de la *lex ferenda*, il est intéressant de relever que la CDI a abordé, dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale, le problème de l'autorité relative de la chose jugée et les difficultés qu'il entraîne lorsqu'une obligation est due simultanément à l'égard d'un large cercle de créanciers. Dans son Septième Rapport, le professeur Arangio-Ruiz avait suggéré de créer une exception au principe de l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse où la Cour aurait à statuer sur l'existence d'un crime international. La disposition proposée par le Rapporteur spécial avait la teneur suivante :

Une décision de la Cour internationale de Justice à l'effet qu'un crime international a été ou est en train d'être commis réalise la condition nécessaire à la mise en

œuvre, par tout Etat membre de l'Organisation des Nations Unies partie à la présente Convention, des conséquences juridiques spéciales ou supplémentaires des crimes internationaux des Etats envisagées dans les articles 16, 17 et 18 de la présente partie⁹⁹.

- 54 L'idée du Rapporteur spécial était d'assurer ainsi une mise en œuvre par tous de la décision judiciaire constatant l'existence d'un crime¹⁰⁰. Il faut relever cependant que l'introduction d'une telle disposition était dictée par la problématique spécifique des crimes et par les solutions retenues à ce sujet par Arangio-Ruiz¹⁰¹. Une telle exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée n'est nullement indispensable sur un plan général pour assurer le bon fonctionnement d'une action populaire. En pratique, l'essentiel est que l'auteur de la violation *erga omnes* soit lié par l'arrêt.
- 55 Pour le reste, on peut laisser jouer le jeu normal des relations internationales, en gardant à l'esprit que le Conseil de sécurité a la possibilité d'intervenir soit pour assurer l'exécution de l'arrêt (article 94 de la Charte des Nations Unies), soit éventuellement au titre de ses compétences en matière de maintien de la paix et la sécurité internationale (chapitre VII de la Charte).
-

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Pour ne prendre qu'un exemple, le Règlement de la Cour internationale de Justice distingue depuis sa révision en 1972 entre plusieurs types d'« exceptions préliminaires » : les « exceptions à la compétence de la Cour », les « exceptions à la recevabilité de la requête » et « tout autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive » (article 79 du Règlement). En revanche, l'ancienne (Commission européenne des droits de l'homme traitait sous le chapeau de la « recevabilité » de questions concernant à la fois la compétence *ratione personae, malleriae, loci, ou temporis* de la Cour et la recevabilité *stricto sensu* (voir sur ce point les critiques de P. van Dijk & G. J. H van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, 1998, p. 108-109).

2. Au sujet des exceptions préliminaires, voir notamment O. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans ta procédure de ta Cour internationale de Justice*, Paris, 1907. Pour une étude plus récente, qui tient compte de la révision en 1972 du Règlement de la Cour internationale de Justice, voir par exemple Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 3^e éd., La Haye, 1996, vol. III (Jurisdiction).

3. Voir l'affaire des *Essais nucléaires* (CII Recueil, 1974, § 55) : « La Cour, comme organe juridictionnel, a pour lâche de résoudre des différends existant entre Etats. L'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire ». Conformément à la définition classique du « différend », il appartient donc à la Cour de vérifier qu'elle est en présence « [d']un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » (affaire des *Concessions Mavrommatis*, CPII Recueil, 1924. Série A, n° 2, p. 11). On notera que dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a remplacé avantageusement les termes « entre deux personnes » par la formulation « entre deux parties », qui est plus adaptée au contexte international (CII Recueil, 1995, § 99). Au sujet de la notion de différend, voir en particulier : R. Jennings, “Reflections on the Terni ‘Dispute’”, in : *Essays in*

Honour of Wang Tieya, Dordrecht, 1994, p. 401-405 ; et Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 3^e éd., 1996, vol. II, p. 519-528.

4. Affaire de *L'Or monétaire pris à Rome* (*CIJ Recueil*, 1954, p. 32) ; affaire du *Cameroun Septentrional* (*ibid.*, 1963, p. 29 ss) ; affaires des *Essais nucléaires* (*ibid.*, 1974, p. 271 ; bien qu'il faut relever dans ce cas l'absence dans la procédure de la partie défenderesse). Voir aussi les arrêts de la Cour permanente dans l'affaire îles *Zones franches* (*CPJI Recueil*, Série A/B n° 46, p. 161 et 162) et dans l'affaire du *Statut de la Carélie Orientale* (*ibid.*, Série B n° 5, p. 29). Sur la problématique du refus de statuer, voir en particulier H. Rasmussen, « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in : *La juridiction internationale permanente : Colloque de Lyon de la Société française pour le droit international*, Paris, 1987, p. 383-407 et P. Weil, “The Court Cannot Conclude Definitively... *Non Liquet* Revisited”, in : J. I. Charney (et al.) (éd.), *Essays in Honor of Professor Louis Henkin*, La Haye, 1997, p. 105-114.

5. *CIJ Recueil* 1963, p. 29.

6. Voir notamment Sh. Rosenne, *op. cit.* (note 3), vol. II, p. 536-540 et K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, vol. 209, 1988-11, p. 278-281. Mbaye parle à ce propos de « conditions de recevabilité d'ordre public » (*ibid.*, p. 278). Se référant à l'hypothèse d'une saisine de la Cour par la voie d'un compromis juridictionnel, Mbaye estime peu probable que la Cour ait une raison de refuser de statuer. Il souligne toutefois que « le fait que deux parties se soient entendues par compromis pour porter une affaire devant la Cour n'oblige pas celle-ci à juger si elle estime que le différend, bien qu'existant imparfaitement, met en jeu des intérêts politiques et non-juridiques, ou que l'intérêt pour agir est tel que le différend n'est pas justiciable » (*ibid.*, p. 281).

7. Voir, en ce sens, Sir Gérald Fitzmaurice : “[...] the parties must be able to feel that a court of law will not go off at a tangent and decide the case on some wholly new footing thought up by itself and not discussed in the course of the argument. This objection is justified in the sense that although the jurisprudence of the International Court firmly establishes its right to raise points, and decide on the basis of them *proprio motu*, it should at least raise them before deciding them, and this not merely in its private deliberations but at the public hearings, so that the parties may have an adequate opportunity of arguing them” (G. Fitzmaurice, “Judicial Innovation – Its Use and its Perils – As exemplified in some of the Work of the International Court of Justice during Lord McNair's Period of Service”, in : *Cambridge Essays in International Law*, Londres, 1965, p. 26). C'est précisément ce principe de prévisibilité de la justice que la Cour n'a pas respecté dans son arrêt de 1966 relatif à l'affaire du Sud-Ouest africain. Les juges qui componaient la majorité technique de 1966 (dont faisait partie Fitzmaurice) ont basé leur raisonnement sur un point – l'absence de droit ou d'intérêt propre des Etats demandeurs – qui n'avait pas été évoqué dans la procédure écrite et orale sur le fond. Les efforts déployés dans les considérants de l'arrêt pour essayer de démontrer que les conclusions du défendeur laissent supposer cette objection (cf. *CIJ Recueil*, 1966, p. 19) démontrent un embarras davantage qu'ils ne convainquent.

8. Voir par exemple : Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, p. 62-63 ; P. Weil, plaidoirie dans l'affaire du Cameroun Septentrional, *CIJ Mémoires*, p. 344 ; B. Winiarski, op. diss. dans l'affaire du Cameroun Septentrional, *CIJ Recueil*, 1962, p. 455 ; P. van Dijk, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 370 ; K. Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 232-235.

9. Voir en particulier De Visscher, *op. cit.* (note 8), p. 63 et Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 262. Plusieurs qualificatifs utilisés sont difficiles à distinguer et paraissent redondants. Par exemple, il n'est pas certain que l'exigence d'un intérêt « positif et concret » se distinguent véritablement de celle de l'intérêt « actuel » (cf. *infra* p. 4-4). Au sujet de l'influence du droit français sur cette formulation des caractéristiques de l'intérêt à agir, voir G. Abi-Saab, *op. cit.* (note 2), p. 112-114.

10. En ce sens, Mbaye qui se demande si la notion d'intérêt pour agir n'a pas peut-être aux yeux de la Cour internationale de Justice une connotation française trop marquée (*op. cit.* (note 6), p.

286). On relèvera que les auteurs originaires de pays de *common law* ont tendance effectivement à considérer qu'il s'agit là d'un simple aspect du *locus standi* (ou *standing*), c'est-à-dire du droit d'intenter une action judiciaire. A ce sujet, voir le chapitre relatif aux droits nationaux, *supra* p. 4 ss.

11. La Cour internationale de Justice s'y réfère dans l'affaire du Cameroun Septentrional en ces termes : « Certaines contradictions entre les thèses des parties sont nées de ce que l'on n'attribuait pas le même sens à des mots tels que "intérêt et "recevabilité". La Cour reconnaît que, dans des contextes différents, ces termes peuvent avoir des sens différents mais elle n'estime pas nécessaire en l'espèce d'en examiner la signification. Aux fins de la présente espèce, une analyse des faits tenant compte de certains principes directeurs peut suffire pour résoudre les questions qui retiennent l'attention de la Cour. » (*C.I.J. Recueil*, 1963, p. 28).

12. Art. 62 § 1 du Statut de la Cour ; voir aussi l'article 81 de son Règlement.

13. Voir, par exemple, l'affaire du Cameroun Septentrional où la Cour se demande s'il existe encore un différend réel entre les parties, c'est-à-dire pose la question de l'intérêt réel et actuel du demandeur (sur cette affaire, voir *supra* p. 4 ss). Voir aussi l'opinion individuelle du juge Morelli qui estimait que la distinction entre le pouvoir d'action et l'intérêt substantiel est propre au droit interne mais qu'en droit international, ce qu'il faut voir, c'est s'il y a un différend (*C.I.J. Recueil*, 1963, p. 132-133). On a souvent relevé l'importance de la notion de différend dans la procédure devant la Cour internationale de Justice. Ainsi, pour Ci. Abi-Saab, « [...] en droit international c'est la condition de l'existence d'un différend et non l'intérêt à agir qui est la clef de voûte delà notion de recevabilité, dans l'acception traditionnelle du terme », G. Abi-Saab, *op. cit.* (note 2), p. 117.

14. C'est le cas, par exemple, dans affaire de la Barcelona Traction, où la Cour indique que c'est « l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à la Belgique et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne le problème de la qualité de la Belgique » (*C.I.J. Recueil*, 1970, p. 33).

15. « Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes », rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, § 19. Sur cette affaire, voir *supra* p. 1 ss.

16. Voir, par exemple, les conclusions Trabucchi, aft. 18/74, *Syndical général. Recueil*, 1974, p. 951 (dans lesquelles est affirmée l'autonomie de l'intérêt à agir). *Contra* : conclusions Lagrange, affaires 17 et 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, Recueil*, 1962, p. 933 (qui affirment l'absorption de l'intérêt par la qualité).

17. A propos de la critique selon laquelle *l'actio popularis* porterait sur des différends abstraits et serait à ce titre inadmissible, voir *infra* p. 341 ss.

18. Par exemple, Charles De Visscher affirme que l'intérêt doit être en principe direct et personnel, mais ajoute que cette condition n'exclut pas la possibilité pour les Etats de « défendre en justice certains intérêts généraux qui par définition dépassent leurs intérêts directs et personnels » (Ch. De Visscher, *op. cit.* (note 8), p. 70-71 ; voir aussi p. 21-22). Kéba Mbaye n'exclut pas, lui non plus, « l'existence d'un contrôle largement ouvert de la légalité », et il ajoute : « La construction de la société internationale, et en attendant l'instauration d'institutions supranationales (ce qui n'est pas pour demain), postule pour une délégation implicite aux Etats du pouvoir d'agir en justice pour défendre la légalité internationale » (K. Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 271 ; cf. aussi *ibid.*, p. 272-273 et p. 317). Pour sa part, G. Abi-Saab avertit « [qu']une élaboration trop précise de la condition de l'intérêt qui ne s'accompagne pas d'une élaboration parallèle de la condition de la qualité là où elle joue un rôle autonome – c'est-à-dire là où elle se substitue à l'intérêt direct et personnel – ne représente qu'une vue partielle de la fonction judiciaire. Elle conduit à des résultats par trop restrictifs, qui diminuent le rôle et la contribution de la fonction judiciaire sur le plan international » (Ci. Abi-Saab, *op. cit.* (note 2), p. 145).

19. Article 62 § 1 du Statut.

20. Article 63 § 1 du Statut. En ce sens, Mbaye (*op. cit.* (note 6), p. 319) qui affirme que dans le cas d'une « action objective », l'intérêt personnel est simplement « présumé ».
21. Sur l'affaire du Vapeur Wimbledon, voir *supra* p. 47 ss. Une même admission large de l'intérêt potentiel est faite par les organes de règlement des différends de l'OMC dans l'affaire des bananes (*suprap.* 179 ss).
22. On sait que le droit procédural avait été envisagé initialement comme l'un des domaines privilégiés où pourrait être dégagés certains principes généraux du droit conformément à l'article 38 § 1 lit. c du Statut de la Cour internationale de Justice. Or, cela s'est vite avéré une illusion en raison des difficultés de trouver des principes véritablement communs aux ordres juridiques nationaux et applicables tels quels sur un plan général en droit international.
23. Voir, par exemple, l'opinion individuelle du juge Morelli dans l'affaire du Cameroun Septentrional (*CIJ Recueil*, 1963, p. 144-149). Le juge italien estime que le droit subjectif ne peut être exercé par ses titulaires que collectivement, c'est-à-dire par la voie des organes sociaux. Ainsi, selon Morelli, la mise en œuvre des obligations protégeant des intérêts collectifs (comme celles relatives au régime de la tutelle) ne peut être exigée que par l'Organisation des Nations Unies, et non par des Etats membres agissant individuellement.
24. La notion de droit subjectif a été développée par les grands pandectistes du XIX^e siècle (Savigny, Windscheid, lehring). On notera cependant qu'il s'agit d'une création moderne, d'une sorte d'anachronisme juridique ; la notion de droit subjectif était en effet inconnue en tant que telle des Romains. Voir à ce sujet l'étude de M. Villey, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 24-25, 1946-1947, p. 201-228.
25. Voir, par exemple, C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^e éd., Neuchâtel, 1948, n° 13 et 14 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1951, n° 1.
26. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 80-97.
27. *Ibid.*, p. 97-98.
28. Selon Dabin : « Le principe de l'action populaire [...], loin d'être inconciliable avec l'idée de droit subjectif, n'en est au fond que l'application » (*ibid.*, p. 22). Pour lui, l'action populaire peut être analysée soit comme un « droit subjectif à la légalité » reconnu aux individus, soit simplement – sous l'aspect procédural – comme un « droit subjectif à une voie de droit ». Il ajoute au sujet de cette seconde construction : « Pourquoi ne pas reconnaître dans la [...] possibilité de mettre en mouvement la voie de droit l'attribution d'un droit subjectif à cette voie de droit ? Car s'il est vrai que l'individu qui intente une action agit "conformément à la loi", il est pareillement vrai que, d'une part, la loi lui donne qualité pour agir, et, d'autre part, le laisse libre d'agir ou de ne pas agir, en sorte que, quand il agit, il exerce un droit » (*ibid.*, p. 24).
29. Le dictionnaire Basdevant définit, par exemple, le droit subjectif simplement par opposition au droit objectif : « une prérogative, un intérêt, un pouvoir d'agir juridiquement protégé, reconnu par le droit objectif » (J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, p. 226). L'absence de notion du droit subjectif dans la doctrine internationaliste sert de point de départ à l'une des rares études consacrées à ce sujet, celle de A. Bleckmann ("The Subjective Right in Public International Law", *GYIL*, vol. 28, 1985, p. 144-162). S'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence allemande en matière de droit administratif, l'auteur s'efforce d'élaborer une théorie des droits subjectifs en droit international autour de la notion de souveraineté des Etats. Selon lui, la souveraineté étatique est la « mère de droits subjectifs » fondamentaux qui peuvent servir de critères de détermination de la qualité pour agir. Cette théorie paraît cependant trop ancrée dans une conception westphalienne du droit international, en dépit des correctifs que prétend lui apporter l'auteur, pour avoir des chances de s'implanter en droit international.
30. Pour Kelsen, qui s'efforce de débarrasser le droit de ses « impuretés », afin de construire une « théorie pure du droit » (*reine Rechtslehre*), le droit subjectif est un phénomène « métajuridique », étranger à la science du droit. La règle de droit n'édicte qu'une obligation

juridique dont le respect est garanti par la contrainte ; elle ne crée pas de droit subjectif au profit de qui que ce soit (cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Vienne, 1960).

31. S'inspirant des thèses de Duguit, Georges Scelle parvient à des conclusions similaires à celles de Kelsen quant à l'existence du droit subjectif. Selon lui, le droit international forme un « droit objectif », dans le cadre duquel il n'y a pas de place pour la notion de droit subjectif (cf. G. Scelle, *finis de droit des gens*, Paris, 1932, tome I).

32. Cette conception est défendue particulièrement par des internationalistes italiens de renom (Anzilotti, Morelli, Barile, Ago, Arangio Ruiz). Le terme de « droit subjectif » apparaît cependant également dans la doctrine de langue allemande (par exemple, chez Verdross et Simma) et espagnole (Juste Ruiz, Cardona Llorens).

33. *Annuaire CDI*, 1970, vol. II, § 46.

34. Affaires des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires), arrêt du 14 juin 1938, CPJI, Séries A/B, n° 74, p. 28. On notera que l'expression figure également dans le commentaire de la CDI (cf. *Annuaire CDI*, 1973, vol. II, 2^e partie, p. 182). Il n'y a cependant probablement pas lieu d'y attacher un poids particulier, car il ne semble pas que la CDI ait débattu spécifiquement de cette notion. Le texte du commentaire paraît simplement une reprise du texte du Rapporteur spécial.

35. Voir par exemple, le Deuxième Rapport de R. Ago sur la responsabilité des Etats (*Annuaire CDI*, 1970, vol. II, 1^{ère} partie, § 46). Il faut relever cependant que ce rapport date de l'année même de l'arrêt de la Barcelona Traction, soit à un moment où le Rapporteur spécial commençait seulement à tirer les conséquences de l'*obiter dictio*n de la Cour en matière de responsabilité des Etats. Dans des rapports postérieurs, Ago parle en relation avec les obligations *erga omnes* non plus de droits subjectifs mais d'« intérêts juridiques ». Cette construction autour de la notion de droit subjectif figure cependant encore chez Arangio-Ruiz (cf. Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats, ONU Doc. A/CN. 4/444/Add. 2, S 132).

36. Voir la définition des Etats lésés adoptée par la CDI en première lecture. Dans son commentaire de cette disposition, la CDI indiquait en 1985 : « On a considéré comme acquis qu'à chaque obligation correspond par définition un droit, pour au moins un autre Etat » (cf. *Annuaire CDI*, 1985, vol. II, 2^e partie, p. 25).

37. Cf. *supra* p. 291 ss. Dans son Troisième Rapport, le professeur Crawford estime que l'emploi de la notion de « droit subjectif » pourrait être interprétée – de manière erronée – comme limitant la responsabilité à des relations bilatérales entre deux Etats (cf. Doc. ONU A/CN. 4/507, § 84).

38. Commentaire *ad article 2, § 8* (*in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 75).

39. Le paradoxe est que cette distinction entre différends juridiques et politiques a été établie originellement pour surmonter la méfiance des Etats à l'égard de l'arbitrage ou du règlement judiciaire ; il s'agissait d'asseoir la légitimité de l'idée de la justice internationale en démontrant à des Etats réticents que le juge ne se prononcerait que sur les aspects juridiques d'un différend. Cette distinction ambiguë a été cependant utilisée par la suite à des fins contraires pour « isoler » de l'autorité du droit certains différends jugés « trop importants » et contester la compétence du juge, même lorsque celle-ci avait été acceptée à l'avance par les parties. Sur les origines de cette théorie, voir en particulier H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 4-6 et p. 163-165.

40. Sur ces deux doctrines américaines, voir K. Lenaerts, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, 1988, p. 98-109. On notera que la doctrine des « political questions » a été restreinte aux Etats-Unis au fil de ces dernières décennies, mais elle a conservé néanmoins une certaine vitalité comme limite aux pouvoirs des tribunaux internes dans les affaires touchant à la politique étrangère américaine (à ce sujet, voir notamment L. Henkin, « Is there a 'Political Questions' Doctrine? », *Yale Law Journal*, vol. 85, 1976, p. 597 ss ; voir

aussi le *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, 1987, § 1, Editor's Comment).

41. En France, la théorie de l'acte de gouvernement était comprise anciennement sous une forme très étendue, dans la mesure où le mobile politique d'un acte le rendait insusceptible de recours contentieux devant la juridiction administrative (cf. arrêt du 19 février 1875, *Prince Napoléon, Rec. Letton*, p. 155). Le Conseil d'Etat considère aujourd'hui que l'acte de gouvernement ne se définit plus par sa nature propre ou par son mobile, mais par son objet ou sa portée. La jurisprudence actuelle protège donc deux séries de décisions : celles touchant aux rapports entre le Gouvernement et le Parlement et celles concernant les rapports du Gouvernement avec un Etat étranger ou une organisation internationale. Dans la jurisprudence récente, on relèvera en particulier un arrêt du Conseil d'Etat qui considère que la décision prise en 1995 par le Président Jacques Chirac de reprendre une série d'essais nucléaires constitue un acte de gouvernement et échappe par conséquent à la compétence de la juridiction administrative (Ass., 29 sept. 1995, Association « Greenpeace France »).

42. Voir, en ce sens, l'opinion exprimée par l'ancien Président de la Cour internationale de Justice, Sir Robert Jennings: “[...] there is really no way of escape from the fact that international courts, like domestic courts indeed, will for a good deal of the time find themselves having to decide upon legal questions in respect of which their decision, however technical in form, must have great political significance (R. Jennings, “International Courts and International Politics”, conférence donnée le 21 janvier 1986 à l'Université de Mull, reproduite in : *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, La Haye, 1998, vol. 1, p. 468).

43. Cf. Sir Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1930, p. 164 : “there is no fixed limit to the possibilities of judicial settlement ; [...] all conflicts in the sphere of international politics can be reduced to contests of a legal nature : and [...] the only decisive test of the justiciability of the dispute is the willingness of the disputants to submit the conflict to the arbitrament of law”. Dans le même sens, Ch. De Visscher souligne la perception inévitablement différente de la justiciabilité selon que l'on adopte un point de vue juridique ou politique : « La notion de justiciabilité [...] est une notion relative. Elle n'a pas pour l'homme de droit le même sens que pour l'homme politique. Pour le premier, la justiciabilité dépend d'un critère objectif : c'est l'aptitude d'un différend à être réglé sur la base de principes de droit. Aux yeux du politique, un différend apparaît justiciable ou non justiciable, selon que le rapport plus ou moins intime qu'il présente avec l'intérêt de l'Etat permet ou interdit à celui-ci de se dessaisir à son endroit de sa décision personnelle et discrétionnaire » (Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, 1970, p. 388).

44. Cette objection est rejeté dans les termes suivants : « La Cour n'a pas à se préoccuper de savoir si un différend portant sur le même objet a existé ou non entre la République du Cameroun et les Nations Unies ou l'Assemblée générale. De l'avis de la Cour, il suffit de constater que, eu égard aux faits déjà exposés dans le présent arrêt, les positions opposées des Parties pour ce qui concerne l'interprétation et l'application des articles pertinents de l'accord de tutelle révèlent l'existence entre la République du Cameroun et le Royaume-Uni, à la date de la requête, d'un différend au sens admis par la jurisprudence de la Cour actuelle et de l'ancienne Cour » (*CIJ Recueil*, 1963, p. 27).

45. *CIJ Recueil*, 1963, p. 37.

46. *CIJ Recueil*, 1962, p. 466.

47. De nombreux commentateurs ont expliqué en ce sens la décision de 1966. Ainsi, Richard Falk reproche à la « majorité » de 1966 son « conservatisme judiciaire » qui prétend établir une distinction stricte entre politique et droit. Ramenée à l'essentiel, l'argumentation de la « majorité » de 1966 consiste à dire que l'Ethiopie et le Libéria ont porté devant la Cour un différend politique opposant les Nations Unies à l'Afrique du Sud et que la Cour n'est pas un

forum approprié pour le règlement de ce genre de différend (R. Falk, "The South West Africa Cases: An Appraisal", *International Organization*, vol. 21, 1967, p. 8-15).

48. *CIJ Recueil*, 1988, § 52. Voir aussi, entre autres, l'affaire des otages américains à Téhéran (*CIJ Recueil*, 1980, § 33-44) et l'affaire Nicaragua c. Etats-Unis (*CIJ Recueil*, 1984, § 89-101). Dans le cadre de la procédure d'avis consultatif, voir en particulier l'avis sur la Namibie (*CIJ Recueil*, 1971, § 27 ss).

49. BIT, *Bulletin officiel*, vol. 45, 1963, n° 2, supplément 2, § 383. Voir aussi le rapport de la commission d'enquête sur la situation en Pologne, *ibid.*, vol. 67, 1984, série B, supplément spécial, § 463 ss.

50. On rappellera ici que, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, seules les requêtes individuelles sont susceptibles d'être déclarées abusives et à ce titre irrecevables. D'après le texte de la Convention, ce motif d'irrecevabilité ne s'applique pas aux requêtes étatiques (cf. *supra* p. 140). Dans la jurisprudence, voir par exemple *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce, Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 727 et p. 763-765 ; *Chypre c. Turquie, Annuaire*, vol. 18, 1975, p. 123-125. Au sujet de la crainte d'un abus du droit de requête, voir *infra* p. 4-4.

51. *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce, Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 727.

52. *CIJ Recueil*, 1984, § 95. Voir aussi les argumentations du Royaume-Uni et des Etats-Unis dans l'affaire de Lockerbie où la situation juridique était rendu plus compliquée par le fait que le Conseil de sécurité avait adopté des résolutions fondées sur le chapitre VII de la Charte et que celles-ci bénéficient en vertu des articles 25 et 103 de la Charte d'une forme de primauté. La Cour a rejeté, au stade de la compétence et de la recevabilité, certains aspects de la thèse des deux Etats défendeurs. Elle n'a pas retenu en particulier comme motif d'incompétence l'argument des Etats-Unis selon lequel la question à régler n'a pas trait à des « divergences bilatérales » mais est celle « d'une menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'un terrorisme parrainé par un Etat ». Une partie de l'argumentation des deux Etats défendeurs a été considérée toutefois par la Cour comme n'avant pas un « caractère exclusivement préliminaire » et devra encore être examinée dans le cadre de l'examen de l'affaire au fond (cf. *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya ambe libyenne c. Royaume-Uni ; id. c. Etats-Unis), exceptions préliminaires*, *CIJ Recueil*, 1998, p. 40-51 ; respectivement § 22-28 et § 36-50). Sur le parallélisme des fonctions de la Cour internationale de justice et du Conseil de sécurité, voir notamment : K. Skubiszewsky, "The International Court of Justice and the Security Council", in : *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996. p. 606-629.

53. Au sujet du refus de statuer, voir notamment : H. Rasmussen, « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in : *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, p. 383-407 ; et P. Weil, "The Court Cannot Conclude Definitively... Non Liquet Revisited", in : *Politics, Values and Functions: Essays in Honor of Professor Louis Henkis*, Dordrecht, 1997, p. 105-114.

54. Cf. *supra* p. 72-73.

55. Article 298, § 1, lettre c, de la Convention de 1982 sur le droit de la mer.

56. Ainsi, dans le différend relatif à la Loi Helms-Burton, il est probable que les Etats-Unis auraient développé une argumentation de ce type pour contester la compétence de l'organe de règlement des différends de l'OMC. Dans leur plainte déposée le 3 octobre 1990, les Communautés faisaient valoir que les restrictions commerciales imposées par les Etats-Unis à l'égard des biens d'origine cubaine, ainsi que l'éventuel refus d'accorder des visas d'accès au territoire américain, étaient incompatibles avec les obligations des Etats-Unis en vertu des accords du GATT (cf. « Etats-Unis - Cuban Liberty and Democracy Act », OMC Doc, WT/DS38/2). Bien qu'aucune réponse américaine n'ait été publiée comme document officiel de l'OMC, il ressort clairement des déclarations des autorités américaines qu'elles entendaient contester la compétence de l'organe de règlement des différends de l'OMC ; en invoquant l'exception de la sécurité nationale.

Cependant, après d'intenses négociations diplomatiques, les deux parties concluent le 11 avril 1997 un *Memorandum of Understanding* au terme duquel les Communautés acceptaient de suspendre la procédure en cours dans le cadre de l'OMC en échange de la promesse de l'Administration américaine de suspendre l'application du Titre III de la loi Helms-Burton. L'engagement américain était limité cependant à la durée de la présidence Clinton et les Communautés ont réservé expressément leur droit de reprendre la plainte devant l'OMC ou d'entamer une nouvelle procédure si des sanctions sont prises contre des compagnies ou ressortissants européens.

57. Articles XXI du GATT de 1994, article XIV bis du GATS et article 73 du TRIPS.
58. A ce sujet, voir en particulier H. L. Schloemann & S. Ohlhoff, "Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence", *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 438-451.
59. Sur cette évolution des fonctions de la responsabilité, voir *supra* p. 279-282.
60. Cf. *supra* p. 281-282.
61. *CIJ Recueil*, 1949, p. 36.
62. *CIJ Recueil*, 1963, p. 33-34.
63. Voir notamment les opinions dissidentes de Badawi (*CIJ Recueil*, 1963, p. 150-151); Bustamante (p. 170, 180) et Beb a Don (p. 196), ainsi que les opinions individuelles de Fitzmaurice (p. 35) et de Morelli (p. 140-141).
64. En ce sens, voir Ch. De Visscher, *op. cit.* (note 8), p. 66 et p. 187 ss. Il est vrai que la Cour relève expressément dans les considérants de son arrêt de 1963 le fait que la République du Cameroun n'allègue pas de dommage matériel et sollicite un jugement purement déclaratoire (*CIJ Recueil*, 1963, p. 32 et p. 34). Cependant, la Cour ne mentionne l'absence de demande de réparation matérielle que pour apprécier la survivance d'un intérêt du demandeur. Elle distingue à ce sujet entre le cas d'une action par laquelle l'Etat demandeur sollicite une réparation matérielle pour un dommage qu'il a subi en propre et l'action populaire intentée par la République du Cameroun en défense de l'intérêt général. Si on se trouvait dans la première hypothèse, estime-t-elle, le différend serait peut-être encore actuel, alors qu'il ne l'est plus s'il s'agit seulement de défendre l'intérêt général (cf. *ibid.*, p. 35-36).
65. *CIJ Recueil*, 1966, § 48. Voir aussi le débat à ce sujet dans l'affaire des *Essais nucléaires* de 1974 où les deux Etats demandeurs recherchaient un arrêt essentiellement déclaratoire et où certains juges dissidents reprochèrent à la Cour d'avoir précisément accepté de rendre un tel jugement (voir notamment l'opinion dissidente du juge Castro, *CIJ Recueil*, 1974, p. 384-387).
66. *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, exceptions préliminaires*, *CIJ Recueil*, 1998, § 46.
67. Cf. par exemple Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 264-267 et p. 276.
68. Voir notamment l'article 65 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'article 47 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme.
69. Affaire de l'interprétation du statut du territoire de Memel, *CPJI Recueil*, Série A/B, n° 49, p 248. Cf. *supra* p. 49 ss.
70. Voir en particulier l'affaire de la *Demande d'interprétation du jugement du 20 novembre 1950 dans l'affaire du droit d'asile* (*CIJ Recueil*, 1950) et celle du *Sud-Ouest africain* (*CIJ Recueil*, 1966, § 48).
71. *CPJI Recueil*, 1923, série A, n° 1, p. 20. Voir *supra* p. 47 ss.
72. Pour une analyse comparée, voir en particulier P. van Dijk, *Judicial Review*, préc. (note 8).
73. Voir notamment les remarques faites au sujet de la procédure de règlement des différends de l'OMC (p. 179 ss) et à propos de la notion d'intérêt à agir (p. 328 ss).
74. Voir par exemple I. Seidl-hohenfeldern, Ignaz, "Actio popularis im Völkerrecht?", *Communicatione stuiti*, vol. 14, Milan. 1975, p. 809. Voir aussi Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 256.
75. ⁷⁵Cf. *supra* p. 160-161.

76. Voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Basdevant jointe à l'arrêt de 1962 sur le Sud-Ouest africain (*CIJ Recueil*, 1962, p. 462-463).

77. A ce sujet, cf. *supra* p. 95 ss.

78. Peter van Dijk (*in : Judicial Review*, préc. (note 8), p. 519-520) estime, par exemple, qu'une action en défense de la légalité internationale n'est possible que dans le cadre de conventions spécifiques. Utiliser à cette fin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire serait contraire selon lui à la volonté des Etats concernés : "It is true that the Court would not come into conflict with any express rule of international law, but it would indeed be contrary to the evident intention of the States when the latter accepted the compulsory jurisdiction of the Court. Consequently, the problem would merely be shifted from the admissibility of the applicant's action to the implementation of the judicial decision, and ultimately to the acceptance of the compulsory jurisdiction" (*ibid.*, p. 520).

79. Voir par exemple L. Gross, *in : The Future of the International Court of Justice*, New York, 1976, vol. II, p. 749) : "If the pronunciamento were to be taken seriously, it would be difficult to imagine anything more likely to discourage States from accepting the compulsory jurisdiction of the Court". De manière semblable, mais sur un ton moins enflammé, Charles De Visscher estime que « le sort déjà fragile des clauses de juridiction obligatoire pourrait s'en trouver dangereusement affecté » (*op. cit.* (note 8), p. 27-28).

80. Au sujet de la crainte des abus et d'un encombrement des tribunaux, voir *infra* p. 371 ss.

81. Voir *infra* p. 349-350.

82. La règle 19 des *Federal Rules of Civil Procedure* prévoit que l'absence dans une procédure de tiers « indispensables » est un motif d'incompétence du juge. Cette réglementation trouve son origine dans un arrêt de la Cour suprême américaine datant de 1854 (*Shields v. Barrow*, 58 US 130, 15 L. Ed. 158). On notera cependant qu'elle est controversée aux Etats-Unis, notamment en raison de son caractère formaliste et parce qu'elle conduit à une incapacité du juge de statuer sur certains litiges (voir à ce sujet : J. W. Reed, "Compulsory Joinder of Parties in Civil Actions", *Michigan Law Review*, vol. 55, 1957, p. 330 ; C. A. Wright, *The Law of Federal Courts*, 5^e éd., St. Paul, 1994, p. 496).

83. Cela s'explique par le fait que, même si c'est l'Italie qui avait saisi la Cour, la requête italienne reprenait en réalité une offre de règlement formulée dans un accord entre les trois principales puissances alliées victorieuses (Etats-Unis, France, Royaume-Uni) qui avait prédéterminé l'objet du différend et les deux questions à soumettre à la Cour. L'Italie accepta l'offre en déposant une requête devant la Cour, mais elle se ravisa ensuite et soumit une exception préliminaire d'incompétence par rapport à la première des deux questions en faisant valoir qu'elle était dirigée contre l'Albanie et que ce pays n'avait pas accepté la compétence de la Cour.

84. *Or monétaire pris à Rome en 1943*, *CIJ Recueil*, 1954, p. 32.

85. Cf. *supra* p. 101-102.

86. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis*), mesures conservatoires, *CIJ Recueil*, 1984, § 35.

87. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis*), compétence et recevabilité, *CIJ Recueil*, 1984, § 88.

88. *Ibid.*

89. *Certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru c. Australie*), exceptions préliminaires, *CIJ Recueil*, 1992, § 55.

90. Au sujet de cette affaire, voir *supra* p. 82 ss.

91. *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *CIJ Recueil*, 1995, p. 102-105.

92. Au cours de la procédure orale relative à l'affaire du Timor oriental, le professeur Pierre-Marie Dupuy avait souligné le danger qu'il y aurait à admettre une objection tirée du caractère multilatéral du différend : « Par définition, s'inscrit dans un contexte multilatéral toute question

dont l'Organisation universelle est saisie parce qu'elle intéresse le maintien de la paix ou le respect des principes fondamentaux. Ce caractère multilatéral n'est évidemment pas affecté par le fait que la question soulevée met en cause, comme c'est le cas à propos du Timor oriental, la conduite d'un Etat déterminé. Si les autres membres de l'ONU se prévalaient de ce contexte multilatéral et de la mise en cause d'un autre membre pour se décharger de leurs propres responsabilités à l'égard de la situation qu'il a créée, ce serait toute l'économie et la raison d'être de la Charte des Nations Unies qui se trouveraient ruinées » (ONU Doc. CR 95/5, p. 71-72).

93. Voir en ce sens S. Torres Bernárdez qui affirme : “[...] we would add that the thesis of ‘indispensable parties’ appears to extend an invitation to bring certain disputes before non-jurisdictional *fora*. By the same token, large areas of international disputes relating precisely to obligations which are fundamental to the international legal order would not have a real possibility of being judged before an international tribunal. What then would become of multilateral, general, joint, integrated, *erga omnes* or *jus cogens* obligations of contemporary international law?” (S. Torres Bernárdez, “The New Theory of ‘Indispensable Parties’ Under the Statute of the International Court of Justice”, in : K. Wellens (éd.), *International Law in Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, 1998, p. 750). On notera que cela irait aussi à l'encontre de la volonté claire des Etats qui ont souvent institué, par la voie conventionnelle, un règlement judiciaire ou quasi judiciaire des violations *erga omnes*.

94. Voir l'opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice dans la première phase de l'affaire du Sud-Ouest africain : « Supposons [...] que, sur le fond, la Cour se prononce en faveur du défendeur. Cette décision ne deviendrait *res judicata* que pour les Etats demandeurs (article 59 du Statut). Elle ne lierait pas l'Assemblée des Nations Unies et elle ne lierait aucun Etat à part les demandeurs. Tout autre Etat qui en serait mécontent pourrait, un jour ou l'autre, introduire une nouvelle instance pour des motifs soit exactement, soit en substance identiques et les résultats pourraient en être ou non les mêmes » (*CIJ Recueil*, 1962, p. 552).

95. Ainsi, Charles De Visscher (*op. cit.* (note 8), p. 74) déclarait à propos de l'action judiciaire de l'Ethiopie et du Libéria que « [1]’instance formée par les Etats demandeurs ne pouvait [...] daucune façon aboutir à un règlement général et définitif ».

96. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente a écarté une objection polonaise de litispendance en constatant que les deux demandes concernées n'étaient pas identiques, que les plaideurs n'étaient pas les mêmes et que les deux d'instances n'étaient pas des juridictions de même ordre. Elle ne s'est cependant pas prononcée directement sur la question – qu'elle qualifie de « controversée » – de savoir si la litispendance peut être invoquée dans les rapports internationaux (*CPJI Recueil*, 1925, Série A, n° 6).

97. Voir, en ce sens, l'opinion dissidente du juge Tanaka jointe à l'arrêt de 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain (*CIJ Recueil*, 1966, p. 258). Celui-ci admet que le principe de l'autorité relative de la chose jugée constitue, dans l'hypothèse d'une action en défense de l'intérêt général, un défaut du mécanisme judiciaire, mais il s'en remet à la sagesse de la Cour et au bon sens des Etats intéressés, jusqu'au moment où seront effectués les adaptations et arrangement législatifs nécessaires à l'uniformisation des décisions.

98. On signalera qu'en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, l'Etat souhaitant intervenir en vertu de l'article 62 du Statut doit disposer d'un titre juridictionnel, alors que cette exigence n'est pas requise dans le cas d'une intervention fondée sur l'article 63, c'est-à-dire relative à un litige portant sur l'interprétation ou l'application d'un traité.

99. Septième Rapport de M. Arangio-Ruiz sur la responsabilité des Etats, *Annuaire CDI*, 1995, vol. II, 1^{ère} partie, § 139. ’

100. *Ibid.*, § 115. On s'est demandé au cours des débats à la CDI si une telle disposition ne constituait pas une révision déguisée de l'article 59 du Statut de la Cour et pouvait se faire sans passer par la procédure prévue à cet effet par la Charte des Nations Unies. On notera en tout cas

qu'il existe un précédent en la matière : celui du système des traités de protection des minorités. Par le jeu d'un renvoi à l'article 13 du Pacte de la Société des Nations, les décisions de la Cour produisaient un effet *erga omnes* constituaient ainsi un règlement judiciaire général s'imposant à tous les intéressés (voir à ce sujet l'arrêt de 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain, *CIJ Recueil*, 1966, p. 41).

101. Cette extension de l'autorité de la décision judiciaire est dictée en particulier par le fait que le professeur Arangio-Ruiz estimait que tous les Etats sont lésés par un crime et peuvent tous se prévaloir de l'ensemble des conséquentes de la responsabilité. Garantir un prononcé judiciaire, dont les effets s'imposent à tous, apparaît en particulier un moyen de réglementer et de limiter le recours à des contre-mesures unilatérales.

Chapitre III. Les finalités de l'*actio popularis*

p. 355-361

Section I - La constatation de la violation

- ¹ En principe, le but premier recherché à travers l'*actio popularis* est une constatation judiciaire de la violation du droit international. Dans l'affaire du Sud-Ouest africain, par exemple, l'Ethiopie et le Liberia avaient sollicité de la Cour internationale de Justice un arrêt de nature déclaratoire. Les deux Etats requérants lui demandaient, dans leurs conclusions écrites, de confirmer de manière obligatoire pour l'Etat défendeur le maintien en vigueur de l'accord de mandat relatif au Sud-Ouest africain et de déclarer illicites divers comportements de l'Afrique du Sud dans ledit territoire (en particulier la mise en place d'une pratique d'*apartheid*) ; en revanche, ils ne lui demandaient pas de statuer sur la réparation de ces violations. De manière similaire, la République du Cameroun n'alléguait pas dans l'affaire du Cameroun Septentrional avoir souffert de dommage matériel et recherchait auprès de la Cour un arrêt purement déclaratoire¹. Nous avons déjà indiqué ailleurs que solliciter une telle décision purement déclaratoire ne sort nullement, comme cela a été parfois prétendu, des limites de la fonction judiciaire².
- ² Le recours à l'*actio popularis* constitue sous cet angle un moyen de contrôle de la légalité internationale. Elle permet au demandeur d'obtenir un prononcé judiciaire – généralement obligatoire pour l'Etat défendeur³ – sur le contenu du droit international ainsi que sur l'existence d'une violation. Il faut rappeler à cet égard que la faculté de tout Etat d'exiger la cessation du fait illicite est un aspect incontesté du concept d'obligation *erga omnes* ; c'est une conséquence inévitable de la responsabilité multilatérale qui n'a jamais été mise en question dans le cadre des travaux de la CDI⁴. L'action populaire constitue un corollaire minimal sur le plan judiciaire de ce droit d'exiger la cessation⁵.

Section II - Les autres finalités

- ³ En fonction du type de mécanisme utilisé, l'*actio popularis* peut servir à diverses autres fins que la seule constatation de la violation du droit international. Ce domaine est cependant encore largement en friche, la maigreur de la pratique laissant en effet de nombreuses questions sans réponses.

§ 1^{er} - Les remèdes spécifiques offerts par la procédure utilisée

- ⁴ Selon la juridiction devant laquelle la requête a été portée, le demandeur populaire peut solliciter des remèdes spécifiques tels que des mesures conservatoires, l'allocation d'une réparation, un prononcé de la nullité de l'acte ou de l'instrument attaqué ou même, dans le cadre de l'OMC, l'octroi de compensations ou du droit de suspendre les concessions commerciales. La disponibilité de tels remèdes dépend essentiellement du traité constitutif de la juridiction saisie ainsi que du titre de compétence invoqué lorsque celui-ci est distinct dudit traité. Déterminer l'étendue de ces remèdes n'est pas un problème spécifique à l'action populaire et dépasse le cadre de cette étude⁶. On notera simplement que certaines juridictions internationales susceptibles de connaître d'une *actio popularis* disposent de pouvoir étendus en la matière, ce qui dément l'idée que l'action populaire ne puisse être intentée que pour obtenir un jugement déclaratoire. La Cour de justice des Communautés européennes, par exemple, peut imposer le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte en cas de manquement par un Etat membre à ses obligations et si son premier arrêt constatant le manquement n'est pas exécuté⁷. Dans le cadre de la procédure en annulation, la Cour de justice peut aussi déclarer nul et non avenu un acte des institutions communautaires⁸. Bien que de tels pouvoirs s'expliquent par le caractère d'intégration de la construction européenne, ils ne sont pas complètement absents d'autres procédures internationales. Ainsi, on relèvera par exemple que la Convention de Vienne sur le droit de traités donne compétence à la Cour internationale de Justice de statuer sur la nullité d'un traité pour non-conformité au *jus cogens*⁹.
- ⁵ L'application de certains de ces remèdes juridictionnels à la situation où le requérant n'est pas la victime directe du fait illicite soulève des questions d'interprétation qui, faute de pratique jurisprudentielle, demeurent souvent ouvertes. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme peut accorder en principe à la partie lésée une satisfaction équitable, de nature pécuniaire, si le droit interne de l'Etat concerné ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation de la Convention ou de ses protocoles¹⁰. Or, s'il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que le terme « partie lésée » désigne l'individu victime, ce pouvoir peut-il être utilisé aussi dans le cadre de la procédure des requêtes interétatiques au bénéfice des victimes individuelles ? Cette question a été longtemps ouverte. Elle est maintenant résolue par le Règlement révisé d'octobre 2002, qui prévoit expressément que la requête étatique peut contenir une demande de satisfaction équitable « pour le compte de la ou des parties censément lésées¹¹ ». Ainsi, dans le cadre de la requête récente qu'il a introduite contre la Turquie, le Danemark était parfaitement en droit de solliciter une satisfaction équitable en faveur de son ressortissant pour les mauvais traitements subis par ce dernier lors de sa détention. Il faut convenir toutefois qu'il est plus facile d'allouer une satisfaction équitable lorsque la requête porte sur une violation individuelle de la

Convention que lorsqu'elle se rapporte – comme c'est souvent le cas des requêtes étatiques – à des violations touchant un large nombre de personnes. Dans une affaire comme celle opposant Chypre à la Turquie, le nombre considérable des individus concernés par la requête rend évidemment malaisé le prononcé d'une satisfaction équitable. Dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, certains aspects sont également incertains. Par exemple, si un membre ne se conforme pas aux recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends, le plaignant qui ne serait pas affecté de manière tangible dans ses intérêts commerciaux peut-il réclamer une compensation, voire même le droit de prendre des mesures de représailles commerciales ? Cela semble souhaitable si l'on ne veut pas priver le mécanisme de règlement des différends de deux des principaux instruments mis à disposition par le Mémorandum d'accord pour assurer son fonctionnement effectif¹². Une particularité intéressante en tout cas du mécanisme de l'OMC est le fait que la compensation doive être accordée sur un plan multilatéral. Le texte du Mémorandum d'accord est en effet généralement interprété en ce sens que cette compensation est accordée non seulement au plaignant qui a gagné la procédure, mais à l'ensemble des membres de l'organisation¹³. Cet effet multilatéral est intéressant à relever, car il est mieux conforme à l'idée d'une *actio popularis* intentée en défense de l'intégrité des règles de l'OMC qu'une solution purement bilatérale.

§ 2 - Les remèdes découlant des règles générales de la responsabilité

- 6 Pour autant que le titre de juridiction le permette, il est généralement admis que le demandeur sollicite de la Cour internationale de Justice ou d'une autre juridiction non seulement une constatation de la violation du droit international, mais aussi la détermination des formes appropriées de la réparation¹⁴. En va-t-il de même lorsque l'Etat intente une *actio popularis* ? Le demandeur populaire est-il habilité à invoquer l'ensemble des conséquences usuelles de la responsabilité ou ces droits sont-ils plus limités ? Selon nous, il convient de distinguer entre la situation où le demandeur exerçant l'*actio popularis* est lui-même directement lésé et celle où il agit seulement sur la base de son intérêt juridique au respect de l'obligation violée.
- 7 Dans la première hypothèse, le demandeur doit logiquement se voir reconnaître l'ensemble des droits usuels du lésé. Cependant, sa liberté dans l'exercice de ses droits est limitée par la présence concomitante d'un intérêt commun¹⁵. Lorsque la juridiction saisie est appelée à évaluer le contenu d'un règlement à l'amiable, elle doit veiller à ce que la solution négociée par les parties soit conforme à l'intérêt commun¹⁶ ; il en va logiquement de même lorsque c'est elle qui édicté les modalités de la réparation.
- 8 Dans la seconde hypothèse, celle où le demandeur populaire n'est pas lui-même directement affecté, il convient de privilégier la restitution, car c'est le rétablissement de la situation qui existait avant la commission du fait illicite qui assure au mieux le respect de l'intérêt commun protégé. Cependant, nous ne pensons pas que l'action populaire doive être limitée à cet aspect de la réparation. Selon nous, le demandeur populaire est en droit d'exiger non seulement la restitution, mais aussi d'autres formes de réparation, pour autant qu'il le fasse *dans l'intérêt des bénéficiaires directs de l'obligation violée*. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité va précisément dans cette direction ; il prévoit que l'Etat intéressé au respect d'une obligation *erga*

omnes, niais qui n'est pas spécialement affecté, peut exiger la réparation du fait illicite « dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée¹⁷ ». Ainsi, lorsque la restitution n'est pas matériellement possible, le demandeur populaire peut faire valoir l'obligation de l'Etat fautif d'indemniser les victimes.

- 9 Une question délicate est de savoir si une juridiction peut appliquer sans autre les règles générales relatives aux conséquences de la responsabilité ou si ses pouvoirs sont limités à ceux conférés spécifiquement par son traité constitutif. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats suggère que ce problème soit résolu à la lumière de la maxime *lex specialis*. Il précise toutefois que la simple existence d'une règle conventionnelle ne suffit pas à écarter l'application du corpus des normes sur la responsabilité découlant du droit international général. En d'autres termes, il faut établir que le traité ou la disposition conventionnelle concerné excluent les conséquences découlant des règles générales sur la responsabilité¹⁸.
- 10 Ainsi, selon nous, même lorsque les pouvoirs de la juridiction sont relativement détaillés, il reste matière généralement pour une application supplétive des règles sur la responsabilité¹⁹.
- 11 Pour prendre un exemple, le pouvoir déjà évoqué de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une compensation pécuniaire à la partie lésée constitue indéniablement une forte indication que la Cour ne peut pas prescrire directement à l'Etat concerné d'autres formes de réparation ; mais on ne voit pas pourquoi la Cour ne pourrait pas emprunter au droit international général pour déterminer la portée exacte de ce pouvoir. Pour prendre un autre exemple, il est reconnu que certaines dispositions du mécanisme de règlement des différends de l'OMC sont ambiguës ou fournissent des réponses incomplètes. Pourquoi ne pas appliquer alors les règles du droit international général à titre supplétif si elles permettent d'éclaircir une question ou d'alléger un problème dans le fonctionnement de ce mécanisme²⁰ ?

§ 3 - Les finalités extrajudiciaires

- 12 Naturellement, il peut arriver que l'*actio popularis* soit animée par des motivations politiques partiellement étrangères aux finalités pour lesquels la procédure a été instituée et qui ne sont pas toujours avouées²¹. L'une des finalités extrajudiciaires la plus courante est d'exercer simplement une pression sur l'Etat concerné pour l'inciter à un retour au respect du droit. On sait par exemple que plusieurs requêtes interétatiques portées devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme ont conduit à des négociations entre les parties et se sont terminées sur la base d'un règlement à l'amiable. Une telle utilisation de la procédure de la part des Etats requérants n'a rien de contraire aux finalités du mécanisme. Bien au contraire, même si le contenu de certains règlements à l'amiable a été juge insuffisant, on ne saurait nier que l'utilisation de la procédure des requêtes interétatiques a servi malgré tout à assurer un meilleur respect des droits de l'homme²².

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Sur ces deux affaires, voir respectivement p. 56 ss et p. 63 ss.
2. Cf. *supra* p. 344.
3. Ce caractère obligatoire dépend évidemment de la procédure utilisée. Comme nous l'avons déjà souligné, plusieurs des procédures examinées dans la deuxième partie de cette thèse – en particulier dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement – ne débouchent pas sur une décision de caractère obligatoire.
4. Dans la dernière version du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats, ce droit de tous les Etats d'exiger la cessation du fait illicite *erga omnes* est garanti par l'article 48, § 2, lettre a, en combinaison avec l'article 30 (cf. Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 52 et 57). On notera que ces articles mentionnent à la fois la cessation du fait illicite et le droit de demander, lorsque les circonstances l'exigent, des assurances et garanties de non-répétition.
5. Voir, en ce sens, le Troisième Rapport à la CDI du professeur Crawford qui mentionne le droit de tout Etat de solliciter une déclaration judiciaire au sujet d'un fait illicite *erga omnes* – c'est à dire l'action populaire – comme un aspect « minimal » du droit de demander la cessation (cf. ONU Doc. A/(;N.4/507, § 118, tableau 2, note d). Il faut souligner cependant qu'il serait incorrect d'intégrer l'*actio popularis* purement et simplement dans l'exercice du droit d'exiger la cessation. D'une part, une reconnaissance judiciaire d'une violation sort de la cessation et constitue déjà une forme de satisfaction (voir l'article 37 § 2 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, *in* : Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 54 ; voir aussi la sentence arbitrale du 30 avril 1990 rendue dans l'affaire du Rainbow Warrior, RGDIJ, vol. 94, 1990, p. 838). D'autre part, cette constatation judiciaire n'est pas la seule finalité d'une action populaire (cf. *infra* p. 358 ss et p. 366 ss).
6. A ce sujet, voir en particulier : C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987 ; I. Brownlie, “Remedies in the International Court of Justice”, *in* : *Procedural Aspects of the International Court of Justice*, Londres, 1997, p. 557-566 ; M. D. Evans, *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford, 1998.
7. Article 171 § 2 du traité CEE (devenu article 228 § 2 du traité CE).
8. Article 174 du traité CEE (devenu article 231 du traité CE).
9. Articles 53 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. A ce sujet, voir *supra* p. 4 ss.
10. Article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme (il s'agit d'une version raccourcie de l'ancien article 50).
11. Voir les articles 46, lettre e, et 60 du Règlement révisé de 2002. A noter que l'ancien Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme prévoyait que la demande de satisfaction équitable devait être formulée par le « requérant » (article 54 § 2). Or, d'après l'article 1, lettre k, du même Règlement, ce terme désignait le requérant individuel, et non le requérant étatique. Cette difficulté a été maintenant supprimée par le Règlement révisé en 2002.
12. On notera cependant que les mesures de représailles sont liées expressément dans le texte du Mémorandum d'accord à « l'annulation ou à la réduction » des avantages, c'est-à-dire au fait d'avoir souffert des effets commerciaux. Voir à ce sujet, la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire des bananes, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, § 6.8 – 6.10. On a fait valoir qu'autoriser tous les Etats à prendre des représailles commerciales, même lorsqu'il n'y a pas d'effet commercial apparent sur un membre, pourrait permettre d'assurer un meilleur respect des règles de l'OMC et

serait un prolongement logique de la reconnaissance d'une qualité pour porter plainte indépendante d'un intérêt direct (voir J. Pauwelyn, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach", *AJIL*, vol. 94, 2000, p. 343).

13. Aux termes de l'article 22 § 1 (dernière phrase), « la compensation [...] doit être compatible avec les accords visés », ce qui paraît devoir inclure le principe fondamental de non-discrimination contenu dans la clause de la nation la plus favorisée (article 1 du GATT).

14. Sur le manque de consistance de la jurisprudence de la Cour, voir cependant C. Gray, *Judicial Remedies*, Oxford, 1987, p. 59-111.

15. Cette limite fait défaut dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats. Voir les critiques formulées *supra* p. 296-300.

16. Voir, par exemple, l'injonction en ce sens figurant à l'article 38 §, 1, lettre b, de la Convention européenne des droits de l'homme.

17. Article 48, § 2, lettre b, du projet d'articles (Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 57). Il faut rappeler ici que l'acteur populaire, même lorsqu'il n'est pas directement affecté, agit de son propre chef et non pour le compte d'autrui. Cela ne l'empêche pas cependant d'agir dans l'intérêt d'autrui. Voir, dans le même sens, K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, vol 209, 1988-11, p. 276.

18. Voir l'article 55 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les ras et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales du droit international » (Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session (2001), ONU Doc. A/56/10/Supp. 10, p. 60 ; les italiques sont de nous). Voir aussi le commentaire de la CDI, *ibid.*, p. 383-386.

19. Pour un examen plus détaillé de cette question, voir *supra* p. 303-304.

20. On notera que le système commercial international – que certains citaient pourtant comme l'exemple par excellence de « régime se suffisant à lui-même » – a perdu beaucoup de sa prétention à l'« étanchéité » vis-à-vis du droit international général. L'article 3 § 2 du Mémorandum d'accord fait expressément renvoi aux règles d'interprétation du droit international coutumier et l'Organe d'appel a souligné que cela “reflects a measure of recognition that the [GATT] is not to be read in clinical isolation from public international law” (cf. “Etats-Unis – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline”, OMC Doc. WT/DS2/AB/R, § 3.12). Au sujet de l'applicabilité des règles de la responsabilité dans le cadre de l'OMC, voir en particulier J. Pauwelyn, *op. cit.* (note 12), p. 34 ss.

21. Si l'on examine cependant la pratique, toutes les affaires portées devant une juridiction internationale par le biais d'une *actio popularis* soulevaient des problèmes réels de non-respect du droit international, de sorte qu'aucune de ces requêtes ne peut être qualifiée d'abusive. Cf. in/rap. 371-372.

22. Voir l'article 38, § 1, lettre b, précité de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit explicitement – voire encourage – une telle solution, puisqu'il y est dit que la Cour se met à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. En principe, la Cour doit veiller à ce qu'un tel règlement « s'inspire du respect des droits de l'homme » et doit, si elle le juge insuffisant, refuser de donner sa caution. Dans le cadre d'une affaire interétatique, la Cour aura cependant souvent de la difficulté à substituer son appréciation à celle de l'Etat ou des Etats requérants si ceux-ci affirment qu'un règlement à l'amiable, bien qu'incomplet, ouvre une perspective d'évolution positive pour le respect des droits de l'homme. Sur la pratique en la matière, voir *supra* p. 148-149.

Titre III. L'opportunité de l'« actio popularis » dans la communauté internationale contemporaine

Introduction au titre troisième

p. 363

- ¹ A l'instar d'autres aspects du droit, la réglementation de la qualité pour agir n'est pas le fruit du hasard ou un résultat logique dicté par la nature des choses. L'étendue de la qualité pour agir est déterminée en fonction de choix de politique législative et judiciaire. Dans ce titre troisième, nous souhaitons examiner d'abord les fonctions prêtées en droit international à l'*actio popularis* ainsi que les motifs avancés pour la rejeter. Nous nous interrogerons ensuite sur son utilité actuelle et sur l'opportunité de lui reconnaître un rôle accru à l'avenir.

Chapitre I. L'opportunité d'un point de vue institutionnel

p. 364-374

Section I - Politique législative et politique judiciaire

- ¹ L'étendue de la qualité pour agir est déterminée en premier lieu par le législateur, sur la base la plupart du temps de choix politiques délibérés, même s'ils ne sont pas toujours assumés comme tels. Dans ses détails, la réglementation de la qualité pour agir est déterminée ensuite à travers la pratique des tribunaux, là aussi en fonction de certains choix de politique judiciaire, voire de politique tout court. En dépit de leur devoir d'impartialité et du principe de la séparation des pouvoirs, les juges n'en sont pas moins des hommes, qui sont animés par leurs propres convictions et ne sont nullement à l'abri des « passions politiques ». L'un des intérêts de la discussion animée aux Etats-Unis autour du *standing* est de montrer à quel point une question d'apparence technique peut constituer un enjeu majeur de politique législative et judiciaire. Les premières actions populaires furent portées devant la Cour suprême des Etats-Unis au début du xx^e siècle par des citoyens se prévalant de leur statut de contribuables (*tax payers daims*). Or, à cette époque, ces actions en justice visaient principalement à faire invalider par une Cour suprême de tendance conservatrice certaines législations votées par la majorité libérale du Congrès ; et les premières doctrines développées pour limiter l'accès aux tribunaux furent œuvre de membres libéraux de la Cour suprême, qui étaient soucieux de freiner l'activisme conservateur de leurs collègues¹. Aujourd'hui, ces mêmes doctrines sont utilisées par la majorité conservatrice de la Cour suprême pour limiter les recours judiciaires créés par le Congrès, notamment dans le domaine de l'environnement. La qualité pour agir en justice est devenue ainsi un champ de bataille politique².
- ² Dans la société internationale, cette dimension politique de la réglementation du droit d'agir en justice est tout aussi réelle, même si elle est moins apparente, en tout cas dans la littérature. Aux yeux des Etats, le droit international n'est pas une science à développer de manière systématique, mais plutôt un instrument des relations internationales qu'ils s'efforcent d'utiliser au mieux de leurs intérêts et de leurs

objectifs de politique étrangère, aussi nobles ceux-ci soient-ils³. Ce qui vaut pour le droit international en général, vaut également pour la question du rôle de la justice internationale et celle de l'étendue de la qualité pour agir. Si la compétence des juridictions internationales demeure limitée et si le droit d'accès des acteurs non étatiques est restreint, ce n'est pas en raison de scrupules abstraits liés à la souveraineté de l'Etat, mais parce que certains Etats jugent que de tels développements aboutiraient à des résultats contraires à leurs intérêts.

- ³ Par ailleurs, en dépit de toutes les théories sur la séparation des pouvoirs législatifs et judiciaires, c'est une réalité indéniable que les tribunaux ne peuvent pas appliquer le droit mécaniquement, sans rien n'y ajouter. Le rôle du juge face au droit rappelle parfois celui des prêtres du sanctuaire de Delphes qui étaient chargés de recueillir et d'interpréter les paroles de la Pythie, cette prophétesse dont les Grecs anciens disaient qu'elle parlait au nom du dieu Apollon. A moins de prêter foi à l'existence du dieu olympien, on est forcé d'admettre que tout n'est pas parole divine et que la signification des oracles de la Pythie dépendaient essentiellement de l'interprétation qu'en faisaient les prêtres⁴. La part d'interprétation personnelle est plus réduite dans le travail du juge, mais elle ne peut pas être complètement niée. Et cette part d'interprétation croît inévitablement lorsqu'un problème n'est pas réglé dans les textes juridiques applicables, ou ne l'est que dans ses grandes lignes. Tel est le cas de la question de la qualité pour agir devant les juridictions internationales ; les traités pertinents sont avares en réponses, de sorte que le juge est amené souvent à devoir interpréter le silence du texte ou des notions assez vagues comme celle de victime.
- ⁴ Dans toute discussion sur l'opportunité de l'action populaire, il convient donc de garder à l'esprit que la définition de la qualité pour agir est le résultat de certains choix législatifs et judiciaires ; il n'y a pas de « solution naturelle » à ce problème. Dans cette dernière partie de notre étude, nous souhaitons traiter de l'opportunité de l'action populaire sous un double angle : tout d'abord, du point de vue institutionnel ; ensuite à la lumière de l'expérience pratique développée jusqu'à présent avec les mécanismes existants.

Section II - Les fonctions prêtées à l'*actio popularis*

§1^{er} - La défense de l'intérêt collectif

- ⁵ La fonction principale de l'action populaire, ou du moins celle qu'on lui attribue le plus fréquemment, est de servir à la défense de l'intérêt collectif. L'*actio popularis* constitue une protection judiciaire de l'intérêt collectif lorsque aucun Etat n'est spécialement affecté, mais que tous sont concernés au titre de leur appartenance à la collectivité. C'est cette fonction qui est mise en avant dans l'arrêt de 1966 relatif à l'affaire du Sud-Ouest africain, puisque la Cour internationale de Justice y définit l'*actio popularis* comme « un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public⁵ ». Cette définition pose en même temps les limites du champ potentiel de l'action populaire : celle-ci n'est pas applicable à l'ensemble des normes du droit international, mais seulement aux domaines dans lesquels est consacré un intérêt commun. Autrement dit, il n'existe pas un intérêt de tous au respect du droit international en soi.

§ 2 - Un remède aux carences institutionnelles

- ⁶ Un deuxième argument en faveur de l'*actio popularis* est la relative faiblesse des institutions internationales et l'absence d'un ministère public, c'est-à-dire d'un organe chargé d'assurer l'accusation au nom de la collectivité. Faute d'un tel organe, fait-on valoir, il faut déléguer à chaque membre de la communauté le droit de dénoncer les atteintes à l'intérêt commun⁶. Les carences institutionnelles justifiant cette délégation sont non seulement l'absence d'institutions supranationales ou de ministère public, mais aussi le fait que les organisations internationales n'ont pas qualité pour se présenter devant la Cour internationale de Justice au titre de la procédure contentieuse⁷. Dans l'affaire du Sud-Ouest africain par exemple, l'Assemblée générale de l'ONU aurait très probablement saisi elle-même directement la Cour d'une requête contentieuse si elle n'en avait pas été empêchée par la teneur de l'article 34 du Statut de la Cour. C'est faute de pouvoir porter elle-même l'accusation que l'Assemblée générale de l'ONU attira l'attention des anciens membres de la Société des Nations sur leurs droits de recours individuels et les encouragea ainsi à saisir la Cour internationale de Justice⁸.

§ 3- 1. Le contrôle de la légalité internationale

- ⁷ Une autre fonction de l'action populaire, étroitement liée aux deux précédentes, est d'exercer un contrôle de la légalité internationale à travers le concours de tous les Etats. Chacun d'entre d'eux est investi du rôle de gardien du respect du droit⁹. Cette fonction de contrôle de la légalité est clairement présente, par exemple, dans la procédure judiciaire établie au sujet du *jus cogens* par la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁰. La référence à un contrôle de la légalité est toutefois trompeuse, car l'*actio popularis* est destinée à contrôler le respect des normes protégeant des intérêts collectifs, et non celui de n'importe quelle règle du droit international.

§ 4 - La protection des espaces communs

- ⁸ Une fonction plus spécifique de l'*actio popularis* est de protéger les espaces communs qui échappent à toute juridiction nationale. L'action populaire est ici régulièrement évoquée parmi les instruments possibles pour assurer le contrôle du respect de la réglementation internationale relative à la protection de l'environnement marin ou de la couche d'ozone. L'analogie avec les actions populaires romaines, dont plusieurs visaient spécifiquement à protéger le domaine public, est ici particulièrement évidente.

§ 5 - La justice pour tous

- ⁹ Une dernière finalité implicite de l'action populaire est de contribuer à la réalisation de l'idée d'une justice pour tous ; elle permet d'agir en défense d'un peuple ou d'un individu privé d'accès à la justice internationale. Ainsi, la démarche judiciaire entreprise par le Liberia et l'Ethiopie visait au premier chef à défendre la population du territoire du Sud-Ouest africain ; si cette dernière avait eu une possibilité d'accès direct à la Cour internationale de Justice, l'intervention des deux Etats africains ne se justifiait probablement plus¹¹. La même remarque s'applique à l'égard de l'action entreprise par

le Portugal devant la Cour au sujet du Timor oriental. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, on peut considérer que c'était aussi l'une des fonctions de la procédure des requêtes interétatiques lorsque la compétence des organes de la Convention pour examiner des requêtes individuelles était encore facultative. Une bonne part des plaintes interétatiques déposées dans le passé n'auraient tout simplement pas pu faire l'objet de requêtes individuelles, car les ressortissants des pays impliqués n'avaient pas encore à l'époque des faits d'accès direct aux organes de contrôle. On relèvera enfin, dans le même ordre d'idées, que l'action populaire peut représenter un remède lorsque les victimes ont disparu, lorsqu'elles craignent pour leur intégrité physique si leur identité était révélée à l'Etat défendeur, ou encore lorsqu'elles n'ont pas les moyens pratiques et légaux de s'organiser et de se défendre.

Section II - Les motifs invoqués contre l'*actio popularis*

- 10 Il convient maintenant d'aborder les motifs invoqués pour refuser l'*actio popularis* et d'examiner leur bien-fondé. Plusieurs d'entre eux ont été invoqués non dans le cadre d'un débat sur l'opportunité, mais à titre d'exception préliminaire, c'est-à-dire dans le but de convaincre le juge de se dessaisir de l'affaire. Ces arguments ont déjà été examinés dans le chapitre précédent. Aussi, nous nous contenterons d'en rappeler quelques-uns et nous nous concentrerons plutôt sur la question de l'opportunité de l'action populaire d'un point de vue institutionnel.

§ 1^{er} - La peur du gendarme ou du justicier international

- 11 Une crainte vivace exprimée au sujet de l'*actio popularis* est qu'elle serve à des Etats désireux de jouer au shérif ou au justicier de la communauté internationale. Les plus radicaux parmi ses détracteurs reprochent à l'*actio popularis* de n'être – ni plus ni moins – qu'un instrument d'hégémonie culturelle ou d'impérialisme des pays occidentaux¹². Cette critique est manifestement mal fondée. La pratique extrêmement restreinte qui a été faite jusqu'à présent de l'action populaire suffit déjà à dissiper cette crainte. Mais surtout cette critique ignore qu'il ne s'agit pas pour chaque Etat de se faire lui-même le juge du comportement d'un autre Etat, mais simplement de saisir une juridiction internationale et que c'est cette dernière qui décide de l'affaire, sur la base du droit et au terme d'une procédure contradictoire¹³. Ce qui est toutefois le plus surprenant dans cette critique est l'idée qu'elle véhicule implicitement, à savoir que les normes du droit international concernées ne refléteraient que les valeurs de certains membres de la communauté internationale. Pourtant, jusqu'à preuve du contraire, le droit international demeure fondé essentiellement sur la volonté des Etats et aucun traité ne peut s'imposer à un Etat sans son consentement. Lorsqu'il agit en justice pour assurer le respect d'une obligation *erga omnes*, le demandeur populaire ne cherche pas à imposer ses propres valeurs ; il défend des intérêts collectifs consacrés par le droit international. En fait, cette critique paraît alimentée par la confusion fréquemment faite entre l'*actio popularis*, mécanisme de nature purement judiciaire, et l'application par tout Etat de contre-mesures¹⁴.

§ 2 - Les risques de politisation et d'affaiblissement de la justice internationale

- ¹² Un autre reproche récurrent formulé contre l'*actio popularis* est qu'elle porterait sur des litiges de nature politique et, en tant que tels, impropre à un règlement judiciaire. Il n'y a pas lieu de revenir sur cette objection, que nous avons déjà réfutée¹⁵. Il suffit de rappeler ici qu'aucun différend international n'est purement juridique et qu'une telle critique, si elle était acceptée, impliquerait une limitation du champ d'action de la justice internationale à des litiges portant sur des questions purement techniques.
- ¹³ Une variante plus élaborée de cette argumentation consiste à dire qu'un Etat ne prendra la peine d'utiliser l'*actio popularis* que s'il s'agit d'un différend revêtant une dimension politique grave et que, dans un tel cas, il y a peu de chances que la procédure judiciaire permette de trouver une solution acceptable pour les parties. La critique porte ici non sur l'admissibilité même du règlement judiciaire, mais sur son opportunité et son efficacité. S'il y a une part de vérité dans cette argumentation, elle n'est pas pour autant convaincante. Sur le plan international, la justice dépend du consentement des Etats. Aucun Etat n'est contraint d'accepter un règlement judiciaire et tout Etat peut décider librement le type de différends au sujet desquels il est prêt à accepter ce mode de règlement. Si un Etat donne son consentement, c'est qu'il accepte à l'avance que le juge puisse décider le cas échéant en sa défaveur, y compris dans des différends revêtant à ses yeux une dimension importante. Prétendre le contraire revient à nier la réalité du consentement. Sous l'angle de l'opportunité, la question est simplement de savoir si le règlement judiciaire des aspects juridiques du différend est bénéfique. Dans la plupart des cas, il n'y a pas de raisons d'en douter.
- ¹⁴ Une autre variante d'argumentation fondée sur la dimension politique du litige consiste à prétendre que l'*actio popularis* entraînerait la justice internationale dans l'arène politique et affaiblirait ainsi sa crédibilité. Ce reproche doit être rejeté pour des raisons identiques à celles que nous venons de mentionner. Le consentement à la juridiction internationale est donné librement par les Etats et on ne peut pas admettre qu'ils remettent en cause leur propre consentement en arguant simplement que le différend revêt une dimension politique. On ajoutera encore que ce reproche adressé à l'action populaire part du présupposé que le juge, s'il parvient à éviter de statuer, échappe à la controverse politique et conserve sa neutralité. Or, il n'en est rien. L'impossibilité de saisir le juge ou le refus de celui-ci de statuer ne sont pas innocents, ni sans conséquences. Ils confortent, même involontairement, le maintien du statu quo et donc la position de l'Etat qui aurait manqué à ses obligations internationales ; ce faisant, ils affaiblissent aussi l'idée même d'une justice internationale. Par ailleurs, comme l'atteste l'affaire du Sud-Ouest africain, l'échappatoire en apparence commode qui consisterait pour un tribunal à éviter de statuer peut mettre davantage en péril la crédibilité de celui-ci que le prononcé d'une décision sur un litige politiquement délicat.

§ 3 - La crainte des abus et d'un encombrement des tribunaux

- ¹⁵ Un autre motif de rejet de l'*actio popularis* est la crainte qu'elle donne naissance à des abus et qu'elle encombe inutilement le rôle des juridictions internationales. On invoque aussi parfois le fait que le défendeur ne devrait pas être forcé à supporter les

frais et les inconvénients d'une procédure quand la partie requérante n'a aucun intérêt direct au règlement de l'affaire¹⁶.

- ¹⁶ Ces risques d'abus, dont a fait grand cas, me paraissent exagérés. Jusqu'à présent, la saisine du juge international par le biais d'une *actio popularis* était presque toujours motivée par des préoccupations réelles et sérieuses au sujet du respect du droit international. Le risque d'abus n'est pas plus élevé que pour d'autres recours judiciaires. Au contraire, à en juger par la pratique, l'usage de l'*actio popularis* a tendance à être réservé à des violations particulièrement sérieuses du droit international.
- ¹⁷ Le risque d'abus a été évoqué souvent à partir d'exemples d'affaires portées devant des tribunaux nationaux. Un cas inquiétant qui a beaucoup retenu l'attention des organisations de défense des droits de la personne humaine est celui du professeur égyptien Abou Zeid, qui fut condamné par les tribunaux de son pays à se séparer de son épouse pour apostasie à la suite d'une action introduite par un collectif d'avocats « islamistes ». L'origine de cette procédure est le principe du droit musulman appelé « *hisba* » qui permet de présumer l'intérêt des requérants dans les matières touchant à l'islam et fonde donc une sorte d'action populaire. Contrairement au tribunal de première instance, la Cour d'appel accepta d'appliquer ce principe en matière civile et déclara la requête recevable. Sur le fond, elle jugea hérétiques les écrits du professeur dans lesquels celui-ci remettait en question les règles de l'héritage défavorable aux femmes édictées clans le Coran et elle estima que celui-ci s'était consciemment moqué de l'islam. En conséquence, la Cour d'appel condamna le professeur à se séparer de son épouse, car une musulmane ne peut être mariée à un apostat. La décision de la Cour d'appel fut confirmée par la Cour de cassation du Caire. Cette affaire représente indéniablement un abus de l'idée d'une qualité large pour agir. Cependant, ce qui est en cause n'est pas l'institution même de l'action populaire, mais son application dans le domaine éminemment privé du mariage et les décisions critiquables prises dans cette affaire par la Cour d'appel et la Cour de cassation. Après l'arrêt de la Cour d'appel, le Parlement égyptien remédia à ce problème en procédant à des modifications législatives qui posent le principe que seul le Parquet est compétent pour invoquer l'*hisba* en matière de statut personnel devant les juridictions civiles¹⁷. L'enseignement principal à tirer de cette affaire est que l'opportunité de l'*actio popularis* ne peut pas être affirmée ou déniée dans un système juridique sur un plan général. Cette opportunité doit être appréciée dans chaque domaine potentiel d'application, afin de s'assurer qu'une dénonciation par tous est effectivement utile à la société et à la protection des intérêts communs.
- ¹⁸ Avant d'autoriser une *actio popularis*, le législateur international doit donc évaluer avec soin les risques d'abus et surtout la légitimité d'un droit de recours de tout un chacun. L'*actio popularis* ne devrait être instituée que s'il existe un intérêt réel à la dénonciation par tous de certaines infractions. Par ailleurs, pour pallier à d'éventuels abus, il faut relever que certaines juridictions internationales se sont vues reconnaître expressément le pouvoir d'écartier du prétoire les requêtes mal fondées ou abusives¹⁸. On peut même se demander si ce pouvoir ne découle pas d'un principe général de procédure judiciaire¹⁹. Quoi qu'il en soit, lorsque le juge dispose de la faculté de déclarer une requête abusive, il devrait pouvoir l'appliquer autant à des requêtes prenant la forme d'une *actio popularis* qu'à celles motivées par un intérêt direct et personnel du requérant. Ce pouvoir du juge constitue donc un utile garde-fou contre

d'éventuels abus de l'*actio popularis*. Il est vrai que les juridictions font preuve de beaucoup de retenue en la matière, car il est toujours très difficile pour le juge d'apprécier les motivations réelles d'un demandeur ; et il est particulièrement délicat de le faire lorsque le demandeur est un Etat, car chaque Etat est en définitive seul juge de ses intérêts.

- ¹⁹ S'agissant enfin de l'argument selon lequel la possibilité d'une action populaire conduit à un encombrement des tribunaux, il a été nettement démenti par les faits, du moins pour ce qui est de la justice internationale. A l'heure actuelle, ce qui donne matière à des interrogations n'est pas une trop forte utilisation de l'*actio popularis*, mais bien plutôt le faible usage qui a été fait jusqu'à présent²⁰. De plus, l'argument n'est en tant que tel guère convaincant. L'encombrement des tribunaux est une notion relative. Il est manifeste pour la Cour européenne des droits de l'homme. Au cours des trois années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la charge de travail de la Cour a connu une augmentation sans commune mesure. Le nombre de requêtes introduites est passé de 18 164 en 1998, à 35 613 en 2003, c'est-à-dire qu'il a *grosso modo* doublé en cinq ans. Au cours de l'année 2003, 753 requêtes ont été déclarées recevables et 703 arrêts ont été rendus par la Cour. En comparaison, une vingtaine d'affaires sont inscrites au rôle de la Cour internationale de Justice, ce qui n'empêche pas certains de parler déjà de surcharge. Il est vrai que la procédure devant la Cour internationale de Justice est plus lourde et les différends généralement plus complexes. Mais à partir de quel seuil peut-on véritablement parler d'un encombrement des tribunaux ? Et à supposer que cet encombrement de la justice internationale soit réel, ne faut-il pas se réjouir du recours accru au règlement judiciaire ? Ne faut-il pas renforcer les moyens financiers et en personnel des tribunaux internationaux, plutôt que de chercher à restreindre la qualité pour agir ?

§ 4 - Les doutes sur la compatibilité avec des institutions collectives

- ²⁰ Un autre motif d'interrogation sur l'opportunité de l'*actio popularis* est sa compatibilité avec l'existence d'institutions internationales. Est-il admissible ou souhaitable de déléguer le droit de défendre l'intérêt collectif aux membres d'une communauté lorsqu'il existe des institutions collectives, même imparfaites²¹ ?

- ²¹ Selon nous, cet argument pose faussement en terme de légitimité institutionnelle un problème qui se limite en réalité essentiellement à savoir si l'*actio popularis* est un moyen efficace et utile de défendre l'intérêt commun. D'une part, l'existence d'institutions collectives ne signifie pas nécessairement que celles-ci ont la capacité de faire valoir et de défendre les droits de la communauté. Le Statut de la Cour internationale de Justice ne reconnaît, par exemple, pas aux organisations internationales qualité pour saisir la Cour d'une demande contentieuse. D'autre part, à supposer que ces institutions collectives aient une capacité effective de représentation et même si elles avaient qualité pour saisir une juridiction, cela n'implique pas pour autant que les membres de la communauté soient privés de tout droit propre et/ou de la qualité pour les faire-valoir en justice. L'action populaire n'a pas disparu des sociétés nationales modernes qui ne manquent pourtant pas d'organes étatiques. Lorsqu'elle est reconnue par la législation nationale, la possibilité offerte à tous les citoyens d'agir en justice ne prive pas les organes de l'Etat de recourir aux moyens propres dont il dispose. Sur le plan international, il est parfaitement envisageable, de la même

manière, qu'un traité reconnaisse le droit de déclencher une procédure à la fois à une institution collective et aux membres de l'organisation. Un exemple significatif est celui du droit de recourir en constatation de manquement devant la Cour de justice des Communautés européennes, dont l'exercice est reconnu à la fois à la Commission européenne et aux Etats membres. Ainsi, l'existence d'institutions collectives ne préjuge pas de la question de savoir si les Etats parties au traité concerné jouissent de droits propres et ont la faculté de les exercer de manière autonome par rapport aux institutions collectives.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Cf. S. Winter, "The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance", *Stanford Law Review*, vol. 40, 1988, p. 1 454-1 455. L'auteur y cite le mot fameux de l'un des membres libéraux de la Cour suprême qui confiait à l'un de ses collègues : "[t]he most important thing we do is not doing".
2. Le juge Antonin Scalia, qui est considéré aux Etats-Unis comme l'un des membres les plus influents et l'idéologue de la majorité conservatrice actuelle de la Cour suprême, s'est intéressé particulièrement, alors qu'il était encore professeur, au problème de la qualité pour agir et a développé dans plusieurs publications une sorte de manifeste de politique judiciaire en la matière (voir en particulier A. Scalia, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers", *Suffolk University Law Review*, vol. 17, 1983, p. 881-899).
3. Est-il besoin de rappeler que la fameuse compilation du droit international effectuée par l'American Law Institute porte le titre évocateur de *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, comme si le droit international se réduisait à une projection juridique de la politique étrangère des Etats-Unis ? On dira que ce titre est ancien et que l'ouvrage couvre certaines dispositions du droit national relatives à la politique étrangère ; il n'empêche que ce titre a été maintenu lors de la dernière mise à jour, au milieu des années quatre-vingt, et que l'on se réfère dans le premier article de l'ouvrage au « droit international tel qu'il s'applique aux Etats-Unis » (*sic*). Chaque Etat s'efforce de traduire dans le domaine du droit les principaux objectifs de sa politique étrangère et développe à cet effet une véritable « politique juridique extérieure » – pour reprendre le titre d'un ouvrage de Guy Ladreit de Lacharrière, qui exerça les fonctions de jurisconsulte du Quai d'Orsay – (cf. G. Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, 1978).
4. Pour l'anecdote, on relèvera que Démosthène dénonçait, au temps de la lutte d'Athènes contre Philippe de Macédoine, la partialité politique de la Pythie (« La Pythie philippise »).
5. *CIJ Recueil*, 1966, p. 32.
6. En ce sens, voir par exemple : De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, p. 71 ; Bolleker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973, p. 58 ; Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, vol. 209, 1988-11, p. 271.
7. Sur les discussions à ce sujet lors de la Conférence de San Francisco, voir en particulier Sh. Roseune, *The Law and Practice of the International Court*, 3^e éd. La Haye, 1997, vol. II, p. 638-653.
8. Cf. *supra* p. 56-57 ss. Voir aussi l'opinion du juge Bustamante dans l'affaire des Concessions Mavrommatis (Série A, n 2. p. 81) : « Comme la Société des Nations ne pouvait pas comparaître

en qualité de partie dans un litige relatif à l'application ou à l'interprétation du Mandat, étant donné les termes restrictifs de l'article 34 du Statut de la Cour, ce sont les Membres de la Société qui ont été autorisés, en leur condition de Membres, à porter devant la Cour les questions relatives à l'interprétation et à l'application du Mandat. »

9. Voir notamment : De Visscher, *op. cit.* (note 6), p. 71 ; Bollecker-Stem, *op. cit.* (note 6), p. 57 ; Mbaye, *op. cit.* (note 6), p. 271 et 322.

10. Cf. *supra* p. 263 ss. On notera toutefois que la supervision judiciaire du respect du *jus cogens* vise non seulement à assurer le respect des normes fondamentales du droit international, mais aussi à conjurer le danger redouté par certains Etats que le *jus cogens* conduise à une déstabilisation des traités.

11. Voir, en ce sens, l'opinion dissidente du juge Forster dans l'affaire du Sud-Ouest africain (*CIJ Recueil*, 1966, p. 479). Selon Forster, le système des mandats n'a été établi ni dans l'intérêt des membres de la Société des Nations, ni dans l'intérêt de la Société des Nations elle-même, mais dans celui des habitants du territoire. Cependant, comme ceux-ci n'ont pas qualité pour se présenter devant la Cour, il faut reconnaître un droit d'agir aux Etats membres de la Société, étant entendu que ces derniers exercent alors ce droit d'action au nom des habitants du territoire sous mandat.

12. Dans la doctrine, une critique de cette nature est formulée notamment par Martti Koskenniemi (*AJIL*, vol. 84, 1990, p. 1960) : "such an *actio popularis* would simply mean an attempt to enforce judicially a set of Western values" ; "such an attempt at a shortcut to a world state would easily become an apology for imperialism".

13. Dans l'arrêt de 1966 relatif à l'affaire du Sud-Ouest africain, la Cour internationale de Justice utilisait un argument de cet acabit pour dénier un droit de recours à tous les Etats membres : « Le Conseil, dont l'autorité aurait été nécessairement sapée et l'action fréquemment compromise s'il y avait quelque quarante ou cinquante centres indépendants de contrôle, se serait trouvé dans une situation non moins difficile que le Mandataire pris dans un réseau de demandes éventuellement contradictoires » (*CIJ Recueil*, 1966, p. 30-31). L'opinion dissidente du juge Koretsky répondait à cet argument de la manière suivante : « C'est la Cour elle-même qui était et qui est l'organe de surveillance judiciaire [...]. L'Etat membre ne se transformait pas en un organe de contrôle judiciaire. On peut dire qu'il possédait un droit d'initiative judiciaire » (*ibid.*, p. 247).

14. Cette confusion est fréquemment faite dans les interventions de représentants d'Etats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Voir par exemple les débats de la Sixième Commission en 1999 et 2000 au sujet du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats.

15. Cf. *supra* p. 335-341.

16. Voir, en ce sens, l'argumentation des Communautés européennes devant le groupe spécial de l'OMC dans l'affaire des bananes (« Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes », Rapport du Groupe spécial du 22 mai 1997, ONU Doc. WT/DS27/R, S 2.21).

17. Loi 3-1996 du 29 janvier 1996. Le Code égyptien de procédures civile et commerciale a fait l'objet aussi d'un amendement apporté par la loi 81-1996 du 22 mai 1996 qui déclare en son article 1^{er} que tout action en matière civile doit être rejetée si le requérant n'a pas d'intérêt juridique personnel et direct dans l'affaire qu'il veut porter devant les tribunaux. Ces modifications législatives n'ont pas suffi dans l'affaire Abou Zeid, car la Cour de cassation a estimé – d'une manière un peu « légaliste » – que ces modifications législatives du Parlement ne pouvaient pas être appliquées de manière rétroactive à un pourvoi en cassation. Pour une discussion des enseignements à tirer de cette affaire quant à la légitimité de l'*actio popularis*, voir les interventions de G. Abi-Saab et de Ch. Chinkm in : G Peck S ; R. S. Lee (éd.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, La Haye, 1997, p. 68-69, et p. 74.

18. Voir, par exemple, l'article 35 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. D'après la jurisprudence de la Commission, ce pouvoir ne s'applique cependant qu'à l'égard des requêtes individuelles, et non par rapport à des requêtes étatiques. A ce sujet, voir *supra* p. 140.

19. L'existence d'un éventuel principe de droit international général a été évoquée par la Commission européenne des droits de l'homme dans la première affaire grecque, mais la question a été laissée ouverte. La Commission a estimé qu'en tout état de cause la nature politique de certaines allégations ne suffit pas à rendre une requête abusive : « [en] supposant que ce principe général existe et s'applique à l'introduction d'une action dans le cadre de la Convention, [...] l'élément politique des allégations nouvelles, même s'il était établi, ne tendrait pas ces allégations abusives au sens général de ce terme » (*Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce, Annuaire*, vol. 11, 1968, p. 765 ; voir aussi *Chypre c. Turquie, Annuaire*, vol. 18, 1975, p. 123-125).

20. Voir le chapitre suivant, p. 375 ss.

21. Voir, en ce sens, l'opinion individuelle du juge Morilli jointe à l'arrêt sur le Cameroun Septentrional (*CIJ Recueil*, 1963, p. 144).

Chapitre II. L'opportunité à la lumière de la pratique

p. 375-382

- ¹ Si elle n'est envisagée que sous l'angle institutionnel, l'*actio popularis* demeure, malgré ses défauts, un mécanisme séduisant. On a opposé cependant aux efforts pour étendre son champ d'application la faible utilisation dont elle fait l'objet de la part des Etats dans les domaines où elle est déjà reconnue. Il convient d'examiner les raisons de cette maigreur de la pratique et de se demander si l'action populaire conserve une utilité véritable que ce soit entre les mains des Etats ou confiée aux individus.

Section I - L'*actio popularis* intentée par un Etat

§ 1^{er} - Les réticences des Etats

- ² Les réticences des Etats à faire usage de l'*actio popularis* sont indéniables. Les cyniques prétendront que les Etats ne s'intéressent à ce mécanisme que lorsqu'ils ont un fort intérêt direct dans l'affaire et se désintéressent complètement de la défense de l'intérêt général dans les autres cas. La réalité est beaucoup plus subtile. Plusieurs raisons concourent à expliquer ce faible usage de l'action populaire.

A. Le désintérêt

- ³ Il ne fait guère de doute que l'*actio popularis* souffre d'un certain désintérêt de la part des Etats. Inversement, lorsqu'elle est utilisée, c'est souvent parce que l'Etat requérant possède un intérêt direct ou personnel dans l'affaire. La procédure interétatique de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, a été utilisée principalement par des Etats ayant des liens historiques, linguistiques ou politiques avec la communauté ou la région concernée par la requête : Autriche à propos du Haut-Adige (Sud-Tyrol), Irlande à propos de l'Irlande du Nord, etc. De même, les affaires traitées par la Cour internationale de Justice qui s'apparentaient à une action populaire ont été introduites généralement par des Etats ayant des intérêts plus directs que d'autres membres de la communauté internationale.

B. Les coûts politiques et économiques

- 4 Il existe cependant des raisons peut-être plus fortes pour expliquer la rareté de l'utilisation de l'*actio popularis* qu'un simple désintérêt des Etats vis-à-vis de la défense de l'intérêt commun. La première d'entre elles est la crainte des répercussions politiques et économiques d'une telle démarche sur les relations bilatérales. Même si les textes internationaux proclament pieusement que l'utilisation du règlement judiciaire n'est pas un acte inamical¹, il n'empêche qu'une telle démarche sera perçue comme telle par l'Etat concerné. Paradoxalement, l'usage de l'*actio popularis* paraît plus mal accepté par l'Etat défendeur lorsque l'Etat requérant n'a aucun intérêt direct dans l'affaire que lorsqu'il existe déjà entre les deux pays un contentieux politique ancien. La faible utilisation faite jusqu'à présent de l'action populaire ne fait qu'accroître les risques d'une réaction négative. Les Etats se sont habitués à faire l'objet de dénonciations dans d'autres enceintes, par exemple à la Commission des droits de l'homme de l'ONU. En revanche, une démarche devant un organe judiciaire ou quasi judiciaire conserve un caractère « extraordinaire », de sorte qu'elle risque paradoxalement d'être plus mal reçue par l'Etat concerné qu'une dénonciation au sein d'un organe politique.

C. Les coûts financiers et la lourdeur d'une procédure juridictionnelle

- 5 Une raison des réticences des Etats parfois sous-estimée par les commentateurs est le fait qu'une plainte interétatique implique un investissement important en personnel, en argent, et en temps. Pour avoir des chances de succès, il est nécessaire en effet de recueillir un nombre suffisant de preuves convaincantes et de procéder à des recherches juridiques parfois approfondies. En outre, un engagement continu est nécessaire tout au long de la procédure : auditions orales, soumission des mémoires écrits, contacts diplomatiques avec l'Etat mis en cause et d'autres Etats. Il n'est guère étonnant dans ces conditions qu'un Etat ne soit généralement disposé à assumer de tels coûts que s'il a un intérêt direct important dans l'affaire.
- 6 Dans ce contexte, il faut souligner que le caractère « rigide » des procédures juridictionnelles nourrit aussi les hésitations des Etats à intenter une action populaire. En procédant à la saisine d'un organe juridictionnel, il peut devenir l'otage de sa propre initiative. En effet, une fois la procédure entamée et connue de l'opinion publique, l'Etat requérant peut difficilement l'arrêter. On relèvera par exemple que les requêtes interétatiques introduites dans la première moitié des années quatre-vingt au sujet de la situation des droits de l'homme en Turquie se sont terminées par un règlement à l'amiable, mais les Etats requérants ont essuyé de fortes critiques de la part des organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme. En général, les Etats préféreront des procédures ou démarches plus confidentielles, ou en tout cas plus flexibles et dont ils restent pleinement maîtres.

D. Les interrogations sur l'efficacité de la procédure

- 7 Des doutes au sujet de l'efficacité de la procédure peuvent expliquer également certaines réticences étatiques à recourir à l'action populaire. Un facteur propre à faire hésiter les Etats est la durée habituellement longue d'une procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Bien que la plupart des organes juridictionnels aient compétence pour

prononcer des mesures conservatoires, celles-ci ne sont souvent pas respectées, de sorte qu'elles ne constituent pas le remède rapide à la violation du droit international que peut rechercher le demandeur. Il faut attendre généralement de nombreuses (et précieuses) années avant d'obtenir la condamnation par un juge d'un fait illicite international. Il y a cependant des exceptions. Les deux premières commissions d'enquête de l'OIT, par exemple, ont achevé leur travail avec des résultats appréciables en moins d'un an et demi.

- 8 Dans un ordre d'idées un peu différent, on mentionnera qu'un Etat ne décidera généralement de s'exposer aux remous d'une procédure contentieuse que s'il estime avoir des chances importantes de succès. Un échec du recours, même simplement sur des questions de recevabilité, risque d'être interprété et utilisé par l'Etat mis en cause comme une victoire. Aussi un Etat sera-t-il particulièrement prudent lorsque des doutes existent quant à l'admissibilité de l'*actio popularis* ou que les preuves matérielles de l'existence de la violation sont difficiles à recueillir ou ne paraissent pas suffisamment solides pour résister à un examen judiciaire.

E. La préférence pour d'autres moyens d'action

- 9 Enfin, un dernier facteur expliquant la maigreur de la pratique en matière l'*actio popularis* est la préférence des Etats pour les moyens de la diplomatie bilatérale traditionnelle ou pour d'autres mécanismes internationaux. Au début en tout cas, l'Etat va recourir généralement aux formes discrètes de la diplomatie bilatérale qui lui permettent de véhiculer ses préoccupations auprès de l'Etat concerné, tout en limitant les risques économiques ou politiques de son intervention. Ce n'est que si de telles démarches ou négociations diplomatiques s'avèrent infructueuses qu'un gouvernement envisagera une procédure contentieuse. Parfois, les Etats préfèrent recourir simplement à des moyens de pression directe telle que des restrictions aux relations commerciales, le gel de l'aide au développement ou la suspension de certains contacts bilatéraux. Enfin, l'existence d'autres procédures internationales de contrôle contribue aussi au désintérêt manifesté par les Etats à l'égard de l'action populaire. Dans le cadre de l'OIT, par exemple, l'examen régulier des rapports étatiques, la procédure des réclamations ou celle relative à la sauvegarde de la liberté syndicale diminuent l'importance et l'attractivité de la procédure plus formelle des plaintes. De même, si aucune plainte interétatique n'a jamais été déposée devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU, c'est probablement en raison de l'existence d'autres forums pour de telles dénonciations ne présentant pas les mêmes risques et désavantages. Il est évidemment plus facile de soutenir, aux côtés d'autres Etats, une résolution de la Commission des droits de l'homme condamnant les violations des droits de l'homme dans un pays donné que d'introduire une requête contentieuse devant une juridiction internationale.

§ 2 - L'utilité résiduelle de l'*actio popularis* intentée par les Etats

- 10 Pour les différentes raisons que nous avons exposées, l'*actio popularis* ne sera toujours intentée en pratique par les Etats qu'avec beaucoup de retenue. Il s'agit davantage d'un ultime recours que d'une procédure usuelle de contrôle. En général, les Etats préféreront soulever leurs préoccupations dans le cadre d'une procédure de contrôle régulière et automatique, comme l'examen des rapports étatiques dans le cadre de l'OIT

ou le rituel des résolutions par pays de la Commission des droits de l'homme, que de prendre l'initiative et d'assumer les risques d'une procédure contentieuse. Un mécanisme judiciaire demeure perçu, à tort ou à raison, comme un instrument à utiliser dans des situations particulières, voire exceptionnelles, et non comme un mode ordinaire de contrôle.

¹¹ Indéniablement, l'action populaire n'est pas un mécanisme destiné à assurer la défense au quotidien de l'intérêt commun. Il est d'ailleurs sain pour les relations internationales qu'une procédure judiciaire ne soit pas le mode usuel de règlement des différends. Cependant, même maigre, la pratique existante montre qu'une conjonction de facteurs peut rendre parfois l'*actio popularis* attrayante aux yeux d'un Etat. Les motifs susceptibles d'inciter à une telle action judiciaire peuvent être notamment les suivants :

- *Existence d'un intérêt particulier de l'Etat requérant* : Si l'on examine la pratique, un facteur important paraît être l'existence d'un intérêt particulier de l'Etat demandeur, que ce soit pour des raisons historiques, culturelles, politiques ou autres. Contrairement à ce que l'on prétend parfois, cela n'est pas un signe de dysfonctionnement de l'*actio popularis*. Comme le montre l'étude du droit romain et des institutions apparentées existant dans les législations modernes, l'existence d'un intérêt direct du demandeur n'est nullement incompatible avec le recours à une action populaire. En revanche, cela indique clairement les limites de son usage en tant que moyen de contrôle du respect du droit international ;
- *Echec d'autres démarches et absence d'autres procédures internationales efficaces* : L'*actio popularis* a tendance à être utilisée en dernier recours, lorsque d'autres voies n'ont pas produit les résultats escomptés ou lorsqu'ils n'existent pas d'autres mécanismes internationaux efficaces. Dans le domaine des droits de l'homme, par exemple, elle sera utilisée plus volontiers lorsque l'Etat défendeur n'a pas accepté la procédure des requêtes individuelles, entrave leur exercice par les victimes ou encore refuse d'appliquer les décisions des organes de contrôle² ;
- *Gravité et récurrence de la violation dénoncée* : Un autre motif susceptible d'intervenir dans la décision d'intenter une *actio popularis* est le caractère grave et/ou systématique de la violation alléguée du droit international. Les motivations à agir seront par exemple plus grandes vis-à-vis de violations à large échelle des droits de l'homme que dans le cas d'une violation ponctuelle, en tout cas lorsque les victimes ne sont pas des nationaux de l'Etat requérant ;
- *Appel à l'opinion publique* : Le recours à une procédure sortant de l'ordinaire permet de donner de la publicité à une dénonciation. L'usage de l'*actio popularis* peut donc être motivé par le souhait d'attirer l'attention de la communauté internationale sur l'existence d'un problème ;
- *Pressions internes* : Un facteur important en pratique peut être la pression exercée sur le gouvernement concerné par des parlementaires nationaux ou l'opinion publique. Ce sont par exemple des motions parlementaires qui convainquirent le Gouvernement néerlandais, d'abord réticent, d'introduire une requête contre la Grèce devant la Commission européenne des droits de l'homme ;
- *Disponibilité d'autres Etats à entreprendre une démarche similaire* : Pour atténuer les risques politiques ou économiques d'une action judiciaire, un Etat préférera agir de manière concertée avec d'autres Etats. Il n'est nullement étonnant que des requêtes parallèles aient été déposées à plusieurs reprises (affaire du Sud-Ouest africain, affaire grecque, affaire turque). Une telle démarche collective renforce le

poids politique du message adressé à l'Etat défendeur et souligne la finalité de défense de l'intérêt commun.

- ¹² Toute reconnaissance de nouvelles formes d'*actio popularis* suppose qu'il existe bien dans le domaine considéré un intérêt commun au respect du droit international. Toutefois, dès lors que cet intérêt commun existe effectivement, la question de l'opportunité de l'action populaire se limite essentiellement à déterminer si l'utilisation d'une procédure judiciaire est utile ou si au contraire elle peut avoir des effets contraires au but recherché. Il est évident que cette forme d'action en justice n'est pas une panacée et ne sera utilisée que très rarement par les Etats. D'autres solutions doivent être développées sur le plan international pour assurer une meilleure protection de l'intérêt commun. Cependant, selon nous, il n'existe pas de raisons convaincantes de ne pas retenir l'*actio popularis* comme un moyen, parmi d'autres, de défense de l'intérêt commun. Le règlement judiciaire demeure un des modes les plus appropriés de solution des différends juridiques et il faut en encourager l'utilisation.

Section II - L'*actio popularis* intentée par un individu ou une ONG

- ¹³ Cela étant, l'opportunité de l'*actio popularis* ne peut pas être discutée seulement en tant qu'instrument mis à la disposition des Etats. Tant sous l'angle de la *lex lata* que sous celui de la *lex feranda*, l'utilité de l'action populaire doit être examinée en prenant en compte la possibilité qu'elle soit intentée aussi par des individus ou par des organisations non gouvernementales. Une telle forme d'action populaire existe d'ores et déjà sur le plan international, même si c'est pour l'heure sous une forme très limitée. Étant susceptible d'être utilisée plus fréquemment, cette seconde forme l'*actio popularis* est davantage prometteuse, mais elle est aussi beaucoup plus difficile à faire accepter par les Etats.

§ 1 - Le caractère exceptionnel d'un tel droit d'agir

- ¹⁴ Il serait vain de prétendre discuter de l'opportunité de l'*actio popularis* intentée par les individus sans constater d'emblée le nombre très limité des mécanismes juridictionnels internationaux dont l'accès est ouvert aux individus. En dépit des profondes transformations qui l'ont affectée au siècle passé, la communauté internationale demeure construite, dans ses caractéristiques fondamentales, par et pour les Etats. De plus, lorsqu'un droit de recours est offert aux individus, il est souvent limité par des formules qui visent à exclure l'action populaire ou sont interprétées comme telles par les juridictions concernées. En l'état actuel du droit international, la possibilité pour des individus d'intenter une action populaire revêt un caractère exceptionnel. Au sein du Conseil de l'Europe, on mentionnera le nouveau mécanisme de contrôle de la Charte sociale européenne, établi en 1995, qui donne qualité pour introduire une réclamation collective aux syndicats, aux organisations d'employeurs et à diverses ONG nationales et internationales³. Dans le cadre de la Convention américaine des droits de l'homme, on sait qu'il a été longtemps considéré comme acquis que des individus ou des ONG puissent intenter une *actio popularis*, mais cette possibilité semble avoir été récemment mise en question par la Cour interaméricaine⁴. Un autre exemple d'action populaire ouverte aux individus est la procédure des plaintes de l'OIT établie il y a presque un

siècle ; il s'agit toutefois d'un cas spécial lié à la structure tripartite de l'OIT (Etats, employeurs et employés) et au fait qu'un droit de plainte est conféré aux délégués à la Conférence internationale du Travail⁵.

§ 2 - Vers une reconnaissance accrue de l'*actio popularis* au profit des individus ?

- 15 On vient de le voir, l'*actio popularis* n'est ouverte pour l'heure aux individus qu'à titre exceptionnel. C'est pourtant entre les mains de ceux-ci qu'elle aurait le plus d'intérêt pratique. Les individus ou les organisations non gouvernementales n'ont pas les mêmes réticences que les Etats à recourir à un tel mécanisme. D'une part, au moment de décider d'intenter une telle action en justice, ils n'ont pas à mettre en balance – comme le font les Etats – des considérations politiques et économiques. D'autre part, alors que les Etats disposent des canaux diplomatiques et de différents forums institutionnels pour faire valoir leurs préoccupations, les individus n'ont généralement que des moyens limités pour dénoncer une violation du droit international et leur voix a moins de chances d'être écoutée ; d'où l'intérêt pour eux de recourir, à un stade plus précoce, à une procédure juridictionnelle. Enfin, on peut se demander si une attribution plus étendue de la qualité pour agir aux individus ou associations ne correspond pas à une forme de répartition des rôles. La dénonciation publique est l'arme par excellence des organisations non gouvernementales, qui ont su l'utiliser dans le passé avec succès. En revanche, lorsqu'elle est utilisée par des Etats, la dénonciation peut s'avérer une arme à double tranchant. Un gouvernement aura souvent davantage de succès à travers des démarches et négociations confidentielles qu'en dénonçant à haute voix.
- 16 Faut-il maintenir un monopole des Etats sur la défense de l'intérêt général ? Nous ne le pensons pas. Ce monopole pouvait paraître naturel à l'époque où la société internationale se réduisait à un assemblage de coexistence entre Etats souverains et où l'intérêt général se réduisait à une portion congrue⁶. Dans la communauté internationale contemporaine, un tel monopole paraît artificiel et difficilement justifiable. Il a été sapé dans ses fondements par l'affirmation croissante d'intérêts communs et par l'émergence de l'individu comme un sujet de l'ordre juridique international, que ce soit en tant que titulaire de droits ou comme débiteurs d'obligations internationales⁷. Dans les sociétés démocratiques internes, le monopole des autorités étatiques en matière de défense de l'intérêt public est contesté, mais il peut au moins être fondé sur le principe de légitimité démocratique⁸. Un tel fondement n'existe pas sur le plan international. L'analogie voudrait d'ailleurs que le monopole bénéficie aux institutions collectives de la communauté internationale, et non aux Etats. Or, ces institutions collectives, lorsqu'elles existent, n'ont généralement pas d'accès – ou un accès très limité – aux procédures contentieuses. Il faut relever aussi que l'action populaire équivaut à octroyer à tous – sur des questions d'intérêt commun – la possibilité de déclencher une procédure judiciaire. Mais il ne s'agit pas de conférer à n'importe qui le pouvoir d'en juger. Cette responsabilité incombe aux tribunaux saisis et à eux seuls. Force est donc d'admettre que l'individu est un sujet à part entière du droit international et qu'il peut légitimement agir en défense d'intérêts communs.
- 17 Reste néanmoins une question importante : est-il réaliste – ou simplement possible – de parler d'action populaire alors que le monde compte plus de six milliards d'habitants ? L'*actio popularis* peut-elle s'implanter dans un système juridique qui compte un si grand

nombre de sujets et donc de requérants potentiels ? Dans la Rome antique, l'*actio popularis* s'inscrivait dans les frontières beaucoup plus limitées de la cité. Même la ville de Rome, qui comptait près d'un million d'habitants sous le règne d'Auguste, offrait un cadre singulièrement plus restreint. Selon nous, cet argument tiré de la taille de la communauté internationale n'a cependant pas le caractère décisif que certains voudraient lui prêter. A cet argument, on peut répondre que l'accès des individus à la justice internationale demeure en l'état très restreint, et que le risque d'un encombrement des tribunaux est donc limité. De fait, là où l'action populaire existe, il en a été fait jusqu'à présent un usage très limité⁹. L'ouverture de l'*actio popularis* à des individus ne pose donc pas de difficultés majeures sur le plan des principes. Elle constitue davantage une question de choix politiques et judiciaires.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Voir par exemple la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, qui affirme que « le recours à un règlement judiciaire des différends juridiques, particulièrement le renvoi à la Cour internationale de Justice, ne dévait pas être considéré comme un acte d'ininitié entre Etats » (ONU Doc. A/37/10, Partie II, § 5).
2. Il faut noter au sujet de cette dernière hypothèse que la procédure des requêtes étatiques de l'article 33 de la CEDH n'est pas limitée, contrairement aux recours individuels, aux droits contenus dans la première section de la Convention ; elle pourrait s'appliquer aussi dans le cas d'un manquement d'un Etat à respecter un jugement de la Cour (articles 53 et 32 § 4 de la CEDH). Dans un tel cas, l'Etat préférera agir d'abord au sein du Comité des Ministres, mais si ces efforts ne portent pas de fruits, il dispose toujours de la possibilité d'introduire une requête étatique.
3. Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995 (RTE, n° 158). Cf. *supra* p. 158.
4. Cf. *supra* p. 162 ss.
5. Article 26 § 4 de la Constitution de l'OIT. Voir *supra* p. 108 ss.
6. Cf. *supra* p. 198.
7. Par rapport à la subjectivité internationale, voir *supra* p. 214-216.
8. Pour un examen critique de l'idée d'un monopole des autorités étatiques dans la perspective de la qualité pour agir en justice, voir par exemple T. Tanquerel. *Les voies de droit des organisations écologiques en Suisse et aux Etats-Unis*, Bâle, 1996, p. 206-208.
9. Cf. *supra* p. 330.

Épilogue

p. 383-387

- ¹ Contrairement à ce que l'on a dit parfois, l'*actio popularis* n'est pas une notion entièrement nouvelle en droit international. L'idée sous-jacente d'un intérêt de tous au respect de certaines règles fondamentales est déjà présente chez certains des pères fondateurs du droit des gens, comme Grotius et Vattel¹; et le terme d'action populaire commence à être utilisé en droit international dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, même si ce n'est que sous une forme très sporadique.
- ² Aujourd'hui, l'heure n'est plus à nier toute existence en droit international de l'*actio popularis*, comme la Cour internationale de Justice avait paru le faire dans son arrêt de 1966 relatif au Sud-Ouest africain², et à sa suite certains auteurs³. Il est indiscutable que des formes d'actions populaires sont établies dans le cadre de certains traités internationaux pour défendre l'intérêt commun, par exemple dans le domaine des droits de l'homme ou en relation avec la préservation de l'environnement naturel. La deuxième partie de notre étude est consacrée à cette pratique conventionnelle ; elle démontre amplement que l'octroi à tous d'une qualité pour agir en justice en défense de l'intérêt commun n'est certes pas la règle, mais ne revêt pas non plus un caractère exceptionnel. Dans le cours général qu'il a donné à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur Prosper Weil réfutait les thèses négatrices du droit international en s'exclamant : « Le droit international existe, je l'ai rencontré⁴ ! » Cette formule peut être appliquée de nos jours avec le même ton affirmatif à l'égard de l'action populaire.
- ³ La question aujourd'hui n'est donc pas (ou plus) de savoir si l'*actio popularis* est admissible dans l'ordre juridique international, mais de déterminer dans quels cas elle existe d'ores et déjà, quels aménagements spéciaux doivent être faits dans une procédure judiciaire traditionnellement bilatérale afin d'épouser les particularités d'une action en défense de l'intérêt collectif, et dans quelle mesure il faut encourager – dans une perspective de *lege ferenda* – une extension de cette institution. Ainsi, le débat s'est résolument déplacé vers la solution de difficultés auxquelles se heurte la mise en œuvre judiciaire de l'action populaire et vers une interrogation de caractère plus général sur son utilité pratique.
- ⁴ Pour définir la fonction et la portée exactes de l'action populaire, il n'est pas inutile d'évoquer, comme nous l'avons fait, l'antique institution du droit romain. L'étude des

actions populaires romaines permet de constater, entre autres, qu'il n'était nullement attendu du demandeur populaire qu'il ne possède aucun intérêt personnel dans l'affaire qu'il dénonçait devant le juge. Au contraire, il arrivait probablement fréquemment qu'une action populaire soit intentée par un citoyen romain directement lésé. Ainsi, contrairement à ce qu'on dit parfois dans la doctrine du droit international, l'*actio popularis* romaine ne se limitait pas à l'hypothèse d'une défense parfaitement désintéressée de l'intérêt général : l'intérêt individuel du demandeur et l'intérêt collectif se combinaient étroitement.

- 5 Si l'étude du droit romain est donc utile pour mieux cerner le concept d'action populaire, il ne saurait être question de transplanter telle quelle en droit international l'institution romaine. Certaines analogies existent indiscutablement entre l'organisation de la cité antique et celle de la communauté internationale, mais il y a aussi des différences éclatantes. D'ailleurs, lorsque l'action populaire fut évoquée pour la première fois au sein de la Commission du droit international – en 1950 en relation avec le *jus cogens* – c'est un membre sud-américain de la Commission qui utilisa ce terme et il le fit en ayant apparemment moins à l'esprit l'antique institution du droit romain que l'action populaire telle qu'elle existe dans la législation de divers pays d'Amérique latine⁵. De manière générale, le domaine de la procédure se prête mal à des comparaisons trop poussées entre les différents systèmes juridiques. Malgré la teneur de l'article 38, § 1, lettre c, du Statut de la Cour internationale de Justice, il est illusoire de prétendre dégager, à partir des ordres juridiques nationaux, des principes de procédure en matière de qualité pour agir qui seraient valables universellement et pourraient être transplantés en droit international. C'est pour cette raison que nous avons certes évoqué certains modes de défense judiciaire de l'intérêt collectif, mais sans entrer dans les détails de chaque législation nationale.
- 6 Ainsi, la plupart des questions posées par l'exercice d'une action populaire doivent être traitées au sein de l'ordre juridique international. Or, force est de constater que le nombre assez restreint de procédures se prêtant à une action populaire et la maigreur de la jurisprudence développée jusqu'à présent laissent de nombreuses questions sans réponses. En droit international, l'*actio popularis* demeure pour partie une *terra incognita*, une région géographique mal connue dont les cartographes sont forcés d'imaginer certains contours, à défaut pour l'instant de les connaître.
- 7 En général, il faut constater que le droit international contemporain a connu certains développements normatifs importants pour la protection des intérêts collectifs – comme l'affirmation du concept d'obligations *erga omnes* ou la proclamation d'un patrimoine commun de l'humanité – mais que ceux-ci n'ont pas été accompagnés par des progrès institutionnels suffisants. Ainsi, un décalage ou des tensions apparaissent au sein de l'ordre juridique international entre le plan normatif et le plan institutionnel, le premier étant souvent plus évolué que le second. Il arrive assez fréquemment que des intérêts collectifs soient consacrés dans des traités internationaux, mais que les mécanismes établis pour les faire valoir et les défendre demeurent conçus sur un modèle purement bilatéral. Un exemple de ce décalage est le régime juridique applicable aux réserves formulées par des Etats parties à des traités relatifs aux droits de l'homme. Bien que de tels traités soient dominés presque exclusivement par l'idée de protéger des intérêts ou valeurs communes, les règles juridiques régissant la validité et l'opposabilité des réserves sont les mêmes que celles applicables à d'autres traités. Pour ce qui est de la licéité des réserves, elles

- décomposent les relations conventionnelles en un faisceau de relations juridiques bilatérales⁶.
- 8 Ce décalage entre les développements normatifs de l'ordre juridique international et une évolution institutionnelle plus lente est perceptible aussi par rapport à la question de l'action populaire.
- 9 Admettre que certaines obligations internationales sont dues *erga omnes*, en ce sens que chaque Etat faisant partie de la communauté concernée possède un intérêt à leur respect, implique presque immanquablement une qualité de tous pour agir en justice. En d'autres termes, l'*actio popularis* est contenue comme un germe dans le concept d'obligations *erga omnes*; c'est la nature particulière de l'obligation internationale qui légitime l'action populaire⁷. Ce fondement normatif n'est cependant pas suffisant. Dans une société internationale où la justice demeure facultative, l'action populaire ne peut être intentée que lorsque l'Etat défendeur a accepté de se soumettre à une procédure juridictionnelle, et dans les limites du consentement exprimé par celui-ci.
- 10 Si l'admissibilité de l'action populaire est déterminée au premier chef par la nature des obligations primaires du droit international, elle dépend également de choix de politique législative et judiciaire. L'établissement d'une procédure juridictionnelle et la reconnaissance à tous d'une qualité pour agir en défense de l'intérêt commun ne sont pas dictés simplement par la nature des choses ou la logique de la science juridique. C'est le produit de choix délibérés, même s'ils ne sont pas toujours avoués. Parfois, les Etats se prononcent directement sur cette question au cours des négociations et admettent ou excluent explicitement l'action populaire. Souvent cependant, le texte conventionnel est ambigu à ce sujet et l'admissibilité de l'action populaire est alors fonction de l'attitude des juridictions saisies, les unes se montrant très réticentes à ouvrir les vannes du flot du contentieux, les autres affichant une attitude plus libérale ou plus téméraire.
- 11 D'une manière générale, l'*actio popularis* fait encore figure d'épouvantail. Elle effraye certains juges, qui paraissent craindre une crue du flot des requêtes ou un usage abusif de la qualité pour recourir. De fait, les juridictions internationales se sont montrées jusqu'à présent très prudentes vis-à-vis de l'action populaire. A part dans les cas où elle était prévue explicitement dans le texte même du traité, elles se sont gardées de consacrer trop explicitement une possibilité d'action populaire et ont évité généralement d'utiliser ce terme chargé d'émotion. Cela ne les a pas empêchées pourtant d'explorer d'autres voies dont les résultats sont très similaires à ceux de l'*actio popularis*. Ainsi, lorsqu'un tribunal admet qu'un demandeur se prévale d'un simple intérêt potentiel, on demeure sur le terrain traditionnel de l'intérêt personnel, mais on est très proche en réalité des effets d'une action populaire ouverte à tous. S'il est admis de manière large, l'intérêt potentiel n'est qu'une *actio popularis* déguisée⁸.
- 12 Pour juger de l'utilité pratique de l'action populaire et de l'opportunité de son extension à l'avenir, il convient de distinguer en fonction de la nature du demandeur. Lorsqu'elle est réservée aux Etats, l'*actio popularis* est rarement utilisée, une série de facteurs rendant les Etats réticents à accuser leurs congénères⁹. Cependant, malgré la rareté de son usage, un tel droit d'agir en défense de l'intérêt général n'est pas inutile ; il constitue un instrument de dernier recours, qui peut contribuer à un meilleur respect du droit international, et dont l'usage est en tous les cas préférable à certains autres moyens de réactions décentralisées, comme le recours aux contre-mesures unilatérales. C'est toutefois entre les mains d'individus ou d'organisations non gouvernementales

que l'action populaire a probablement le plus d'avenir en droit international. Ceux-ci n'ont pas les mêmes réticences que les Etats à intenter une action judiciaire, d'où la probabilité d'un usage plus fréquent. Et pourtant, il n'y a pas lieu, selon nous, de craindre qu'une telle extension de l'action populaire entraîne une surcharge des tribunaux. Expérience faite dans le cadre des mécanismes qui reconnaissent déjà un tel droit d'agir à des individus ou à des organisations non gouvernementales, les intéressés font preuve d'une grande modération dans le déclenchement de procédures judiciaires. D'autre part, même si cette extension du droit d'agir conduisait à une augmentation significative du nombre de requêtes, il reste à déterminer s'il n'est pas préférable d'augmenter les moyens des juridictions concernées pour leur permettre de faire face à cette charge additionnelle de travail, plutôt que d'écartier du prétoire par le biais de la qualité pour agir des affaires méritant un traitement judiciaire. Si le droit international allait à l'avenir dans cette direction, il redonnerait en tout cas au terme d'action populaire sa dimension linguistique véritable. Une nouvelle étape serait franchie dans la progressive constitutionnalisation du droit international contemporain.

NOTES DE BAS DE PAGE

1. Cf. *supra* p. 233 ss.
2. Cf. *supra* p. 65 ss.
3. Voir par exemple I. Seidl-Hohenveldem, "Actio popularis im Völkerrecht?", *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 803-813 ou M. Silagi, "Die Popularklage als Fremdkörper im Völkerrecht", *South African Yearbook of International Law*, vol. 4, 1978, p. 10-28.
4. P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 47. Cette formule malicieuse constitue une paraphrase de l'ouvrage d'André Frossard, *Dieu existe, je l'ai rencontré!*
5. Voir les propositions formulées au sein de la CDI en 1950 par Yepes (*supra* p. 264-265). On notera notamment que l'internationaliste sud-américain n'utilise pas le terme latin, mais son équivalent moderne qui correspond à une institution solidement ancrée dans la législation des pays de la péninsule ibérique et de divers pays d'Amérique latine. Au sujet de l'action populaire en Espagne, voir *supra* p. 29 ss.
6. La question de savoir si un régime spécifique existe d'ores et déjà pour les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme ou s'il est opportun d'en établir un à l'avenir a été discutée abondamment dans le cadre des travaux entrepris ces dernières années par la Commission du droit international. Le Rapporteur spécial de la Commission, le professeur Alain Pellet, s'est prononcé pour sa part en faveur d'un régime juridique unitaire, celui des articles 19 et suivants de la Convention de Vienne sur le droits des traités, qui laissent à chaque Etat partie la responsabilité déjuger de la licéité des réserves formulées par d'autres Etat parues (voir en particulier l'additif 1 au Deuxième Rapport d'Alain Pellet sur les réserves aux traités, ONU Doc. A/CN.4/477/Add. 1, du 13 juin 1996). Des divergences de vue assez importantes existent cependant au sujet du rôle parallèle que peuvent exercer les organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme. Les organes créés par des conventions régionales et universelles relatives aux droits de l'homme sont passés d'une attitude initiale de prudence à un engagement toujours plus grand dans le contrôle de la licéité des réserves. A ce sujet, voir notamment le

célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 mai 1987 dans l'affaire *Belilos c. Suisse* (Série A, vol. 132, p. 1) et l'Observation générale n° 24 adoptée le 11 novembre 1994 par le Comité des droits de l'homme (ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6).

7. Cf. *supra* p. 226 ss.
8. Sur cette question, voir notamment *supra* p. 293-294.
9. Cf. *supra* p. 334 ss.

Bibliographie

p. 389-395

N'ont été retenus dans cette bibliographie qu'un choix d'ouvrages, articles ou cours qui nous ont semblés particulièrement intéressants pour l'étude en droit international de l'*actio popularis*. D'autres références bibliographiques figurent de manière ponctuelle dans le corps de notre étude.

Ouvrages généraux

ABI-SAAB, Georges, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1967.

ANNACKER, Claudia, *Die Durchsetzung von erga omnes Verpflichtungen vor dem internationalen Gerichtshof*, Hambourg, 1994.

BOLLECKER STERN, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973.

CASAVOLA, Franco, *Studi sulle, azioni popolari romane : Le "actiones populares"*, Naples, 1958.

CHINKIN, Christine, *Third Parties in International Law*, Oxford, 1993. COLONIEU, Victor, *Les actions populaires en droit romain*, Paris, 1888. DABIN, Jean, *Le droit subjectif* Paris, 1952.

DIJK, Peter van, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, Alphen aan den Rijn, 1980.

DUPUY, René-Jean, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, 1986.

FADDA, Carlo, *L'azione popolare*, Rome, 1894.

FISCHER, Roger, *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, 1981.

GRAY, Christine, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1990.

HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki, 1988.

HOOGH, A.J.J, de, *Obligations Erga omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, 1996.

JENKS, C. Wilfred, *The Prospects of International Adjudication*, Londres, 1964.

- JORGENSEN, N., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000.
- KAMMINGA, Menno T., *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphie, 1992.
- LATTANZI, Flavia, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milan, 1983.
- LOZANO GORBI, Enrique, *La légitimaición popular en el proceso romano clásico*, Barcelone, 1982.
- MERON, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989.
- RAGAZZI, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga omnes*, Oxford, 1997.
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, 3^e éd., La Haye, 1997.
- SGHAGHTER, Oscar, *International Lenti in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991.
- SICILIANOS, Louis Alexandre, *Les réactions décentralisées à l'illécit : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1990.
- TONNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft : Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Leipzig, 1935.
- VINING, Joseph, *Legal Identity: The Coming of Age of Public Law*, New Haven, 1978.
- VISSCHER, Charles de, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1906.
- VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, 1970.

Articles et cours

- ABI-SAAB, Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, p. 9-463
- ABI-SAAB, Georges, « “Humanité” et “communauté internationale” dans la dialectique du droit international », in : *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, p. 1-11.
- ACOSTA-ESTEVEZ, José B., “Normas de *jus cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, *Anuario de derecho internacional*, vol. 11, 1995, p. 3-22.
- ANNACKER, Claudia, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *Austrian J. Puhl. Intl. Law*, vol. 46, 1994, p. 131-166.
- ANNACKER, Claudia, “Part Two of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility”, *GYIL*, vol. 37, 1994, p. 206-253.
- BARILE, Giuseppe, “*Obligationes erga omnes* e individui nel diritto internazionale umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68, 1985, p. 5-31.
- BEDERMAN, David J., “Article 40 2) e) & f) of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Standing of Injured States under Customary International Law and Multilateral Treaties”, *Pror. ASIL*, vol. 92, 1998, p. 291.
- BRUNS, C. C., “Die römischen Popularklagen”, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1864, vol. 3, p. 341-415 (reproduit in : *Kleinere Schriften*, vol. 1, Berlin, 1882, p. 313-375).

- CARDONA LLORENS, Jorge, "Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público", in : *Estudios en recuerdo de la Profesora Silvia Romeu Alfaro*, Valencia, 1989, p. 231 ss.
- CASAVOLA, Franco, "Fadda e la dottrina delle azioni popolari", *Laheo*, vol. 1, 1955, p. 131-153.
- CHARNEY, Jonathan I., "Third States Remedies in International Law", *Mich. J. Int. L.*, vol. 10, 1989, p. 57-101.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in : *La responsabilité dans le système international : Colloque du Mans de la Société française pour le droit international*, Paris, 1991, p. 101-135.
- CONDORELLI, Luigi & BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, « Quelques remarques à propos de l'obligation de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" », in : *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pichet*, Genève, 1984, p. 17-35.
- CONDORELLI, Luigi, « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », in : *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler*, Bale, 1989, p. 193-200.
- DECAUX, Emmanuel, « L'avenir du règlement des différends interétatiques au sein du Conseil de l'Europe », in : *Protection des droits de l'homme : La perspective européenne : Mélanges à la mémoire de Roh Ryssdal*, 1997, p. 381-396.
- DOMINILE, Christian, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 353-363.
- DUPUY, Pierre-Marie, « Action publique et crime international de l'Etat : A propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 25, 1979, p. 539-554.
- DUPUY, Pierre-Marie, « Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite », *RGDIP*, vol. 87, 1983, p. 503-548.
- DUPUY, Pierre-Marie, « Le fait génératrice de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, vol. 188, 1984-V, p. 9-134.
- DUPUY, Pierre-Marie, « Responsabilité et légalité », in : *La responsabilité dans le système international : colloque du Mans de la Société française pour le droit international*, Paris, 1991, p. 263-298
- FALK, Richard, "The South West Africa Cases: An Appraisal", *International Organization*, vol. 21, 1967, p. 1-23.
- FISCHER, G., « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest africain », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 144-154.
- FRIEDMANN, Wolfgang G., « Droit de coexistence et droit de coopération : Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *RBDI*, vol. 6, 1970, p. 1-9.
- FROWEIN, Jochen A., "Die Verpflichtungen *erga omnes* im Völkerrecht und ihre Durchsetzung", in : *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte : Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983, p. 241-261.
- FROWEIN, Jochen A., "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", *RCADI*, vol. 248, 1994-PV, p. 349.

- GAJA, Giorgio, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *RCADI*, vol. 172, 1981-III, p. 271-316.
- GAJA, Giorgio, "Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *fus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts", in : *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article on State Responsibility*, Berlin, 1989, p. 151-160.
- GOWLLAND-DFBBAS, Vera, "Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community", in : *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, La Haye, 1997, p. 327-366.
- GROSS, Ernest A., "The South West Africa Case: What Happened?", *Foreign Affairs*, vol. 45, 1966, p. 36-48.
- HIGGINS, Rosalyn, "The International Court and South West Africa: The Implications of the Judgement", *International Affairs*, vol. 42, 1966, p. 573-599.
- HOOGH, A.J.J, de, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", *Austrian J. Puhl Intl. Law*, vol. 42, 1997, p. 183-214.
- HUTCHINSON, D. N., "Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties", *BYIL*, vol. 59, 1988, p. 151-215.
- JENKS, C. Wilfred, "The General Welfare as a Legal Interest", *Jus et societas: Essays in Tribute to Wolfgang Friedmann*, La Haye, 1979, p. 151-158.
- JUSTE RUIZ, José, "Las obligaciones 'erga omnes' en derecho internacional publico", in : *Estudios de derecho international: Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, vol. I, 1979, p. 219-233.
- KOSKENNIEMI, Martti, "The Pull of the Mainstream", *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, p. 1946-1962
- LACHS, Manfred, « Quelques réflexions sur la communauté internationale », in : *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 349-357.
- LECKIE, Scott, "The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking?", *Human Rights Quarterly*, vol. 10, 1988, p. 249-303.
- KOOIJMANS, P.H., "Inter-state Dispute Seulement in the Fie! of Human Rights", in : *The United Nations Decade of International Law: Reflections on International Dispute Seulement*, Dordrecht, 1991, p. 87-98.
- MASCHKE, "Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. VI, 1886, p. 226-259.
- MATSCHER, Franz, "Standing Before International Courts and Tribunals", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1981, p. 191-196
- MBAYE, Kéba, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *RCADI*, vol. 209, 1988-11, p. 223-345.
- MERCER, Peter M., "The Citizen's Right to Sue in the Public Interest: the Roman *Actio popularis* Revisited", *University of Western Ontario Law Review*, 1983, p. 89-103.
- MERON, Theodor, "On a Hierarchy of International Human Rights", *AJIL*, vol. 80, 1986, p. 1-23.

- MIAJA DE IA MUELA, Adolfo, "El interés de las partes en el proceso ante el Tribunal Internacional dejusticia", in : *Il Processo internazionale: Studi in onore di Gaetano Morelli, Communie azioni e studi*, vol. 15, 1975, p. 525-561.
- MOMMSEN, Theodor, "Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Beatica", *Abhandl. d. Sächs Ges d. Wissensch.*, vol. 3, 1855, p. 363-507 (reproduit in : *Gesammelte Schriften*, Berlin, vol. I 1905, p. 269 ss).
- MOMMSEN, Theodor, "Die Popularklagen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. xxiv, 1903, p. 1-12 (reproduit in : *Gesammelte Schriften*, Berlin, vol. III, 1907, p. 375-385).
- QUÉNEUDEC, Jean-Pierre, « La notion d'Etat intéressé en droit international », *RCADI*, vol. 255, 1995, p. 339-461.
- PELLET, Alain, « Vive le crime ! Remarques sur le degré de l'illicite en droit international », in : *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, New York, 1997, p. 287-315.
- PELLET, Alain, « Remarques sur une révolution inachevée : Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats », *ATDI*, vol. 62, 1996, p. 7-32.
- PERRIN, Georges, « La détermination de l'Etat lésé : Les régimes dissociables et les régimes indissociables », in : *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, 1996, p. 243-249.
- PETTITI, Louis-Emile, « Le système de Strasbourg : les recours interétatiques dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Colloque de l'Académie de droit international*, La Haye, 1990, p. 331-395.
- PICONE, Paolo, "Obblighi Reciproci ed obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento", in : *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milan, 1983, p. 15-135.
- PICONE, Paolo, "Nazione Unite e obblighi *erga omnes*", in : *La Comunità internazionale*, 1993, p. 709 ss.
- PREBENSEN, S.C., "Inter-State Complaints under Treaty Provisions: The Experience under the European Convention on Human Rights", *HRLJ*, vol. 20, 1999, p.
- RAMCHARAN, B.C., "State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties", in : *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, Londres, 1988, p. 242-261.
- REUTER, Paul, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », in : *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 623-634.
- REUTER, Paul, « La responsabilité internationale : Problèmes choisis », in : *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, 1995, p. 377-560.
- ROSENNE, Shabtai, "Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties", in : *Essays in Honour of Philip C. Jessup*, New York, 1972, p. 202-227.
- RUBIN, Alfred P., "Actio popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?", *New England Law Review*, vol. 35, 2001, p. 265-280.
- SACHARIEW, Kamen, "State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured state' and its legal status", *NILR*, vol. 35, 1988, p. 273-289.

- SCHWELB, Egon, "The *actio popularis* and International Law", *Israel YHR*, vol. 2, 1972, p. 46-56.
- SECHE, J.-C, « La notion d'intérêt à agir dans le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *RGDIP*, vol. 66, 1962, p. 299-356.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, "Actio popularis im Völkerrecht?", *Communie azioni e studi*, vol. 14, Milan, 1975, p. 803-813.
- SILAGI, Michael, "Die Popularklage als Fremdkörper im Völkerrecht", *South African Yearbook of International Law*, vol. 4, 1978, p. 10-28
- SIMMA, Bruno, "Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility", in : *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 821-844.
- SIMMA, Bruno, "Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *Erga Omnes?*", in : *The Future of International Law Enforcement: News Scenarios – New Law?*, Berlin, 1993, p. 125-146.
- SIMMA, Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *RCADI*, vol. 250, 1994-VI, p. 217-384.
- SPERDUTI, Giuseppe, « Les obligations solidaires en droit international », in : *Etudes en l'honneur du fuge Manfred Lachs*, La Haye, 1984, p. 271-275.
- SPINEDI, Marina, "Crimes of States: The Legislative History", in : *International Crimes of States: A Critical Analysis of I h ILG's Draft Article on State Responsibility*, Berlin, 1989, p. 7-138.
- SPINEDI, Marina, « Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement », in : *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, 1991, p. 75-124.
- STARACE, V., « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *RCADI*, vol. 153, 1976-V, p. 263-317.
- TOMUSCHAT, Christian, "Obligations Arising for States Without or Against their Will", *RCADI*, vol. 241, 1993-IV, p. 195-374.
- TOMUSCHAT, Christian, "International Crimes by States: an Endangered Species?", in : *International Law: Theory and Practice*, La Haye, 1998, p. 253-274.
- THIRLWAY, Hugh, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960-1990 (Part One)", *BYIL*, vol. 60, 1989, p. 1-157.
- WEIL, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, vol. 86, 1982, p. 5-47 (adaptation en anglais parue sous le titre "Towards Relative Normativity in International Law?", *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 413-442).
- WEIL, Prosper, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 9-370.
- ZEMANEK, Karl, "New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligations", *Max Planck UNYB*, vol. 4, 2000, p. 1-52

Index

p. 397-401

- Abus (du droit d'agir en justice) : 140, 147, 371-373
- Accusation publique : 18-21, 29-33 ; voir aussi Ministère public
- Act of State* : 336
- Acte de gouvernement : 336
- Actio popularis*
 - conditions d'existence : 320-323
 - dans la Rome antique : 6-22
 - devant les juridictions nationales : 29-33 (Espagne), 33-34 (Etats-Unis),
 - devant la Cour internationale de Justice : 45-106
 - devant la Cour de justice des Communautés européennes : 190-201
 - devant le Tribunal du droit de la mer : 174-179
 - dans le cadre de la Cour pénale internationale : 214-218
 - dans le cadre des droits de l'homme : 108-173
 - dans le cadre de l'Organisation internationale du travail : 108-122
 - dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce : 179-190
 - dans le droit humanitaire : 207-214
 - dans le droit de l'environnement : 202-207
 - définition (en droit international) : 38-41
 - exceptions préliminaires (invoquées à son encontre) : 324-354
 - finalités (judiciaires et extra-judiciaires) : 355-361
 - fonctions : 364-374
 - opportunité : 364-382
 - motivations (à intenter une action populaire) : 355-361, 364-368, 375-382
 - réticences (à intenter une action populaire) : 103-106, 223-225, 376-378
- Action associative : 26-28
- Action populaire : voir *Actio popularis*

Attorney General : 34 (*Private Attorney General*) ; voir aussi Ministère public

Autorité (relative) de la chose jugée : 352-354

Barcelona Traction (affaire de la) : 73-79, 93-95, 240-247, 304-305

Bilatéralisme : 232-238, 239-246, 279-281, 282-305, 347-354

Cameroun Septentrional (affaire du) : 63-65, 326, 328, 337-338, 342-343

Capacité d'ester en justice : voir Qualité pour agir

Certaines terres à phosphates à Nauru (affaire de) : 350

Cessation du fait illicite : 100, 236, 289, 293, 296-299, 304, 355-359

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : 168-172, 224

Citizen suits : 33-35

Citoyenneté (comme fondement de l'*actio popularis*) : 13-16, 40

Class actions : 24-26

Collectivité : 16, 17-18, 247-255, 366-368

Comité des droits de l'homme (de l'ONU) : 122-136

Communauté internationale : 247-253 ; voir aussi Collectivité

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : 168-173

Commission interaméricaine des droits de l'homme : 159-167

Compensation pécuniaire : 289, 296-299, 356-359

Compétence consensuelle (des juridictions internationales) : 321-322, 345-354

Concurrence d'actions populaires : 17 Conseil de l'Europe : 137-158

Consentement (comme fondement de la compétence) : voir Compétence consensuelle

Constatation du fait illicite : 39, 304, 355-356

Contrainte (lors de la conclusion d'un traité) : voir Nullité d'un traité

Contre-mesures : 38-39, 236, 289, 296-300, 369

Contrôle abstrait (de la légalité) : 135, 153-154, 166, 221-222, 341-345 ; voir aussi Intérêt à agir

Contrôle préventif (de la légalité) : 135-136, 154, 222 ; voir aussi Intérêt à agir

Convention européenne des droits de l'homme : 137-159, 224

Convention américaine des droits de l'homme : 159-168

Convention contre la torture : 96, 122-136

Convention relative aux droits de l'enfant : 123

Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : 96, 123, 131-136

Convention sur l'élimination de la discrimination raciale : 96, 122-136, 224

Convention sur la prévention et la répression du génocide : 88-90, 96, 99-100, 105

Convention sur la protection des droits des travailleurs migrants : 122-130

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : 168-174

Cour de Justice des Communautés européennes : 190-202

Cour européenne des droits de l'homme : 137-159

Cour internationale de Justice : 45-106

Cour interaméricaine des droits de l'homme : 159-168

- Cour pénale internationale : 214-218
- Cour permanente de Justice internationale : 47-56
- Crimes d'Etats : 236, 306-318
- Déclaratoire (jugement) : 51, 63-65, 79, 115, 221-222, 341-345, 355-356
- Différend
- différend juridique / différend politique : 72-73, 355-341
 - différend multilatéral : 347-354 Dommage : 71, 79, 155, 279-282, 295-296, 342
- Droit de coexistence / droit de coopération : 230-232
- Droit de la responsabilité : 278-318 ; voir aussi Responsabilité des Etats
- Droit des traités : 263 -277
- Droit humanitaire : 207-214
- Droit objectif : 332
- Droit romain
- actions populaires édiliciennes : 9-11
 - actions populaires établies par la loi : 7-9
 - actions populaires prétoriennes : 9-11
 - interdits populaires : 11-12
 - fonction des actions populaires : 17-22
 - nature des actions populaires : 12-17
- Droit subjectif : 12-13, 283, 289, 294-295, 332-335
- Droits de l'homme : 108-173
- Epuisement préalable
- des recours internes : 127, 139, 166, 169, 196, 300
 - des moyens de règlements internationaux non judiciaires : 100, 140 Environnement (droit de l') : 202-207
- Espaces communs (protection des) : 174-179, 202-207, 367-368
- Essais nucléaires (affaire des)
- arrêt de 1974 : 79-82
 - demandes en réexamen : 86-88
- Etat lésé (notion d')
- dans le droit de la responsabilité : 283-291, 292-296
 - dans le droit des traités : 273-277
- Exceptions préliminaires (d'incompétence ou d'irrecevabilité) : 324-354
- Hiérarchie (des droits) : 243-246
- Indemnisation : voir Compensation pécuniaire
- Intérêt à agir
- en général : 35-37, 52-54, 93-94, 219-221, 242-243, 322-323, 327-332
 - intérêt au respect de l'intégrité du traité : 40, 52-53, 95, 273-275
 - intérêt au respect de la légalité : 135-136, 139, 153-155, 185, 222, 233-237, 292-293, 333, 341-345, 367 ; voir aussi Contrôle de la légalité

- intérêt concret / intérêt abstrait : 63-65, 221-222, 328, 341-345
- intérêt direct et (ou) personnel : 40-41, 53-54, 71, 91-93, 201-202, 322-323, 327-332
- intérêt juridique : 242-243, 295, 328-330
- intérêt né et actuel / intérêt futur : 136, 154-155, 328
- voir aussi Qualité pour agir

Intervention (devant la Cour internationale de justice) : 39-40, 95, 353

Juridiction (notion de) : 38-40, 107

Jus cogens

- en général : 236, 256-260, 308, 312
- liens avec l'*actio popularis*, 259-260, 260-262, 263-273

Justiciabilité (d'un différend) : 335-345

Légalité (contrôle de la) : 33, 79, 185, 190, 191-193, 194-195, 221-222, 233-237, 281, 292-293, 298, 333, 341-345, 367

Locus standi (in judicio) : 36 ; voir aussi Qualité pour agir

Mandats de la Société des Nations : 56-73

Mesures conservatoires : 176, 356, 377

Ministère public : 18, 23, 30-31, 34, 37, 315, 366-367

Minorités (système de protection de la Société des Nations) : 61, 70

Nullité d'un traité

- nullité absolue / nullité relative : 263-264, 270-273
- qualité pour invoquer la nullité : 264-273

Obligations

- absolues : 237-238, 241-242
- *erga omnes*, voir Obligations *erga omnes*
- indivisibles : 241-242, 294-296
- intégrales (ou interdépendantes) : 241-242, 300-302
- objectives : 141-142, 241-242
- multilatérales : 241-242, 294-296

Obligations *erga omnes*

- en général : 73-79, 239-256, 256-259, 294-296
- liens avec l'*actio popularis* : 260-262
- obligations *erga omnes* parties : 246-247, 253, 295

Or monétaire (affaire de l') : 86, 349-352

Organisation des Etats américains (OEA) : 159-168

Organisation des Nations Unies (ONU) : 122-137, 247-255, 373-374

Organisation de l'Unité africaine (OUA) : voir Union africaine

Organisation internationale du travail (OIT) : 108-122, 224

Organisation mondiale du commerce (OMC) : 179-190

Pacte relatif aux droits civils et politiques : 122-130, 131-136

Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : 123

- Parties indispensables (théorie des) : 347-352
- Patrimoine commun de l'humanité : 176, 236, 250, 261
- Préjudice
- préjudice matériel : voir Dommage
 - préjudice juridique : 80, 285, 342
- Protocole de Kyoto relatif aux changements climatiques : 96, 205-207
- Protocole de Montréal relatif à la couche d'ozone : 202-205
- Qualité pour agir
- en général : 322-323
 - en défense de l'intérêt commun : voir *Actio popularis*
 - lien avec le titre juridictionnel : 53-54, 95-103, 320-322
 - lien avec le droit ou l'obligation de fond : 53-54, 232-236, 239-243, 260-262
 - voir aussi Intérêt à agir
- Recevabilité de la demande judiciaire : 324-327
- Réciprocité : 141-142, 188, 194-195, 198-199, 237-238
- Règlement à l'amiable : 23, 146, 148-149, 161, 164, 359, 376-377
- Relator actions* : 23-24
- Réparation : 279-282, 289, 290, 293, 296-299, 356-360
- Representative actions* : voir *Class actions*
- Res judicata* : voir Autorité de la chose jugée
- Responsabilité des Etats
- qualité pour invoquer la responsabilité : 282-291, 291-296
 - conséquences de la responsabilité : 296-300, 358-360
- Restitution (*restitutio in integrum*) : 289, 290, 296-299, 358-360
- Satisfaction équitable : 357 ; voir aussi Compensation pécuniaire Sud-Ouest africain (affaire du)
- arrêt de 1962 : 56-63
 - arrêt de 1966 : 65-73, 91-93
- Standing (to sue)* : voir *Locus standi* ou Qualité pour agir
- Territoire de Memel (affaire du) : 49-52, 52-55
- Timor oriental (affaire du) : 82-86, 350-351
- Titre juridictionnel : 53-55, 95-103, 320-322
- Traité(s) : voir Droit des traités
- Tribunal du droit de la mer : 174-179
- Tutelle (accords de) : 63-65
- Union africaine (UA) : 168-173
- Union européenne : 190-202
- Vapeur Wimbledon (affaire du) : 47-49, 52-55
- Victime

- notion de victime (comme condition de recevabilité) : 132-136, 152-159, 164-168, 172-173
- voir aussi Qualité pour agir