

L'INDIVIDU COMME SUJET
DE DROIT INTERNATIONAL
- DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS
ET DROIT INTERNATIONAL
DES DROITS DE L'HOMME -

PAR

GÉRARD COHEN-JONATHAN

PROFESSEUR ÉMÉRITE

DE L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG

PRÉSIDENT DE L'INSTITUT INTERNATIONAL

DES DROITS DE L'HOMME

Il est bien admis que les Etats sont les sujets originaires du droit international, et sans doute ses sujets principaux, les seuls à bénéficier de la souveraineté et donc de la plénitude de la personnalité juridique dans l'ordre international. Tous les autres sujets procèdent de l'Etat, en particulier les organisations internationales intergouvernementales dont la capacité internationale est cependant limitée par la base conventionnelle de leur Constitution et par le principe de spécialité. Ces points ne souffrent point la contestation. Par contre, il est faux d'affirmer, comme le prétendent encore certains, que, par sa nature même, le droit international est incapable d'obliger ou d'autoriser directement les individus et de faire de ceux-ci dans certaines limites, des sujets immédiats, passifs ou actifs. Ceci avait été très bien et très tôt démontré par Hans Kelsen (1), et expliqué par le Professeur Paul Reuter dans son célèbre « Thémis » de Droit International Public (1983, p. 38).

Déjà, dans sa contribution dans les *Mélanges Georges Scelle*, intitulée « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international », citant les sentences de la *Lena Goldfields Company* ou *Radio Corporation of America contre Chine*, vieilles sen-

(1) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., Paris 1988, pp. 389-396 (traduction Charles Eisenmann). V., J. BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *R.C.A.D.I.*, 1963, I, p. 148.

tences de 1935, Paul Reuter constatait l'internationalisation du rapport de droit entre l'Etat et la personne privée, ajoutant « on pourrait toujours contester, malgré la forme, qu'il s'agisse d'un véritable arbitrage international, il faut néanmoins bien reconnaître que les espèces de ce genre montrent au moins la puissance d'un besoin social ». N'était-ce pas dire si ce besoin s'amplifiait, ce que prouve par exemple la Convention et le succès du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qu'il serait difficile au nom d'une conception statique du droit international de dénier ces éléments de progrès ? Et Paul Reuter lui-même en tire la conclusion après avoir cité la sentence *Texaco* (1977) dans son manuel (préc. p. 46). On aura l'occasion de le préciser plus loin.

Bien entendu, il ne s'agit pas de conférer à l'individu une capacité juridique générale comparable à celle de l'Etat, mais une capacité *fonctionnelle et limitée*, affectée à des fins déterminées telles celles relatives aux contrats d'Etat et au règlement internationalisé des litiges les concernant (2). Parmi ces fins se trouvent, au-delà du droit international des contrats, la défense par l'individu de ses libertés fondamentales ou la sanction de ses obligations devant un organe international.

La définition de départ nous paraît claire : un individu peut être considéré comme un sujet de droit international, certes de manière limitée et relative, si ses droits et obligations sont définis par le droit international et s'il peut immédiatement s'en prévaloir ou en être directement responsable sur le plan international en principe devant un organe international indépendant. Nous ne voyons pas pourquoi certains auteurs comme le Professeur Prosper Weil, dans son cours général à l'Académie de La Haye (3), ajoutent une condition supplémentaire : selon Prosper Weil, pour être considéré comme sujet de droit, le sujet devrait *élaborer* le droit international des droits de l'homme. A cela, il faut répondre que l'on peut être

(2) Sur cette question, voir, par exemple, G. COHEN-JONATHAN, *Les concessions en droit international*, Thèse ronéotée, Faculté de droit de Paris, 1966, ainsi que le commentaire de la sentence *Texaco*, *A.F.D.I.*, 1977, pp. 452 et s. et l'excellente étude de Charles LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Pédone, Paris, 1998, pp. 247 et s. De manière schématique, un contrat d'Etat est un accord d'investissement de capitaux privés à long terme passé entre l'Etat en tant que sujet de droit international avec une personne privée étrangère visant en général l'exploitation d'un service, d'un travail public ou de ressources naturelles ou industrielles.

(3) « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, 237, 1992, IV, p. 121.

sujet de droit sans être législateur, ce qui existe déjà dans tous les systèmes juridiques internes (4). D'autre part, les individus ont aujourd'hui de nombreuses façons de faire entendre leur voix : par la presse transfrontière, par l'intermédiaire des commissions nationales consultatives des droits de l'homme qui fournissent des avis à leur gouvernement (quitte à s'auto-saisir), par l'intermédiaire surtout des ONG qui de mille façons contribuent, non seulement à la dénonciation, mais aussi à l'élaboration du droit international des droits de l'homme. Les individus ont cette fois-ci les moyens de jouer un rôle « paralégislatif » et ils ne s'en privent pas. Qui plus est, ils revendiquent davantage de transparence et de débat clair sur certaines questions essentielles. Il suffit de penser par exemple au *lobbying* exercé à propos de réunions d'instances internationales comme la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ou de la Conférence diplomatique sur la création d'une Cour pénale permanente internationale. Même si l'on met à part la caisse de résonance que constituent certaines assemblées parlementaires internationales ou certains organes, qui ne sont pas uniquement composées de représentants de l'Etat (à l'OIT par exemple), une part de la contrainte sociale internationale est exercée dans le domaine de la formation du droit par la montée en puissance d'une sorte de société civile internationale représentée par le nombre croissant d'ONG, particulièrement actives dans certains domaines comme celui des droits de l'homme, du droit humanitaire, du droit de l'environnement et même au-delà... Il ne s'agit sans doute que d'une tendance qui demandera à s'affirmer dans le nouveau millénaire. Mais n'est-elle pas déjà significative ?

S'agissant des « devoirs » internationaux que l'individu doit assumer à l'égard de son prochain comme de la communauté internationale, ils nous semblent être consacrés de manière éclatante par

(4) Charles Leben remarque avec justesse : « Et pourtant si on pense » avec P. Weil que « le droit international des contrats est autant un droit international que le droit international des traités, ou de la mer, ou de la guerre », une entreprise qui conclut un contrat d'Etat, régi par le droit international des contrats, participe à la création des normes internationales autant qu'un Etat ou une Organisation internationale qui concluent un traité (*op. cit.*, *supra*, p. 265, note 48). Nous ajouterons que dans le domaine des contrats d'investissements de capitaux privés les investisseurs contribuent fortement à établir des pratiques contractuelles, des usages qui acquièrent souvent une autorité coutumière. Certains contrats ou concessions pétrolières se réfèrent expressément aux « customs and usages of the international petroleum industry » comme source du droit applicable au contrat ainsi que le relève la jurisprudence arbitrale (par exemple la sentence *Aramco*, *Revue critique de droit international privé*, 1963, p. 277).

l'évolution du droit pénal international (5). Or, comme l'observe Pierre Dupuy, « si la possibilité est affirmée de punir un individu pour violations graves des normes consacrant des droits essentiels de la personne humaine ou des principes cardinaux du droit humanitaire, cela signifie bien qu'il a une personnalité juridique en droit international » (6). En effet, dans tout autre ordre juridique, seuls les sujets dotés de la personnalité sont responsables.

Inversement, les individus peuvent être directement investis de droits dont ils peuvent se prévaloir sur le plan international à l'égard même des Etats dont ils sont les ressortissants. A ce sujet, c'est peu de souligner l'importance de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui, dans le prolongement de l'article 55 de la Charte des Nations Unies, apportait pour la première fois, issue des cendres de la deuxième guerre mondiale, la voie à suivre pour l'ensemble de la Communauté internationale. Le respect de la personne humaine où qu'elle se situe passe désormais par l'opposabilité *erga omnes* des droits essentiels que la Déclaration proclame, au niveau des droits civils et politiques comme des droits sociaux ou culturels. Les droits de l'homme acquièrent une valeur internationalisée dont la consécration se trouve dans de nombreux traités de caractère universel ou régional et, pour certains, forment la trame coutumière des « principes généraux du droit international » en la matière (7).

En ce sens la Déclaration de 1948 constitue le point de départ réel, le fondement du « droit international des droits de l'homme », dont la spécificité, même relative, est à la mesure de l'effectivité que l'on veut reconnaître aux droits de l'homme sur le plan international. A cet égard aussi, on doit noter l'évolution des procédures de contrôle et le caractère judiciaire de plusieurs d'entre elles (8). Sans doute dans ce dernier domaine les progrès sont très inégaux mais la

(5) V., par exemple, A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions pénales internationales*, P.U.F., Paris, 2002. Kelsen avait très bien envisagé cette problématique. Déjà il avait mis en évidence des obligations internationales imputables directement aux individus responsables. Ainsi, en plus du cas bien connu de la piraterie, il notait « d'autres obligations de droit international à la charge d'individus et non d'Etats résultant des règles relatives au blocus et à la contrebande de guerre », *Théorie générale du droit international public*, R.C.A.D.I., 1932, IV, pp. 121 et s. (153, 171).

(6) *Droit international public*, Dalloz, 2002, n° 196.

(7) Selon l'expression utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Streletz et autres contre Allemagne* du 22 mars 2001.

(8) On saluera, par exemple, le 24 janvier 2004, l'entrée en fonction de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

« révolution » des droits de l'homme n'a pas encore produit tous ses effets...

On aurait pu citer quelques exemples connus en tant que révélateurs du statut de l'individu comme sujet de droit international (Tribunaux d'arbitrage mixte, Cour de Justice centre américaine...). Dans une contribution aux *Mélanges Georges Scelle*, René Cassin ne les méconnaît pas mais il met l'accent sur les droits de l'homme qui, internationalisés, confortent l'émergence de l'individu comme sujet de droit international (9). Nous avons tenté, ces dernières années, de mettre en valeur ce dernier phénomène à partir des droits fondamentaux, et nous ne le négligerons pas. Mais nous devons mettre d'abord en évidence l'importance accrue de la personnalité internationale de l'individu à travers le droit international des contrats (voilà qui évoquera des souvenirs anciens à Paul Amselek et à moi-même...).

En second lieu, nous évoquerons les mentions les plus significatives en ce sens du droit international des droits de l'homme, qui, comme le droit international des contrats, est une branche spécifique au sein de l'ordre juridique international.

I. — L'INDIVIDU ET LE DROIT INTERNATIONAL DES CONTRATS

A cet égard, la première question consiste à déterminer l'ordre juridique auquel le contrat se rattache, dont il tire sa validité. En second lieu, nous rappellerons quels sont les moyens de l'internationalisation. Pour les besoins de ce rappel nous nous référerons au grand arbitrage rendu par le Professeur R-J. Dupuy dans l'affaire *Texaco* (10). Il fut quelque peu critiqué à cette époque (ainsi que

(9) René CASSIN, « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », *Mélanges en l'honneur de Georges Scelle*, L.G.D.J., Paris, 1950, pp. 67 et s.

(10) Cette sentence au fond (19 janvier 1977) a été reproduite assez largement dans le JDI (1977, pp. 350-389) avec un commentaire de J-F. LALIVE. V. notre commentaire dans l'*A.F.D.I.*, 1977, pp. 452-479. En bref, dans cette affaire deux sociétés américaines contestaient des mesures de nationalisation décrétées à leur endroit en 1973 et 1974. Elles invoquaient à cet égard les garanties contenues dans leurs contrats de concession et, en particulier, les clauses dites d'intangibilité et de stabilisation prévues à l'article 16. Dans sa sentence au fond l'arbitre unique, R-J. Dupuy, devait décider que les contrats litigieux avaient un caractère obligatoire pour les parties en droit international; que le gouvernement libyen en adoptant des mesures de nationalisation avait manqué aux obligations qui résultaient pour lui de ces contrats et qu'il était donc tenu en droit d'exécuter les contrats et de leur donner un plein effet (*restitutio in integrum*).

ceux qui partageaient son avis) mais le dernier quart de siècle a montré que son seul tort était d'être apparemment en avance sur l'énoncé du droit international. Les sentences ultérieures et toute la pratique arbitrale dans le cadre du CIRDI confirment les raisonnements suivis. La plus grande partie de la Doctrine est bien obligée d'ailleurs d'y souscrire même si elle est amenée à reconnaître logiquement que l'individu est alors sujet du droit des gens, dont le « droit international des contrats » fait partie intégrante (11).

Il nous tient à cœur de relever comme nous l'avions fait en 1977, qu'une telle sentence dans ses aspects généraux présentait un caractère *pédagogique* pour les Etats contractants comme pour les investisseurs privés dans la mesure où elle indique sans ambiguïté les conséquences qui s'attachent aux diverses rédactions des clauses d'un contrat. Comme le note en 1998, Jean-Flavien Lalive, « Avec le recul du temps on peut aujourd'hui affirmer que les sentences *Texaco*, soigneusement examinées dans de nombreuses chancelleries, ont joué un rôle bénéfique dans les relations économiques et commerciales qui se sont nouées entre un certain nombre d'Etats du Tiers Monde et les Etats industrialisés... » (12).

A. – *Le principe du rattachement du contrat à l'ordre juridique international*

Pour justifier une semblable possibilité on doit réfuter plusieurs objections qui sont d'ailleurs étroitement liées entre elles, dans la mesure où elles ont comme point commun de dénier à l'individu toute personnalité internationale, et finalement de considérer le droit international comme un droit purement interétatique.

1. *Le rattachement automatique du contrat à un droit national*

Que tout contrat entre un Etat et une personne privée relève nécessairement de l'ordre juridique interne, cela semble bien résulter du dictum célèbre par lequel la Cour permanente de justice internationale a déclaré dans les arrêts relatifs aux emprunts serbes et brésiliens :

(11) On se reportera à l'étude précitée de Charles LEBEN dans les *Mélanges offerts à Hubert Thierry* (avant de lire le cours de La Haye qu'il a consacré au même thème et qui doit être publié en 2004).

(12) René-Jean DUPUY, Arbitre international à l'heure de la mondialisation, dans Société Française pour le droit international *Ouvertures en droit international*, Pédone, 2000, p. 78.

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois » (13).

C'est sur cette formule, à première vue péremptoire, que s'appuient quelques auteurs (14) ou certains gouvernements défendeurs devant des juridictions internationales (15), à l'effet de marquer le rattachement automatique des contrats entre Etats et personnes privées à un droit national.

Or un tel dogme n'est qu'apparent.

Dans la sentence *Texaco*, le Tribunal propose tout d'abord une lecture nouvelle du dictum de la CPJI en montrant que la Cour n'avait posé en pareille matière qu'une présomption qui pouvait très bien être renversée selon les circonstances. Ce passage de la sentence mérite d'être cité entièrement :

« Cette formule ne paraît pas avoir eu une valeur absolue aux yeux de la Cour permanente de justice internationale elle-même et celle-ci semble avoir prévu, dès 1929, que les contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères pouvaient être soumis à un droit de caractère véritablement international puisque, si on poursuit la lecture du texte de sa sentence, on y lit ceci : 'Les règles peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes et, dans ce dernier cas, avoir le caractère d'un vrai droit international'. Si donc la Cour permanente de justice internationale en 1929 tirait du fait qu'une des parties à ces contrats est un Etat souverain, la conséquence qu'il ne pouvait 'être présumé avoir soumis la substance de sa dette et de la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa propre loi', elle admettait fort bien que ce principe pouvait être écarté selon les cas d'espèce » (16).

Au surplus, l'analyse juridique s'est beaucoup affinée dans ce domaine depuis 1929. Force est de constater que la pratique contractuelle tend de plus en plus à « délocaliser » le contrat, c'est-à-dire à rompre son rattachement automatique à un droit natio-

(13) *C.P.J.I.*, série A, n° 20, p. 41.

(14) AMERASINGHE, « State Breaches of contracts with aliens and international law », *A.J.I.L.*, 1964, p. 905; G. VEDEL, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Revue de l'Arbitrage*, 1961, n° 2, p. 116.

(15) V. la position de l'Iran dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *C.I.J.*, Mémoires et plaidoiries, pp. 286 et s.

(16) § 27, *op. cit.*, p. 354.

nal (17). Si la loi interne et spécialement celle de l'Etat contractant se trouve régir le contrat c'est uniquement en vertu de l'accord des parties. Il est clair que sous la poussée des besoins du commerce international, le principe de l'autonomie de la volonté apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus lourd de sens qu'à la fin des années 1920.

Si les contrats de concession ne dépendent pas « mécaniquement » d'un droit national, sont-ils pour autant régis par le droit international? Une explication intermédiaire a été présentée.

2. *Le rattachement du contrat à un troisième ordre juridique*

Tirant les conséquences de cet effort pour soustraire le contrat à l'emprise du droit national, certains auteurs ont proposé de rattacher le contrat, non pas au droit international proprement dit, mais à un troisième ordre, intermédiaire entre le droit interne et le droit international.

Ainsi Verdross a émis l'opinion que certains contrats, échappant à l'emprise d'un droit national, « ne sont pas plus régis par le droit international public, car ce ne sont pas des traités, des actes entre sujets de droit international ». Ces accords forment un troisième groupe caractérisé par le fait que les droits établis sont soumis à un nouvel ordre juridique créé par la volonté des parties, la *lex contractus*, qui puiserait sa validité dans le principe général « Pacta sunt servanda » (18). Cette thèse a été sévèrement critiquée en doctrine. Sans doute, sur le plan pratique, permet-elle de rendre compte de certaines concessions méticuleusement rédigées, dans lesquelles les parties ont tenté de faire entrer dans la sphère contractuelle le maximum de relations de telle sorte que le contrat puisse se suffire à lui-même. Néanmoins, sur le plan juridique, il est difficile d'admettre que la volonté des parties soit susceptible d'engendrer à elle seule un ordre juridique indépendant. « Le principe pacta sunt servanda et celui de l'autonomie de la volonté eux-mêmes ne flottent

(17) L'évolution de la jurisprudence française dans ce domaine est symptomatique. Ainsi, la Cour de Paris a déclaré que « compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un cadre international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique », (13 décembre 1975, *Revue critique de droit international privé*, 1976, 507, note OPPETIT).

(18) « *Varia juris gentium* », *Liber Amicorum J.P.A. François*, 1959, pp. 355 et s. Dans le même sens v. BOURQUIN, « Arbitration and Economic Development Agreements », *The Business Lawyer*, 1960, p. 860.

pas dans le vide et il faut un système de droit pour leur conférer force juridique » (19).

Dans la sentence *Aramco*, le tribunal devait d'ailleurs rejeter cette théorie en des termes exemplaires :

« Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit, ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la libre volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est pas même concevable. La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir » (20).

Pour d'autres auteurs, il n'y aurait pas une *lex contractus* par accord de développement économique mais tous les contrats de ce genre se rattacheraient à un ordre juridique unique nouveau : le « droit transnational » (21), troisième structure intermédiaire entre les droits nationaux et le droit international.

Selon M. Lalive, cette nouvelle « *lex mercatoria* » puiserait son contenu en partie du droit local, en partie des stipulations mêmes du contrat, en partie enfin des principes généraux (22). En fait, on voit mal en quoi ce corps de règles se distinguerait vraiment des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », source classique du droit des gens! Dans le cas contraire, on se demande quelle serait sa consistance exacte. En vérité, ce « tiers ordre » proposé par M. Lalive est aussi suspendu dans le vide que celui qui découlerait de chaque *lex contractus* (23).

C'est une construction doctrinale qui n'a d'autre intérêt que de montrer que les règles matérielles s'appliquant aux contrats « transnationaux » se distinguent à la fois des règles purement internes et des *normes internationales qui ne régissent que les rapports entre Etats*. Situation qui n'est pas nouvelle car le juge ou l'arbitre international à l'occasion de litiges interétatiques portant sur des problèmes de concessions de ce genre, s'est parfois livré à une recherche

(19) P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969, III, p. 181.

(20) *Revue critique de droit international privé*, 1963, p. 312.

(21) Selon l'expression de Jessup, « Transnational law », 1956.

(22) « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », *Annuaire suisse de droit international*, 1962, pp. 296-297.

(23) Pierre Mayer semble aussi soutenir la thèse rattachant les contrats d'Etat à un ordre juridique extérieur au droit interne mais qui n'est pas le droit international. Pour l'exposé de cette nouvelle version du contrat sans loi - et sa critique - v. Charles LEBEN, *op. cit.*, p. 251.

de ces règles spéciales en fonction du rapport de droit considéré. En vérité, on est porté à croire que toute cette construction repose sur le préjugé que le droit international ne peut régir que les relations interétatiques...

3. *Le rattachement direct du contrat au droit international*

C'est là un des points les plus intéressants de la sentence *Texaco*. En effet, sous réserve des précisions qui seront apportées par la suite sur le moyen de l'internationalisation, « Le Tribunal de céans tiendra... pour acquis d'emblée que les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international (et que celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles) » (24).

Ainsi, pour la première fois, un Tribunal arbitral affirme de manière aussi nette la possibilité de situer dans l'ordre international un contrat entre un Etat et une personne privée. Sur le plan des principes il faut justifier une position qui bien entendu a des prolongements au-delà du cas des concessions litigieuses.

Quelles sont, en effet, les difficultés qui semblaient faire obstacle à une telle solution ? Elles se résument en une double objections complémentaire : l'individu n'est pas comme l'Etat sujet de droit international ; le contrat internationalisé ne saurait relever du droit international public parce qu'il n'est pas assimilable à un traité entre Etats. En d'autres termes, affirmer qu'un contrat de ce genre se rattacherait directement au droit international, aboutirait à ce résultat forcément déraisonnable que l'Etat et l'individu seraient exactement les mêmes sujets de droit international !

Il s'agit là d'une position figée qui ne tient pas compte de l'évolution du droit international et des exigences de la vie internationale. Comme nous l'avons noté dès 1966 : il est assez artificiel de raisonner de cette manière. Il ne faut pas perdre de vue un certain nombre de données élémentaires : le droit international est un ordre juridique comprenant des règles diverses et des destinataires différents. Le droit traditionnel interétatique s'appliquera aux relations interétatiques et ne s'appliquera à d'autres rapports de droits que si ceux-ci, par leur nature, autorisent une telle application. La société internationale est composée de plusieurs catégories de sujets

(24) § 35, p. 357.

qui ne sont pas forcément identiques sous tous les angles. Aussi bien, les règles créées par et pour une catégorie de sujets ne s'appliqueront pas automatiquement aux autres sujets de droit (25).

Cette manière de voir trouvait un appui dans l'opinion émise par la Cour internationale de Justice dans son Avis sur les réparations du 11 avril 1949, selon laquelle « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas identiques quant à la nature ou à l'étendue de leurs droits, ... leur nature dépend des besoins de la Communauté. Le développement du droit international au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale ». C'est pourquoi, en toute logique l'on admet communément que si les organisations internationales sont aussi des sujets de droit des gens leur capacité juridique n'est pas pour autant identique à celle des Etats. En particulier, les accords internationaux qu'elles concluent n'obéissent pas forcément, comme l'on sait, au droit interétatique tel qu'il a été codifié dans la Convention de Vienne.

Ne peut-on raisonner de la même manière dans l'hypothèse d'un contrat entre un Etat et une personne privée ? Cette dernière n'est pas normalement sujet de droit international mais rien n'empêche un Etat souverain d'élever son partenaire contractuel au niveau du droit international pour les besoins de la relation contractuelle. Une telle reconnaissance a un effet constitutif et comme telle est affectée des deux caractéristiques que l'on y attache habituellement (26) : cette reconnaissance est relative et fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle n'engendre qu'une capacité internationale limitée dans le cadre du rapport de droit considéré (27).

(25) G. COHEN-JONATHAN, « Les concessions en droit international public », Thèse, Faculté de droit de Paris 1966, ronéotée, p. 591. V. aussi *A.F.D.I.*, 1977, p. 453.

(26) J. CHARPENTIER, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pédone, 1956.

(27) Cette conception que nous avons exposée en 1966 et en 1977 (*AF*, *op. cit.*, p. 458), avait été sévèrement critiquée par certains auteurs. C'est aujourd'hui une explication communément admise et dans ses écrits Charles Leben s'en fait l'écho. Dans son cours général à l'Académie de la Haye, Pierre Dupuy écrit aussi : « La Souveraineté dote l'Etat, entre autres, d'un pouvoir singulier : elle lui permet de créer lui-même d'autres sujets de droit international. Moins richement dotés que lui, certes, en terme de capacité internationale mais tout de même pourvus de la personnalité juridique internationale ». Et il poursuit : « A l'époque contemporaine, il est intéressant de relever, en droit international des investissements, les tendances manifestant l'évolution vers la reconnaissance d'une certaine forme de personnalité juridique aux entreprises privées étrangères, dans le cadre des contrats les liant à des cocontractants étrangers. Selon une telle conception illustrée en jurisprudence comme dans certains textes de droit positif (l'auteur cite notamment l'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie commentée par F. POIRAT, *R.G.D.I.P.*, 1998, n° 2, pp. 451 et s.) c'est encore et toujours *l'Etat, qui par sa seule volonté souveraine, élève à la condition de sujet de droit et pour les besoins d'une relation contractuelle déterminée, la per-*

Ces considérations se retrouvent dans la sentence *Texaco* (venaient-elles alors trop tôt?). Le Tribunal, pour éviter toute « méprise », entend bien préciser que « l'internationalisation de certains contrats conclus entre un Etat et une personne privée ne tend pas à conférer à cette dernière des compétences comparables à celles d'un Etat mais seulement certaines capacités lui permettant d'agir au plan international pour faire valoir les droits résultant pour elle d'un contrat internationalisé » (§ 48). S'appuyant notamment sur les travaux du Professeur Garcia Amador (28), le tribunal international remarque en effet que la notion de capacité juridique internationale ne se confond pas avec celle d'Etat. Si les Etats, sujets originaires du droit des gens, disposent de toutes les capacités offertes par celui-ci, les autres sujets ne jouissent que de *capacités limitées, affectées à des fins déterminées* (29). « En d'autres termes, déclarer qu'un contrat entre un Etat et une personne privée se situe dans l'ordre juridique international signifie qu'aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, il convient de reconnaître au cocontractant privé des capacités internationales spécifiques. Mais à la différence de l'Etat, la personne privée n'a qu'une *capacité limitée* » ... (§ 47). Ceci posé, l'objection selon laquelle un contrat internationalisé ne pourrait pas relever du droit international parce qu'il n'est pas assimilable à un traité, tombe d'elle-même. De même qu'il fait place à des sujets différents, le droit international, tel qu'il a évolué depuis la vieille jurisprudence de la CPJI, régit bien d'autres accords que les traités. Comme le déclare R.J. Dupuy : « Bien qu'ils ne se confondent pas avec les traités, les contrats entre Etats et personnes privées peuvent néanmoins sous certaines conditions, relever d'une *branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats* ».

Notons bien que l'Arbitre ne rattache nullement les contrats internationalisés à un hypothétique troisième ordre. Il considère à juste titre qu'au sein du droit international les règles doivent être différenciées en fonction du rapport de droit considéré. L'internatio-

sonne morale privée étrangère à la qualité de sujet de droit international, fournissant ainsi une autre illustration de son pouvoir de création subjective ». (C'est nous qui soulignons), « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, t. 297 (2002), pp. 104-105.

(28) Quatrième rapport sur la Responsabilité internationale, *Annuaire de la Commission de droit international*, vol. II, Doc. A/CN.4/119, 1959, p. 32.

(29) V., F.A. MANN, « Contrats entre Etats et personnes privées étrangères : the theoretical approach towards the law governing contracts between states and private person », *Revue belge de droit international*, 1975, p. 564.

nalisation des contrats n'a pas pour effet de faire de ces derniers des traités ou de leur rendre applicables les règles régissant les traités. Le « droit international des contrats » est justement ce corps de règles qui semblent être plus adaptées à cette catégorie particulière de contrats entre Etats et personnes privées.

B. – *Les moyens de l'internationalisation du contrat*

Le principe même du rattachement des contrats litigieux à l'ordre juridique international ne soulevant plus aujourd'hui d'objections majeures, il reste à déterminer quels sont les moyens en vue de parvenir à une telle internationalisation. Nous serons relativement brefs sur ce sujet qui déborde quelque peu la problématique que nous envisageons. Deux critères principaux sont mis en évidence : la référence, au moins partielle, au droit international comme droit applicable et l'internationalisation de la procédure d'arbitrage.

1. *La clause concernant le droit applicable*

On relève souvent la référence faite dans la clause concernant le droit applicable, aux principes généraux du droit. Cela constitue un premier procédé d'internationalisation, même si cette référence n'exclut pas sous certains rapports l'application du droit interne. En effet ces principes généraux étant ceux qui figurent à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice constituent une des sources du droit international : ils peuvent figurer seuls dans la clause ou concurremment avec un droit national, spécialement avec le droit de l'Etat contractant. *A fortiori*, la référence directe aux principes de droit international comporte les mêmes effets puisque ces derniers constituent une catégorie plus large, englobant l'ensemble des sources du droit international y compris les principes généraux du droit et éventuellement les dispositions d'un traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements si celui-ci est ratifié à la fois par l'Etat cocontractant et l'Etat dont l'investisseur a la nationalité. En ce qui concerne les concessions litigieuses dans l'affaire *Texaco* la clause d'internationalisation du droit matériel était la plus nette qui soit. En effet, il était prévu à l'article 28 :

« La présente concession sera régie conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du

droit international; en l'absence de points communs... elle sera régie conformément aux principes généraux du droit y compris ceux... dont il a été fait application par des juridictions internationales ».

Comme le note justement l'Arbitre : ces principes de droit international doivent en l'espèce servir de pierre de touche pour l'application de la loi libyenne puisque c'est seulement si elle leur est conforme qu'elle doit être appliquée. Autrement, on se basera sur les principes généraux du droit.

Dans bien d'autres contrats de ce genre référence est faite aux principes généraux du droit, selon un système plus ou moins complexe. Il en est ainsi de la clause commune à diverses concessions, intéressant plusieurs Etats du Moyen-Orient et de l'Asie aux termes de laquelle :

« Les parties s'engagent à exécuter les dispositions du présent contrat conformément au principe de la bonne foi et au principe de la bonne volonté. Les parties au présent accord étant de nationalité diverses, ledit accord serait interprété et appliqué conformément aux principes de droit communs au Koweït et au Japon, et à leur défaut, par les principes du droit généralement reconnus par les nations civilisées, y compris ceux dont les tribunaux internationaux ont fait application » (30).

On constate que dans cette hypothèse, le premier élément de solution consiste à rechercher les principes généraux dans un cadre restreint – voire, comme ici, bilatéral –. Il ne sera fait appel aux principes dits « universels » qu'à titre subsidiaire. Mais qu'il s'agisse de principes généraux d'application restreinte ou universelle, la référence qui en est faite a pour effet d'internationaliser les relations des parties. Dans d'autres hypothèses au contraire, les éléments d'internationalisation sont très fragmentaires ou peu clairs. Les Arbitres se sont pourtant souvent contentés de ces indices isolés ou assez faibles pour conclure à l'applicabilité des principes généraux du droit. Dans certains cas l'appel aux principes généraux du droit était sans doute rendu nécessaire par la totale inadaptation du droit interne de l'Etat contractant en matière pétrolière. Il en allait ainsi dans l'affaire *Petroleum development Ltd contre Souverain d'Abu Dabi*

(30) Accord du 5 juillet 1958 entre le Koweït et l'Arabian Oil Co (art. 39) cité par DELAUME, « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle », *Revue belge de droit international*, 1968, p. 345.

en 1951 (31) et *International Marine Oil Company contre Souverain de Qatar* en 1953 (32).

Dans d'autres affaires au contraire le droit interne de l'Etat contractant n'était pas techniquement rudimentaire mais le recours aux principes généraux se justifiait par la nécessité pour le contractant privé de se protéger contre des modifications unilatérales et brutales de la législation de l'Etat contractant : il jouait donc un rôle important dans l'équilibre contractuel voulu par les parties.

De plus certains contrats comportaient de véritables « clauses exorbitantes du droit interne », c'est-à-dire des garanties que l'Etat n'avait pu consentir qu'au titre de sa personnalité internationale. Tel est le cas des clauses d'intangibilité ou de stabilisation du droit à une certaine époque, ou encore la promesse de ne pas nationaliser ou de ne pas résilier unilatéralement un contrat pendant une certaine durée (comme il était stipulé dans les concessions en cause dans l'affaire *Texaco-Calasiastic*). Ce n'est qu'au nom de sa souveraineté et en tant que sujet de droit international que l'Etat peut ainsi renoncer à une prérogative souveraine. L'effet de telles clauses est d'internationaliser le contrat sous certains rapports.

Rappelons enfin que la Convention de Washington créant le CIRDI (18 mars 1965) et son succès (140 ratifications) constitue une innovation fondamentale puisque pour la première fois des Etats acceptaient dans un traité international que, sous certaines conditions, des contrats conclus par eux puissent être régis par des principes de droit international même « combinés » avec le droit interne (33).

(31) A la recherche du droit applicable le surarbitre Lord Asquith of Bishopstone a relevé que la législation de la Principauté était de toute façon inutilisable ou complètement inadaptée aux contrats commerciaux modernes. En se référant dans leur contrat à la bonne foi, à la sincérité et à la raison et à défaut d'indications plus précises, l'Arbitre estime que les parties semblent bien avoir exclu l'application de tout droit interne. C'est pourquoi il devait décider de se référer « aux principes enracinés dans le bon sens et la pratique commune de la généralité des nations civilisées, une sorte de droit naturel moderne ». Peut-être sa nationalité l'a-t-elle poussée à voir dans le droit anglais l'expression de ce droit naturel moderne... (*Op. cit.*, p. 144). Dans le même sens dans l'affaire *Société Riale contre gouvernement d'Ethiopie* (1929) l'Arbitre a finalement appliqué les « principes de droit généralement admis » et le « droit public européen » en l'absence d'un droit administratif élaboré propre à l'Ethiopie. (*Rec. TAM*, 1929, VIII, p. 744).

(32) Dans cette affaire, le surarbitre, dans le silence du contrat sur le droit applicable, estime que les parties ont sûrement entendu écarter l'application du droit national et ont entendu soumettre leur relation aux principes de « justice, equity and good conscience », (*I.L.R.*, 1953, p. 545).

(33) Sur ce point est en particulier sur l'interprétation de l'article 42 de la Convention Washington voir Charles LEBEN, *op. cit.*, *Mélanges Thierry*, pp. 257 et s.

En effet si l'article 42 de la Convention entérine dans une première phrase la règle de l'autonomie de la volonté des parties, il poursuit immédiatement : « Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend, y compris les règles relatives aux conflits de lois, ainsi que les principes de droit international en la matière ».

De fait, la jurisprudence des tribunaux du CIRDI va faire prévaloir la place du droit international dans les contrats de ce type. Et cela a irradié sur d'autres relations contractuelles voisines. Ainsi une telle solution est expressément adoptée depuis 1994, pour les contrats de prêt de la BERD (Banque européenne pour la reconstruction et le développement), qu'ils soient conclus avec un Etat ou une personne privée. Il est prévu que les litiges avec un Etat ou avec une personne privée feront l'objet d'un arbitrage organisé selon les règles de la CNUDCI (34). Il est précisé que le droit applicable par le tribunal arbitral sera le « droit international public » (35).

On pourra bien sûr toujours critiquer l'analyse effectuée par tel ou tel arbitre. Mais on doit en tirer déjà un enseignement plus général. Il est manifeste en effet, qu'à défaut de choix exprès dans la loi applicable, les caractéristiques présentées par ces contrats d'Etat, et surtout le fait que le juge du contrat est international, ont incité l'Arbitre à se référer assez facilement aux principes généraux du droit, la source souvent la plus appropriée au sein du droit international. Autrement dit, s'agissant de contrats de ce genre, la vieille présomption sur le droit applicable est renversée : le droit interne de l'Etat contractant n'aura de chance d'être appliqué que si cela est expressément prévu (autonomie de la volonté); par contre, dans le silence des parties, il sera présumé qu'elles auront voulu rejeter l'application du droit interne et, par-delà la notion de bonne foi ou de bonne volonté, se référer aux principes généraux du droit, tout au moins pour une partie de leurs relations juridiques. C'est dire le caractère indissociable qui lie ce premier élément à l'internationalisation procédurale.

(34) Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

(35) W. HEAD, « Evolution of the governing law for loan agreements of the World Bank and other multilateral developments Banks », *A.J.I.L.*, 1966, pp. 227-229.

2. *La clause d'arbitrage*

Un autre procédé d'internationalisation résulte de l'insertion d'une clause prévoyant que les éventuels différends qui pourront s'élever à propos de l'interprétation et de l'exécution du contrat seront soumis à l'arbitrage. Une telle clause a une double portée : d'une part l'institution de l'arbitrage sera celle qu'établit le droit international ; d'autre part, en ce qui concerne le droit applicable au fond du différend lui-même, l'insertion de clauses arbitrales a pour effet de conduire à faire appel aux règles de droit international. Il faut reprendre ces deux éléments qui ne se situent pas au même niveau.

a) En ce qui concerne le phénomène de l'internationalisation procédurale proprement dite, la sentence *Texaco* s'est référée à plusieurs éléments pour le justifier

Elle reprend en premier lieu l'analyse effectuée par le Tribunal dans l'affaire de l'*Aramco*. A défaut d'accord entre les parties ce tribunal devait préciser le système de droit applicable à la procédure arbitrale. Fallait-il par exemple, selon une présomption admise en droit international privé (36), appliquer la loi du pays où il siégeait, ici la loi genevoise. En cas de réponse affirmative, il fallait bien en mesurer les conséquences en particulier le fait que l'Etat de siège puisse exercer un droit de contrôle sur le dit arbitrage (37).

Le Tribunal rejeta donc l'application de la loi genevoise comme contraire à l'immunité de juridiction de l'Arabie Saoudite :

« Le Tribunal de céans, considérant que l'immunité de juridiction assurée par le droit des gens aux Etats étrangers dans le respect de la dignité inhérente à toute possession d'un pouvoir souverain, ne saurait admettre que l'arbitrage auquel participe un Etat souverain peut relever de la loi d'un autre Etat ; il estime qu'une ingérence de ce dernier constituerait un empiétement sur les pré-

(36) Les articles relatifs à l'arbitrage privé votés à Neuchâtel par l'Institut de Droit International, prévoient que le choix par les parties du lieu où le tribunal arbitral doit siéger implique qu'elles entendent soumettre l'arbitrage à la loi du pays de ce siège. Art. 1^{er}, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1959, III, p. 372.

(37) En effet dans tous les Etats le droit positif attribue de semblables droits de contrôle et d'ingérence aux tribunaux ordinaires : ils peuvent connaître de pourvois en nullité, soit que l'Etat ait introduit dans sa législation des causes d'annulation spéciales pour les sentences arbitrales, soit qu'il admette des recours en cassation pour les mêmes causes que pour les jugements prononcés par les tribunaux étatiques, soit qu'il permette l'appel ou la révision de la sentence.

rogatives de l'Etat partie à l'arbitrage, de nature à rendre illusoire la sentence qui serait rendue dans ces conditions » (38).

En définitive, le Tribunal a conclu que « l'institution d'arbitrage relève du droit international public ». Dans l'affaire *Texaco*, l'Arbitre se rallie à cette démonstration et à cette conclusion. Plusieurs motifs le poussent à reconnaître une telle internationalisation procédurale : d'une part, les modalités de désignation d'un arbitre unique et particulièrement le recours prévu au Président de la Cour internationale de Justice ; « Ceci impliquait que les parties entendaient placer le présent arbitrage sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies et donc que le système de droit le régissant fût le droit des gens » ; de plus cette solution semblait la seule conforme à la volonté des parties telle qu'elle résultait de l'article 28 de la concession concernant le droit applicable sur le fond.

Si donc l'institution d'arbitrage relève ainsi directement du droit international public, cela entraîne diverses conséquences. Cela signifie d'abord que l'Arbitre est maître d'établir le règlement de procédure ou de le compléter et de résoudre toutes questions de procédure en excluant une quelconque loi interne ; cela lui permet également de déterminer librement sa compétence (39) et la portée de sa sentence (40). Cette dernière selon les termes mêmes de bon nombre de clauses compromissaires est qualifiée de « définitive et obligatoire », étant entendu que les parties renoncent à tout appel. Ainsi l'Etat contractant ne saurait appliquer sa législation nationale, afin de soumettre la sentence arbitrale à une révision devant ses tribunaux. A propos d'un différend qui les opposait à l'Equateur à ce sujet, les Etats-Unis ont justement déclaré que le gouvernement équatorien « oubliait la finalité essentielle du contrat, à savoir soustraire les litiges à la juridiction locale » (41).

(38) On aurait pu arriver au même résultat sans invoquer l'immunité de juridiction. Il suffisait de dire, sans détours, que l'arbitrage en question était une procédure internationale, détachée de toute loi interne. V. H. BATIFOL, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, 1964, n° 3, p. 650. Notons que l'Arbitre devait écarter également l'application de la loi de procédure américaine au nom de « l'égalité des parties », justification assez superfétatoire compte tenu de ce qui avait été dit plus haut sur l'immunité de juridiction.

(39) Dans sa sentence du 21 novembre 1975, l'Arbitre, dans la présente affaire, s'était justement prononcé sur le problème de sa compétence, s'appuyant sur une règle bien établie du droit international selon laquelle « c'est à l'Arbitre qu'il appartient de statuer sur sa propre compétence ».

(40) A propos du caractère déclaratoire de la sentence v. affaire de l'*Aramco*, *op. cit.*

(41) *Gouvernement de l'Equateur contre Guayaquil*, *Foreign relations of the U. S.* 1913, p. 492.

D'une manière générale, la sentence arbitrale rendue dans de telles conditions est un acte juridique international qui tire sa force obligatoire et exécutoire de l'instrument de droit international qui a constitué le tribunal arbitral (42). Si pendant longtemps de tels arbitrages n'ont pas été qualifiés d'internationaux stricto sensu, c'est parce que l'on refusait d'attribuer cette qualité aux accords entre un Etat et une personne privée qui les envisageaient. Or, nous pensons justement que de tels accords de volonté peuvent tirer leur validité et leur force directement du droit international et résultent d'une reconnaissance constitutive de la personnalité juridique internationale de l'individu par l'Etat souverain. Nous ne reviendrons plus sur ce point. Nous ne comprenons pas, par contre, pourquoi dans l'affaire de l'Aramco le tribunal ait voulu ignorer une telle conclusion alors qu'il se qualifiait lui-même de « procédure de droit international ». Si le tribunal arbitral relève en l'espèce du droit des gens serait-ce illogique de penser que la clause compromissoire ou l'acte constitutif relevait également de ce même droit ?

b) Sur tous ces points l'internationalisation procédurale est très nette mais emporte-elle d'autres conséquences en ce qui concerne le droit applicable au fond du litige ? Dans la présente affaire, l'Arbitre semble le croire puisqu'il précise :

« Même si on considère que le choix d'une instance arbitrale internationale ne peut, à lui seul, entraîner l'application à titre exclusif du droit international, il constitue un des éléments permettant de déceler une certaine internationalisation du contrat ».

La formule est prudente, et pour tenter de l'expliciter, il convient de rechercher quelle est l'incidence exacte de l'internationalisation procédurale sur le droit applicable. Une première attitude consisterait à nier l'existence d'un quelconque rapport entre la loi régissant l'arbitrage et celle applicable au fond du litige. Ainsi dans la sentence de l'Aramco il est nettement affirmé :

« En admettant que l'arbitrage comme tel est régi par le droit des gens, le tribunal arbitral n'entend pas soumettre à ce droit le fond même du différend, la

(42) S'agissant de décisions rendues par un tribunal de cette sorte la CPJI l'a déclaré nettement « Si les sentences sont définitives et obligatoires, il est certain que le gouvernement hellénique est tenu de les exécuter telles quelles » (Soc. Commerciale de Belgique, *Rec.*, Série A/B 78, p. 176). V. également FREEMAN, « Denial of Justice », chapitre XIV.

loi applicable à ce dernier étant indépendante du droit auquel est soumis l'arbitrage » (43).

De plus, on met souvent l'accent sur l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au reste du contrat, en en tirant les conséquences juridiques précises comme l'Arbitre lui-même l'a fait dans sa sentence de 1975 afin d'établir sa compétence. Dans ces conditions, – l'autonomie pouvant jouer dans les deux sens – est-il concevable que la clause compromissoire soit pleinement internationalisée alors que le contrat de concession ne l'est pas ou reste soumis à une loi purement interne ?

Quels sont alors les effets précis de l'internationalisation de l'arbitrage ?

– La conséquence la plus claire est semble-t-il relative au choix de la loi applicable : l'internationalisation procédurale seule permet de situer d'emblée ce contrat dans le droit international lequel consacre sans restriction le principe d'autonomie de la volonté. C'est dire que les parties pourront librement choisir le droit applicable au fond du litige y compris les règles de droit international. En dehors du présent arbitrage ce principe a été nettement posé dans la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. L'article 42 de la Convention prévoit que le Tribunal arbitral statuera sur ces différends entre Etats et particuliers « conformément aux règles de droit adoptées par les parties » y compris les règles de droit international (44). C'est dire encore que l'autonomie des parties est illimitée au-delà des restrictions que comporte telle ou telle loi nationale en matière de conflits de loi.

– Ce principe posé, en l'absence d'une désignation expresse de la loi applicable, l'Arbitre aura à rechercher la volonté implicite des parties et d'une manière générale les éléments de rattachement du contrat. A cet effet, il forgera sa propre *lex fori* en s'appuyant comme dans la sentence de l'Aramco sur les « principes généraux de droit international privé » (45), c'est-à-dire sur une source de droit international public.

(43) *Op. cit.*, p. 306.

(44) V. B. GOLDMAN, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et Personnes privées*, Pédone, 1969, p. 145 et les auteurs cités note 4, p. 17.

(45) *Op. cit.*, p. 306.

On constatera donc qu'à ce niveau l'internationalisation arbitrale comporte une compétence importante, celle de déterminer le droit applicable au fond du litige. C'est d'ailleurs de cette manière qu'il a été procédé dans la jurisprudence que nous avons déjà évoquée. Or, à propos de cette détermination, la tendance des arbitres est de recourir assez facilement aux principes généraux du droit chaque fois qu'il leur semble que les parties ont tacitement entendu échapper – partiellement au moins – à l'emprise du droit interne. Et comme le note la présente sentence, le fait de prévoir l'arbitrage international constitue déjà un indice dans le sens du rejet de l'application exclusive du droit interne. Symptomatique nous apparaît à cet égard une sentence inédite rendue le 7 juillet 1966 par le tribunal arbitral présidé par M. Guggenheim dans un litige opposant l'Etat hellénique à diverses sociétés d'électricité (46). En l'absence d'indications expresses des parties dans le contrat litigieux, le tribunal estime que « le choix du droit applicable incombe au tribunal arbitral lui-même » et « se fondant sur certains indices de la volonté des parties à l'effet de dénationaliser le contrat » (insertion d'une clause compromissoire notamment), il « considère comme particulièrement indiquée en l'espèce l'application par analogie des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice » (47). On sait que cette inclination des arbitres « transnationaux » à appliquer les principes généraux du droit a été quelquefois critiquée comme ne résultant pas d'indices d'internationalisation assez claire (48). Néanmoins elle est si fortement ancrée dans la jurisprudence arbitrale que même dans les cas où l'Arbitre a effectivement appliqué un droit interne, par exemple dans les affaires *Losinger* et *Alsing* (49), il a senti la nécessité de faire appel aux principes généraux, comme si il voulait vérifier la conformité de la règle interne à un droit plus général.

(46) Citée par P. WEIL, *op. cit.*, p. 169.

(47) Pour certains auteurs, la soumission de litiges à un organe arbitral de caractère international constitue davantage qu'un simple indice, elle est suffisante en soi pour permettre « de présumer » même en l'absence de *professio juris*, la volonté d'appliquer à leurs rapports le droit international ». La règle « qui elegit judicem elegit jus » jouerait ici de manière particulièrement significative : le droit applicable devant être « un droit aussi impartial que l'organe chargé de trancher les différends, c'est-à-dire le droit international ». P. WEIL, *op. cit.*, p. 176.

(48) A propos de l'affaire de *Lena Goldfieds* (1930) et surtout dans l'affaire de la *Sapphire*. Nous renvoyons à l'étude de M. DELAUME précitée.

(49) *Losinger*, arbitrage de M. THELIN, *C.P.J.I.*, série C, n° 78, p. 83; *Alsing* (22 décembre 1951) *I.C.L.Q.*, 1959, p. 320.

Cette dernière observation rejoint d'ailleurs une remarque plus générale : il nous semble que même si l'Arbitre doit appliquer le droit interne, il ne pourra lui donner effet que s'il est contraire à un « breach of contract » caractérisé en droit international. Théoriquement la même démarche devrait être suivie par le juge interne mais l'on sait que son statut constitutionnel, sinon son ignorance du droit international non écrit, le prédisposent rarement à ce genre de recherche. L'Arbitre international parce qu'il est juge international du contrat ne saurait consacrer une violation flagrante du droit international auquel tout droit interne doit rester subordonné. De plus, contrairement au juge interne il ne sera pas lié par une loi d'ordre public. Il sanctionnera toute violation même si elle émane du pouvoir législatif (50).

Toutes ces conséquences résultent de l'internationalisation procédurale. Néanmoins, cette dernière n'aboutit pas forcément à l'internationalisation de l'ensemble du contrat. Celui-ci peut continuer à être régi à titre exclusif par le droit interne (non « figé » à une certaine date) si telle est la volonté des parties. Cela ne doit pas surprendre puisque l'on se plaît à souligner, à juste titre d'ailleurs, l'autonomie, au moins relative, de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

— Ces principes généraux seront encore plus facilement entendus s'agissant des arbitrages CIRDI. Cette fois, c'est une Convention interétatique qui prévoit l'arbitrage et détermine les « règles du jeu ». Le Tribunal arbitral est alors sans conteste une procédure internationale qui aboutit à une sentence définitive et obligatoire. Qui plus est, les Etats dont les ressortissants sont parties au litige s'engagent, si la Convention de 1965 est observée, à ne pas exercer la protection diplomatique (article 27). De plus, tous les Etats parties (140) s'engagent à assurer la reconnaissance ou l'exécution des sentences du Centre sur leur territoire.

Dans de telles conditions, on imagine mal qu'un tribunal « CIRDI » accepte de consacrer dans un litige une solution contraire au droit international sur le fondement que le seul droit applicable au contrat est le droit interne de l'Etat contractant. Charles Leben affirme à juste raison que cela serait contraire à la raison d'être de la Convention de Washington (51). Il nous paraît aussi qu'il est

(50) H. BATIFOL, *op. cit.*, p. 662.

(51) Voir la sentence *Amco contre Indonésie*, décision du 16 mai 1986, *J.D.I.*, 1987, p. 175.

inhérent à la nature d'un organe international de caractère juridictionnel de ne pas consacrer une violation claire du droit international. Nous l'avons dit plus haut pour l'arbitrage contractuel (52).

Les tribunaux CIRDI ont su affirmer leur autorité, à l'instar de toute juridiction internationale, chaque fois qu'ils considèrent qu'il s'agit d'un pouvoir inhérent à la juridiction internationale.

Ainsi, dans le célèbre arrêt *LaGrand*, la CIJ a affirmé pour la première fois le caractère obligatoire des mesures provisoires, interprétant son statut à la lumière de sa « mission fondamentale de règlement judiciaire des différends internationaux » (27 juin 2001, § 102). Cela a sans doute influencé le CIRDI dans l'affaire *Victor Rey Casado et Fondation Président Allende contre Chili* (affaire CIRDI/ARB/98/2). Devant se prononcer sur la nature et la force juridique des mesures conservatoires sollicitées par les parties, le tribunal, présidé par Pierre Lalive, assisté de Mohammed Bedjaoui et Galo Leoro Franco, a affirmé à son tour – après avoir visé l'arrêt *LaGrand* – le caractère obligatoire des mesures conservatoires qu'il adopte en prenant argument sur les pouvoirs inhérents à toute juridiction (53).

Il faut enfin signaler que l'arbitrage international, dans le domaine des contrats d'Etat, – et bien au delà s'agissant de tous les investissements même sans support contractuel – a connu une très grande extension avec la multiplication des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements privés (près de 2000). Non seulement on y trouve l'énoncé de règles matérielles très utiles, mais de surcroît, ces traités offrent aussi des garanties procédurales aux investisseurs lorsque ces derniers n'ont pas prévu une clause compromissoire. En effet, si dans ces traités (voir un traité multilatéral, *Alena* ou *Charte de l'énergie* (54)) l'Etat d'accueil s'oblige à accepter un règlement arbitral pour trancher les différends avec un investisseur étranger, les tribunaux arbitraux CIRDI,

(52) Voir G. COHEN-JONATHAN, Thèse, « Les concessions en droit international », *op. cit.*, 1966, p. 587.

(53) Voir le commentaire de Ph. WECKEL, chronique de jurisprudence internationale, *R.G.D.I.P.*, 2002/3, p. 687.

(54) En ce qui concerne la *Charte de l'énergie* v. l'étude précitée de Florence POIRAT.

depuis 1990 (55), acceptent les saisines unilatérales des investisseurs sur la seule base du traité auquel l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur sont parties et appliquent communément le droit international. Actuellement, 90 % des saisines du CIRDI ont à l'origine un traité de protection et 10 % les clauses d'un contrat d'Etat. Ainsi non seulement l'investisseur agit directement contre l'Etat au titre d'un engagement international de celui-ci, mais leur litige est soumis essentiellement au droit international. N'est-ce pas une situation dans laquelle l'investisseur apparaît comme un sujet de droit international ?

Et pourtant quelques auteurs éprouvent encore quelques réticences en faisant valoir à propos des contrats d'Etat, l'inexistence d'un corps de règles internationales où l'on puisse raisonnablement voir un « droit des contrats ». L'absence d'une telle exigence interdirait de qualifier de tels contrats d'actes formellement internationaux. Cette condition ne nous paraît pas fondée. D'une part, aujourd'hui la jurisprudence arbitrale est suffisamment importante pour faire ressortir de nombreux principes de base, dont certains ont acquis valeur de coutume (56). D'autre part, les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements de capitaux privés comportent de nombreuses dispositions convergentes et valables aussi pour les contrats. En troisième lieu, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ) constituent une source inépuisable. Enfin, les « pratiques » en vigueur dans un secteur d'investissement ne sont pas à négliger et d'ailleurs ces usages sont parfois spécialement visés dans les contrats d'Etat. Telle est la réalité économique...

Le droit international des contrats est révélateur de l'octroi de la personnalité internationale au particulier, d'une capacité relative et fonctionnelle comme la Cour Internationale de Justice semble bien en avoir dessiné les contours dans son avis de 1949. Mais à cette date un autre phénomène allait perturber la conception du droit

(55) Sentence *AAPL contre Sri Lanka* (1920), v. chronique E. GAILLARD-CLUNET, *J.D.I.*, 1992, pp. 216-232. Comme le constate dernièrement Brigitte STERN : « ... les évolutions actuelles tendent à valider l'idée d'une sorte de juridictions générale du CIRDI pour les litiges... mettant en cause un investisseur et un Etat étranger », « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international », *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 242.

(56) C'est à ce titre que la Cour européenne des droits de l'homme a invoqué les principes généraux du droit international dans l'affaire *Raffineries grecques contre Grèce* (arrêt du 9 décembre 1994, A, n° 301, B). La Cour a notamment mis en lumière l'obligation de respecter les *clauses essentielles d'un contrat* entre la Grèce et une société privée, et en particulier la clause d'arbitrage.

international, conçu comme un droit purement interétatique. La Déclaration universelle des droits de l'homme, comme, peu avant, la Déclaration interaméricaine, proclamait l'internationalisation des droits de l'homme, ce qui entraînait un bouleversement du statut de l'individu dans l'ordre juridique international.

II. – L'INDIVIDU ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

A. – *L'internationalisation des droits de l'homme*

Les libertés de l'homme sont donc devenues une *valeur internationalisée*, ce qui résulte de nombreux traités les concernant sur le plan universel (les deux pactes des Nations Unies, un grand nombre de conventions spéciales, sur les droits de la femme, des enfants, etc.) comme au niveau régional (Convention européenne des droits de l'homme, charte sociale, convention interaméricaine, charte interafricaine, etc.).

Cela signifie d'abord que, pour la première fois, l'homme détient en propre un ensemble de droits, opposables aux autres individus, aux divers groupes sociaux ainsi qu'aux Etats souverains. Que le pouvoir absolu des Etats soit de la sorte limité à *l'égard des ses propres ressortissants* – c'est le cœur même de la protection internationale des droits de l'homme –, comme de tous les autres individus placés sous sa juridiction, constituait alors une *novation révolutionnaire*. Car c'était finalement consacrer l'aptitude de l'individu à être sujet direct du droit des gens (57). Il est évident qu'une telle prétention bouleversait le dogmatisme de la doctrine classique de droit international. C'est pourquoi René Cassin avait insisté pour que la Déclaration de 1948 fût intitulée « universelle » et non pas seulement internationale. Il voulait ainsi marquer son refus d'une conception étriquée et rabougrie d'une Société internationale dont les Etats souverains et omnipotents seraient les sujets exclusifs. Comme George Scelle, René Cassin pensait que le droit international n'est pas seulement le droit des Etats : c'est aussi le droit des hommes.

Néanmoins, cette qualité de sujet de droit international n'est complète ou parfaite que si l'individu a la possibilité de faire valoir

(57) René CASSIN, « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », *Mélanges Georges Scelle*, pp. 67-91.

lui-même ses droits, immédiatement, devant un organe international indépendant. De telles procédures internationales existent sur le plan européen. On sait que la personne privée a toujours bénéficié d'un droit de recours supranational devant la Commission européenne des droits de l'homme, voire même devant la Cour à l'égard des Etats ayant ratifié le Protocole 9, désormais abrogé du fait de la mise en application du protocole 11. En effet, depuis le 1^{er} novembre 1998, un tel recours individuel existe désormais de plein droit devant la Cour européenne. Il n'y a plus de clauses facultatives et la Cour est devenue permanente. Ce *droit de recours individuel* permet à l'individu de se passer de toute médiation pour défendre ses droits. La valeur qu'il représente explique la résistance des ONG et de plusieurs Etats pour empêcher que la réforme de la Cour entraîne, même indirectement, un affaiblissement de ce pouvoir d'action (58).

Insistons sur le fait qu'un tel recours est reconnu à tout individu qui se trouve sous la juridiction d'un Etat partie sans distinction aucune, notamment de nationalité. C'est la conception retenue d'ailleurs par la plus grande majorité des instruments internationaux ouvrant un droit de réclamation individuel de la sorte. Car les droits fondamentaux font partie du patrimoine propre à chaque homme et à chaque femme, fussent-elles ressortissants de l'Etat en cause. On relèvera sans peine le caractère sensible d'une telle affirmation : paraphrasant Michel Virally, on note que le « droit international pénètre au cœur même du sanctuaire de la souveraineté ». Puisque les droits de l'homme sont internationalisés, leur violation entraîne un fait illicite avec les conséquences qui s'y rattachent, en écartant de ce chef toute exception issue du « domaine réservé » ou du principe de non intervention dans les affaires intérieures. L'Institut de Droit international le relevait expressément dans son importante résolution adoptée le 13 septembre 1989 à Saint-Jacques de Compostelle, en même temps qu'elle reconnaissait à l'obligation de respecter les droits de l'homme le caractère d'une coutume générale, précédant en cela la Cour Internationale de Justice (59). L'action « publique » des autres Etats en cas de lésion des droits fondamen-

(58) La Cour elle-même insiste sur le fait qu'une telle action internationale doit être effective et efficace. En ce sens, on notera un revirement notable de jurisprudence puisque l'arrêt de chambre de la Cour, *Mamatkulov et autres contre Turquie*, affirme le caractère *obligatoire des mesures provisoires* qu'elle adopte (pour le CIRDI voir *supra*).

(59) Arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, § 267. (*Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique*).

taux (au sens de l'*obiter dictum* de la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction*) est également prévue dans les travaux de codification de la Commission de droit international en matière de responsabilité internationale (60).

Le système de contrôle interaméricain sous l'égide d'organes de plus en plus dynamiques, la Commission et la Cour interaméricaines, instaure un mécanisme plutôt proche du système européen avant 1998. En l'an 2000, la modification du Règlement intérieur de la Cour a permis cependant d'améliorer considérablement la situation du requérant devant la juridiction. Bien qu'universaliste, René Cassin, ancien président de la Cour européenne, n'était pas hostile à l'existence de Cours régionales de ce genre, qu'il estimait même, semble-t-il, plus appropriées pour appliquer les normes internationales en tenant compte d'un contexte juridique et sociologique plus précis. Cependant de telles procédures régionales sont loin d'être généralisées, même si l'on doit saluer l'entrée en fonction de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples le 24 janvier 2004.

Sur le plan universel, René Cassin avait tenté au nom du gouvernement français d'introduire dans la Déclaration universelle un droit de pétition individuelle. Il n'y est pas parvenu. Mais il existe aujourd'hui, dans le cadre de plusieurs Conventions universelles, comme le Pacte international sur les droits civils et politiques par exemple, – mais sous forme de clauses facultatives –, la possibilité d'exercer un droit de recours individuel devant des Comités internationaux d'experts indépendants, organes quasi-judiciaires (61). Mais la dynamique des droits de l'homme est telle que, même en l'absence de tout traité, il est devenu possible de dénoncer certaines violations individuelles des droits de l'homme. Nous pensons en particulier aux réclamations concernant les privations arbitraires de liberté, portées devant le « Groupe Joinet » (créé par l'Avocat Général Joinet) dans le cadre des procédures thématiques instaurées par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. On n'ou-

(60) Voir notamment les articles 40 et 48 du dernier projet commentés par le rapporteur James CRAWFORD, Pédone, 2003. V. aussi G. COHEN-JONATHAN, « La responsabilité internationale pour atteintes aux droits de l'homme », *Mélanges Arangio Ruiz*, 2004, pp. 313 et s.

(61) On remarquera qu'aux Nations Unies comme à l'UNESCO (résolution 104 EX/3.3) les organes de contrôle comme les comités d'experts indépendants rendent des « constatations » qui n'ont pas formellement l'autorité de la chose jugée mais qui rencontrent la définition de l'acte juridictionnel puisqu'elles tranchent des contestations sur la base du droit, et qu'elles ne font après tout que rappeler aux Etats, à l'occasion d'un cas concret, le sens de leurs obligations conventionnelles qui, elles, sont formellement contraignantes.

bliera pas enfin d'insister à nouveau sur le rôle capital joué par les ONG auprès des juridictions internationales, et au-delà, pour aider les victimes et protéger les droits de l'homme.

C'est pourquoi, l'individu est devenu sujet de droit international à la suite de l'internationalisation des droits de l'homme sur le plan normatif et procédural.

B. – *Les caractéristiques du droit international des droits de l'homme*

Ainsi est né un droit européen et international des droits de l'homme qui, dominé par la primauté de la personne humaine, a marqué, chaque fois que cela était nécessaire, son autonomie au sein de l'ordre juridique international (quitte à éroder ou à limiter la souveraineté de l'Etat) contribuant d'ailleurs de manière plus large à son évolution (62).

Le point de départ est clair : quelle que soit la spécificité qu'il revêt sur certains points, le droit international des droits de l'homme fait *partie intégrante du droit international*. Il serait erroné et même dangereux de prétendre le contraire : le droit international est « un » et le droit international général est le droit commun. Toutefois, ce dernier, pendant longtemps, n'a été conçu que dans le cadre des relations interétatiques, dominées pour l'essentiel par le principe de réciprocité. Dès lors, il fallait admettre au sein de l'ordre juridique international l'autonomie de certains régimes – qu'il s'agisse, comme nous venons de le voir, du droit international des contrats, mais aussi du droit international de l'environnement ou du droit de la fonction publique internationale et, justement, du droit international des droits de l'homme –, autant de domaines où l'on ne se borne pas à prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats et sur une base de réciprocité le plus souvent. Quels que soient leurs présupposés idéologiques, tous les juristes – et en particulier les positivistes – doivent reconnaître cette évidence : l'existence d'une pluralité de régimes juridiques au sein d'un même ordre juridique. Plutôt que de parler de fragmentation du

(62) Nous nous permettons de renvoyer à ce sujet aux conclusions générales que nous avons développées au Colloque organisé à Strasbourg par la Société Française pour le Droit International sur le thème : « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », Pédone, Paris, 1998, (pp. 335 et suivantes à propos des sujets de droit international).

droit international (63), ne faut-il pas admettre que le droit international est un droit pluriel, même s'il comporte – notamment sur le plan institutionnel – un grand nombre de principes communs à toutes ses « branches » ?

La référence du droit international des droits de l'homme au droit international est donc assez fréquente (64). Elle trouve naturellement des limites tenant à la *sauvegarde de la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme*. Une fois encore, la logique des droits de l'homme, c'est sa raison d'être, dépasse le jeu et le droit des relations purement interétatiques. Son caractère singulier tient à quelques facteurs bien connus : d'abord le droit international des droits de l'homme n'a pas pour objet de créer des engagements synallagmatiques dominés par le principe de réciprocité. Au contraire, comme la Cour européenne l'a mis en exergue dans son arrêt du 18 janvier 1978 (65) (et comme l'avait nettement pressenti la CIJ dans son avis de 1951 sur le génocide), les traités (ou coutumes) relatifs aux droits de l'homme ne visent pas les intérêts réciproques des Etats. Ils engendrent des obligations *objectives* qualifiées aussi d'« intégrales » car elles impliquent l'uniformité de conduite à l'égard de tous les individus, destinataires réels des droits garantis. Il s'agit donc d'obligations absolues qui ne sont pas assujetties à des conditions de réciprocité, en particulier pour la raison évidente que le caractère essentiel de tels traités est d'obliger les Etats à respecter certains standards à l'égard principalement de leurs propres ressortissants (66). C'est pourquoi il faut rejeter tous les arguments issus du droit international qui ne répondent pas à cet objectif essentiel. Tel est le cas du régime des réserves concernant les traités relatifs aux droits de l'homme : s'écartant délibérément des prescriptions de la Convention de Vienne de 1969 sur le

(63) Sur les travaux de la Commission du droit international à ce sujet voir « Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » A.G. A/CN.4/L.644, (18 juillet 2003).

(64) V. G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS, « Droit international, Droits de l'homme et juridictions internationales », Séminaire du 10 juillet 2003 (Institut Cassin), Coll. « Droit et Justice », n° 55, Bruylant, 2004.

(65) Sur ce point, la Cour européenne reprend une doctrine très bien explicitée par la Commission (V. G. COHEN-JONATHAN, *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, pp. 54-55), et qui s'inspire de la théorie déjà formulée par Sir Gerald Fitzmaurice à propos de la Convention sur le génocide : « it is... an obligation toward all the world rather than toward particular parties. Such obligations may be called self-existent... » (Commission du droit international, deuxième rapport sur le droit des traités, *Annuaire*, 1957, II, p. 54).

(66) Th. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, pp. 99 et s.

droit des traités, la Cour européenne (arrêt *Belilos*, 1988) a invalidé elle-même des réserves trop générales ou incompatibles avec le but et l'objet essentiel du traité, et cette attitude, jugée audacieuse par certains, a été reprise aussi bien par la Cour interaméricaine des droits de l'homme que par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (67).

– La spécificité des droits de l'homme explique d'autres inflexions au droit international général.

Tout d'abord le contenu de ce droit, qui a un support conventionnel, est largement développé par les organes de contrôle qui le précisent et le complètent de façon à ce que les droits soient les plus concrets et *effectifs*. Les obligations créées à l'endroit des Etats, et notamment les *obligations procédurales*, renforcent en effet la protection de l'individu.

D'autre part, – comme le droit international des contrats – le droit international des droits de l'homme fait largement appel aux *principes généraux du droit* (la source la moins volontariste...) pour interpréter ou compléter les normes internationales dans « les conditions de la vie d'aujourd'hui ». Ce qui permet de garantir un droit évolutif et approprié.

Toujours à propos de l'interprétation on relèvera que les institutions de contrôle des droits de l'homme se réfèrent fréquemment aux autres clauses figurant dans des traités comparables et à la jurisprudence éventuelle des organes respectifs de contrôle. Cette méthode *comparative* (68) peut s'avérer très fructueuse en vue d'une construction cohérente de la garantie des droits de l'homme. Aujourd'hui donc, il existe ainsi une interaction entre les systèmes du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention interaméricaine.

Ainsi dans l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie* (à propos du caractère obligatoire des mesures provi-

(67) G. COHEN-JONATHAN, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme », *R.G.D.I.*, publ. 1996, n° 4, pp. 915-949 et la décision *Kennedy* du CDH du 2 novembre 1999 (CCPR6/67/D845/1999).

(68) Qui était déjà bien perceptible. Voir par exemple nos chroniques depuis 1999 à l'*A.F.D.I.*, « Cour européenne et droit international général ». V. aussi le rapport SFDI de Bordeaux sur « La Convention européenne et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils », Paris, 1977.

soires) (69), la Cour européenne se fonde largement sur la pratique de la Cour interaméricaine (ordonnances des 25 mai et 25 septembre 1999, affaire *James et autres contre Trinité et Tobago*), de plus en plus sollicitée par ailleurs (v. aussi l'arrêt *Öcalan* du 12 mars 2003, analysé dans le rapport de J-F. Flauss). La Cour prend appui également sur la « jurisprudence » pertinente du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du Comité contre la torture, citée avec précision dans l'arrêt du 6 février (§§ 45 à 48). La Haute Juridiction trouve enfin des indications précieuses dans l'arrêt *LaGrand* rendu le 27 juin 2001 par la Cour internationale de Justice.

De même, si les juridictions « droits de l'homme » se réfèrent souvent à la convention de Vienne sur les droits des traités, afin d'assurer efficacement la sauvegarde des droits de l'homme elles ont tendance à adopter une méthode d'interprétation « finaliste et progressiste ». Comme nous l'avons détaillé dès 1989, la méthodologie générale s'écarte le plus souvent des règles d'interprétation du droit international classique. Ce dernier postule que les limitations de souveraineté doivent être appréciées restrictivement. Par contre, la Cour de Strasbourg, par exemple, interprète de manière fonctionnelle et non restrictive les engagements des Etats et, à l'opposé, elle interprète restrictivement les limitations que les Etats peuvent apporter à l'exercice des libertés. Il s'agit d'un véritable *renversement de méthode*.

— Notons enfin que le droit international des droits de l'homme, en tant que branche autonome dans l'ordre juridique international a constitué un facteur d'évolution de ce dernier. Nous avons déjà développé ce point dans les conclusions générales précitées du colloque de Strasbourg sur la protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (70). Cela incitera peut-être le juge national et international à faire une « lecture » attentive des traités (voire des règles coutumières...) pour faire ressortir les *droits des individus*, droits qui leurs sont propres et qui sont opposables directement à l'égard des Etats et des autres personnes privées sur le plan international. Les règles sur l'immunité de juridiction doivent tenir compte du « droit au juge » par exemple; de même, un traité

(69) Revirement attendu de la Cour depuis l'arrêt *Cruz Varas*, dont la solution négative (à une voix de majorité) était peu heureuse (*Revue universelle* 1991, p. 205) mais qui doit être confirmé par une Grande Chambre de la Cour.

(70) SFDI, Pédone, Paris, 1998, pp. 309 et s.

sur les relations consulaires contient aussi des dispositions propres aux individus (affaire *LaGrand contre Etats-Unis*, CIJ, 2001).

Cela concerne aussi le problème de l'organe qualifié pour procéder à l'interprétation des normes. Ainsi, en France, sous la poussée des droits de l'homme la technique d'interprétation du traité international en général (au-delà des droits de l'homme) a été modifiée (71).

Au niveau de la responsabilité internationale les systèmes sur les droits de l'homme ont permis de « façonner » bien des institutions classiques. Tel est le cas de la pratique d'épuisement des voies de recours interne. Mais, au-delà, c'est toute l'institution de la protection diplomatique, et notamment des règles de recevabilité qui doit être « revisitée » à la lumière du statut de l'individu par le droit international des droits de l'homme. D'ores et déjà le Professeur Benouna le notait clairement dans son Rapport préliminaire sur la protection diplomatique présenté devant la CDI (4 février 1998, A/CN.4/484) (72).

C. – *Les obligations internationales des personnes privées*

– Enfin, la Déclaration universelle de 1948 évoquait de manière assez nouvelle l'esprit de fraternité et les « devoirs » entre personnes privées. René Cassin expliquait que cet esprit de fraternité créait à la charge de chaque individu des devoirs de solidarité à l'égard de ses prochains comme, surtout, de ceux qui étaient différents. Il fallait bannir toute exclusion pour quelque motif que ce fût au profit d'une tolérance qui permet d'accepter, et d'aider l'autre et son droit à la différence.

(71) Il faut signaler que le juge européen avait condamné toute mutilation de la fonction juridictionnelle en estimant que le juge national dans son travail d'interprétation d'un traité devait rester indépendant à la fois par rapport à l'exécutif (*Beaumartin*, 1994) et par rapport au « législatif » (*Raffineries grecques*, 1994). Dès l'arrêt *Gisti*, le Conseil d'Etat avait des lors modifié sa méthode à l'égard de l'exécutif, suivi de la Cour de Cassation dans l'arrêt du 19 décembre 1995, *Gazette du Palais*, 29 juin 1996 (note G. COHEN-JONATHAN). Par contre, à propos de la notion de réciprocité qui est liée à l'application de l'article 55 de la Constitution française, depuis l'arrêt *Chevrol* du 13 février 2003 la France entretient avec les instances européennes un dialogue difficile (Conseil d'Etat, 11 février 2004).

(72) Sous la pression des « souverainistes » le nouveau rapporteur, M. Duggart, suit une ligne plus modérée mais également significative. V. J-F. FLAUSS, « Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme », *R.S.D.I.E.*, 2003, n° 1, pp. 1-36. V. aussi Monica PINTO, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 3, pp. 513 et s.

De manière plus juridique, René Cassin, Jean Rivero et René-Jean Dupuy plus tard, insisteront sur cette *dimension « horizontale »* et non plus seulement verticale des droits de l'homme. Et il est vrai que pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter aussi dans les rapports entre personnes privées.

Quand aux crimes les plus monstrueux, génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, ils devraient être justiciables d'un droit pénal international. A cet égard, René Cassin aurait certainement applaudi au progrès incontestable – même s'il est encore imparfait – que représente la création d'une Cour pénale internationale permanente.

– En effet, s'il est sujet de droits définis par le droit international, l'individu est également titulaire d'obligations internationales. La coopération de tous les membres de la Communauté internationale doit tendre à organiser la répression de ceux qui ont blessé l'Humanité, si possible devant des juridictions internationales ou à défaut auprès de juridictions nationales agissant au titre du « dédoublement fonctionnel », pour reprendre les termes utilisés par Georges Scelle.

L'œuvre accomplie par les juridictions spéciales pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda est déjà considérable. Nous voudrions ici faire simplement quelques observations sur cette responsabilité pénale individuelle en rapport avec la théorie des droits de l'homme, droits et obligations. En effet les juridictions pénales se réfèrent d'abord à la jurisprudence des juridictions « droits de l'homme » (ainsi que du Comité des droits de l'homme des Nations Unies) au niveau de la procédure pénale internationale mais elles utilisent également cette même jurisprudence pour préciser ou « enrichir » la définition de certaines infractions (73). Quoi de plus normal d'ailleurs car en de nombreuses circonstances les « devoirs » humanitaires correspondent aux obligations des individus à l'égard des autres personnes privées dont les droits sont opposables à tous. Bien des exemples pourraient être cités. On retiendra l'arrêt *Kunarac* rendu par la

(73) Dans l'affaire dite des médias, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le 3 décembre 2003 a condamné plusieurs journalistes pour avoir incité au génocide des Tutsis. Le Tribunal évoque longuement la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité de New York à l'effet de démontrer que la liberté d'information rencontre des limites légitimes pour le respect des droits d'autrui. V. G. COHEN-JONATHAN, « Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales », *Rapport introductif général*, Bruylant, 2004, pp. 9-55. (35).

Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie le 12 juin 2002, qui veut marquer le rapprochement entre les droits de l'homme et le droit humanitaire. En effet, le Tribunal pénal international essaie de démontrer que les incriminations du droit international humanitaire ne correspondent pas à un droit dérogatoire; elles sont plutôt la manifestation dans des circonstances qui sortent de l'ordinaire, du caractère « intangible » acquis par les « devoirs élémentaires de l'individu » à l'égard des autres individus. En l'espèce, les viols, prostitutions forcées, traitements inhumains mis à la charge des coupables dans l'affaire *Kunarac* ont naturellement leur équivalent en dehors des circonstances de guerre et doivent être sanctionnés comme obligations de l'individu.

A fortiori, et en dehors de tout conflit armé, les attentats terroristes constituent une atteinte arbitraire au droit à la vie (véritable norme de *jus cogens* des droits de l'homme selon le Comité de New York (74)) dans la mesure où ils visent la population civile. Si cette dernière est atteinte de manière répétitive ou massive, l'infraction est aggravée par le crime de « terrorisation » défini par le droit international coutumier. On lira avec attention à ce sujet le jugement du TPIY du 5 décembre 2003, *Galic* (Sarajevo) qui marque une avancée du droit pénal international et explicite le crime de « terrorisation ». C'est naturellement la manifestation d'un traitement inhumain interdit par l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui correspond au « noyau dur » des droits de l'homme. On remarquera aussi que ce jugement *Galic* confirme l'intérêt conceptuel du droit humanitaire pour la définition et la compréhension du terrorisme international (75).

Ceci dit, dans toutes ces hypothèses, l'individu est donc sujet d'obligations internationales de caractère pénal. Mais il s'agira de trouver le juge pénal compétent. À défaut d'une juridiction internationale, on imaginera des solutions *ad hoc* comme celles de juridictions mixtes comportant des juges nationaux et internationaux, désignés par l'ONU, par exemple (comme il en est question pour juger les khmers rouges au Cambodge). Eventuellement, des juridic-

(74) Observations générales n° 24 (52) du 2 novembre 1994, § Ia. La Cour européenne qualifie le droit à la vie de « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international », arrêt *Streletz et autres contre Allemagne*, 22 mars 2001, § 73.

(75) V. Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2004, n° 2.

tions pénales nationales à déterminer pourront exercer cette fonction au titre du dédoublement fonctionnel.

— De manière plus générale, René Cassin insistait fortement sur la notion « horizontale » et non plus seulement verticale des droits de l'homme — c'est-à-dire des « devoirs » des hommes les uns à l'égard des autres. Il s'en est expliqué notamment dans un article paru dans les *Mélanges Modinos* et tout un tome du *Liber amicorum* est consacré à cette question (76). Et il vrai que, pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter aussi dans les rapports entre personnes privées. La plupart des droits, en dehors des droits-créance, sont ainsi opposables *erga omnes*. En pratique, cette idée devrait être plus facilement retenue en droit interne qu'en droit international. Un des obstacles à la reconnaissance des devoirs interpersonnels dans les traités internationaux réside dans le fait qu'apparemment les Etats semblent être les seuls titulaires des obligations. Au surplus, sur le plan procédural, les requêtes pour violation des droits sont toujours dirigées contre l'Etat-partie.

Cependant, une telle rigidité a connu assez vite une atténuation dans un sens qui avait été bien perçu par Marc-André Eissen. Comme la Cour européenne l'a relevé en 1979, dans l'arrêt *Marckx*, à propos du droit au respect de la vie privée et familiale, il est bien établi désormais que la Convention européenne contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'Etat, mais encore obligent l'Etat à protéger les droits de l'individu même contre les agissements d'autrui. La Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Young* devait pour la première fois clarifier cette tendance à propos d'un licenciement pour refus d'adhérer à un syndicat déterminé (77). Un tel effet attribué à la Convention renforce notablement la protection des individus particulièrement dans le domaine de la liberté d'expression, de la liberté de conscience et du droit au respect de la vie privée. L'exemple européen a été pro-

(76) René CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III.-V. notamment les études de M.A. EISSEN, pp. 151 et s. et J. RIVERO, pp. 311 et s.

(77) Requêtes n° 7601/76 et 7806/77 *Young, James et Webster contre Royaume-Uni* - Rapport de la Commission adopté le 14 décembre 1979.

longé concrètement dans les autres instruments relatifs aux droits de l'homme (78).

Dans la Convention européenne des droits de l'homme les personnes privées se voient imposer de réelles *obligations* (79) par la norme européenne. On citera rapidement les dispositions relatives à l'article 17 de la Convention (abus de droit) et les clauses de limitations relatives aux articles 8 à 11 de la Convention, mais cela résulte surtout d'une jurisprudence européenne en plein développement. On relèvera par exemple l'arrêt du 10 mai 2001, *Chypre contre Turquie* (80), ou l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* du 28 mars 1985, (§ 23) : la Convention peut impliquer l'adoption de mesures – éventuellement pénales – visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. On pourrait citer l'arrêt *Gustafsson contre Suède* du 25 avril 1996 : « L'Etat peut être tenu responsable au regard de l'article 1 du premier protocole additionnel, des ingérences dans l'exercice du droit au respect des biens résultant de transactions conclues entre particuliers » (§ 60), et bien d'autres précédents.

Les précédents sont assez nombreux (81) et correspondent à ce que l'on appelle l'« effet horizontal indirect des droits de l'homme » puisque la sanction passe par la notion « d'obligation active » de l'Etat. En effet sauf à s'exprimer comme *amicus curiae*, la victime d'une violation de la Convention par un autre individu n'est pas autorisée sur le plan procédural à intenter une action contre lui devant le juge international.

Par contre, cet accroissement de responsabilité des Etats s'accompagne plus clairement d'une obligation des individus de respecter les

(78) Dans une constatation du 27 mai 2002, la Commission interafricaine reprend ce type de raisonnement en estimant que le Nigeria était responsable des pollutions engendrées par les exploitants pétroliers qu'il avait autorisé. C'est une consécration du droit à un environnement sain et de qualité mais sa sanction découle d'une obligation active mise à la charge de l'Etat.

(79) Le terme obligation nous paraît préférable au terme devoir. Sur ce point nous partageons pleinement l'avis de Jean Rivero, selon lequel « la contrepartie des droits, au point de vue juridique, ce ne sont pas des devoirs mais des obligations. Enoncer droits et devoirs dans le même texte peut créer des doutes sur la valeur juridique des droits et donner à penser que comme les devoirs, ils relèvent seulement de l'éthique » (ou de la morale...), J. RIVERO, Paris, P.U.F., 1987, p. 74.

(80) « Si les autorités d'un Etat contractant approuvent formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis dans la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention » (§ 81). V. aussi D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention » dans *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, pp. 133 et s.

(81) F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1995, p. 363.

droits conventionnels. Et cette fois en *droit interne l'applicabilité horizontale est directe* (82).

En effet, rien ne s'oppose à ce que le juge interne applique la Convention dans des contentieux interindividuels. Le fait que la Convention fasse partie du droit interne – souvent d'ailleurs avec un rang supralégislatif – habilite le juge à faire respecter l'effet direct des droits garantis, qui est aussi bien vertical qu'horizontal (83). Et pourtant certaines juridictions ne semblent pas encore l'avoir pleinement compris. Toutefois, en France, la Cour de Cassation a donné l'exemple. Ainsi, une décision du 6 mars 1996 se prononce nettement en faveur de l'applicabilité horizontale en estimant dans un litige de bail à loyer que :

« Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8... de la Convention européenne des droits de l'homme, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches » (84).

De même, en 1990 la Cour de Cassation a fondé sur l'article 8 de la Convention la condamnation d'un organe de presse pour atteinte au respect de la vie privée (civ. 23 octobre 1990, I, n° 222, p. 158). De même, par un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour de Cassation (Chambre sociale) a jugé qu'une clause de transfert de domicile insérée dans un contrat de travail n'est opposable aux salariés, au regard de l'article 8 de la Convention, que si l'atteinte portée au libre choix du domicile est proportionnée au but recherché et justifiée par le caractère indispensable pour l'entreprise de ce transfert (85). La Haute juridiction fait ainsi une application horizontale de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il nous semble qu'une telle tendance, déjà bien perçue en Allemagne et en Belgique doit prospérer et illustrer une fois encore que l'individu est bien un sujet de droits (et d'obligations) définis par le droit international et qu'il fait valoir en tant que tels devant le juge international et éventuellement devant le juge interne. Ce mouvement qui consiste à désigner directement l'individu comme titulaire d'obligations internationales se manifeste encore dans d'autres

(82) O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 21.

(83) G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, 3^e édition, 2002, p. 78.

(84) Cass. civ. 3^e, *J.C.P.*, 1996, éd. G, IV, p. 793. V. SPIELMANN, étude précitée dans *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p. 167.

(85) V. la chronique de Christophe PETTITI, *Travail et protection sociale*, n° 4, avril 1999, p. 4.

domaines (86). Il reste pour le contentieux des droits comme pour celui des obligations à *compléter* d'urgence l'éventail de *recours effectifs et appropriés* auprès d'un organe indépendant et impartial. Finalement... tout concourt à bien établir que le présent « retour » n'était pas inutile puisqu'il renforce la thèse selon laquelle l'individu est un sujet de droit des Gens : sur cette question importante le droit international des droits de l'homme ne fait qu'élargir la conclusion obtenue à partir du droit international des contrats.

(86) On constate que le Conseil de Sécurité n'hésite pas à citer le nom des personnes ou de groupes qui sont en infraction en droit international et causent éventuellement des violations considérables des droits de l'homme. V. par exemple la déclaration de la Présidente du Conseil de Sécurité du 15 novembre 2001 (S/PRST/2001/36). V. aussi la Résolution 53/144 de l'Assemblée Générale de l'ONU, « Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme universellement reconnus » (A/RES/144, 8 mars 1999). V. aussi la résolution de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev2) (26 août 2003) sur « Les obligations incombant aux entreprises multinationales et autres entreprises commerciales au titre des droits de l'homme ».