



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des affaires étrangères DFAE
Direction du droit international public DDIP

La pratique suisse en matière de droit international public 2011

par Lucius Caflisch¹

Version intégrale²

Berne, avril 2013

¹ Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg; Professeur honoraire de l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement, Genève; membre de la Commission du droit international des Nations Unies.

² Les textes se rapportant à la Pratique suisse en matière de droit international public 2011 ayant été particulièrement abondants, quelques documents (n^{os} 2.1, 2.2, 8.1 et 10.1) ne figurent pas dans la Pratique suisse 2011 publiée à la Revue suisse de droit international et de droit européen, RSDIE 2013 p. 99, revue éditée par la Société suisse de droit international (SSDI). Le lecteur trouvera cependant dans le présent document la version complète de la Pratique suisse 2011, y compris les notes relatives aux documents susmentionnés.

Sommaire

1.	Les sources du droit international	3
2.	Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	4
3.	Les sujets du droit international	26
4.	Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	28
5.	Le territoire étatique	33
6.	Identité, continuité et succession d'Etats	36
7.	Les organes du droit international	36
8.	La responsabilité internationale	42
9.	Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement	44
10.	Droit de conflits armés	55
11.	La neutralité	63

Abréviations

aCst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS, vol. 1, p. 3)
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
DDIP	Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
Répertoire	Répertoire suisse de droit international (1914-1939), P. GUGGENHEIM (dir.), 5 vol., Bâle 1975
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral; Recueil systématique des lois et ordonnances 1843-1947 (si le volume et la page sont indiqués)
Sem.jud.	Semaine judiciaire
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 7.5, 8.1 et 10.1)

1.1 Réserves aux traités internationaux: effets de l'acceptation collective d'une réserve invalide; statut de l'auteur d'une réserve invalide à l'égard du traité

Donnant suite à une invitation de la Commission du droit international (CDI), la Suisse a adressé à la Commission, le 1^{er} février 2011, des commentaires portant sur deux projets de directives à insérer dans le Guide de la pratique en matière de réserves aux traités, les n^{os} 3.3.3 et 4.5.2. Voici le texte des deux commentaires:

"Les observations de la Suisse se concentreront d'abord sur le *projet de directive n°3.3.3* (Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide - Une réserve interdite par le traité ou incompatible avec son objet et son but est réputée valide si aucun des Etats contractants ou organisations contractantes n'y fait objection après en avoir été expressément informé par le dépositaire à la demande d'un Etat contractant ou d'une organisation contractante.).

Ce texte offre une procédure permettant de rendre valide une réserve qui ne l'est pas. La Suisse est consciente des avantages que pourraient apporter une telle proposition. Mais une première question se pose: un tel texte ne se heurte-t-il pas au prescrit de l'article 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités,¹ qui part du principe qu'une réserve non valide ne devrait en principe pas être formulée ('Un Etat ... peut formuler une réserve, à moins que: ...') ? Offrir une telle procédure ne risque-t-il pas d'encourager le dépôt de réserves non valides, y compris de réserves qui seraient incompatibles avec l'objet et le but du traité, au sens de la lettre c de cette disposition ?

La procédure offerte permettrait, qui plus est, de rendre valide une réserve non valide par une acceptation seulement tacite. L'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne précitée, qui prévoit qu'une réserve est réputée acceptée en l'absence d'objection, ne prévoit pas que ce silence aurait pour effet de rendre valide une réserve qui ne l'est pas. La solution adoptée pour les réserves tardives, qui a inspiré la Commission pour la rédaction de ce projet de directive, est-elle transposable aux réserves non valides ? Dans le cas des réserves tardives, seul en effet le caractère tardif de la réserve est 'réparé' par l'acceptation tacite des Parties. Mais une réserve tardive qui serait en outre matériellement non valide peut-elle être rendue valide par un consentement tacite ?

Ce projet de directive pose une autre question fondamentale. La procédure offerte permettrait, par le biais du mécanisme des réserves aux traités, de modifier matériellement le traité lui-même, comme le reconnaît le commentaire (chiffres 8 et 11 par exemple).² La Suisse se demande s'il est opportun de créer, au sein du système déjà complexe des réserves, une nouvelle procédure d'amendement applicable à tout traité. Ne vaut-il pas mieux, pour des motifs de sécurité juridique notamment, que les Parties désireuses de modifier un traité soient contraintes d'emprunter les voies prévues par les clauses finales du traité lui-même ?

Enfin, l'absence de délai d'objection pose de nombreuses questions et mettrait le dépositaire dans des situations extrêmement difficiles. Outre que les tâches du dépositaire seraient alourdies par la procédure prévue, celui-ci, et à sa suite toutes les Parties, resteraient longuement, voir indéfiniment, dans l'attente de savoir si la réserve a été rendue valide ou non.

La Suisse est dès lors de l'avis qu'il y a probablement encore quelques questions à clarifier avant de fixer le principe qu'une réserve non valide puisse être rendue valide par acceptation tacite, fût-ce collectivement et fût-ce avec les cautions prévues par le n° 3.3.3. A tout le moins, le problème de l'absence de délai d'objection doit être résolu.

Les observations de la Suisse se focaliseront ensuite, plus brièvement, sur le *projet de directive n°4.5.2* (Statut de l'auteur d'une réserve non valide à l'égard du traité - Lorsqu'une réserve non valide a été formulée, l'Etat ou l'organisation internationale auteur de la réserve est considéré Etat contractant ou organisation contractante ou, le cas échéant, Partie au traité sans le bénéfice de la réserve, sauf si l'intention contraire ce celui-ci ou de celle-ci est établie ...).

La question de savoir si l'auteur d'une réserve peut être considéré, au cas où la réserve s'avère non valide, comme lié par le traité sans le bénéfice de la réserve ou s'il doit au contraire être considéré comme n'étant pas lié du tout par le traité, mérite de trouver réponse. Il serait regrettable qu'en raison de la difficulté du problème, la question demeure irrésolue.

Il apparaît incontesté qu'il est impératif de se baser sur l'intention de l'auteur de la réserve et que le problème demeure uniquement si cette intention ne peut pas être établie. Partir d'une présomption inverse et poser que, si l'intention de l'auteur de la réserve ne peut être établie celui-ci n'est pas lié par le traité, ne semble pas souhaitable et pourrait poser plus de problèmes encore. Aussi la Suisse se demande-t-elle si une solution ne consisterait pas dans le maintien de la présomption du projet de directive n° 4.5.2., mais en atténuant le degré de vraisemblance nécessaire pour considérer que l'intention de l'auteur de la réserve est établie. Car une directive sur le sujet incluant une présomption aurait en outre l'avantage certain d'encourager vivement l'auteur de la réserve à dévoiler ses

¹ Convention du 23 mai 1969 (RS 0.111).

² Voir Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international, 62^e session, 3 mai - 4 juin et 5 juillet - 6 août 2010, Assemblée générale, Documents officiels, 65^e session, Supplément n° 10 (A/65/10), pp. 78-79.

intentions en cas de réserve non valide plutôt que de garder le silence ou de persister sans commentaire dans l'affirmation de la validité de sa réserve."

Extrait d'une lettre adressée le 1^{er} février 2001 par le Représentant permanent de la Suisse auprès des Nations Unies au Secrétaire de la Commission du droit international.

Document inédit.

1.2 Réserves aux traités internationaux: moment de leur formulation

Extrait d'un avis de droit de la Direction du droit international public:

"L'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [du 23 mai 1969] (RS 0.111) établit un principe général en vertu duquel les Etats ne peuvent formuler de réserves que lorsqu'ils signent ou ratifient une convention internationale. Ils ne sont en principe pas habilités à formuler de réserves une fois qu'ils sont déjà Parties à un traité. En outre, les réserves qui peuvent être faites lors de la signature ou de la ratification du traité ne doivent pas être interdites par la convention en question ou, si la convention limite le type de réserves possibles, constituer une des réserves que la convention autorise. Par ailleurs, les réserves ne doivent pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité (cf. lettres a-c de l'article 19 convention de Vienne)."

Avis de droit de la DDIP du 14 mars 2011.

Document inédit.

2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes

2.1 Rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes. Hiérarchie des règles du droit des gens; moyens de faire respecter cette hiérarchie. Droit coutumier et droit des traités: *pacta sunt servanda*; modification; inexécution; extinction; *jus cogens*; Droits de l'homme et droit international humanitaire

La question des relations entre le droit international et le droit interne a, de tout temps, préoccupé les autorités et les milieux politiques suisses. Tout dernièrement cette préoccupation a fait l'objet de deux postulats. Le premier émane de la Commission juridique du Conseil des Etats; il demande au Conseil fédéral un rapport notamment sur l'opportunité de remplacer le système moniste actuellement pratiqué en Suisse par un système dualiste et sur l'établissement d'un mécanisme permettant de soumettre au Tribunal fédéral, dans tous les cas, les décisions d'instances inférieures relatives aux rapports entre droit international et droit national. Le second postulat émane de la Commission des institutions politiques du Conseil national et se rapporte, en particulier, aux moyens aptes à assurer la conformité au droit international des initiatives populaires, de plus en plus nombreuses.

Il est impossible de reproduire l'ensemble du Rapport du Conseil fédéral sur ces questions. Il a donc fallu faire un choix. Un premier passage retenu est consacré à la hiérarchie des règles du droit international.

"4. *Les règles de droit international*

...

4.7 La hiérarchie des règles de droit international

Le droit international ne connaît pas de hiérarchie à proprement parler, contrairement au droit interne où la Constitution, les lois et les ordonnances forment un édifice cohérent. Cependant, il existe certains principes pour résoudre d'éventuels conflits entre deux normes³. L'un d'eux, essentiel, s'applique aux normes du *jus cogens* - ou normes impératives du droit international: toute norme non impérative incompatible avec une norme impérative du droit international est automatiquement nulle, comme le prévoit expressément l'article 53 de la Convention de Vienne.⁴ Le *jus cogens* est pour les traités une limite matérielle.

L'article 53 de la Convention de Vienne définit la norme impérative du droit international comme une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Il s'agit donc d'une disposition si fondamentale pour la communauté internationale qu'aucune violation ne saurait être admise. On peut citer comme exemples reconnus l'interdiction de la torture, l'interdiction du génocide, l'interdiction du recours à la force telle qu'elle est régie par la Charte de l'ONU, l'égalité des Etats et certaines règles fondamentales du droit international humanitaire.

Hormis le cas d'un conflit entre une norme non impérative et le *jus cogens*, les principes suivants s'appliquent:

- Conflit entre le droit conventionnel et le droit coutumier: il est possible de déroger, dans un traité international, aux règles du droit coutumier qui ne sont pas du *jus cogens*. En d'autres termes, le droit conventionnel prime les règles

³ Voir WALTER KÄLIN, *Völkerrecht - eine Einführung*, 2^e éd., Berne 2006, p. 14; KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 5^e éd., Munich 2004, pp. 251 et ss.

⁴ Voir ci-dessus, note 1.

non impératives du droit coutumier. D'ailleurs, ce principe est souvent un corollaire de celui de la primauté de la norme spéciale (ici les traités) sur la norme générale (ici le droit coutumier), connu sous la forme de l'adage *lex specialis derogat generali*. Cette hiérarchisation n'interdit pas que les deux sources du droit puissent être appliquées en parallèle (cas dans lequel il ne devrait pas y avoir de conflit), ni que le droit coutumier puisse prendre le pas sur des dispositions conventionnelles (voir article 38 de la Convention de Vienne).

- Relation des principes généraux de droit avec les traités et le droit coutumier: les principes généraux de droit s'appliquent de manière subsidiaire ou complémentaire, lorsque les traités internationaux et le droit coutumier ne suffisent pas pour résoudre un différend (...). Il est donc très rare qu'ils entrent en conflit avec ces deux autres sources de droit.

- Conflit entre traités: les Etats Parties prévoient souvent des clauses de résolution des conflits entre les traités. La plus prééminente de ces clauses est l'article 103 de la Charte de l'ONU: 'En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.'⁵ Faute d'une telle clause, ce sont les règles générales de résolution des conflits du droit international qui s'appliquent (voir articles 30 et 59 de la convention de Vienne). Outre le principe *lex specialis derogat generali*, on reconnaît que les normes postérieures priment les normes plus anciennes (*lex posterior derogat priori*).

- Conflit entre deux règles de droit coutumier: vu la manière particulière dont naît le droit coutumier (...), un conflit n'est pas imaginable. S'il apparaît une nouvelle règle coutumière, contraire à une norme précédente, la plus ancienne disparaît.

Ces principes de résolution des conflits, plutôt techniques, ne permettent guère de tirer des conclusions quant à la portée de l'un ou l'autre type de dispositions de droit international, à l'exception du *jus cogens*. Ces dispositions peuvent être d'importance diverse, ce qui influe sur leur portée matérielle et donc sur leur rang au sein du droit international. Il est [ainsi] tout à fait possible qu'une règle de droit coutumier (exceptionnellement un principe général de droit) l'emporte sur une disposition contraire convenue entre deux Parties, si elle est de plus grande portée ou qu'elle soit mieux respectée dans une situation concrète.⁶

Un deuxième passage retenu porte sur la relation entre le droit national et le droit international en général.

"5. La relation entre droit national et droit international en général

5.1 Introduction

Dans tous les Etats, la relation entre droit national et droit international dépend de trois éléments. Le premier est la *validité* du droit international: acquiert-il force de loi immédiate à l'intérieur de l'Etat, ou bien doit-il être repris par un acte de droit national pour être valable ? Le deuxième élément est son *applicabilité*: peut-il être appliqué directement par les autorités et les tribunaux ou bien doit-il faire l'objet d'un acte d'exécution ? Le troisième et dernier élément est le *rang* qui lui est accordé: en cas de conflit de normes, le droit national prime-t-il, ou bien s'efface-t-il devant le droit international ?

Notons au passage que le droit international lui-même ne donne pas d'indication générale quant à la façon dont il doit être mis en œuvre au plan interne. Chaque Etat est libre de choisir la manière dont il remplira ses engagements, bien qu'il doive assumer une responsabilité internationale s'il les viole (...).

5.2 Validité

Il relève du choix politique de chaque Etat de décider si le droit international a force de loi immédiate à l'intérieur de ses frontières ou s'il doit être repris dans un acte normatif du droit interne. La théorie juridique oppose deux grands systèmes, le monisme et le dualisme.

Le *monisme* repose sur l'idée, relevant de la philosophie du droit naturel, d'un ordre juridique unique et cohérent.⁷ Selon cette conception d'un droit uniforme, les règles du droit international deviennent automatiquement partie intégrante du droit national ('adoption').

Le *dualisme* trouve ses racines dans les nationalismes du 19^e siècle: à cette époque où plusieurs pays réalisèrent leur unification, l'Etat national semblait la puissance suprême qui n'avait aucun compte à rendre à l'extérieur. Dans la théorie dualiste, le droit international et le droit interne naissent de sources différentes, le premier d'un processus international, le second de l'action du pouvoir législatif de chaque Etat. Il s'agit de deux ordres juridiques distincts qui peuvent se toucher mais ne se recoupent pas.⁸

Les Etats qui ont opté pour une approche dualiste n'appliquent pas aujourd'hui le système dans toute sa rigueur. Les normes internationales doivent être reprises dans le droit national pour un acte interne constitutif pour acquérir force de loi ('transformation' ou 'réception'). Pour les traités, il s'agit en général d'une loi, soumise à l'aval du parlement,

⁵ Voir ATF 133 II 450, 457, *Nada* [Pratique suisse 2007, n° 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467]. La primauté fondamentale de la Charte de l'ONU a néanmoins été relativisée dans un arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU fondée sur le chapitre VII de la Charte face au droit communautaire: cf. affaire C-402/05 P, *Kadi/Conseil et Commission*, n°s 280 et ss.

⁶ Voir ATF 126 II 324, 327 et s. Primauté des conventions sur les droits de l'homme par rapport à des traités au contenu plus spécial, par exemple, primauté de la CEDH [Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, RS 0.101] sur un traité bilatéral portant atteinte aux droits de l'homme, RSJB [Revue de la Société des juristes bernois], vol. 138, octobre 2002, pp. 691 et s.

⁷ HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., 1960 (réimpression Vienne 1992), p. 329.

⁸ HEINRICH TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, p. 111.

déclarant le traité valable dans l'Etat considéré. Cette loi peut être un simple *ordre d'exécution*, auquel cas la norme reprise conserve son caractère de droit international et ses modifications acquièrent aussitôt force de loi dans le pays considéré. L'Etat peut cependant aussi édicter un acte spécial - en règle générale une loi - reprenant les normes d'un traité et les transformant en règles du droit national ('transformation ou réception spéciale'). Les modifications décidées au niveau international ne deviennent pas automatiquement partie intégrante du droit interne. Ce système convient donc mal au droit coutumier, en constante évolution. Dans les Etats dualistes, celui-ci est souvent repris dans le droit national par une disposition constitutionnelle qui reconnaît de manière générale sa validité en droit interne ('transformation ou réception générale'). L'Allemagne, le Royaume-Uni et la Suède pratiquent une forme modérée de dualisme (...).

En résumé, le monisme est une conception plus ouverte au droit international, puisque celui-ci est aussitôt intégré dans l'ordre juridique national. Le dualisme insiste sur la souveraineté de l'Etat; le droit international ne pénètre le droit interne que si l'Etat édicte un acte normatif à cet effet.

La différence entre monisme et dualisme n'a cependant qu'une portée pratique limitée. Les Etats dualistes sont eux aussi liés par le droit international, qu'ils doivent respecter sous peine de voir leur responsabilité engagée au niveau international. Notons encore que le droit international coutumier y a souvent en fin de compte une validité immédiate, tandis que les traités ne fondent pas non plus d'obligations pour les particuliers dans les Etats monistes à moins d'y être publiés selon les dispositions du droit national.

Outre sa validité (immédiate ou non), le statut accordé au droit international sur le plan interne dépend aussi de la façon dont les autorités l'appliquent et du rang qui lui est conféré au sein du système juridique interne. Qu'un Etat pratique un système moniste ou dualiste n'a rien à voir avec le fait qu'il soit généreux ou réservé dans l'application du droit international, ni avec le fait que ce dernier prime le droit national obligatoirement ou seulement à certaines conditions. Passer du monisme au dualisme n'aurait donc guère d'impact sur l'importance du droit international au plan national. C'est tout particulièrement dans le contexte du droit communautaire que l'importance de la distinction entre monisme et dualisme reste toute relative.

5.3 Application

La question qui se pose est de savoir si une norme de droit international s'adresse uniquement à l'Etat ou si elle fonde directement des droits et obligations pour les personnes physiques ou morales.

Sont directement applicables (ou justiciables ou *self-executing*) les normes qui sont suffisamment concrètes et précises pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils pourront fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives. Inversement, les autorités d'application du droit et les tribunaux pourront appliquer directement ces normes internationales.

Ne sont pas directement applicables (c'est-à-dire sont non justiciables ou non-*self-executing* ou *executory*) les normes de nature programmatrice et les dispositions qui s'adressent aux Etats. Elles doivent être concrétisées par le législateur national (en général le parlement) avant de fonder des droits et obligations pour les particuliers.

Les normes directement applicables s'adressent donc par essence aux pouvoirs exécutif et judiciaire, les normes non justiciables au pouvoir législatif. Dans un Etat qui n'accepte qu'avec réserve l'application directe des règles de droit international, le législateur a une grande influence sur ces dernières. Il peut préciser dans quelle mesure elles sont applicables; il peut même empêcher leur application en s'abstenant d'adopter un acte de mise en œuvre, comme le montre en particulier l'exemple des Etats-Unis (...). Mais plus le législateur se donne de latitude, plus le risque de violer les règles du droit international est grand. Lorsque l'application directe est libéralement consentie, les autorités judiciaires et administratives appliquent directement le droit international, ce qui donne en même temps plus de poids à ces deux pouvoirs.

5.4 Rang

Le rang accordé au droit international par rapport au droit national est un élément décisif pour son application effective. Pour qu'il puisse s'imposer par rapport au droit national, il faut que les organes de l'Etat lui donnent la primauté en cas de conflit de normes, car il existe rarement des instances ou de procédures internationales destinées à garantir que les règles internationales soient respectées à l'intérieur des Etats. Les procédures prévues pour assurer l'application de la CEDH⁹ et du droit communautaire sont des exceptions.

Les théories moniste et dualiste ne confèrent pas le même rang au droit international.

Dans un système *moniste avec primauté du droit national*, l'Etat n'est lié que par les règles internationales dont il reconnaît la force obligatoire à son égard. A l'opposé, dans un système *moniste avec primauté du droit international*, celui-ci est un des fondements de la validité du droit national. Un conflit entre droit international et droit national est exclu, les normes internes étant nulles dès lors qu'elles sont contraires à une règle du droit international. Dans la pratique des Etats, un *monisme modéré* s'est imposé, qui postule la prééminence du droit international mais admet la possibilité de conflits entre les règles internes et internationales; tel est le cas en Suisse (voir chiffre 8.5). Un Etat peut donc édicter des lois contraires au droit international qui priment celui-ci à l'intérieur du pays. Mais ce faisant, il viole le droit international; il engage donc sa responsabilité internationale, de sorte qu'il est tenu de rétablir une situation conforme au droit international.

⁹ Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

Dans les Etats marqués par une approche *dualiste*, c'est l'acte de transformation qui détermine le rang accordé au droit international. Ainsi, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Suède et en Inde, un traité intégré dans le droit interne par une loi d'approbation a rang de loi.

Si l'on observe la pratique des Etats, le rang du droit international est parfois déterminé par la constitution. Ainsi, l'article 25 de la Loi fondamentale allemande énonce que les règles générales du droit international priment les lois, selon l'article 55 de la Constitution française, les traités ou accords ont une autorité supérieure à celle des lois. D'autres constitutions laissent la question ouverte, si bien que la décision revient en fin de compte aux tribunaux. On trouvera un exposé de la pratique de la Suisse au chiffre 8.4.

Certes, un Etat peut, si son droit le lui permet, édicter des lois applicables sur son territoire, contraires au droit international et l'emportant sur celui-ci. Cette violation met cependant en jeu sa responsabilité internationale. En aucun cas les dispositions de la constitution ou de la loi, ni les arrêts du tribunal suprême de cet Etat ne peuvent justifier une violation du droit international (article 27 de la Convention de Vienne). Au niveau international, si un différend éclate sur la supériorité d'une règle internationale, c'est cette dernière qui prévaut."

Le Conseil fédéral procède ensuite (point 7) à une analyse des relations entre droit national et droit international dans divers ordres juridiques étrangers (Allemagne, France, Royaume-Uni, Etats-Unis, Suède, Inde), puis fait la synthèse suivante:

"7.8 Synthèse

Plusieurs constatations se dégagent de ce tour d'horizon.

- Même les Etats dualistes ne transforment pas le droit coutumier et les principes généraux de droit par un acte législatif interne, mais leur accordent une validité immédiate. Le système de la transformation ne s'applique de fait qu'aux traités.
- Bien que le monisme semble faciliter la mise en œuvre rapide et efficace du droit international par les Etats, un coup d'œil sur la pratique montre que le dualisme peut déboucher sur un système favorable au droit international. En interprétant le droit national conformément au droit international, on évite souvent les heurts entre ces deux systèmes, pour trouver des solutions harmonieuses. L'état d'esprit des autorités nationales, leur discipline vis-à-vis du respect du droit international, ont également une grande importance.
- A mesure que les mécanismes internationaux visant à faire respecter le droit international se développent (tribunaux et instances similaires, systèmes de contrôle et de surveillance), le besoin semble toujours plus grand de favoriser la validité immédiate et l'application directe du droit international sur le plan interne, de mettre en place un contrôle judiciaire (constitutionnel) pour assurer la bonne interprétation et l'application des règles internationales dans le pays et de créer les instances et les procédures nécessaires pour éviter les conflits entre ces règles et le droit national.
- Aucun des régimes juridiques étudiés n'accorde automatiquement au droit international la primauté sur le droit national. Sous une forme ou sous une autre, tous réservent une place centrale à des mécanismes de mise en concordance. Les tribunaux recherchent des solutions pragmatiques, adaptées à chaque situation. Ils doivent mettre dans la balance les valeurs et principes centraux de l'ordre constitutionnel national (par exemple dans le domaine des droits de l'homme).
- Aucun des Etats étudiés (en réalité aucun Etat) n'a jamais formellement changé de système. Dans la pratique, une telle transformation serait excessivement lourde et complexe.
- Aucun des Etats étudiés ne mentionne spécialement le *jus cogens* dans une référence au droit international applicable ou en tant que notion constitutionnelle.
- Il semble préférable de mettre en place des mécanismes visant à prévenir les conflits entre le droit national et le droit international. On en trouve un exemple intéressant dans le comité juridique suédois qui peut émettre des avis non contraignants sur les conflits de normes potentiels au cours du processus législatif, exerçant une sorte de contrôle constitutionnel préventif."

Cette synthèse est suivie d'un exposé des relations entre droit interne et droit international en Suisse:

"8. Relation entre le droit national et le droit international en Suisse

8.1 Introduction

Le présent chapitre traite de la manière dont le droit interne règle ses propres relations avec le droit international. C'est à ce propos que se posent la plupart des questions controversées évoquées dans l'introduction du présent rapport, telles que la solution à adopter lorsqu'une initiative populaire est contraire au droit international non impératif, ou plus généralement lorsqu'une règle internationale entre en conflit avec le droit interne. Une autre question est celle des conséquences, dans l'ordre juridique interne, de l'interprétation évolutive que certains organes de contrôle internationaux, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, font des conventions dont ils assurent le respect. Ce chapitre vise à déterminer si le droit suisse actuel permet de répondre de manière satisfaisante à ces questions ou s'il existe des lacunes.

A l'instar des relations entre le droit international et le droit interne en général, la relation entre le droit international et le droit suisse est déterminée par les trois éléments classiques que sont la validité, l'applicabilité et le rang. Du point de vue de la validité du droit international, la Suisse se rattache traditionnellement au système moniste. Selon ce système, qui est celui appliqué à l'heure actuelle, le droit international fait partie de l'ordre juridique interne dès son entrée en vigueur. Cet aspect sera exposé dans la première section du présent chapitre (chiffre 8.2). S'agissant de l'applicabilité, le droit international est directement applicable lorsqu'il est suffisamment précis pour servir de base à une décision. Cet élément ne pose guère de problèmes et ne sera donc que brièvement évoqué dans la suite de ce

chapitre (chiffre 8.3). Le troisième élément, celui du rang, est en revanche plus problématique. Un certain nombre de questions ne sont pas réglées à ce propos, ou du moins pas réglées de manière claire par notre ordre juridique. Tel est par exemple le cas de la solution à adopter en cas de conflit entre une disposition constitutionnelle et une norme de droit international, ou entre une disposition légale et une norme internationale.

La question du rang du droit international doit être considérée à la fois abstraitement et du point de vue de ses implications pratiques. D'un point de vue abstrait, se poser la question du rang revient à se demander quelle est la place du droit international dans la hiérarchie des normes du droit interne. Du point de vue des conséquences pratiques, s'interroger sur le rang du droit international signifie se demander quelle norme prendra le pas sur l'autre en cas de conflit avec le droit interne. C'est la réponse à cette question qui revêt, en pratique, le plus d'importance. La thématique du rang est donc intimement liée à celle du conflit de normes. C'est pourquoi la section du présent chapitre qui y est dédiée (chiffre 8.4) sera complétée par une section consacrée aux conflits de normes; entre le droit international et la Constitution, d'une part, et entre le droit international et les lois fédérales, d'autre part (chiffre 8.6). Il est toutefois à noter qu'un conflit de normes ne peut apparaître que lorsqu'une interprétation conforme au droit international est impossible. Nous traiterons donc au préalable cette forme d'interprétation (chiffre 8.5). Nous consacrerons ensuite une section distincte à la problématique particulièrement sensible des relations entre le droit international et les initiatives populaires (chiffre 8.7). La dernière section traitera enfin du contrôle judiciaire (8.8).

8.2 Validité

La Suisse est d'obédience moniste.¹⁰ Cela découlait déjà implicitement de la Constitution fédérale de 1874 (aCst.), qui ne prévoyait pas de procédure permettant de transformer le droit international en droit interne comme cela se fait typiquement dans un régime dualiste. En particulier, l'arrêté d'approbation d'un traité international par l'Assemblée fédérale (article 85, chiffre 5, aCst; article 166, alinéa 2, Cst.) ne constitue pas un acte de transformation. En effet, l'approbation n'est pas soumise à la procédure législative ni au référendum législatif. Par ailleurs, le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation du droit international (article 113, alinéa premier, chiffre 3, aCst.; article 189, article premier, lettre b, Cst.). La Constitution permet donc au particulier d'invoquer directement des normes du droit international, ce qui correspond clairement à un système moniste. Selon l'article 2 des dispositions transitoires de la Constitution de 1874, les dispositions du droit interne contraires à la constitution cessaient d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci, mais non les dispositions du droit international; il était évident que ce dernier conservait sa validité, autre trait d'un système moniste. La Constitution fédérale de 1999 prévoit de plus expressément que la Confédération et les cantons respectent le droit international (article 5, alinéa 4, Cst.), que toutes les autorités d'application du droit sont tenues de l'appliquer (article 190 Cst.) et que la Constitution ne peut pas être révisée en violation des règles impératives du droit international (articles 193, alinéa 4, et 194, alinéa 2, Cst.). Par conséquent, si la nouvelle constitution ne déclare pas expressément le caractère moniste du régime juridique suisse, celui-ci ressort plus nettement encore.

La mise en œuvre des obligations de droit international est donc simple. Aucune procédure particulière n'est nécessaire pour qu'il acquière force de loi sur le plan interne. La Suisse pratique un monisme modéré (voir chiffre 5.4).

Le *Tribunal fédéral* a reconnu le principe de l'application directe du droit international dans ses avis les plus anciens.¹¹ Dans deux arrêts seulement, en 1923 et 1933, il a défendu l'opinion que l'approbation d'un traité par l'Assemblée fédérale avait pour effet de donner force de loi au contenu du traité et de le déclarer obligatoire pour les autorités et les citoyens.¹² Le Tribunal fédéral y examinait uniquement la validité des traités internationaux. Il n'a jamais remis en question l'application directe du droit coutumier international ou des principes généraux de droit. Ces deux arrêts sont restés isolés. Le Tribunal fédéral a depuis lors confirmé à maintes reprises le principe de la validité immédiate du droit international.¹³

La doctrine approuve dans sa majorité le monisme. Seuls quelques auteurs ont envisagé un passage au dualisme, encore moins l'ont préconisé.¹⁴ Ce système ne correspond pas à la tradition juridique de la Suisse, pragmatique et antidogmatique.¹⁵

¹⁰ Voir en dernier lieu ATF 127 II 177, 181 [*Pratique suisse 2001*, n° 4.4, RSDIE, 12^e année, 2002, p. 618]; pour la doctrine, voir le résumé de ROBERT BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zurich 2002, n° 342; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 136 [*Pratique suisse 1997*, n° 2.2, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 639]; voir aussi le Message du 15 novembre 2006 relatif à la Loi fédérale sur les titres intermédiaires et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiaires, FF 2006, p. 8898; publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989, JAAC 53.54, p. 446 [*Pratique suisse 1989*, n° 2.2, ASDI, vol. XLVII, 1990, p. 138]; avis de droit de la Direction du droit international public du 18 mars 1999, JAAC 64.21, p. 276 [*Pratique suisse 2000*, n° 2.2, RSDIE, 11^e année, 2001, p. 583].

¹¹ ATF 3 270, 285-286; ATF 7 774, 781 et 782 [JdT 1882, 21]; ATF 27 I 192, 194; ATF 35 I 411, 415, c. 3; ATF 44 I 49, 53 et 54 [*Répertoire*, n° 3.14].

¹² ATF 49 I 188, 195 et 196 [*Répertoire*, n° 2.16]; ATF 59 II 331, 337 et 338 [*Répertoire*, n° 2.10]; voir à ce sujet [BAUMANN, *op.cit.* note 10] n° 386.

¹³ Voir en dernier lieu ATF 127 II 177, 181 [*Pratique suisse 2001*, n° 4.4, RSDIE, 12^e année, 2002, p. 618].

¹⁴ Ainsi THOMAS FLEINER-GERSTER (*Völkerrecht - Landesrecht. Rechtsvergleichende Ueberlegungen zum Verhältnis des Landesrechts zum internationalen Recht*, in: WALTER HALLER (éd.), *Festschrift für Dietrich Schindler*, Bâle/Francfort 1989, pp. 697-699) conclut que le dualisme du droit international et du droit interne, s'il est en contradiction avec certains idéaux, est peut-être plus réaliste et permettrait donc, précisément, une meilleure intégration internationale.

¹⁵ Comme l'écrit YVO HANGARTNER (*Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform*, RSJ [Revue suisse de jurisprudence] 1998, p. 206), nos ancêtres auraient été incrédules si on leur avait dit qu'une convention entre, par exemple, Schwyz et Uri devait, pour être valable dans ce dernier canton, être "transformée" en droit d'Uri.

8.3 Application

Selon l'article 5, alinéa 4, Cst., la Confédération et les cantons - en d'autres termes, tous les organes de l'Etat - doivent respecter le droit international. "Respecter" signifie non seulement ne pas violer, mais aussi appliquer sur le plan interne, objectif qu'une pratique favorable à l'application directe ne peut que servir. Une telle pratique contribue à renforcer l'importance concrète du droit international dans la conscience des citoyens et à promouvoir ainsi sa réalisation. Le fait que des individus veillent à ce que leurs droits soient sauvegardés est un excellent moyen d'assurer que le droit international déploie pleinement ses effets.¹⁶ C'est pourquoi les règles internationales sont en principe directement applicables en Suisse. Ce principe découle notamment de l'article 189, alinéa premier, lettre b, Cst., selon lequel le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation du droit international, et de l'article 190 Cst., selon lequel le Tribunal fédéral et les autres autorités d'application du droit sont tenus d'appliquer le droit international.

Le Tribunal fédéral (et avec lui le Conseil fédéral) estime que l'invocabilité en justice d'une disposition du droit international implique que celle-ci soit, considérée dans son contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité, inconditionnelle et suffisamment précise pour produire un effet direct et s'appliquer comme telle à un cas d'espèce ou constituer le fondement d'une décision concrète.¹⁷ La réponse à apporter à cette question dans le cas d'espèce est en fin de compte affaire d'interprétation. L'existence, pour le justiciable, d'une obligation directe découlant d'un traité ou d'une décision internationale requiert en outre sa publication au Recueil officiel des lois fédérales (article 8, alinéa premier) en relation avec l'article 3, alinéa premier, L'Publ [Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les publications, RS 170.52]). Les autres normes du droit international ne sont pas soumises à cette exigence; elles fondent des obligations même sans être publiées. Si une règle internationale n'est pas directement applicable, faute de précision ou bien parce que le traité auquel elle appartient l'exclut, il est nécessaire que les autorités compétentes le concrétisent.¹⁸ Il faut d'ailleurs noter que les dispositions directement applicables peuvent aussi être concrétisées.

Aux termes de l'article 141a Cst., l'Assemblée fédérale peut intégrer à l'arrêté portant approbation d'un traité international les dispositions constitutionnelles ou légales nécessaires à la mise en œuvre de ce traité. Cette méthode permet d'éviter des décisions populaires contradictoires qui nuiraient à la crédibilité de la Suisse face aux autres nations. En outre, elle met mieux en évidence la portée du traité, dans le sens d'une plus grande transparence vis-à-vis du Parlement et du peuple. Enfin, elle allège la procédure législative.

Il n'est pas toujours simple, en pratique, de distinguer entre les règles internationales d'application directe ou indirecte. Longtemps, le Tribunal fédéral a appliqué tout simplement les dispositions du droit international sans examiner plus avant leur justiciabilité, qu'il présumait pour ainsi dire. Ce n'est qu'en 1962 qu'il s'est saisi de cette question.¹⁹ Il a par la suite produit une abondante jurisprudence sur la façon de déterminer l'application directe. Il emploie pour ce faire des critères très proches de ceux qu'il utilise dans le cadre du principe de légalité. Un fort besoin de protection de l'individu justifie plutôt l'application directe de la norme. Il en va inversement lorsque les répercussions sur l'Etat dans son ensemble sont importantes, que les circonstances sont complexes et difficiles à apprécier dans l'examen judiciaire du cas d'espèce ou que les conséquences financières sont lourdes. Le Tribunal fédéral est également réservé lorsque l'application directe requiert une appréciation politique ou l'examen de questions de principe.²⁰

En d'autres termes, il évite de concrétiser des dispositions du droit international lorsque cette tâche relève manifestement de l'Assemblée fédérale, en vertu du principe de légalité. Le Parlement (ou, pour les traités de son ressort, le Conseil fédéral) a en outre toute latitude pour déposer une réserve s'il veut qu'une norme d'un traité, formulée de manière suffisamment précise, ne soit néanmoins pas directement applicable.

8.4 Rang

Cette section traite de la question du rang du droit international considérée abstraitement. Il s'agit en d'autres termes de déterminer quelle est la place du droit international dans la hiérarchie des normes du droit interne.

L'ordre judiciaire interne est libre de déterminer quel sera le rang occupé en son sein par le droit international. Cette question n'est pas réglée par le droit international, celui-ci se contentant d'exiger que les traités et autres règles internationales soient respectés par les Etats (*pacta sunt servanda*). Il ne se prononce pas sur la manière dont les Etats doivent assurer ce résultat.

Il existe au sein de la législation suisse une hiérarchie des normes avec, au sommet, la Constitution fédérale, à l'étage inférieur les lois fédérales, puis enfin les ordonnances. Le droit cantonal est subordonné à l'ensemble du droit

¹⁶ Voir le Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, FF 1988 II 233, 332.

¹⁷ ATF 129 II 249, 257, c. 3.3 [JdT 2005 I 359]; ATF 124 III 90, 91, c. 3a [*Pratique suisse* 1997, n° 2.3, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 642]; publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989, JAAC 53.54, p. 446 [*Pratique suisse* 1989, n° 2.1, ASDI, vol. XLVII, 1990, p. 138]; avis de droit de la Direction du droit international public du 4 mars 1999, JAAC 64. 20, pp. 273 et s. [*Pratique suisse* 2000, n° 2.1, RSDIE, 11^e année, p. 582].

¹⁸ Publication commune [citée à la note précédente], p. 446.

¹⁹ ATF 88 I 86; voir OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *L'application directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI [vol. XLVI] 1989, pp. 133 et ss.

²⁰ DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005, p. 14.

fédéral. Les règles de rang inférieur doivent se conformer aux règles de rang supérieur et ne peuvent en principe pas y déroger ou les modifier.²¹

Où se place le droit international dans cette hiérarchie ? Alors qu'elle définit clairement la relation entre le droit fédéral et le droit cantonal en statuant la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal contraire (article 49 Cst.), la Constitution ne règle pas explicitement cette question. L'article 5, alinéa 4, Cst. retient simplement que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. La formulation de cette disposition n'a pas été choisie au hasard, mais est le fruit d'une réflexion approfondie menée lors de la mise à jour de la Constitution.²² Elle représente une solution de compromis entre une consécration explicite de la primauté du droit international, qui avait été proposée dans un premier temps par le Conseil fédéral dans l'avant-projet de constitution du 26 juin 1995, et des formulations moins contraignantes telles que "tient compte de ..." ou "prend en considération ..." que l'on trouve ailleurs dans la Constitution (cf. par exemple les articles 46, alinéa 3, et 88, alinéa 3, Cst.). L'article 5, alinéa 4, "impose à la Confédération et aux cantons l'obligation de respecter le droit international". Ce devoir s'adresse à tous les organes de l'Etat et découle du principe qui veut que les normes de droit international l'emportent par principe sur celles de droit interne.²³ On ne peut cependant pas en déduire sans réserves une reconnaissance de la suprématie du droit international à l'instar de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal (article 49 Cst.). On ne peut pas davantage en tirer une règle générale destinée à résoudre les conflits entre droit international et droit interne.

Quant à l'article 190 Cst., il ne concerne pas la question du rang du droit international et ne constitue pas une règle de conflit. Sa portée est toute autre, puisqu'il concerne uniquement l'application du droit par les tribunaux et les autres autorités et vise à empêcher que ceux-ci n'exercent un contrôle de constitutionnalité sur les lois fédérales ou le droit international (nous y reviendrons plus bas, chiffre 8.6). Les articles 193, alinéa 4, et 194, alinéa 2, se réfèrent quant à eux uniquement aux révisions constitutionnelles et statuent l'obligation, pour le constituant, de respecter les règles impératives du droit international. En corollaire, l'article 139, alinéa 2, Cst. enjoint à l'Assemblée fédérale à déclarer nulle toute initiative populaire qui ne respecte pas les règles impératives du droit international. On peut en déduire, à la rigueur, que ces règles impératives du droit international se situent au sommet de la hiérarchie des normes. On ne peut cependant en tirer aucune conclusion en ce qui concerne le droit international non impératif, qui représente la vaste majorité des règles internationales.

La jurisprudence du Tribunal fédéral postule en principe la primauté du droit international mais reconnaît des exceptions. Quant à la doctrine, la majeure partie des auteurs accorde une place prépondérante au droit international mais accepte, comme le Tribunal fédéral, des exceptions en faveur du droit national. Ils ne donnent souvent pas de réponse conclusive.

Il n'existe donc pas à l'heure actuelle de réponse globale et en tout point claire à la question de la place du droit international en général au sein de la hiérarchie des normes du droit interne. Des éléments de réponse peuvent néanmoins être mis en évidence. Ainsi, la primauté du droit international est généralement admise. Le fait que ses règles impératives prévalent sur l'ensemble du droit interne n'est pas contesté, non plus que le fait que le droit international est de rang supérieur au droit cantonal et aux ordonnances fédérales.

Le fait que ni la jurisprudence ni la doctrine ne permettent d'appréhender avec netteté l'ensemble du problème s'explique par le fait que la réponse à cette question n'a de portée pratique que dans la mesure où elle permet de résoudre les conflits de normes. En cas de conflit entre deux normes de rang différent, l'existence d'une hiérarchie permet en effet de faire primer la règle de rang supérieur. Les conflits entre deux normes de rang égal se résolvent en principe à l'aide des règles de conflit traditionnelles que sont les maximes *lex specialis derogat generali* et *lex posterior derogat generali*. Par ailleurs, déjà en droit interne, tous les conflits entre des normes de rang différent ne se résolvent pas à l'aide de la hiérarchie. Des règles spéciales existent parfois. Ainsi, les lois fédérales doivent être conformes à la Constitution, qui est de rang supérieur. Cependant, si le législateur adopte une loi fédérale contraire à la Constitution, le Tribunal fédéral n'a pas la compétence de refuser d'appliquer cette loi fédérale (article 190 Cst.).

Nous allons donc nous pencher, dans les sections qui suivent, sur les conflits de normes. Avant cela, il convient cependant de dire quelques mots de l'interprétation conforme en tant que moyen de concilier le droit international et le droit interne.

8.5 Interprétation conforme au droit international

L'interprétation conforme au droit international constitue une obligation visant à concilier entre le droit international et le droit interne. A l'instar de l'interprétation conforme à la Constitution en ce qui concerne le droit interne, elle a pour fonction d'harmoniser les normes juridiques internes et internationales.²⁴ Il ne s'agit donc pas d'une règle destinée à résoudre les conflits entre de telles normes, mais au contraire d'une règle destinée à prévenir ceux-ci. En effet, tant qu'une norme de droit interne peut être interprétée de manière conforme au droit international, aucun conflit ne prend naissance. L'obligation d'interpréter le droit interne de manière conforme au droit international peut être déduite de

²¹ Voir notamment PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. 1: *Les fondements généraux*, 2^e éd., Berne 1994, pp. 80 et ss.

²² Voir le Message du 20 novembre 1996 [cité à la note 10], FF 1997 I 136 et s. [*Pratique suisse* 1997, n° 2.2, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 639]; voir aussi, entre autres, Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national, séance du 26 mai 1997 (point 2 de l'ordre du jour) et Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats, Sous-commission 3, séance du 17 février 1997 (point 3 de l'ordre du jour).

²³ Message [cité à la note précédente], FF 1997 I 136.

²⁴ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd., Zurich [etc.] 2008, n° 163, p. 48; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Berne 2007, n° 36, p. 174; ATF 117 Ib 367 [*Pratique suisse* 1992, n° 2.2, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 683].

l'article 5, alinéas 3 et 4, de la Constitution.²⁵ Il s'agit du pendant, en droit interne, des obligations internationales consacrées aux articles 26 et 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités selon lesquelles tout traité doit être exécuté de bonne foi nonobstant le droit interne.²⁶ Concrètement, cela veut dire que les autorités compétentes doivent, dès le processus législatif, veiller à dépister les incompatibilités potentielles du droit national avec le droit international et formuler les dispositions internes de mise en œuvre de manière à éviter, dans toute la mesure du possible, des complications supplémentaires au niveau international.

S'agissant du champ d'application matériel de cette obligation, il s'étend non seulement au droit fédéral, mais également au droit cantonal et communal. Par droit fédéral, il faut entendre non seulement les dispositions figurant dans des lois ou des ordonnances, mais aussi les normes constitutionnelles.²⁷ Quant au champ d'application personnel de l'obligation de faire une interprétation conforme au droit international, il s'étend non seulement au législateur fédéral, cantonal et communal, mais à toutes les autorités étatiques²⁸ qui doivent, dans les limites de leurs compétences respectives, veiller à éviter que la Confédération ne doive engager sa responsabilité internationale en raison de la violation de ses engagements internationaux. Sous l'angle des conséquences pratiques, le respect de nos obligations internationales implique 'la mise en œuvre, sur le plan interne, des moyens propres à donner à ces engagements un effet optimal, tous les organes de l'Etat pouvant et devant concourir utilement à la réalisation des objectifs fixés dans ces traités'.²⁹

Même si elle permet souvent d'éviter des conflits entre le droit international et le droit interne, l'interprétation conforme au droit international ne constitue pas la panacée et a ses limites lorsque la contradiction ne peut être levée par voie d'interprétation.³⁰

8.6 Conflits de normes

La problématique des conflits entre le droit international et le droit interne, en particulier la Constitution et les lois fédérales, soulève quelques questions délicates. Celles-ci sont principalement de deux ordres. Premièrement, à quel point le législateur ou le constituant d'aujourd'hui sont-ils liés par des accords internationaux approuvés par le législateur ou le constituant d'hier? Deuxièmement, qui doit être l'interprète final de la portée des obligations internationales liant la Suisse: les tribunaux, internes ou internationaux, ou le législateur? Cette question se pose en particulier pour les traités dotés d'organes propres de contrôle, compétents pour prendre des décisions liant les Etats Parties, puisqu'alors la jurisprudence de ces organes de contrôle est susceptible de préciser et dans une certaine mesure de faire évoluer le sens d'une obligation internationale en l'interprétant différemment au fil du temps, d'une manière qui n'était pas toujours prévisible au moment de l'approbation du traité. Tel est par exemple le cas de certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans la suite de ce chapitre, nous allons étudier tour à tour les deux constellations sur lesquelles se cristallisent les questions évoquées ci-dessus, à savoir les conflits entre le droit international et la Constitution fédérale, d'une part, et les conflits entre le droit international et les lois fédérales, d'autre part.

8.6.1 Conflit entre droit international et Constitution fédérale

La Constitution fédérale ne contient pas de normes explicites prescrivant quelle solution adopter lorsque l'une de ses dispositions entre en conflit avec une règle internationale. En particulier, elle ne contient pas de règle absolue prescrivant que, dans l'hypothèse d'un tel conflit, le droit international prime dans tous les cas ou que, au contraire, la norme constitutionnelle prime dans tous les cas. Elle n'est toutefois pas entièrement muette sur la question. En vertu des articles 193, alinéa 4, et 194, alinéa 2, Cst., les révisions constitutionnelles doivent en effet respecter les 'règles impératives du droit international', et ce qu'il s'agisse d'une révision partielle ou totale, et que le projet émane des autorités ou des citoyens par le biais d'une initiative populaire.

La Constitution frappe de nullité totale ou partielle toute initiative populaire qui ne respecterait pas les règles impératives du droit international, et qui ne sera pas alors soumise au vote du peuple et des cantons (article 199, alinéa 2, Cst.), mais elle ne sanctionne pas les actes émanant de l'Assemblée fédérale dont ce serait le cas. Le Parlement est cependant d'emblée dans l'impossibilité de proposer un tel acte car il est tenu par la Constitution (article 5, alinéa premier, Cst.).

Celle-ci ne donne pas de solution globale claire pour résoudre un conflit entre une disposition interne et une règle non impérative du droit international. Comme nous l'avons déjà souligné à propos du rang du droit international (voir chiffre 8.4), l'article 5, alinéa 4 Cst. n'a pas la portée d'une telle règle de conflit. Il contient un mandat à l'adresse des autorités de respecter le droit international. On ne peut pas en déduire que le droit international doit primer dans tous les cas.³¹

L'article 190 Cst. n'apporte pas non plus beaucoup d'éclaircissement à ce propos. Cette disposition oblige les autorités d'application du droit, notamment le Tribunal fédéral, à appliquer les lois et le droit international, quand bien même ceux-ci seraient contraires à la Constitution. Le but principal de cette disposition est, depuis son origine,

²⁵ TSCHANNEN [op.cit. note 24], n° 38, p. 175.

²⁶ [Note supprimée.]

²⁷ Cf. JAAC 59.25, 1995, pp. 226 et s.

²⁸ Cf. ATF 125 II 417, 425 [Pratique suisse 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634].

²⁹ Cf. Publication commune [citée à la note 10], p. 463; [Troisième Rapport du Conseil fédéral du 22 février 1984 sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe] FF 1984 I 798-799 [Pratique suisse 1984, n° 2.3, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 158].

³⁰ Pour un tel cas jugé par le Tribunal fédéral, cf. [PKK] ATF 125 II 417, 424 et s.

³¹ Voir le Message [cité à la note 10] relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 136.

d'empêcher les tribunaux d'exercer la juridiction constitutionnelle sur des actes adoptés ou approuvés (au moins indirectement) par le législateur. En ce qui concerne les lois fédérales, l'immunité prévue par l'article 190 n'est pas complète; la doctrine et la jurisprudence admettent des exceptions. En particulier, lorsqu'une loi fédérale entre en conflit avec une disposition constitutionnelle adoptée postérieurement, on admet que les tribunaux doivent appliquer la disposition constitutionnelle.³² Le but de l'article 190 Cst. est en effet d'empêcher les tribunaux de substituer leur pesée des intérêts à celle opérée par le législateur, et non de protéger la décision du législateur contre le constituant lui-même.

La portée de l'article 190 Cst. en ce qui concerne la résolution des conflits entre le droit international et les nouvelles dispositions constitutionnelles a été peu débattue dans la doctrine.³³ Il faut dire aussi que la jurisprudence n'a jamais eu à traiter un tel conflit puisque les dispositions constitutionnelles sont en général concrétisées par une loi d'exécution. Certains auteurs voient dans cette disposition - en conjonction avec l'article 5, alinéa 4, Cst. - la marque d'une primauté du droit international sur la Constitution, et en déduisent que les tribunaux doivent dans tous les cas appliquer le droit international. D'autres considèrent que la portée de l'article 190 Cst. est limitée à l'application. Ils sont d'avis qu'on ne peut en déduire que le droit international doit primer dans tous les cas et admettent que, dans certaines circonstances, la disposition constitutionnelle doit prévaloir sur le droit international.

Dans la doctrine, les exceptions le plus souvent évoquées à l'obligation imposée par l'article 190 Cst. d'appliquer le droit international, énumérées ci-après, se recoupent en partie.

- application de la nouvelle disposition constitutionnelle lorsque celle-ci est postérieure à la règle internationale concernée et à l'article 190 Cst. (application des principes *lex posterior* et *lex specialis*; analogie avec l'exception admise en cas de conflit entre une loi fédérale et une disposition constitutionnelle postérieure);³⁴
- application de la disposition constitutionnelle lorsque la règle internationale concernée porte atteinte à des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse ou à l'essence des droits fondamentaux;³⁵
- application de la disposition constitutionnelle lorsque celle-ci est postérieure à la règle internationale concernée et que le constituant a sciemment dérogé au droit international (par analogie avec la jurisprudence *Schubert*; voir chiffre 8.6.2).³⁶

Les autorités n'ont guère eu l'occasion de consolider leur pratique au sujet de ces exceptions. Il faut toutefois mentionner que le Conseil fédéral a défendu la possibilité d'une dérogation à la primauté du droit international "lorsque des principes fondamentaux ou l'essence même des droits fondamentaux sont affectés" dans son message relatif à l'EEE [Espace économique européen].³⁷ Il soutient en outre l'opinion que les dispositions constitutionnelles doivent être mises en œuvre si elles dérogent au droit international.³⁸

La jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine ne paraît pas encore bien fixée à l'heure actuelle, si bien qu'il est difficile d'en tirer des enseignements définitifs. On peut néanmoins résumer comme suit la ligne jurisprudentielle principale du Tribunal fédéral. Celui-ci admet que le droit international prévaut en principe, mais qu'il doit s'effacer lorsque le législateur a sciemment pris le risque de s'en écarter (jurisprudence *Schubert*).³⁹ Cette jurisprudence, inaugurée en 1973, a par la suite été rappelée et confirmée à plusieurs reprises, sans toutefois être décisive pour l'issue des affaires concernées; le Tribunal fédéral a aussi parfois fait fi de cette jurisprudence ou de l'argument tiré de la *lex posterior*, et fait prévaloir le droit international même sur des lois fédérales postérieures (sans examiner, toutefois, si le législateur avait sciemment dérogé au traité).⁴⁰

³² Voir *[ibid.]*, 437.

³³ Pour une prééminence du droit constitutionnel postérieur directement applicable: YVO HANGARTNER, [*St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*], 2^e éd., Zurich etc. 2008, ad article 190, n° 33; BAUMANN [*op.cit.* note 10], n° 362 et n°s 403 et ss et les références citées; plus nuancés, HÄFELIN/HALLER/KELLER, [*op.cit.* note 24], n°s 1921 et ss, qui se prononcent en faveur d'une solution au cas par cas; selon GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad article 190, n° 4, la règle de l'article 190 Cst. traite de l'application de la hiérarchie des normes mais non de cette hiérarchie en tant que telle. L'interprétation selon laquelle l'article 190 Cst. oblige en principe les autorités d'application à faire primer le droit international sur le droit constitutionnel contraire a toutefois été confirmée par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent (ATF 133 II 450, 460, *Nada* [*Pratique suisse* 2007, n° 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467]): 'Sur le plan du droit interne, le conflit entre droit international et droit constitutionnel, y compris les droits fondamentaux, est réglé de façon expresse par l'article 190 Cst.: le Tribunal fédéral et les autres autorités appelées à mettre en œuvre le droit sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.'

³⁴ Voir les références citées par JÖRG KÜNZLI, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, Revue de droit suisse 2009 I, pp. 47 et ss, p. 70 note 109.

³⁵ DANIEL THÜRER, *Verfassungsrecht und Völkerrecht*, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (dir.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, pp. 190 et s., et THOMAS COTTIER/MAYA HERTIG, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung*, in: BTJP [Berne Tage für die juristische Praxis], Berne 2000, p. 23.

³⁶ Voir les références citées par KÜNZLI, [*op.cit.* note 34], pp. 47 et ss, p. 70 note 108.

³⁷ Message du 18 mai 1992 relatif à l'EEE, FF 1992 IV 87 [*Pratique suisse* 1992, n° 2.1, RSDIE, 3^e année 1993, p. 679].

³⁸ Voir le Message du 6 juillet 2004 concernant l'initiative populaire "Pour une conception moderne de la protection des animaux", FF 2004, p. 3103: "Le législateur est tenu de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles entièrement et fidèlement." Voir aussi le Message du 22 juin 1994 concernant les initiatives populaires "pour une politique d'asile raisonnable" et "contre l'immigration clandestine", FF 1994 III 1481, le Message [cité à la note 22], FF 1997 I 453, et le Message [du 27 août 2008] relatif à l'initiative populaire "contre la construction des minarets", FF 2008, p. 6968 et s., où le Conseil fédéral relève qu'une acceptation de l'initiative populaire contraindrait la Suisse à violer des instruments de droit international public d'une portée fondamentale.

³⁹ ATF 99 Ib 39, c. 3 [*Schubert*, *Pratique suisse* 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110, 112, traduction:] "En règle générale et en cas de conflit ouvert, le principe en question reconnaît la primauté du droit international, que celui-ci soit antérieur ou postérieur à la règle de droit interne. Le législateur, source suprême du droit interne, conserve cependant la faculté de déroger intentionnellement à ce principe; cela lui permet d'assouplir certaines conséquences trop rigoureuses du principe et de sauvegarder en pratique certains intérêts essentiels."

⁴⁰ Voir par exemple ATF 122 II 485 [*Pratique suisse* 1996, n° 2.2, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 647]. L'affirmation contenue dans cet arrêt selon laquelle le droit international serait hiérarchiquement supérieur à toute règle interne et donc primerait en toutes circonstances doit cependant être considérée comme étant un *obiter dictum*.

Du point de vue du droit international, l'application de la jurisprudence *Schubert*, sans mesure d'accompagnement destinée à renégocier ou dénoncer le traité concerné, aboutit à la violation de l'obligation incombant aux Etats d'exécuter de bonne foi les traités qui les lient (*pacta sunt servanda*) et de l'interdiction des se prévaloir de leurs dispositions de droit interne pour justifier le non-respect de leurs obligations internationales.⁴¹ En cas d'application de la jurisprudence *Schubert* dans un cas particulier, la responsabilité internationale de la Suisse sera donc engagée, à moins que l'adoption par le législateur d'une loi dérogeant sciemment à un traité international ne soit interprétée comme un mandat de renégocier ou dénoncer le traité concerné, ou que l'Assemblée fédérale n'en charge en même temps le Conseil fédéral.

Cet avis des autorités fédérales est corroboré par les enseignements de l'étude de droit comparé (voir chiffre 7). En effet, les Etats étudiés hésitent en général à donner au droit international la primauté sur leur constitution, du moins de manière absolue.

8.6.2 Relation entre droit international et lois fédérales

L'article 190 Cst. ne donne pas non plus de solution au conflit entre une loi fédérale et une norme de droit international puisqu'il ne prescrit pas qui, de la loi ou de la disposition internationale, doit être appliquée lorsqu'il y a contradiction entre les deux. Cette disposition a en effet été adoptée dans le but de protéger les actes adoptés par le législateur contre l'exercice de la juridiction constitutionnelle par les tribunaux, et non dans le but de résoudre le conflit entre lois fédérales et droit international. Il appartient en fin de compte aux autorités d'application de décider si elles entendent accorder la primauté au droit international ou si elles entendent faire prévaloir la loi dans certaines circonstances.

La jurisprudence *Schubert* correspond plus ou moins, dans les faits, à la solution prévalant aux Etats-Unis, autre pays de tradition moniste. Elle se rapproche également, dans son résultat, de la situation prévalant dans les pays de tradition dualiste en matière des traités internationaux, puisque l'acte de transformation aura généralement le rang d'une loi, à laquelle une loi postérieure pourra déroger (...).

Depuis quelques années, le Tribunal fédéral, dans une autre série d'arrêts, a par ailleurs apporté une exception à la jurisprudence *Schubert*,⁴² en affirmant qu'en cas de conflit entre une norme de droit interne et une norme internationale ayant pour objet la protection des droits de l'homme, celle-ci prévaut en principe, que la disposition de droit interne soit antérieure ou postérieure au traité (jurisprudence *PKK*).⁴³ Cette jurisprudence n'a cependant que rarement abouti à une application du traité au détriment de la loi fédérale contraire.⁴⁴ Le Tribunal fédéral n'a pas exclu que la jurisprudence *Schubert* continue à s'appliquer en cas de conflit avec des normes internationales n'ayant pas pour objet la protection des droits de l'homme.

Ainsi, lorsqu'une loi fédérale entre en conflit avec le CEDH, par exemple, le Tribunal fédéral appliquera la CEDH dans tous les cas, même si, par hypothèse, le législateur a pris le risque d'y déroger au moment de l'adoption de la loi. L'idée derrière cette exception en faveur des droits de l'homme est notamment la suivante. La Cour européenne des droits de l'homme a la compétence d'examiner si une loi fédérale est conforme ou non à la CEDH et de constater, le cas échéant, sa non-conformité. La Suisse est ensuite tenue de mettre en œuvre cet arrêt. La loi fédérale jugée contraire ne sera donc en principe pas appliquée au recourant et ne sera pas appliquée non plus aux personnes se trouvant dans des situations semblables. Dans cette mesure, la Cour européenne des droits de l'homme joue donc le rôle de cour constitutionnelle pour la Suisse et peut exercer la juridiction constitutionnelle sur les lois fédérales, rôle que la Constitution refuse au Tribunal fédéral par le biais de l'article 190 Cst. Il ne s'agit évidemment pas d'un contrôle abstrait des lois fédérales, mais d'un contrôle concret, dont le résultat peut être la non-application de la loi en question dans des cas particuliers.

Le système de contrôle instauré par la CEDH est sous-tendu par le principe de subsidiarité, en vertu duquel la Cour européenne des droits de l'homme ne doit juger qu'en dernier recours, lorsque toutes les voies de droit existant au niveau national ont été utilisées en vain. Afin de mettre en œuvre de façon effective ce principe de subsidiarité, le Tribunal fédéral effectue lui-même un contrôle de 'conventionnalité' des lois fédérales. Ce contrôle répond également à un souci d'économie de procédure et contribue à éviter, dans la mesure du possible, l'intervention des juges internationaux. Le Tribunal fédéral peut ainsi décider, le cas échéant, de ne pas appliquer la loi fédérale contraire à la convention, sans nécessairement attendre pour cela un arrêt de Strasbourg. On observe cependant que le Tribunal fédéral fait généralement preuve d'une grande retenue dans ce genre de cas.

La CEDH, de même que les autres traités dotés d'un organe de contrôle administratif ou judiciaire, soulève le problème de la prise en compte des décisions de ces organes. Ces décisions ont parfois pour effet de modifier la portée initiale du traité d'une manière qui n'était pas prévisible en précisant ou en faisant évoluer dans une certaine

⁴¹ Voir articles 26 et 27 de la convention de Vienne [sur le droit des traités].

⁴² ATF 99 Ib 39 [*Pratique suisse* 1973 n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110].

⁴³ ATF 125 II 417, *PKK* [ci-dessus, note 30], 424, c. 4d, [traduction]: "En cas de conflit, le droit des gens prévaut ... en principe sur le droit interne (...), ce qui a pour conséquence que, dans certains cas, une règle interne contraire au droit international ne peut être appliquée. Cette solution s'impose tout particulièrement lorsque la primauté du droit des gens profite à une règle de ce droit favorisant la protection des droits de l'homme. Quant au point de savoir s'il convient de s'écarter de la solution dans d'autres situations, c'est là une question qu'il n'est pas nécessaire d'aborder. Ce raisonnement a été confirmé dans les arrêts ATF 131 II 352, 355, c. 1.3.1 [JdT 2006 I 399 (résumé)] et ATF 133 V 367, 388, c. 11.2 [traduction]: "Cela conduit à assimiler l'article 9, alinéa 2, chiffre premier, de l'ALC [Accord entre la Suisse et la Communauté Européenne, du 21 juin 1999, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681] aux règles du droit international destinées à protéger les droits de l'homme et, partant, à se prononcer en faveur de sa primauté par rapport aux règles contenues dans des lois fédérales."

⁴⁴ Voir par exemple ATF 133 II 450, *Nada*, 455, c. 2.2; 133V 367, 389, c. 1.1.

mesure les obligations des Etats parties. Ainsi, par son interprétation dynamique, qui se fonde sur la portée actuelle du texte et non sur son interprétation historique, la Cour européenne des droits de l'homme a parfois interprété de manière extensive le champ d'application de certaines garanties de la CEDH.⁴⁵ Il se peut donc que le législateur suisse adopte une loi fédérale en pensant respecter la CEDH - ou, en tout cas, en ne pensant pas la violer - et que, quelques années plus tard, suite à une évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'application de cette loi devienne contraire à la Convention dans un cas concret. Selon la pratique actuelle du Tribunal fédéral, une telle loi fédérale ne doit plus être appliquée dans des cas de figure analogues. Cette situation est parfois considérée comme peu satisfaisante du fait que ces décisions jurisprudentielles sont l'œuvre de juges qui ne sont pas élus par l'Assemblée fédérale. On rencontre des problèmes similaires dans le cadre de la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité fondées sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Suisse est en effet tenue de mettre en œuvre ces résolutions, quand bien même celles-ci violeraient certains droits fondamentaux garantis par la Constitution.⁴⁶

En matière de conflits entre droit international et lois fédérales, la situation peut donc se résumer comme suit.

- L'article 5, alinéa 4, Cst. enjoint aux autorités de respecter le droit international, mais on peut déduire de l'article 5, alinéas 3 et 4, Cst. une obligation de pratiquer l'interprétation conforme au droit international (voir chiffre 8.4). Il n'y a conflit que dans les cas où une telle interprétation est impossible, mais la Constitution ne détermine pas clairement dans tous les cas s'il faut alors appliquer le droit international ou les lois fédérales.
- Selon la pratique actuelle du Tribunal fédéral, le droit international prime, à moins que le législateur n'ait sciemment pris le risque d'y déroger.
- Une disposition internationale de protection des droits de l'homme, notamment de la CEDH, est appliquée dans tous les cas, même lorsque le législateur a souhaité y déroger.

8.7 Relation entre droit international et initiatives populaires

Pendant longtemps, la Constitution fédérale n'a pas apporté de réponse explicite à la question du sort à réserver aux initiatives populaires contraires au droit international. Le 14 mars 1996, l'Assemblée fédérale a invalidé l'initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable" notamment en raison de la violation du principe du non-refoulement, considéré comme faisant partie du droit international impératif⁴⁷. Cette pratique a été codifiée lors de la mise à jour de la Constitution. Depuis lors, l'article 139, alinéa 4, Cst. prévoit explicitement qu'une initiative populaire contraire aux règles impératives du droit international doit être invalidée, totalement ou partiellement. *A contrario*, les initiatives populaires contraires au droit international non impératif sont valables. Cette solution ne va pas sans susciter un certain nombre de questions, notamment quant à la définition du droit international impératif et aux conséquences de l'adoption d'une initiative populaire contraire aux règles internationales non impératives.

La problématique des initiatives populaires contraires au droit international a été examinée à plusieurs reprises par le Conseil fédéral et l'administration fédérale, notamment dans le cadre de la mise à jour de la Constitution, puis dans celui de la réforme des droits populaires.⁴⁸ Cette question a enfin été reprise en détail dans le rapport de l'Office fédéral de la justice du 20 décembre 2006 rédigé à la demande de la Commission des affaires juridiques du Conseil national.⁴⁹ Elle a gagné en importance et en actualité après l'acceptation de l'initiative 'contre la construction de minarets'.

8.7.1 Initiatives populaires contraires aux règles impératives du droit international

8.7.1.1 Règles impératives du droit international

En droit constitutionnel actuel, seules les initiatives populaires contraires aux règles impératives du droit international peuvent être invalidées (article 139, alinéa 2, Cst.). L'interprétation à donner à la notion de 'règles impératives du droit international' revêt donc une importance cruciale.

Selon la pratique des autorités fédérales, cette notion se réfère notamment à la notion internationale de *jus cogens* telle que définie à l'article 53 de la convention de Vienne (voir ci-dessus, chiffre 4.7).

Dans son Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral s'est exprimé sur les normes qu'il considérerait comme des règles impératives du droit international. Selon lui, y appartiennent sans conteste notamment la prohibition du recours à la force entre Etats, les interdictions en matière de torture, de génocide et d'esclavage, ainsi que le noyau du droit international humanitaire (il s'agit notamment des interdictions des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, des prises d'otages, des atteintes à la dignité des personnes et des condamnations prononcées et des exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué. Voir article 3 des Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51) et les garanties intangibles de la CEDH.⁵⁰ Ces dernières sont des dispositions de la CEDH consacrant des droits qui ne souffrent, selon l'article 15 de la Convention, aucune dérogation: l'interdiction de l'infliction arbitraire de la mort (article 2, paragraphe premier), l'interdiction de la torture

⁴⁵ Voir, pour une illustration, les arrêts de la CEDH du 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, §§ 52 et ss, et du 13 décembre 2007, *Emonet c. Suisse*, § 83.

⁴⁶ Voir ATF 133 II 450, *Nada*, à propos de sanctions internationales portant atteinte à la garantie du droit au juge ou à la garantie de la propriété.

⁴⁷ FF 1996 I 1305. Il s'agit du seul cas où une initiative populaire a été déclarée nulle pour ce motif.

⁴⁸ Voir également la publication commune [citée à la note 17] (JAAC 53.54).

⁴⁹ Rapport du 20 décembre 2006 sur les conditions de validité des initiatives populaires et les limites matérielles à la révision de la Constitution, non publié.

⁵⁰ Voir le Message [cité à la note 22], FF 1997 I 369, 441 et 454.

(article 3), de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (article 4, paragraphe premier) et le principe *nulla poena sine lege* (pas de peine sans loi, article 7). Le Conseil fédéral a régulièrement confirmé cette conviction par la suite en précisant que les garanties du Pacte II de l'ONU qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité font également partie des règles impératives du droit international.⁵¹

Comme l'article 15 CEDH, l'article 4, paragraphe 2, du pacte II de l'ONU contient une liste de droits intangibles, qui ne recouvrent cependant pas parfaitement ceux de la CEDH. Le Conseil fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises sur le caractère généralement impératif des droits intangibles de l'article 4, paragraphe 2, du pacte II de l'ONU. La réponse n'est pas forcément positive. En d'autres termes, les articles 6, 7, 8, paragraphes premier et 2, 11, 15, 16 et 18 du pacte II ne font pas tous partie des règles impératives du droit international. Par exemple, la liberté de religion, mentionnée à l'article 4, paragraphe 2, du pacte II de l'ONU, est relativisée par l'article 18 du pacte. Le paragraphe 3 de cette disposition précise que la liberté de manifester sa religion peut faire l'objet de restrictions. Tel peut être le cas d'autres garanties fondamentales du pacte II de l'ONU. L'intangibilité de ces droits fondamentaux doit être chaque fois examinée à la lumière de l'interprétation du pacte.⁵²

Ainsi, selon la pratique des autorités fédérales, la notion de règles impératives du droit international comprend actuellement notamment la prohibition du recours à la force entre Etats, la prohibition de la torture (article 3 CEDH et article 7 du Pacte II), du génocide, de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (article 4, paragraphe premier, CEDH et article 8, paragraphes premier et 2, du pacte II), la privation arbitraire de la vie (article 2, paragraphe premier, CEDH et article 6, paragraphe premier, du pacte II), les principes *nulla poena sine lege* et *ne bis in idem* (article 7 CEDH et article 15 du pacte II), la dimension intérieure de la liberté religieuse (droit de développer sa propre pensée religieuse et de changer de conviction: *forum internum*, article 48, paragraphe 3, *a contrario*, du pacte II) et le noyau du droit international humanitaire (article 3 des conventions de Genève de 1949). Force est donc de constater que la notion de règles impératives du droit international est plus large que celle de *jus cogens* consacrée par la convention de Vienne puisqu'elle couvre aussi en particulier les garanties intangibles de la CEDH.⁵³

Comme les règles impératives du droit international sont une notion de notre droit interne (voir articles 139, alinéa 2, 193, alinéa 4, et 194, alinéa 2, Cst.), une interprétation plus large pourrait toutefois également être envisagée. Dans le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral a exposé qu'il incombait à la jurisprudence de clarifier au maximum la portée de cette notion en tenant compte de la doctrine.⁵⁴

Selon le raisonnement mis en avant par les autorités fédérales, le respect des règles impératives du droit international s'impose notamment aux initiatives populaires, puisque les normes visées sont des normes auxquelles aucun Etat de droit ne peut se soustraire, si bien que le peuple et les cantons ne jouiraient pas d'une véritable liberté de vote s'ils devaient se prononcer sur une initiative violant ces principes. Il s'agirait au contraire d'un '*simulacre de démocratie*'.⁵⁵

8.7.1.2 Interprétation conforme

Avant d'invalider une initiative populaire contraire aux règles impératives du droit international, la pratique des autorités fédérales est d'éviter le conflit autant que possible par la voie de l'interprétation, en s'inspirant des principes en la matière développés par le Tribunal fédéral dans le contexte d'initiatives populaires cantonales (voir chiffre 8.5).⁵⁶ Il s'agit, en particulier, du principe de l'interprétation conforme au droit supérieur et du principe *in dubio pro populo*.

Le principe de l'interprétation conforme au droit supérieur exige que, lorsque l'acte en question se prête à une interprétation le faisant apparaître comme conforme au droit supérieur - en l'occurrence au droit international -, il doit être déclaré valable et, s'il s'agit d'une initiative, soumis à votation. Le principe *in dubio pro populo* signifie pour sa part que les initiatives populaires doivent toujours être interprétées de manière à éviter qu'elles ne soient déclarées nulles.

Pour déterminer le sens d'une initiative et apprécier sa validité, on applique les méthodes usuelles d'interprétation (littérale, systématique, historique, téléologique), qui se fondent en premier lieu sur le texte de l'initiative - la volonté des auteurs de l'initiative ne joue qu'un rôle secondaire, mais doit néanmoins être prise en considération, par exemple dans le cadre de l'interprétation historique. Lorsque l'application de ces méthodes usuelles fait apparaître plusieurs interprétations possibles, le principe d'interprétation conforme au droit supérieur et le principe *in dubio pro populo* imposent de choisir celle qui permet de déclarer l'initiative valide, autrement dit celle qui fait apparaître l'initiative comme conforme au droit international, tout en respectant son sens et son but.⁵⁷

8.7.1.3 Invalidité partielle et élaboration d'un contre-projet

⁵¹ Voir le Message [du 4 avril 2001] concernant l'initiative populaire "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables" (FF 2001, p. 3270), le Message [cité à la note 38], pp. 6929 et ss, et la réponse au postulat Heim 09.3118.

⁵² L'assertion du Message sur l'initiative populaire concernant l'internement à vie, selon laquelle il n'est pas possible de déroger, même en cas de nécessité, aux garanties du Pacte II de l'ONU [sur les droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, RS 0.103.2] (FF 2001 I 3270), est donc trop absolue et doit être relativisée comme on vient de l'exposer.

⁵³ Cf. LUZIUS MADER, *Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder*, in: ASTRID EPINEY/RENÉ PAHUD DE MORTANGES/KHALIL BEDOUN (dir.), *Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz*, Zurich [etc.] 2009, p. 101.

⁵⁴ Message du 20 novembre 1996 [cité à la note 22], pp. 453 et s.

⁵⁵ [Ibid.], p. 442.

⁵⁶ Sur l'interprétation conforme des initiatives populaires, voir ROGER NOBS, *Volksinitiative und Völkerrecht*, Zurich/St-Gall 2006, pp. 279 et ss, 298 et s., et 311. Voir également ATF 124 I 107, 118, c. 5b, et 129 I 392, 394, c. 2.2.

⁵⁷ Voir notamment le Message [cité à la note 51, p. 3269, et le Message du 20 août 1997 concernant l'initiative populaire 'Pour une réglementation de l'immigration', FF 1997 IV 449 [Pratique suisse 1997, n° 1.2, RSDIE, 8^e année, 1998, n° 1.2].

Depuis la mise à jour de 1999, la Constitution fédérale offre la possibilité de n'invalider une initiative populaire qu'en partie (article 139, alinéa 2, Cst.). Au plan fédéral, aucune initiative populaire n'a jusqu'à présent fait l'objet d'une telle invalidation partielle. Au plan cantonal en revanche, plusieurs cas se sont déjà présentés. Le Tribunal fédéral a développé, en lien avec les initiatives populaires cantonales, une série de critères auxquels est subordonnée la possibilité d'une invalidation partielle. Il faut, d'une part, que la partie invalidée ne concerne pas un aspect central de l'initiative et, d'autre part, que la partie restante respecte les conditions de validité, qu'elle conserve un sens et corresponde encore à la volonté des auteurs de l'initiative et des signataires.⁵⁸ Suivant la teneur de l'initiative, l'invalidation partielle permet à la fois de respecter le droit international impératif et de sauvegarder dans la mesure du possible les droits populaires.

En outre l'Assemblée fédérale peut faire usage de la possibilité dont elle dispose d'élaborer un contre-projet direct pour "corriger", dans une certaine mesure, le texte de l'initiative et proposer ainsi aux citoyens, à titre d'alternative, une version conforme au droit international (article 139, alinéa 3, Cst.).

8.7.2 Initiatives populaires contraires au droit international non impératif

Si une initiative populaire n'est contraire qu'au droit international non impératif, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons. Jusqu'à l'heure actuelle, une douzaine d'initiatives populaires ont été soumises au vote alors qu'elles posaient des problèmes de compatibilité avec des dispositions internationales non impératives.⁵⁹ Parmi ces initiatives, trois seulement - l'initiative "pour protection des régions alpines contre le trafic de transit", l'initiative "internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents très dangereux et non amendables" et l'initiative "contre la construction de minarets" - ont été acceptées par le peuple et les cantons. Dans les deux premiers cas, les autorités fédérales se sont efforcées de mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle de manière conforme au droit international pertinent même si, ce faisant, les intentions de leurs auteurs n'étaient pas entièrement respectées. Cela pourrait bien être impossible en ce qui concerne la troisième initiative, qui est directement applicable.

En cas d'adoption, par le peuple et les cantons, d'une initiative contraire au droit international non impératif, les problèmes se posent donc au stade de la mise en œuvre par le législateur. Si la mise en œuvre conforme au droit international est impossible, il faut envisager, en dernier recours, la dénonciation du traité international.⁶⁰

S'il est manifeste que l'initiative a pour objectif même de déroger au droit international non impératif, ou si la nouvelle disposition constitutionnelle ne se prête pas à une mise en œuvre conforme, le Conseil fédéral considère traditionnellement que son acceptation par le peuple et les cantons doit être comprise comme une obligation de dénoncer les engagements internationaux faisant obstacle à sa réalisation.⁶¹ Tous les traités ne peuvent cependant pas être dénoncés, soit parce qu'il existe un empêchement juridique,⁶² soit parce que la dénonciation paraît difficilement envisageable politiquement.⁶³ On examinera [ultérieurement] comment procéder dans un tel cas.

8.8 Contrôle judiciaire

Les décisions du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral, de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision et des autorités cantonales de dernière instance (en général des tribunaux cantonaux) peuvent en principe faire l'objet d'un recours unifié devant le Tribunal fédéral.⁶⁴ Il est possible, par cette voie, d'invoquer non seulement une violation du droit fédéral mais aussi une violation du droit international.⁶⁵ Le grief peut aussi porter sur le fait que l'instance inférieure a mal apprécié la relation entre le droit international et le droit interne. Les règles internationales invoquées doivent cependant être directement applicables (voir chiffre 8.3). Le recourant peut également contester le fait que l'instance inférieure a à tort interprété le droit national de manière non conforme au droit international, ou d'avoir interprété le droit international de manière non conforme à la Constitution, à condition, naturellement, qu'il existe une marge d'interprétation.

⁵⁸ Sur l'application de ces critères à l'invalidation d'initiatives populaires fédérales, voir HANGARTNER, [op.cit. note 33], ad article 139, alinéa 2, n° 40.

⁵⁹ Initiative 'Contre la construction de minarets' (acceptée en 2009), initiative 'Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés dangereux et non amendables' (acceptée en 2004), initiative 'Des dimanches' (rejetée en 2003), initiatives 'Pour une Suisse sans armée' (rejetées en 2001 et 1989), initiative 'Pour la réduction du trafic' (rejetée en 2000), initiative 'Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit' (acceptée en 1994), initiative 'Contre la limitation du droit de vote lors de la conclusion de traités avec l'étranger' (rejetée en 1977), initiatives 'Contre l'emprise étrangère' (rejetées en 1977 et 1974), et initiative dite de Rheinau (rejetée en 1954); au sujet de ces initiatives, voir ROBERT BAUMANN, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung [108^e année] 2007, pp. 191 et ss; MADER, [op.cit. note 53], pp. 96 et ss. Citons encore l'initiative 'Pour le renvoi des étrangers criminels' déposée en 2008, qui n'a pas encore été soumise à la votation populaire au moment de l'appropriation du présent [texte] par le Conseil fédéral.

⁶⁰ Voir notamment le Message du 22 juin 1994 [cité à la note 38], le Message du 20 novembre 1996 [cité à la note 22], p. 459 note 17, et les Messages du 6 juillet 1996 [cité à la note 38], p. 3403, et du 27 août 2008 [cité *ibid.*], p. 6930. Voir point 8.6.1, dernier paragraphe.

⁶¹ Voir notamment les Messages [du 22 juin 1994, cité à la note 38], p. 1481, et [du 27 août 2008, cité *ibid.*], p. 6930.

⁶² Voir par exemple [Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme ...], FF 1991 I 1147. La réalité de tels empêchements juridiques est cependant controversée en doctrine; à ce sujet, voir BAUMANN [op.cit. note 59], p. 209, et HELEN KELLER et autres, *Volksinitiativen und Völkerrecht*, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 109^e année, 2008, p. 147.

⁶³ Voir le Message [du 7 juin 2004] relatif à l'initiative "Oui à la protection des animaux", FF 2004, pp. 3086 et ss, où le Conseil fédéral affirme clairement que la dénonciation de l'Accord OMC [Organisation mondiale du commerce, du 2 juin 1995, RS 192.122.632], de la CEDH ou du Pacte II des Nations Unies n'est pas une option réaliste.

⁶⁴ Cf. les articles 72, 75, 78, 80, 82 et 86 de la Loi [fédérale] du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

⁶⁵ Article 189, alinéa premier, lettres a et b, Cst.; article 95, lettres a et b, LTF.

L'accès au Tribunal fédéral - indépendamment du grief avancé - est exclu lorsque la contestation ne porte pas sur une question juridique de principe et que la *valeur litigieuse* n'excède pas un certain seuil ou bien lorsque la LTF prévoit que le domaine considéré n'est pas soumis à l'examen du tribunal suprême.⁶⁶ Le recours constitutionnel subsidiaire contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance est cependant réservé.⁶⁷

Selon le droit actuel, plusieurs types de décisions des instances inférieures portant sur la relation entre droit national et droit international ne peuvent pas faire l'objet d'un recours unifié devant le Tribunal fédéral. Ce sont notamment:

- Les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires intéressant les relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal. L'autorité de recours est là le Conseil fédéral, à moins qu'il n'ait émis la décision contestée;⁶⁸
- les décisions du Tribunal administratif fédéral énumérées dans la liste d'exceptions de l'article 83 LTF (par exemple asile, entraide administrative, certaines décisions relevant de la législation sur les étrangers ou du droit des marchés publics); les décisions en matière patrimoniale du Tribunal administratif fédéral lorsque la valeur litigieuse déterminante n'est pas atteinte et qu'elles ne portent pas sur une question juridique de principe (par exemple des décisions dans le domaine de la responsabilité de l'Etat ou du droit du personnel);
- les décisions du Tribunal pénal fédéral dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale qui ne portent pas sur des cas particulièrement importants (article 84 LTF); les décisions de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral à l'exception de celles qui portent sur des mesures de contrainte (article 79 LTF);
- les décisions des autorités cantonales de dernière instance énumérées dans la liste d'exceptions de l'article 83 LTF et certaines de leurs décisions en matière patrimoniale, lorsque la valeur litigieuse déterminante n'est pas atteinte et qu'elles ne portent pas sur une question juridique de principe.

Lorsque le recours unifié contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance est exclu, il reste encore, comme on l'a dit, la possibilité du recours constitutionnel subsidiaire, lequel ne peut toutefois être interjeté que pour violation des droits constitutionnels. Cette notion s'étend aux droits garantis par la CEDH, le pacte II de l'ONU et, éventuellement, d'autres traités relatifs aux droits de l'homme,⁶⁹ mais non à l'ensemble du droit international. Ce sont donc en premier lieu les décisions relatives à la relation entre le droit interne et la CEDH ou d'autres traités relatifs aux droits de l'homme qui font l'objet du recours constitutionnel subsidiaire. Celui-ci ne peut pas être interjeté contre des décisions du Tribunal administratif fédéral ou du Tribunal pénal fédéral non sujettes au recours unifié.

Citons encore, par souci d'exhaustivité, l'article 189, alinéa 4, Cst.: les actes de l'Assemblée fédérale (par exemple le fait de constater la validité ou l'invalidité d'une initiative populaire) et du Conseil fédéral ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal fédéral. C'est pourquoi ni l'une ni l'autre ne sont mentionnées comme instances inférieures dans la LTF."

Rapport du Cons. féd., du 5 mars 2010, consacré à "La relation entre droit international et droit interne". FF 2010, p. 2067 (2086-2090, 2101-2002, 2102-2121).

Pour un autre extrait de ce texte, voir ci-dessous, n° 8.1.

2.2 Une année plus tard, le Conseil fédéral présenta un rapport additionnel à ce texte. Celui-ci avait trait à la position du droit des gens vis-à-vis du droit constitutionnel suisse, notamment à la question de savoir comment il convient d'apprécier les initiatives populaires qui pourraient être en contradiction avec le droit international et, en particulier, avec ses règles impératives. Les passages retenus commencent avec une description de la situation de départ et de l'objet de l'examen:

"L'article 139, alinéa 3, de la Constitution (Cst.)⁷⁰ règle les conséquences juridiques d'un conflit entre le contenu d'une initiative populaire et les règles impératives du droit international. Lorsqu'une initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution ne respecte pas les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle. La notion de 'règles impératives du droit international' utilisée dans la Constitution est une notion de droit interne, dont l'interprétation et la portée ont été précisées à plusieurs reprises par le Conseil fédéral. Celui-ci a toutefois indiqué qu'il appartient en fin de compte à la pratique de clarifier définitivement la portée de cette notion, en s'appuyant sur la doctrine.⁷¹ En droit actuel, l'autorité compétente pour décider si une initiative populaire est contraire aux règles impératives du droit international est l'Assemblée fédérale. Celle-ci fait preuve de retenue dans sa pratique en matière d'invalidation d'initiatives populaires. Dans le doute, elle se prononce plutôt pour la validité, en application de l'adage *in dubio pro reo*.

La Constitution contient donc une disposition qui empêche la création, par le biais d'une initiative populaire, de règles constitutionnelles contraires aux *règles impératives du droit international*. En revanche, il n'existe pas de barrière de ce genre en ce qui concerne les autres normes du droit international, qui en forment la très grande majorité. Les initiatives populaires qui sont contraires au droit international, sans toutefois en violer les règles impératives, doivent ainsi être déclarées valides et soumises au vote du peuple et des cantons. En cas d'acceptation, la nouvelle

⁶⁶ Voir l'article 191 Cst.

⁶⁷ Articles 113 et ss LTF.

⁶⁸ Article 72, lettre a, de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

⁶⁹ Voir Giovanni Biaggini [?], *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, [Bâle 2008], n° 17 et ss, ad article 116.

⁷⁰ RS 101.

⁷¹ Rapport du 5 mars 2010, point 8.7.1.1 [ci-dessus].

disposition constitutionnelle qui entre en vigueur sera en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse. Or le droit constitutionnel ne prévoit pas, pour de tels cas, de règle de conflit prescrivant une hiérarchie claire, comme le fait l'article 49, alinéa premier, Cst. pour la relation entre le droit fédéral et le droit cantonal. En effet, l'article 5, alinéa 4, Cst. qui impose le 'respect du droit international', ne constitue pas une règle générale destinée à résoudre les conflits entre le droit international et le droit interne.⁷²

Jusqu'à présent, le législateur fédéral s'est toujours efforcée de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles dont la compatibilité avec le droit international était douteuse de manière conforme à celui-ci.⁷³ Il faut, pour ce faire, interpréter les exigences de l'initiative d'une manière qui permette à la fois de prendre suffisamment en compte les préoccupations de ses auteurs et de respecter les obligations internationales de la Suisse. L'interprétation conforme, lorsqu'elle est possible, permet d'éviter un conflit avec le droit international, l'inconvénient étant toutefois que la solution trouvée sera parfois insatisfaisante tant du point de vue constitutionnel que du point de vue du droit international.

Il arrive cependant qu'une disposition constitutionnelle ne se prête à aucune interprétation conforme au droit international. Le nouveau droit constitutionnel accepté par le peuple et les cantons entre alors en conflit avec le droit international déjà en vigueur. De telles contradictions doivent être évitées, afin que la Suisse ne soit pas contrainte de choisir entre la violation de ses engagements internationaux et la non-application du droit constitutionnel en vigueur. Une première option serait de dénoncer les engagements internationaux problématiques. Le recours à cette solution n'est cependant pas toujours possible, ni toujours opportun.⁷⁴ Une deuxième option serait de faire appel aux règles classiques régissant les conflits entre des règles de même rang (*lex posterior*, *lex specialis*) ou déterminant une éventuelle hiérarchie entre le droit constitutionnel et le droit international.⁷⁵ L'application de ces règles ne serait cependant d'aucune aide non plus, puisqu'il en résulterait automatiquement la non-application de l'une des deux normes en cause. Pour ne pas avoir à choisir entre la non-application d'une disposition de droit constitutionnel ou la violation d'engagements internationaux, il faut donc rechercher des solutions permettant de prévenir la naissance d'un conflit entre le droit constitutionnel et le droit international."

Ayant examiné les relations entre démocratie et Etat de droit, ainsi que la "légitimité démocratique" du droit international, le Conseil fédéral décrit les caractéristiques essentielles du droit international:

"Les engagements internationaux d'un Etat peuvent résulter de différentes sources. Les traités internationaux constituent la plus importante de ces sources du point de vue quantitatif. Certaines obligations internationales fondamentales résultent cependant du droit international coutumier ou des principes généraux de droit.⁷⁶ Il n'y a pas, en droit international, de hiérarchie des normes comparable à celle existant en droit interne⁷⁷. Seul le droit international impératif, le *jus cogens*, prime toutes autres normes internationales.

Les engagements internationaux lient l'Etat concerné tant qu'ils restent en vigueur pour celui-ci. Il n'est en particulier pas possible d'invoquer le droit interne - qu'il s'agisse d'une ordonnance, d'une loi ou de la Constitution - pour justifier le non-respect d'une obligation internationale. Le droit international (article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁷⁸) exclut expressément la possibilité que le droit national contraire puisse primer et justifier la non-exécution d'un traité. L'adoption de règles nationales contraires, quel que soit leur rang, ne saurait dès lors avoir pour effet automatique l'abrogation des engagements internationaux contractés. Cette question est régie par le principe *pacta sunt servanda*⁷⁹ qui garantit aux Parties à un traité qu'aucune d'elles n'invoquera son droit interne afin de relativiser ses engagements.

Les engagements internationaux perdent leur caractère contraignant notamment en cas de dénonciation. Toutes les normes internationales ne peuvent cependant pas être dénoncées unilatéralement. Les traités internationaux peuvent l'être lorsque les Parties ont prévu cette possibilité, qu'elle résulte du texte du traité ou de son interprétation. Une dénonciation partielle d'un traité n'est en principe pas possible, à moins que les Parties n'en conviennent autrement (article 44 de la Convention de Vienne). Cela signifie qu'un traité ne peut en principe être dénoncé que dans sa totalité. Même dans le cas d'un traité non dénonçable, une dénonciation d'un commun accord reste possible, ce qui présuppose cependant que toutes les Parties y consentent.

La Suisse est Partie à de nombreux traités internationaux non dénonçables. Les conventions relatives aux frontières conclues avec les Etats limitrophes⁸⁰ forment le groupe le plus important d'un point de vue quantitatif. Leur caractère non dénonçable exprime le fait que le tracé de la frontière entre deux Etats ne peut être déterminé qu'en commun. Les pactes des Nations Unies relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (pacte I de l'ONU) et aux droits civils et politiques (pacte II de l'ONU) constituent une autre catégorie importante de traités internationaux non dénonçables.⁸¹ En effet, ces textes ne contiennent pas de clause de dénonciation. L'impossibilité de les dénoncer

⁷² [Ibid.], point 8.4 [ci-dessus].

⁷³ Pour d'autres références, voir [ibid.], point 8.7.2 [ci-dessus].

⁷⁴ Voir [ibid.], point 8.7.2 *in fine* et les références qui y sont citées [ci-dessus].

⁷⁵ Voir à ce sujet [ibid.], n° 8.6 [ci-dessus].

⁷⁶ Voir, pour plus de détails, [ibid.], point 4 [FF 2010, p. 2080].

⁷⁷ [Ibid.], point 4.7 [ci-dessus].

⁷⁸ RS 0.111.

⁷⁹ Rapport du 5 mars 2010, point 4.2 [FF 2010, p. 2081].

⁸⁰ RS 0.132.

⁸¹ RS 0.103.1 et 0.103.2. Les deux textes ont été approuvés par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 et soumis au référendum en matière de traités internationaux déjà prévu à l'époque pour les traités d'une durée indéterminée et non dénonçables. Pour le Pacte I de

tient au caractère fondamental et universel des droits qu'ils protègent, au fait qu'ils concrétisent des obligations découlant directement de la Charte des Nations Unies et à l'importance croissante que la communauté internationale attribue à la protection des droits fondamentaux.⁸²

Le droit coutumier et les principes généraux de droit ne peuvent pas non plus être dénoncés. Il s'agit, pour le premier, de normes que la communauté internationale considère comme obligatoires car elles sont l'expression d'une pratique générale reconnue en tant que règle de droit⁸³ et, pour les seconds, de normes dotées d'une validité universelle car connues de tous les grands systèmes juridiques dans le monde.⁸⁴ Un Etat ne peut être délié *a posteriori* de ses obligations issues du droit coutumier que par une nouvelle norme internationale, de nature coutumière ou conventionnelle. Il ne peut pas modifier unilatéralement le droit coutumier par un comportement contraire à celui-ci, quand bien même ce comportement persisterait durant une longue période.

Lorsqu'une disposition de droit constitutionnel nouvellement adoptée n'est pas compatible avec une règle de droit international non dénonçable, la seule solution possible pour éviter un conflit est de modifier les engagements internationaux en cause. Une modification de ce genre nécessite cependant l'accord de toutes les Parties ou l'existence d'une pratique ultérieure persistante dérogeant au traité, exercée et reconnue par la communauté des Etats (articles 39 et suivants de la convention de Vienne). Un Etat ne peut donc pas, unilatéralement, modifier un traité international ou le droit international coutumier. Pour cette raison, la modification des engagements internationaux en cause ne constitue souvent pas une solution réaliste pour éviter un conflit avec le droit constitutionnel suisse. De toute façon, la négociation et la procédure d'adoption des amendements (y compris la ratification par toutes les Parties au traité), ou la formation d'une nouvelle pratique, nécessiteraient un temps considérable pendant lequel les dispositions constitutionnelles contraires au droit international seraient en vigueur. Durant cette période, la Suisse contreviendrait à ses engagements, ce qui entraînerait sa responsabilité internationale.

Ces caractéristiques du droit international font qu'il n'est pas toujours possible, au moment de l'adoption d'une norme constitutionnelle contraire aux engagements internationaux de la Suisse, d'éviter le conflit de norme en dénonçant ou en modifiant les dispositions internationales en cause. Il faut donc examiner également des solutions susceptibles de prévenir la formation d'un conflit dès le stade de la procédure d'adoption du nouveau droit constitutionnel (voir point 2.1 ci-dessus)."

Le Conseil fédéral s'attache ensuite à dégager les caractéristiques du droit constitutionnel suisse, notamment le droit issu des initiatives populaires et en particulier la notion de règles impératives du droit international telle que la connaît le droit constitutionnel suisse:

"- l'égalité souveraine des Etats, l'interdiction du recours à la force figurant dans la Charte des Nations Unies, les interdictions de la torture, du génocide et de l'esclavage, de même que l'interdiction d'expulser un réfugié dans un Etat où sa vie ou sa liberté seraient en danger en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques (principe du non-refoulement);
- les principes fondamentaux du droit international humanitaire, qui confèrent une protection particulière à certains groupes de personnes en temps de guerre; selon l'article 3 des quatre Conventions de Genève de 1949,⁸⁵ sont prohibées 'en tout temps et en tout lieu': les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; les prises d'otages; les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué et assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises⁸⁶ que la notion de 'règles impératives du droit international' inclut également les *garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*⁸⁷ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, énumérées à l'article 15 CEDH: l'interdiction des exécutions arbitraires (article 2 CEDH), l'interdiction de la torture (article 3 CEDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4, alinéa premier, CEDH), le principe 'pas de peine sans loi' (article 7 CEDH) et le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (principe *ne bis in idem*, article 4 du Protocole n°7).⁸⁸ On peut considérer en outre que, au niveau européen, l'interdiction de la peine de mort⁸⁹ fait actuellement partie de ces normes.⁹⁰

l'ONU [droits économiques, sociaux et culturels], RO 1993, p. 724, et pour le Pacte II [droits civils et politiques] [du 16 décembre 1966], RO 1993, p. 747.

⁸² Message du Conseil fédéral [du 30 janvier 1991, voir la note 62], FF 1991 I 1147, et les références qui y sont citées.

⁸³ Par exemple le principe de l'intégrité territoriale des Etats, les principes relatifs à l'immunité juridictionnelle des chefs d'Etat et de gouvernement et les règles fondamentales du droit des traités; voir à ce propos le rapport du 5 mars 2010, point 4.3 [FF 2010, p. 2083].

⁸⁴ Par exemple le principe de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit et le principe de proportionnalité; voir à ce propos le Rapport du 5 mars 2010, point 4.4 [FF 2010, p. 2083].

⁸⁵ RS 0.518.12 (amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne); RS 0.518.23 (amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer); RS 0.518.42 (traitement de s prisonniers de guerre); RS 0.518.51 (protection des personnes civiles en temps de guerre).

⁸⁶ Voir, en dernier lieu, le Rapport du 5 mars 2010, point 8.7.1 [ci-dessus], et les références qui y sont citées.

⁸⁷ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101) [CEDH].

⁸⁸ Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH (RS 0.101.07; entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1988). Son article 4, paragraphe 3, a la teneur suivante: "Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention."

⁸⁹ Voir l'article 3 (ainsi que l'exception en temps de guerre figurant à l'article 2) du Protocole n° 6 à la CEDH du 28 avril 1983 concernant l'abolition de la peine de mort (RS 0.101.6; entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1987) et l'article 2 du Protocole n° 13 du 19 mai

Dans la pratique, les autorités fédérales ont constaté, de manière ponctuelle, que les garanties du pacte II de l'ONU auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité devaient être considérées comme des 'règles impératives du droit international'.⁹¹ Aux termes de l'article 4, alinéa 3, du pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel 'n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8, paragraphes premier et 2, 11, 15, 16 et 18'. Cette énumération doit toutefois être relativisée en ce sens où il faut dans tous les cas déterminer, par voie d'interprétation, dans quelle mesure les garanties en cause du pacte II sont véritablement immunisées contre toute atteinte, même en état de nécessité.⁹² Par exemple, la liberté de manifester une conviction religieuse, autrement dit l'aspect extérieur de la liberté religieuse (*forum externum*), peut faire l'objet de restrictions en vertu de l'article 18, alinéa 3, du pacte II de l'ONU. Compte tenu de cette particularité, les garanties du pacte II de l'ONU auxquelles il ne peut être dérogé même en état de nécessité sont les suivantes:

- le droit à la vie (article 6 du pacte II de l'ONU): en vertu de cette disposition (alinéa premier), 'nul ne peut être arbitrairement privé de la vie'; la peine de mort est en outre prohibée, sauf dans le cadre des alinéas 2 et 4 à 6;
- les interdictions de la torture, de l'esclavage, du commerce d'esclaves et de la servitude (articles 7 et 8, alinéas premier et 2, du pacte II de l'ONU);
- l'interdiction de la contrainte par corps (article 11 du pacte II de l'ONU): nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle;
- le principe 'pas de peine sans loi' (article 15 du pacte II de l'ONU);
- le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (article 16 du pacte II de l'ONU);
- la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18 du pacte II de l'ONU); seul l'aspect intérieur (*forum internum*), autrement dit la sphère la plus intime de l'autodétermination religieuse ou éthique, est protégé de manière absolue, même en état de nécessité (alinéa 2); nul ne doit subir de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

...

Les règles 'règles impératives du droit international' (au sens du *jus cogens* et des garanties internationales qui ne peuvent être restreintes, même en état de nécessité) constituent, en droit constitutionnel actuel, une limite matérielle à la révision de la Constitution. L'invalidation prévue à l'article 137, alinéa 3, Cst. prévient efficacement la survenance de conflits entre le droit constitutionnel et ces règles. En revanche, il n'existe pas de règle permettant d'empêcher la création de droit constitutionnel contraire aux autres dispositions du droit international. Le droit suisse ne connaît pas non plus de règle de primauté prescrivant clairement comment résoudre une telle contradiction.

Les caractères essentiels du droit international et du droit constitutionnel délimitent le terrain (étroit) sur lequel doit se dérouler la recherche de solutions permettant d'éviter des contradictions entre des initiatives populaires et les engagements internationaux de la Suisse. La première mesure, qui sera examinée dans le chapitre 3 ci-après [FF 2011, p. 3419], consiste à renforcer la procédure d'examen préliminaire: de cette manière, les auteurs d'une initiative populaire disposeraient très tôt, avant même le début de la récolte des signatures, d'une prise de position des autorités quant à la compatibilité de leur initiative avec le droit international, ce qui leur laisserait le cas échéant la possibilité d'adapter leur texte afin de le rendre conforme au droit international."

Une autre limite matérielle aux initiatives populaires peut résulter de la notion d'essence des droits fondamentaux en droit international.

"La notion d'essence des droits fondamentaux n'est pas totalement inconnue du discours sur le droit international, mais elle n'y représente pas une notion uniforme. Cette notion, telle qu'on la conçoit en Suisse, en tant que *terminus technicus* de l'article qui limite les interventions de l'Etat (article 36 Cst.), ne peut pas être transportée telle quelle en droit international. A quelques exceptions près, les normes internationales garantissant les droits de l'homme ne s'appliquent pas de manière absolue, des restrictions pouvant être admises dans des circonstances bien définies. Néanmoins, les droits de l'homme élémentaires, par exemple l'interdiction de l'esclavage et de la torture, font partie des règles impératives du droit international (voir point 2.4.1 [ci-dessus]), qui constituent une limite absolue à laquelle on ne saurait déroger par aucun acte unilatéral (par exemple une réserve) et qui peuvent rendre caduques des normes contraires du droit national.

Le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés prévoient des garanties supérieures. Le droit international humanitaire - les quatre conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels des années 1977 et 2005 - ne s'applique qu'en cas de conflit armé. Il fixe un standard minimal applicable aux conflits civils et internationaux afin de protéger des abus les combattants et la population civile. Il est généralement reconnu que certaines garanties du droit international humanitaire ont une validité absolue comme les droits de l'homme. Tel est le cas des interdictions visées à l'article 3 de chacune des conventions de Genève, qui doivent être respectés 'en tout temps et en tout lieu' (voir point 2.4.1 [FF 2011, p. 3413]). Ces garanties sont une des bases de la civilisation internationale, qui doit être préservée même en temps de guerre.

2002 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (RS 0.101.093; entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2003).

⁹⁰ WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Bâle 2005, pp. 280 et s. La Cour EDH [Cour européenne des droits de l'homme] a relevé, dans l'arrêt *Öcalan* du 12 mai 2005, au paragraphe 163, qu'on 'peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, ... qui n'est plus autorisée ...'.

⁹¹ Voir le Rapport du 5 mars 2010, point 8.7.1.1 [ci-dessus], et les références qui y sont citées.

⁹² Voir également JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne, 2008, p. 45.

Il est également possible de cerner la notion d'essence des droits fondamentaux au sens large en examinant le *type d'engagement* que représentent les droits de l'homme. Ces réflexions [expriment] l'idée, reconnue dans la doctrine et la pratique actuelles, de trois degrés d'engagement découlant des droits de l'homme.⁹³ La doctrine et la pratique reconnaissent aujourd'hui de plus en plus largement qu'il découle des droits de l'homme garantis par le droit international à la fois une obligation de faire et une obligation de s'abstenir, quelle que soit leur nature juridique, c'est-à-dire qu'il s'agisse de droits civils ou économiques, sociaux et culturels. Ces obligations sont de trois degrés différents:

- sur un premier plan (fondamental), toutes les garanties peuvent être préservées efficacement par le fait que l'Etat s'abstient d'agir (*duty to respect*);
- sur un deuxième plan, les Etats Parties aux traités garantissant les droits de l'homme s'engagent à faire appliquer ces derniers dans les relations entre les particuliers (*duty to protect*);
- sur un troisième plan, les Etats doivent, dans certaines circonstances, accomplir une action (*duty to fulfil*).

Pour ce qui est de la pratique des organes de contrôle des conventions de l'ONU relatives aux droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui veille sur l'application du pacte I de l'ONU, défend notamment l'idée que les garanties du pacte comportent un noyau dur, au sens de droits minimums de l'individu,⁹⁴ dont la violation vide le droit concerné de sa substance et de son sens.

Le Comité a affirmé que chaque Etat Partie a l'*obligation minimale et fondamentale* de garantir au moins la réalisation de ce *noyau dur*. Ces considérations sont très proches de la reconnaissance de l'essence des droits fondamentaux telle qu'on l'entend pour les droits constitutionnels suisses.

En résumé, on peut constater qu'en droit international, en donnant à certains droits de l'homme le rang de règles impératives du droit international ou en délimitant le 'noyau dur' de certaines garanties, on a créé des institutions juridiques qui s'apparentent étroitement à la notion suisse d'essence des droits fondamentaux. Ces institutions de droit international inspirent la définition et la concrétisation de l'essence des droits fondamentaux constitutionnels, tant par le constituant que par la jurisprudence,⁹⁵ et continueront de le faire."

Ensuite le Conseil fédéral pèse les avantages et les inconvénients de la solution qui consisterait à faire de l'essence des droits fondamentaux une limite autonome de la Constitution:

"Un certain nombre d'*avantages* ressortent de l'analyse de la proposition de faire de l'essence des droits fondamentaux une limite autonome de la Constitution. Le critère choisi est une notion juridique déjà inscrite dans le texte constitutionnel (article 36, alinéa 4, Cst.). Il existe, du moins pour une partie des libertés les plus importantes, des définitions matérielles de leur noyau intangible, donc des éléments définis et praticables qui permettraient d'examiner la validité des projets de révision constitutionnelle. Le champ des situations dans lesquelles une révision constitutionnelle serait nulle est considérablement élargi, ce qui renforce l'Etat de droit - tout en préservant la démocratie. L'essence des droits fondamentaux ne va au-delà du minimum à respecter en droit international (les règles impératives du droit international et les droits qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité ou droits intangibles) que dans la mesure où la Constitution suisse prévoit des droits spécifiques. Pour finir, et c'est là le but proprement dit de la proposition, l'extension des limites matérielles à l'essence des droits fondamentaux contribuerait sensiblement à prévenir les conflits entre le droit issu des initiatives populaires et le droit international. Elle éviterait la création de droits constitutionnels qui contredirait des dispositions inscrites dans des traités importants (notamment ceux qui garantissent les droits de l'homme) ou des règles de droit coutumier dont le contenu correspond à l'essence des droits fondamentaux.

L'étude du contenu et de la fonction des règles impératives du droit international et de l'essence des droits fondamentaux (voir point 2.4.1 [ci-dessus]) fait apparaître de nombreux points de contact et recouvrements entre ces deux catégories. Déjà, entre *jus cogens* et droits intangibles du droit international, les similitudes sont nombreuses. Par exemple, les normes du *jus cogens* coïncident en partie avec les garanties du pacte II de l'ONU (interdiction de la torture et de l'esclavage) et de la CEDH (interdiction de la servitude, principe 'pas de peine sans loi'). Mais les règles impératives du droit international présentent aussi des recouvrements avec l'essence des droits fondamentaux constitutionnels, car les garanties du droit international sont une des sources principales à partir desquelles est déterminé le contenu de cette dernière (droit à la vie;⁹⁶ interdiction de la contrainte par corps;⁹⁷ *forum internum* de la liberté de conscience et de croyance;⁹⁸ droit à la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique).⁹⁹ Il importe donc peu qu'une délimitation nette soit impossible. Cela pourrait même faciliter l'application du nouveau motif d'invalidité, par exemple s'il n'est pas certain qu'une norme internationale relève du *jus cogens* ou soit intangible, mais si son contenu appartient clairement à l'essence des droits fondamentaux.

⁹³ KÄLIN/KÜNZLI, *op.cit.* note 90, pp. 110 et ss. Voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale n° 15 (2002), points 20 et ss; Comité des droits de l'homme de l'ONU, Observation générale n° 31 (2004), points 4 et ss; Cour EDH, Grande Chambre, *Makaratzis c. Grèce*, Recueil 2004-XI, paragraphes 56 et ss; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, 155/96 (2001), paragraphes 44 et ss.

⁹⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale n° 3 (1990), point 10.

⁹⁵ Voir l'énumération au point 4.2.2.2 [p. 3430] et, plus loin, point 4.2.5.1 [*sic*; p. 3438]

⁹⁶ Voir l'article 10, alinéa premier, première phrase, Cst., et point 2.4.1 [p. 3428].

⁹⁷ Voir ATF 130 I 169, c.2.2; voir aussi MÜLLER/SCHEFER, *op.cit.* [note 92], p. 93.

⁹⁸ Voir l'article 15, alinéa 4, Cst. et point 2.4.1 [ci-dessus].

⁹⁹ MARKUS SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001, p. 472, postule que le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique doit être reconnu comme ressortissant à l'article 7 Cst. [La dignité humaine doit être respectée et protégée.].

Les *inconvenients* sont les suivants: le nouveau motif d'invalidité ne permettra pas d'éviter tous les conflits potentiels entre le droit international et les révisions constitutionnelles. Les initiatives populaires devront encore être déclarées valables si elles contredisent des obligations de droit international mais qu'elles ne violent pas le *jus cogens* et les garanties intangibles du droit international ni l'essence des droits fondamentaux. Par ailleurs, si la définition générale et la fonction de protection (absolue) de l'essence des droits fondamentaux sont aujourd'hui parfaitement claires (voir point 4.2.2.1 [FF 2011, p.3428]); on ne saurait en dire autant de la détermination concrète de son contenu, du moins pour une partie des droits visés. Notamment, ni la doctrine ni la jurisprudence ne donnent d'opinion unanime sur l'existence et l'étendue d'un noyau intangible des droits sociaux (droit à un enseignement de base gratuit, article 19 Cst.; droit à l'assistance judiciaire gratuite, article 29, alinéa 3, Cst.).¹⁰⁰ L'essence des droits fondamentaux n'est donc pas un critère indiscutable dans tous les cas. Il est à noter toutefois qu'il en va de même, en droit constitutionnel actuel, pour les règles impératives du droit international."

Dans sa conclusion sur ce thème, le Conseil fédéral expose que l'extension des limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits constitutionnels fondamentaux est une idée à retenir, de même que la limitation de telles révisions par la présence de règles impératives du droit international. Cela l'amène à proposer les textes suivants pour les alinéas 3 et 4 de l'article 139, et l'alinéa 2 de l'article 194, de la Constitution:

"L'extension des limites matérielles examinées au point 4 requiert que la Constitution soit modifiée comme suit:

Article 139, alinéa 3

³ Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière, les règles impératives du droit international ou l'essence des droits fondamentaux constitutionnels, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.

Article 193, alinéa 4

⁴ Les règles impératives du droit international et l'essence des droits fondamentaux constitutionnels ne doivent pas être violées.

Article 194, alinéa 2

² Toute révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière; elle ne doit pas violer les règles impératives du droit international ni l'essence des droits fondamentaux constitutionnels."

Dans la dernière partie du rapport additionnel, le Conseil fédéral constate que l'extension de la procédure d'examen préliminaire et l'intégration de l'essence des droits fondamentaux à celle-ci ne suffiront pas à éliminer toute possibilité de conflit entre droit international et droit interne et notamment la Constitution fédérale. D'après l'article 5, alinéa 4, de celle-ci, les autorités doivent respecter le droit international, mais il n'en découle pas que le droit international prime le droit interne de façon absolue. L'article 190 oblige les autorités, en particulier le Tribunal fédéral, à appliquer tant les lois fédérales que le droit international, quand bien même ces règles contrediraient la Constitution. Mais on vient de le dire, la primauté du droit international n'est pas absolue. Dans le rapport du 5 mars 2010, reproduit au n° 2.1, le Conseil fédéral avait mentionné les exceptions à l'obligation d'appliquer le droit international admises par une partie de la doctrine, encore que non consolidées par la pratique: 1) la règle constitutionnelle l'emporte quand elle est postérieure à la règle du droit international; 2) cette règle l'emporte également sur le droit international si elle est postérieure et si l'auteur de la règle a sciemment déroge à ce dernier.

Le texte qui suit porte sur l'idée de codifier la jurisprudence *Schubert* dans la Constitution fédérale. Un premier passage se rapporte au champ d'application et à la fonction de cette jurisprudence.

"La question de la relation entre droit international et droit interne se subdivise en trois aspects: la *validité* interne du droit international, son *applicabilité* et son *rang* par rapport au droit interne.¹⁰¹ La jurisprudence *Schubert* ne concerne que le rang du droit international. Elle s'applique lorsqu'une norme de droit international qui a force de loi en Suisse et y est directement applicable se trouve en contradiction avec le droit interne ou, plus précisément, qu'une interprétation conforme du droit interne est impossible. Selon la jurisprudence *Schubert*, le droit international (traités internationaux, droit coutumier international et principes généraux de droit) prime les lois fédérales, que ces dernières lui soient postérieures ou antérieures, mais si l'Assemblée fédérale a dérogé au droit international en pleine connaissance de cause, sa décision lie le Tribunal fédéral sur la base de l'article 190 Cst. Il doit appliquer la loi fédérale. Cette exception en cas de violation délibérée du droit international par le législateur ne vaut cependant pas par rapport aux droits de l'homme garantis par des normes internationales, selon la jurisprudence *PKK*¹⁰² (...). La jurisprudence *Schubert* joue donc le rôle d'une règle de résolution des conflits de norme."

¹⁰⁰ Notamment, le point de savoir si la portée d'un droit social et son noyau coïncident n'a pas été entièrement clarifié (réponse affirmative en relation avec l'article 12 Cst. dans ATF 131 I 166, c. 3.1), pas plus que celui de savoir à partir d'où une relativisation des conditions auxquelles l'individu dispose de ce droit est une violation de son essence.

¹⁰¹ Voir le Rapport du 5 mars 2010, point 5.1 [ci-dessus]. Pour plus de détails sur ce point et sur ce qui suit, voir ROBERT BAUMANN, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, PJA [Pratique juridique actuelle] 2010, pp. 1009 et ss.

¹⁰² A. c. *Ministère public de la Confédération et autres*, ATF 125 II 417 [Pratique suisse 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634].

Les passages qui suivent examinent l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral: d'abord les éléments qui ont conduit à l'arrêt *Schubert* et ensuite la primauté des droits de l'homme garantis par le droit international (jurisprudence *PKK*).

"Dans une première période (de 1875 à 1933), le Tribunal fédéral a accordé une primauté pleine et entière au droit international; cette primauté semble être allée de soi.¹⁰³ Il a changé d'orientation en 1933, avec l'arrêt *Steenworden*, influencé par le courant dualiste. Postulant l'égalité de rang des traités internationaux et des lois fédérales, il y a tranché la question de la prééminence entre un traité et une loi fédérale qui lui était postérieure en faveur de cette dernière, selon le principe *lex posterior derogat priori*.¹⁰⁴ Pendant les 17 années suivantes, le Tribunal fédéral a appliqué le principe soit de la *lex posterior*, soit de la *lex specialis*, pour résoudre les conflits entre droit interne et droit international.¹⁰⁵ En 1968, dans l'arrêt *Frigerio*, il laisse expressément ouverte la question du rang du droit international, car il est possible d'interpréter la loi fédérale en cause conformément au droit international. Il suffit de constater, précise-t-il, que le législateur fédéral entend que les traités régulièrement conclus demeurent valides, dans la mesure où il n'a pas manifesté sa volonté d'édicter du droit interne contraire au droit international.¹⁰⁶ La future jurisprudence *Schubert* était déjà formulée.

L'arrêt *Schubert*, rendu en 1973, soulevait la question d'un conflit entre un arrêté fédéral récent et un traité international plus ancien.¹⁰⁷ Un citoyen autrichien désireux d'acquérir un bien-fonds dans le canton du Tessin avait invoqué le fait que l'obligation d'obtenir une autorisation en vertu de l'Arrêté fédéral de 1961/1970 concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger¹⁰⁸ violait le traité d'établissement de 1875 entre la Suisse et l'Autriche.¹⁰⁹ Citant l'arrêt *Frigerio*, le Tribunal fédéral a expressément reconnu la primauté de principe du droit international pour exposer ensuite que la possibilité qu'a le législateur de déroger au droit international en pleine connaissance de cause permettait d'adoucir certains cas de rigueur et de préserver dans la pratique des intérêts majeurs. Cette dérogation délibérée (*consapevole deroga*) était déterminante sur le plan interne et liait le Tribunal fédéral selon l'article 113, alinéa 3, aCst.).¹¹⁰ Il suffisait, comme preuve de la dérogation délibérée que l'Assemblée fédérale ait examiné et discuté en détail les aspects de droit international au cours de ses délibérations.¹¹¹ Depuis lors, le Tribunal fédéral a confirmé la jurisprudence *Schubert* à de multiples reprises.¹¹² Durant les années 90, parallèlement à cette ligne *Schubert*, le Tribunal fédéral a affirmé dans plusieurs arrêts la primauté absolue du droit international,¹¹³ quoiqu'il s'agisse dans chaque cas de décisions dans le domaine de l'extradition, domaine dans lequel l'article premier, alinéa premier, de la Loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale¹¹⁴ prévoit expressément une réserve en faveur de l'application des accords internationaux.

Dans l'arrêt *PKK* du 26 juillet 1999,¹¹⁵ le Tribunal fédéral, pour résoudre un conflit entre un traité international et une loi fédérale, a choisi de suivre deux principes de droit international universellement reconnus qui sont codifiés aux articles 26 et 27 de la convention de Vienne: la maxime *pacta sunt servanda* et l'interdiction d'invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité. Considérant que ces principes de droit international ne liaient pas uniquement le législateur, mais tous les organes de l'Etat, il a conclu que le droit international l'emporte par principe sur le droit interne en cas de conflit et qu'une norme contraire au droit international ne peut être appliquée dans un cas d'espèce, d'autant plus lorsque la règle internationale tend à la protection des droits de l'homme. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas exclu que d'autres manières de résoudre le conflit puissent s'imposer dans d'autres cas, citant comme exemple l'arrêt *Schubert*.¹¹⁶ Depuis lors, il a confirmé la jurisprudence *PKK* à plusieurs reprises.¹¹⁷ Notamment, dans un arrêt de 2007, il a donné à un traité antérieur (l'accord sur la libre circulation des personnes) la primauté sur une disposition légale postérieure (la loi sur l'assurance-chômage¹¹⁸), parce que le traité protégeait le principe fondamental de la non-discrimination, et au mépris

¹⁰³ Voir à titre d'exemple ATF 35 I 467, c.5, p. 473 (*Spengler*).

¹⁰⁴ ATF 59 II 331, c.4 (*Steenworden*) [*Répertoire*, n° 2.10].

¹⁰⁵ BAUMANN, *op.cit.* note 101, p. 2010, et les références qui y sont citées.

¹⁰⁶ [Traduction] "Il suffit de retenir que le législateur fédéral veut respecter les traités internationaux valablement conclus, sauf lorsqu'il assume explicitement le risque de créer du droit interne qui est contraire au droit des gens." ATF 94 I 699, c. 6a (*Frigerio*) [traduction tirée de: *Pratique suisse 1968-1969*, n° 2.6, ASDI, vol. XXVI, 1969-1970, pp. 131-132].

¹⁰⁷ Voir ci-dessus, note 39.

¹⁰⁸ RO 1961, p. 203; 1965, p. 1239; 1970, p. 1199.

¹⁰⁹ RS 0.142.111.631.

¹¹⁰ [Arrêt *Schubert*,] ATF 99 Ib 39 c. 3 [*Pratique suisse 1974*, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110].

¹¹¹ *Ibid.*, c. 4.

¹¹² ATF 112 II 1,13, c. 8, p. 13 [*Pratique suisse 1986*, n° 2.1, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 152]; ATF 117 IV 124, c. 4b, p. 128; ATF 117 Ib 367, c. 2b, p. 370 [*Pratique suisse 1992*, n° 2.2, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 683]; on trouvera un point de vue relativisé dans ATF 118 la 341, c. 5, p. 353 [JdT 1994 I 648, résumé], où le Tribunal fédéral estime qu'il serait problématique d'aller contre la volonté du législateur et plus encore contre celle du constituant; autre relativisation dans ATF 125 III 209, c. 4a à 4c, pp. 214 et ss [JdT 1999 I 321]. Concernant la jurisprudence du Tribunal fédéral après l'arrêt *Schubert*, ALBERTO ACHERMANN, *Der Vorrang des Völkerrechts*, in: THOMAS COTTIER/ALBERTO ACHERMANN/DANIEL WÜGER/VALENTIN ZELLWEGER, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Berne 2001, pp. 46-65.

¹¹³ ATF 102 la 317 (*Lanusse*) [*Pratique suisse 1976*, n° 2.1, ASDI, vol. XXXIII, 1977, p. 154]; ATF 106 Ib 400 (*Bozano*) [*Pratique suisse 1981*, n° 2.1, ASDI, vol. XXXVIII, 1982, p. 96]; ATF 122 II 485 [*Pratique suisse 1996*, n° 2.2, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 647].

¹¹⁴ RS 351.1.

¹¹⁵ [Voir note 30].

¹¹⁶ [Arrêt *PKK*], c. 4b.

¹¹⁷ Voir ATF 128 IV 117, c. 3b, p. 122 [*Pratique suisse 2002*, n° 2.1, RSDIE, 13^e année, 2003, p. 444]; ATF 128 IV 201, c. 1.3, p. 205.

¹¹⁸ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (RS 837.0).

du fait que l'Assemblée fédérale avait précisément adopté cette disposition légale pour restreindre la portée de l'accord.¹¹⁹

La jurisprudence *Schubert* s'est donc trouvée relativisée par l'arrêt *PKK* de 1999 pour ce qui est des normes internationales protégeant les droits de l'homme. Le Tribunal fédéral pourrait bien y avoir été incité par le souci de prévenir des condamnations de la Suisse par la CEDH.¹²⁰ En ce qui concerne les droits de l'homme garantis par les pactes de l'ONU, dont aucune instance ne contrôle l'application, le Tribunal fédéral est considérablement plus réservé; il estime en général que la norme internationale n'est pas directement applicable et ne crée donc pas une situation de conflit de normes.¹²¹ Selon certaines remarques incidentes (*obiter dicta*), il semble disposé à accorder la prééminence au droit international lorsque celui-ci est légitimé par une votation populaire et ne viole pas les valeurs fondamentales centrales de la Constitution. Il semble aussi vouloir reconnaître la primauté d'un traité international lorsque celui-ci énonce lui-même qu'il déroge au droit national.¹²² En d'autres termes, la jurisprudence *Schubert* a été largement relativisée par la ligne de conduite adoptée par le Tribunal fédéral depuis la fin des années 90."

Après cet examen de la jurisprudence, le Conseil fédéral passe à sa propre pratique et celle des autorités administratives:

"Nous exposerons, dans le présent chapitre, la position qu'ont adoptée dans la pratique le Conseil fédéral et l'administration fédérale concernant le rang du droit international depuis la fin des années 1980. En 1992, le Conseil fédéral a affirmé, dans le message sur l'EEE [Espace économique européen],¹²³ la primauté du droit EEE sur le droit interne, condition fondamentale de la réalisation des objectifs que l'accord EEE s'était assignés. Il y exposait que tous les organes de la Confédération étaient directement liés par le droit EEE et qu'aucun d'eux ne pouvait invoquer le principe de la séparation des pouvoirs pour se soustraire aux obligations qui en découlaient. Selon ce message, en cas de conflit, c'est la règle '*Völkerrecht bricht Landesrecht*' ('le droit international prime le droit interne') qui devait s'appliquer.¹²⁴ Le message sur l'EEE donnait donc un clair démenti à la jurisprudence *Schubert*. Dans le contexte de la politique d'intégration du Conseil fédéral, l'Office fédéral de la justice [du Département fédéral de justice et police] et la Direction du droit international public avaient élaboré une publication commune dans laquelle ils se prononçaient aussi pour la primauté du droit international.¹²⁵ Une expertise de la Direction du droit international public de 1988 parvenait à la même conclusion.¹²⁶

Après le rejet de l'accord EEE, le Conseil fédéral a qualifié de 'règle applicable' (*Grundsatz*) la primauté du droit international, tout en mentionnant la jurisprudence *Schubert* dans une note de bas de page.¹²⁷ Dans le message sur la réforme de la justice, il s'est exprimé ainsi concernant la jurisprudence *Schubert*:

'Cette pratique trouve sa justification dans la considération qu'il n'appartient pas au juge de censurer le législateur, alors que celui-ci a accepté d'assumer les conséquences d'une violation délibérée du droit international. C'est pourquoi la réforme de la justice doit préserver la faculté pour le Tribunal fédéral de renoncer exceptionnellement à l'application du principe de la primauté du droit international dans de tels cas, qui sont d'ailleurs rares'.¹²⁸

La réforme de la justice n'apportait donc pas de modification à la jurisprudence *Schubert*.

Le rapport du 5 mars 2010 expose comment la jurisprudence du Tribunal fédéral a évolué depuis la fin des années 90.¹²⁹ Le Conseil fédéral et l'administration fédérale se rallient à la relativisation de la jurisprudence *Schubert* concernant les droits de l'homme garantis par le droit international. En outre, le rapport dit clairement que les principes fondamentaux et l'essence des droits fondamentaux consacrés par la Constitution priment le droit international.¹³⁰ Enfin, le Conseil fédéral estime que les autorités d'application du droit sont tenues en principe d'appliquer les dispositions constitutionnelles contraires au droit international lorsqu'elles sont plus récentes que la règle internationale concernée et que l'article 190 Cst. et qu'elles sont directement applicables. La primauté du droit constitutionnel plus récent découle, selon lui, de l'article 190 Cst., qui empêche les tribunaux de substituer leur pesée des intérêts à celle opérée par le législateur. Si les tribunaux sont liés par les décisions du législateur, ils doivent l'être d'autant plus par les décisions du constituant, dont la légitimité démocratique est encore plus grande.¹³¹

Puis le Conseil fédéral étudie la pratique de l'Assemblée fédérale relative à la compatibilité de ses actes législatifs avec le droit international.

"On ne saurait analyser la jurisprudence *Schubert* sans se poser la question suivante: Dans quelle mesure l'Assemblée fédérale, lorsqu'elle adopte du droit interne, déroge-t-elle 'en pleine connaissance de cause' aux

¹¹⁹ ATF 133 V 367, c. 11.

¹²⁰ Voyez par exemple ATF 136 III 168, c. 3.3.4, et le commentaire de FELIX SCHÖBI, *Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen ?* recht 2010, pp. 131 et ss; voir aussi le Rapport du 5 mars 2010, point 8.6.2 ... [ci-dessus].

¹²¹ Par exemple en relation avec le droit à la gratuité de l'enseignement universitaire: ATF 130 I 113, c. 3.3; ATF 120 Ia 1, c. 5d, pp. 12 et s.

¹²² ATF 133 V 367, c. 11.4 et 11.5. Voir toutefois, concernant une divergence d'opinion au sein du Tribunal fédéral, BAUMANN, *op.cit.* note 101, pp. 1013 et s.

¹²³ Message cité à la note [116], pp. 83-84, 85-88, *Pratique suisse* 1992, n° 2.1, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 679.

¹²⁴ Message relatif à l'Accord sur l'espace EEE cité ci-dessus, note 37], FF 1992 IV 82 et ss [cf. également *Pratique suisse* 1992, n° 2.1, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 679].

¹²⁵ JAAC 1989, 53/54, notamment pp. 420-423 [*Pratique suisse* 1989, n° 2.1, ASDI, vol. XLVII, 1990, p. 138].

¹²⁶ [*Pratique suisse* 1988, n° 2.1] ASDI [vol. XLVI] 1989, pp. 216 et s.

¹²⁷ [Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale [cité ci-dessus, note 22], FF 1997 I 137.

¹²⁸ [*Ibid.*] FF 1997 I 522.

¹²⁹ Rapport du 5 mars 2010, point 8.6.2 (ci-dessus); voir aussi le point 5.3 du présent rapport (ci-dessus).

¹³⁰ Rapport du 5 mars 2010, point 8.6.1 ... (ci-dessus) et la référence qui s'y trouve au Message relatif à l'EEE.

¹³¹ Rapport du 5 mars 2010, point 9.3.3, pp. 2124-2125; voir aussi le point 5.1 du présent Rapport [p. 3440].

engagements de droit international de la Suisse ? Voici quelques exemples susceptibles d'éclaircir ce point.¹³²

- Lors des délibérations [concernant] l'arrêté fédéral concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, celui-là même qui était en cause dans l'arrêt *Schubert*, le Parlement a certes examiné et discuté les aspects de droit international, mais il avait considéré que l'arrêté y était conforme.¹³³

- Lors des délibérations [concernant] la Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération,¹³⁴ en 1999, il s'est demandé si l'absence de toute voie de recours contre les décisions sur les éléments du salaire liés au rendement était compatible avec la CEDH. La Commission du Conseil des Etats est partie du principe qu'elle l'était. La commission du Conseil national a jugé minime le risque de violation de la CEDH, mais elle s'est prononcée en faveur de l'instauration d'une voie de recours. Les deux Conseils ont finalement opté pour une solution sans voie de recours.¹³⁵

- Les opinions étaient partagées au sein des Chambres fédérales durant les délibérations sur la modification de la Loi du 25 juin 1954 sur les brevets,¹³⁶ qui prévoyait le remplacement du système d'épuisement national par le système d'épuisement européen. La conformité au droit international de ce changement de système a été très discutée. Plusieurs parlementaires pensaient qu'il y avait violation du droit de l'OMC [Organisation mondiale du commerce]; d'autres soutenaient qu'il y avait conformité au droit international.¹³⁷

- L'exemple le plus récent est l'initiative parlementaire 03.428 (Leutenegger Oberholzer) sur l'égalité en matière de nom et de droit de cité des époux. Le Conseil national a suivi la proposition de sa Commission des affaires juridiques, bien que le risque d'une condamnation de la Suisse par la CEDH ait été évoqué (sans être discuté plus avant) au cours des délibérations.¹³⁸ Le Conseil des Etats n'a pas encore traité l'initiative. Analysant les débats au Conseil national, le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent portant sur le problème du conflit entre la législation sur le nom des époux et la CEDH, est parvenu à la conclusion¹³⁹ que le refus de modifier cette législation ou plutôt de l'adapter à la CEDH ou à la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme indiquait en fin de compte que le législateur suisse avait délibérément accordé plus de poids au principe de l'unité de la famille et du nom de famille qu'à celui de l'égalité tel que la Cour européenne le comprend. Il s'est dit amené à considérer la loi fédérale comme applicable, conformément à l'ATF 99 Ib 39 et ss (*Schubert*).

Il serait possible de citer d'autres exemples¹⁴⁰ qui montrent que l'Assemblée fédérale n'a jusqu'à présent guère assumé de 'dérogation délibérée' ('consapevole deroga') à des obligations de droit international au sens de la jurisprudence *Schubert*. Celle-ci se fonde plutôt sur le fait que l'Assemblée fédérale ait ou non *discuté* les aspects de droit international ('consapevole dei riflessi e delle implicazioni').¹⁴¹

Le 14 septembre 2010, le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire 09.414 du groupe de l'Union démocratique du centre intitulée: 'Le droit international ne doit pas primer le droit national'.¹⁴² Les auteurs de cette initiative demandaient que l'on complète l'article 190 Cst. par un nouvel alinéa 2 ayant la teneur suivante: 'Lorsqu'il y a contradiction entre un ancien traité international ou une autre norme du droit international et une nouvelle loi fédérale, le Tribunal fédéral doit s'en tenir à cette dernière'.

Dans les deux subdivisions qui suivent - les dernières -, le Conseil fédéral pèse les avantages et inconvénients d'une codification constitutionnelle de la jurisprudence *Schubert* (modifiée dans le sens de la jurisprudence *PKK*) pour aboutir à la conclusion que les inconvénients l'emporteraient; puis il livre son appréciation globale de la situation et sa conclusion.

"Faire place dans la Constitution à la jurisprudence *Schubert* (modifiée dans le sens de la jurisprudence *PKK*) reviendrait à y intégrer une règle déterminant quel est le rang du droit international par rapport aux lois fédérales d'une part, au droit constitutionnel d'autre part. Cette règle de primauté pourrait être inscrite à l'article 190 Cst. sous la forme suivante:

'Si la Constitution ou une loi fédérale est en contradiction avec le droit international, le droit interne s'applique lorsque le constituant ou le législateur a dérogé au droit international en pleine connaissance de cause, à moins qu'il ne porte atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international.'

Le Tribunal fédéral pourrait prévenir une condamnation éventuelle par la CEDH au lieu de devoir attendre la révision d'un arrêt conformément à l'article 122 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral¹⁴³ pour prendre une décision conforme à la CEDH. Il devrait, par exemple, refuser d'appliquer l'article 72, alinéa 3, Cst. ('la construction de minarets est interdite.') s'il était saisi d'un recours pour violation de la CEDH.¹⁴⁴

¹³² Nous nous inspirons de l'étude de BAUMANN, *op.cit.* note 101, pp. 1016 et ss, qui contient d'autres références et d'autres exemples.

¹³³ RO 1961, p. 203; 1965, p. 1239; 1970, p. 1199.

¹³⁴ RS 172.220.1.

¹³⁵ La Commission fédérale de recours en matière de personnel (qui n'existe plus aujourd'hui) a exposé les délibérations et la prise de décision dans JAAC 2004, fasc. 68.91, c. 2b/cc.

¹³⁶ RS 232.14; RO 2009, p. 2615.

¹³⁷ BO CE 2008, pp. 688 et ss; BO CN 2008, pp. 1847 et ss, (1853), 1978.

¹³⁸ BO CN 2009, pp. 2283 et s., intervention Widmer-Schlumpf.

¹³⁹ ATF 136 III 168, c. 3.3.3 et 3.3.4 [*Pratique suisse 2010*, n° 2.1, RSDIE, 21^e année, 2011, p. 115].

¹⁴⁰ Voir BAUMANN, *op.cit.* note 101, pp. 1016 et ss.

¹⁴¹ ATF 99 Ib 39, c. 4 [*Pratique suisse 1973*, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110].

¹⁴² BO CN 2010, p. 1229.

¹⁴³ RS 173.110.

¹⁴⁴ Message [cité à la note 38], FF 2008, p. 6923, point 6.3.

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral a permis de tracer quelques lignes claires. Ainsi, la relativisation de la jurisprudence *Schubert*, amorcée dans l'arrêt - la jurisprudence *Schubert* ne s'applique pas lorsque la règle de droit international garantit des droits de l'homme - a été confirmée depuis lors dans plusieurs arrêts. L'analyse montre aussi que la jurisprudence *Schubert* n'est pas (encore) consolidée sous tous les aspects. Notamment, l'étendue des normes internationales garantissant les droits de l'homme, cela même qui est censé fonder la primauté du droit international, n'est pas clairement définie. De plus, d'une cour du Tribunal fédéral à l'autre, il existe des disparités quant au poids à donner à la volonté du législateur.¹⁴⁵ Les avis sont d'ailleurs souvent partagés au Parlement en ce qui concerne la conformité d'un acte normatif au droit international, si bien qu'il est difficile d'établir s'il déroge à ce dernier 'en pleine connaissance de cause'. Il semblerait au contraire que l'Assemblée fédérale appréhende la conformité au droit international et les risques de violation de celui-ci (au moins en partie) comme relevant d'une décision politique. Pour toutes ces raisons, il n'est pas indiqué d'inscrire la jurisprudence *Schubert* dans la Constitution comme règle (rigide) de résolution de conflit. Il faut au contraire laisser au Tribunal fédéral, comme jusqu'à présent, le soin d'adapter cette jurisprudence, de la préciser ou de s'en éloigner.

Une autre raison vient s'ajouter à celles qui ont été exposées dans le rapport du 5 mars 2010¹⁴⁶ et dans l'avis du Conseil fédéral du 27 août 2008 sur la motion 08.3249 (Reimann Lukas, 'Base constitutionnelle pour la pratique *Schubert*') pour ne pas codifier la jurisprudence *Schubert* au niveau constitutionnel. Sans extension parallèle des motifs d'invalidité aux droits de l'homme garantis par le droit international, cette mesure créerait un déséquilibre entre les pouvoirs, car l'Assemblée fédérale serait impuissante à déclarer nulle une initiative populaire qui violerait ces droits (à moins qu'il ne s'agisse de droit international impératif ou de garanties qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité), tandis que le Tribunal fédéral, lui, s'il était saisi d'un recours, serait tenu d'interdire l'application de toute nouvelle norme constitutionnelle violant ces mêmes droits.

En résumé, codifier la jurisprudence *Schubert* au niveau constitutionnel présente [plus] d'inconvénients que d'avantages. L'analyse faite ici de cette jurisprudence confirme les conclusions à ce sujet du rapport du 5 mars 2010.¹⁴⁷

...

La voie est étroite, entre les jalons fixés par la Constitution et par le droit international, pour résoudre les questions de compatibilité entre les révisions constitutionnelles et le droit international. Si l'équilibre doit être maintenu entre démocratie et Etat de droit, sans que l'un ne l'emporte clairement sur l'autre, certaines solutions sont d'emblée exclues. Quoique toutes les contradictions ne puissent être évitées, les deux mesures proposées ici (extension de la procédure d'examen préliminaire et extension des motifs d'invalidité), prises ensemble ou séparément, représentent un progrès décisif. Le Tribunal fédéral a développé une règle permettant de déterminer laquelle, d'une loi fédérale ou d'une règle de droit international, a la primauté en cas de conflit. Cette règle - la jurisprudence *Schubert* - pourrait être transposée aux conflits de normes entre le droit international et le droit constitutionnel, et inscrite dans la Constitution, mais le Conseil fédéral le déconseille.

Les mesures proposées peuvent être vues comme un mécanisme à trois niveaux successifs: s'il n'est pas possible de trouver avec le comité d'initiative, dès le stade de l'examen préliminaire, une solution pour assurer la compatibilité d'une initiative populaire avec le droit international, l'Assemblée fédérale la déclarera nulle dans le cas où elle viole les règles impératives du droit international ou l'essence des droits fondamentaux. Les conflits de normes restant tout de même possibles, à un troisième niveau, les autorités d'application du droit, et en particulier le Tribunal fédéral, devront décider, lorsqu'elles seront saisies d'un cas concret, de la primauté de la norme constitutionnelle ou du droit international auquel elle est contraire. La mise en œuvre des mesures proposées requiert les modifications légales ou constitutionnelles incluses dans le présent rapport; elles sont soumises pour une part au référendum obligatoire, pour une autre au référendum facultatif."

Rapport additionnel du Cons. féd. au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre le droit international et le droit interne, du 30 mars 2011.

FF 2011, p. 3401 (3407-3408, 3411-3415, 3419, 3431-3433, 3439, 3440-3447).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 4.1 et 7.5)

3.1 Reconnaissance de l'Etat et effets de cette reconnaissance sur les plans international et interne. Eléments constitutifs de l'Etat

L'arrêt du Tribunal fédéral partiellement publié ci-après se rapporte au point de savoir si une entité non reconnue par la Suisse peut comparaître devant les juridictions suisses.

"2.2 Selon la cour cantonale, un Etat non reconnu par le pays dans lequel il procède ne peut figurer comme partie dans un procès. Il y a ainsi lieu d'examiner quels sont les effets juridiques de la non-reconnaissance d'un Etat.

¹⁴⁵ Voir BAUMANN, *op.cit.* note 101, pp. 1013 et s.

¹⁴⁶ Voir Rapport du 5 mars 2010, point 9.3.4.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 2324.

Au sens du droit international public, est un Etat l'entité qui remplit ces trois critères: un territoire, une population, un gouvernement effectif et indépendant (ATF 130 II 217¹⁴⁸ et les références citées). Selon la conception dominante à laquelle s'est rallié le Tribunal fédéral (ATF 130 II 217, c. 5.3 et les références citées), la reconnaissance ne produit qu'un effet déclaratif (et non constitutif), en ce sens qu'elle constate uniquement que les critères de l'existence d'un Etat sont réunis. En d'autres termes, la reconnaissance internationale n'est pas une condition nécessaire de l'accession au rang d'Etat, qui existe par lui-même et jouit de tous les droits et attributs qui y sont attachés (ATF 130 II 217, c. 5.3 et les références citées; ANDREAS R. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, [Berne] 2006, n° 435; JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *Droit international public*, Paris 2004, 6^e éd., p. 287, WALTER KÄLIN/ASTRID EPINAY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht, eine Einführung*, 2^e éd., [Berne] 2006, p. 134 et les arrêts cités; PASHA L. HSIEH, *An Unrecognised State in Foreign and International Courts: The Case of the Republic of China on Taiwan*, Michigan Journal of international Law, vol. 28, 2008, p. 765, p. 772). En revanche, la reconnaissance produit des effets politiques en ce sens que ledit Etat est considéré par les pays qui le reconnaissent comme un sujet de droit international avec lequel on peut entrer en relations officielles (diplomatiques, consulaires ou autres) et conclure des traités internationaux (cf. avis de droit du DFAE du 26 juin 2007, Reconnaissance d'Etats et de gouvernements, pratique suisse, in: JAAC 2008.6, p. 129;¹⁴⁹ ANDREAS R. ZIEGLER, *op.cit.*, n°428; JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *op.cit.*, p. 287).

2.3 S'agissant de l'influence de la non-reconnaissance d'un Etat dans des rapports de droit international privé, les arrêts du Tribunal fédéral consacrent l'autonomie de celui-ci par rapport au droit international public. Dans ATF 91 II 117,¹⁵⁰ le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la non-reconnaissance de la République démocratique allemande n'empêchait pas d'en admettre l'ordre juridique comme fait pertinent, ce qui l'a conduit à appliquer le droit de cet Etat. Dans le même sens, s'agissant de l'application du droit russe, alors que le gouvernement provisoire constitué après la Révolution de 1917 n'avait pas été reconnu par la Suisse, le Tribunal fédéral a estimé que cette circonstance n'empêchait pas le droit russe d'exister et de produire ses effets (ATF 50 II 512¹⁵¹). Dans une affaire d'entraide internationale en matière pénale, il a été jugé que le défaut de reconnaissance de la République de Chine avait pour conséquence l'absence de relations diplomatiques; en revanche, les autorités suisses pouvaient demander et accorder l'entraide judiciaire en matière pénale aux autorités de Taïwan, sans que cela modifie la position de la Suisse par rapport à la République populaire de Chine, seul Etat reconnu (ATF 130 précité, c. 5.5).

Cette solution correspond à la pratique suivie dans les pays dits de 'civil law', qui privilégient l'existence indiscutée de l'Etat plutôt que la reconnaissance diplomatique (JOE VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles 2000, p. 81; JOE VERHOEVEN, *Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 1985-III, pp. 9 et ss, p. 59; pour un exemple de décisions reconnaissant à Taïwan la capacité d'ester en justice: arrêt du 16 octobre 2008 de la Cour d'appel de Paris 07/02874 dans la cause *République de Chine (Taïwan) c. République populaire de Chine*). Parmi les pays de 'common law', les Etats-Unis, bien qu'ils aient rompu leur relations diplomatiques avec la République de Chine en 1979 pour reconnaître la République populaire de Chine comme l'unique gouvernement légal de la Chine, reconnaissent également à Taïwan la capacité d'ester en justice (*Taiwan Relations Act; United States Code*, § 3303-7 (2000):

*'The capacity of Taiwan to sue and be sued in courts in the United States, in accordance with the laws of the United States, shall not be abrogated, infringed, modified, denied, or otherwise affected in any way by the absence of diplomatic relations or recognition.'*¹⁵²

Les tribunaux du Royaume-Uni, dont le Gouvernement a rompu les relations diplomatiques avec Taïwan dès 1972, bien qu'ils ne disposent pas d'une loi similaire à la loi américaine précitée, ont toujours accordé à Taïwan le statut d'Etat dans les procédures judiciaires en se fondant sur la 'common law' (PASHA L. HSIEH, *op.cit.*, pp. 782 et ss).

2.4 En l'espèce, comme le Tribunal fédéral l'a déjà reconnu, la recourante présente les caractéristiques d'un Etat, à savoir un territoire (île de Taïwan), une population et une indépendance indéniable, y compris à l'égard de la République populaire de Chine (ATF 130 II 217, c. 5.2 et les références citées). Vu la portée déclarative de la reconnaissance, l'absence de celle-ci par la Suisse n'affecte pas ce statut d'Etat et sa capacité à jouir des droits et attributs qui sont rattachés à un Etat. La recourante doit dès lors se voir reconnaître la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice devant les tribunaux suisses. Cette décision ne saurait être considérée comme un moyen d'établir des relations diplomatiques avec la recourante et à ce titre, elle ne remet pas en question la refus du Conseil fédéral de reconnaître cet Etat."

Arrêt du TF, du 9 septembre 2010, en l'affaire *République de Chine (Taïwan) c. Organisation internationale de Normalisation* (c. 2.2-2.4).

4A_461/2010; Sem. jud. 2011, p. 161 (165-167).

¹⁴⁸ *Pratique suisse* 2004, n° 3.1, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 727.

¹⁴⁹ *Pratique suisse* 2007, n° 3.2, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 477.

¹⁵⁰ JdT 1965 I 635.

¹⁵¹ *Répertoire*, n° 9.75.

¹⁵² [Traduction] "La capacité de Taïwan de se présenter devant les tribunaux des Etats-Unis, conformément au droit américain, ne saurait être abrogée, diminuée, modifiée, refusée ou affectée de n'importe quelle manière par l'absence de relations diplomatiques ou de reconnaissance."

3.2 Reconnaissance des Etats

Le 13 septembre 2011, M. Dominique Baettig, député au Conseil national, posa la question suivante au Conseil fédéral:

"- Les conditions de la reconnaissance, par la Suisse, de l'indépendance de l'Abkhazie (indépendance déclarée en 1992, existence d'une langue et culture nationale très ancienne, Parlement et présidence démocratiquement élus et contrôlés), actuellement Etat *de facto*, sont-elles remplies?

- Sinon quelles sont-elles?"

Voici la réponse du Conseil fédéral:

"En vertu d'une pratique constante, la Suisse reconnaît un Etat si celui-ci dispose d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement en mesure d'exercer un contrôle effectif sur ledit territoire et ladite population. Le Conseil fédéral considère, avec la quasi-totalité de la communauté internationale, que l'Abkhazie ne remplit pas ces conditions. Quatre Etats seulement, la Russie, le Venezuela, le Nicaragua et Nauru, ont à ce jour reconnu l'indépendance de l'Abkhazie."

Réponse donnée le 19 septembre 2011 par le Cons. féd. à une question posée le 13 septembre 2011 par M. Dominique Baettig, député au Conseil national. BO CN 2011, Annexes, session d'automne, p. 870.

4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire

(Voir aussi les n^{os} 2.1 et 5.3)

4.1 Protection diplomatique et règlement pacifique des différends internationaux; épuisement des recours internes

Les passages ici reproduits sont extraits du document "Exceptions préliminaires de la Confédération suisse", déposé le 17 février 2011 par le Gouvernement suisse au Greffe de la Cour internationale de Justice (ci-après: "CIJ" ou "Cour") dans le cadre de l'instance entre la Belgique et la Suisse relatif à la *Compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*. Les faits de cette cause sont relatés dans l'introduction au n°9.1.

Dans les passages qui suivent, le Gouvernement suisse distingue les actions "directes" - celles où l'Etat estime avoir été atteint dans ses droits souverains - et les cas où l'Etat allègue avoir subi un acte illicite dirigé contre ses intérêts commerciaux. Dans cette dernière hypothèse, explique le Gouvernement, l'Etat est traité comme n'importe quel autre investisseur; cela signifie qu'il doit épuiser les recours internes. Tel est le cas, en particulier, lorsque l'Etat investisseur a déjà participé à des procédures devant les tribunaux internes.

I. Etat souverain et Etat commerçant

108. La différence entre Etat souverain et Etat commerçant peut être illustrée en décrivant l'évolution des règles du droit international public en matière d'immunité de juridiction. Au 19^e siècle, l'Etat exerçait principalement voire exclusivement des fonctions publiques, sans s'aventurer dans le secteur des activités commerciales. [Cela allait] changer vers la fin du siècle sous l'impulsion des tribunaux italiens et belges. Une distinction commença à être faite entre l'exercice des fonctions publiques traditionnelles de l'Etat (*jus imperii*), couvertes par l'immunité de juridiction, et celui d'activités commerciales (*jus gestionis*), soustraites à l'immunité. Bientôt d'autres Etats suivirent, à l'exception des pays anglo-saxons (Grande-Bretagne, Etats-Unis) et, plus tard, des pays socialistes: les premiers parce qu'ils estimaient que la distinction entre activités *jure imperii* et *jure gestionis* était trop difficile à appliquer; les seconds en raison du système de commerce d'Etat qu'ils avaient instauré et à qui, évidemment, l'ancien système de l'immunité convenait parfaitement.

109. A partir des années 1950, un nouveau changement intervint: la distinction décrite ci-dessus et sa conséquence, la limitation de l'immunité à l'exercice des fonctions souveraines par l'Etat, fut acceptée également par les Etats-Unis et la Grande-Bretagne. A cela vint s'ajouter, après 1990, la dissolution du bloc des pays socialistes. Ainsi la voie était libre pour achever le processus de codification en cette matière entamé par la Commission du droit international. Le 2 décembre 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies approuva la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens¹⁵³ que la Suisse ratifia le 16 avril 2010. Cette œuvre de codification montre qu'au fil des années l'immunité de juridiction s'est considérablement rétrécie et que la distinction entre Etat souverain et Etat commerçant, pour le développement de laquelle les tribunaux belges avaient fait œuvre de pionniers, est désormais solidement ancrée dans le droit international public.

110. Le résultat concret de cette distinction est que l'Etat qui agit *jure gestionis* ne jouit plus de l'immunité de juridiction, tandis que l'Etat qui agit en souverain continue à en bénéficier, sauf bien sûr s'il renonce, ce qui est notamment le cas lorsqu'il se présente devant les tribunaux de l'autre Etat concerné pour plaider sur le fond.

II. La Belgique, Etat commerçant

¹⁵³ Pour le texte de cet instrument, voir Nations Unies, document A/RES/59/38.

111. Agissant en son nom propre ainsi qu'en celui des sociétés belges SFPI [Société Fédérale de Participations et d'Investissement] et Zephyr-Fin SA, qui lui appartiennent directement et indirectement, la Belgique prétend que la Suisse a enfreint la Convention de Lugano de 1988 du fait que les tribunaux suisses auraient jugé que la décision 'à intervenir' des tribunaux belges sur la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, des sociétés SAirGroup et SAirLines ne serait pas reconnue en Suisse (Mémoire belge, paragraphe 209).

112. Comme cela vient d'être expliqué (paragraphe 108-110 ci-dessus), un Etat peut agir soit à titre de souverain, soit en tant que commerçant. Cette dualité de l'Etat a bien été mise en relief par le Tribunal de commerce de Bruxelles dans son arrêt du 20 novembre 2003 (...), lorsqu'il explique, après avoir constaté '[q]ue l'Etat [belge] possède la personnalité juridique', 'que l'Etat ... est d'abord une personne publique relevant du droit public, sphère dans laquelle il exerce ses prérogatives de puissance publique; qu'il peut également agir comme personne civile, relevant alors du droit privé, [q]u'ainsi lorsqu'une faute a porté atteinte à un droit civil dont l'Etat est titulaire, le dommage qui en résulte lui est causé personnellement et il pourra en demander la réparation, en se fondant sur le droit commun' et '[q]u'en revanche si la faute porte atteinte aux attributions propres de l'Etat en tant qu'organe politique exerçant ses prérogatives de puissance publique, l'atteinte qui lui est ainsi portée ne lui permet pas de faire valoir un intérêt propre à la réparation, fondée sur le droit privé'.¹⁵⁴

113. En l'espèce, la Belgique entend surtout et avant tout agir par la voie *indirecte*, en protégeant ses investissements propres et ceux de ses deux sociétés."

Le Gouvernement suisse expose ensuite que l'Etat belge et les sociétés belges ont agi et continuent à agir en tant qu'investisseurs, comme le démontrerait l'évolution de l'industrie aéronautique en Belgique et, en particulier, le rôle joué par l'Etat belge au sein de Sabena. Fondée en 1923, Sabena était une société anonyme dont un peu plus de la moitié du capital était détenue par l'Etat; l'autre moitié étant en mains privées; la gestion de la compagnie était également en mains privées. De 1960 à 1990, pour des raisons politiques liées notamment au processus de décolonisation, l'Etat augmenta sa participation.

Depuis les années 1980, la plupart des compagnies aériennes européennes ont cessé d'être contrôlées par l'Etat. En 1995, la Belgique renonça au contrôle sur Sabena, qui passa à Swissair avec 68,7% du capital-actions. Avec les contrats du 25 janvier 2001, ce chiffre devait augmenter à 85%. Au plus tard depuis la prise de participation de Swissair, et au vu de l'importante participation d'investisseurs privés, l'Etat belge agissait ainsi, principalement, en tant qu'investisseur. Cela découlait aussi de la cession d'un important paquet d'actions à des sociétés publiques et privées belges, l'Etat ne conservant, quant à lui, que 11,8% du capital-actions. Ainsi, si l'Etat, agissant comme tel et à travers les deux sociétés, continuait à détenir une part importante d'actions de Sabena, ce n'était plus pour contrôler l'entité mais à titre d'investisseur, donc commercial. C'est ce que prouvent aussi les contrats privés - dont ceux du 21 janvier 2001 - conclus entre l'Etat et les sociétés belges, d'une part et les actionnaires suisses de Sabena de l'autre, qui désignent les tribunaux belges comme lors de même que le fait que l'Etat belge, avec les deux sociétés, ont effectivement ouvert des procédures devant ces tribunaux. "L'Etat belge n'aurait pas procédé - n'aurait pas pu procéder", note le Gouvernement suisse (paragraphe 118), "comme il l'a fait s'il s'était agi pour lui d'autre chose que d'un investissement privé comme peut le faire tout individu ou toute société". La Belgique a donc agi en tant qu'Etat commerçant, ce qui conduit à aborder la question de la protection diplomatique.

"III. Protection diplomatique

119. Lorsqu'un Etat agit en sa qualité de sujet du droit international pour se plaindre de la violation de son droit par un autre Etat, il le fait *directement*, sur le plan du droit des gens, sans passer par les tribunaux ou autres autorités compétentes de cet autre Etat: *par in parem non habet jurisdictionem*. Pour cette raison, il n'existe pas, dans cette hypothèse, d'obligation d'épuiser les recours internes.

120. En revanche, quand l'Etat 'prend fait et cause' pour ses ressortissants, personnes physiques ou morales, il agit de façon *indirecte*. Cependant, explique la Cour permanente de Justice internationale, '[e]n prenant fait et cause pour des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international'.¹⁵⁵

121. Dans de telles situations, le droit international permet toutefois à l'Etat mis en cause de corriger le comportement de ses organes judiciaires ou autres avant que l'affaire ne passe au niveau international. C'est pourquoi il exige que l'individu ou l'entité directement concerné ait préalablement épuisé les recours internes de cet autre Etat.

122. Par analogie de motifs, il en ira de même lorsque l'Etat demandeur ne peut bénéficier de l'immunité de juridiction en raison de la nature commerciale de l'activité qui est visée dans l'affaire en cause et/ou lorsqu'il a renoncé à son immunité et a saisi les tribunaux internes, ce qui est le cas en l'espèce. En tant qu'investisseur privé, la Belgique

¹⁵⁴ Tribunal de commerce de Bruxelles, *Etat belge, Société anonyme de droit public, Société fédérale d'Investissement, Société anonyme de droit public, Société Fédérale de Participations, Société anonyme Zephyr-Fin c. SAirGroup*, R.G. 6514/01, R.G. 9938/01, arrêt du 20 novembre 2003, p. 22 (...).

¹⁵⁵ CPJI [Cour permanente de Justice internationale], *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), [exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, CPJI, série A, n° 2, p. 11], p. 12...

aurait dû épuiser les voies de recours internes. Elle a commencé à le faire lorsqu'elle s'est adressée aux juridictions suisses en son nom propre, à côté de ses deux sociétés. Cet engagement initial sur le plan interne suisse montre parfaitement que les investissements qui le motivaient étaient considérés comme des intérêts privés par la Belgique et ses sociétés. La Belgique, demanderesse, s'est ainsi soumise à la juridiction suisse et ne peut plus, dès lors, se prévaloir de l'immunité de juridiction pour se soustraire à l'exigence de l'épuisement des recours internes. Par la suite, cependant, elle s'est ravisée et, sans poursuivre son action au niveau national - ce qu'elle ne pouvait du reste pas faire tant qu'un jugement susceptible d'être reconnu et exécuté n'avait pas été rendu en Belgique -, a porté l'affaire sur le plan international.

123. Ainsi, l'attitude de la Belgique a été contradictoire: d'une part, elle a cherché à sauver ses investissements en saisissant les juridictions suisses. D'autre part, elle a ensuite changé de cap en portant sur le plan international la question de la prétendue non-reconnaissance d'une décision belge qui n'avait pas encore été prononcée, peut-être par crainte liée à l'entrée en vigueur imminente de la convention de Lugano de 2007 pour l'UE [Union Européenne]. Ainsi la Belgique a changé de cheval au milieu du gué, au gré des opportunités. Elle a joué sur deux tableaux: celui de la protection des investissements d'un Etat commerçant sur le plan interne et celui d'un Etat souverain qui allègue la violation d'un traité international. C'est ce qui s'appelle *venire contra factum proprium*. Sans doute la Belgique l'a-t-elle fait parce qu'elle ne pouvait pas épuiser les recours internes sur la question précise qui était en cause, à savoir la non-reconnaissance d'une décision 'à intervenir' de la Cour d'appel de Bruxelles. Alors qu'elle aurait dû attendre qu'une décision soit rendue par ses tribunaux internes, la Belgique s'est précipitée devant la CIJ. Cette situation n'est aucunement imputable aux autorités suisses: la Suisse ne peut être rendue responsable d'une attitude contradictoire de la Belgique destinée à sauver son investissement. La Belgique a d'abord choisi la voie de la participation aux procédures suisses, reconnaissant par là qu'il fallait épuiser les recours suisses. Cela n'a pas été fait, d'où l'irrecevabilité de la Requête belge pour non-épuisement des recours internes.

124. Si néanmoins la CIJ devait parvenir à la conclusion que la Belgique a agi en souverain aux côtés des deux sociétés, la réclamation serait de caractère mixte: directe pour l'Etat belge, indirecte en ce qui concerne les deux sociétés. Or, lors de sa 59e session, la Commission du droit international a exposé que, en 'cas d'une réclamation 'mixte', il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant'.¹⁵⁶

125. Si l'élément indirect est *prépondérant*, les conditions de la protection diplomatique, comme celle de l'épuisement des recours internes, doivent ainsi être remplies pour toutes les réclamations: les réclamations directes de l'Etat et celles, indirectes, présentées par la voie de la protection diplomatique. Si l'élément direct est prépondérant, en revanche, les conditions de la protection diplomatique n'ont pas besoin d'être réunies.

126. En l'espèce, 50,4% des actions de Sabena étaient en mains belges. L'Etat belge était actionnaire à concurrence de 11,8% du capital. La société Zephyr-Fin SA et la ... (SFPI) se partageaient les 38,6% restants des actions de Sabena. Du point de vue de la répartition du capital-actions, la présente affaire concerne de manière prépondérante les deux sociétés belges, juridiquement indépendantes de l'Etat belge. A cela s'ajoute le fait que la participation de l'Etat peut elle aussi être qualifiée d'investissement privé. Cela signifie qu'indubitablement le préjudice allégué a été majoritairement subi par les deux sociétés.

127. En outre, les créances litigieuses au 16 avril 2009, que la Belgique et les deux sociétés ont fait valoir dans le cadre de la liquidation concordataire de SAirLines, concernent de manière prépondérante la SFPI (EUR 296 millions) et la société Zephyr-Fin SA (EUR 164 millions). La créance de l'Etat belge se chiffre quant à elle à EUR 25 millions.¹⁵⁷

128. On rappellera enfin que si Sabena était à l'origine une compagnie aérienne étatique, elle a été progressivement privatisée au cours des années 1990. Des sociétés privées ont participé au capital de Sabena. L'Etat belge s'est presque entièrement désengagé, ne gardant que 11,8% des actions. La présente affaire se place donc dans le contexte des difficultés financières d'une société dont les liens avec l'Etat belge se sont de plus en plus relâchés. Une fois encore, l'élément civil et commercial de l'affaire prédomine clairement.

129. Ainsi la question qui colore et imprègne la demande tout entière est celle du préjudice subi par les deux sociétés belges plutôt que celle du préjudice subi par l'Etat belge. En l'espèce, l'élément indirect de la réclamation est déterminant. Il y a donc obligation d'épuiser les voies de recours suisses avant de porter devant la présente Cour la question de la reconnaissance, par les instances judiciaires suisses, d'une décision judiciaire belge qui n'avait pas été prise à la date de la Requête et qui déterminera la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, des sociétés SAirGroup et SAirLines.

130. La Belgique dit cependant agir directement, en souverain, en sa qualité d'Etat Partie à la Convention de Lugano de 1988, puisqu'elle aurait, en cette qualité, le droit d'exiger le respect des termes d'un traité auquel elle est Partie (Mémoire belge, paragraphe 81). Or, si cette thèse était acceptée, la protection diplomatique perdrait sa raison d'être. En effet, chaque fois qu'un individu serait victime de la violation d'un traité, l'Etat pourrait agir directement, sans attendre que les voies de recours internes aient été épuisées, même là où la balance penche clairement du côté des investissements privés.

IV. Conclusions

¹⁵⁶ Nations Unies, document A/59/10, article 15, paragraphe 3 (commentaire, p. 73 ...).

¹⁵⁷ Complément de la demande des actionnaires belges du 16 avril 2009 déposé auprès du Tribunal de district de Zurich dans le cadre de leur action en contestation de l'état de collocation, affaire n° FB060044 (...).

131. Si l'Etat agissant à titre souverain, *jure imperii*, est soustrait à l'emprise des autorités étrangères, singulièrement celle des tribunaux étrangers, il en va différemment lorsqu'il agit *jure gestionis*, comme n'importe quel individu. Il sera alors traité comme un particulier et ne pourra s'abriter derrière l'écran de l'immunité de juridiction. Cette distinction est bien établie en droit international contemporain.

132. La position de la Belgique par rapport à la société Sabena est celle d'un investisseur plutôt que celle d'un Etat souverain. Cela est démontré par le comportement même de la Belgique qui s'est engagée, aux côtés de ses deux sociétés, dans des procédures devant la justice suisse. La Belgique ne s'est prévalu de sa qualité d'Etat souverain qu'au moment où elle s'est rendue compte que son action devant les juridictions suisses était prématurée dans la mesure où aucune décision belge à reconnaître n'avait encore été rendue. Pourtant la Belgique avait déjà admis, par son action devant la justice suisse, qu'elle considérait l'affaire comme relevant du *jus gestionis*, action par laquelle elle avait, du même coup, renoncé à son immunité.

133. La Belgique peut évidemment accorder sa protection diplomatique aux sociétés SFPI et Zephyr-Fin SA, bien qu'en ce faisant, elle se protège, en quelque sorte, elle-même. Elle peut également intervenir pour protéger son propre investissement. Mais ce dernier, tout comme les investissements des deux sociétés, a fait l'objet de recours sur le plan interne suisse qui, toutefois, n'ont pas été épuisés. La Belgique, Etat investisseur, ne peut commencer par s'engager sur le plan de la justice interne et soudainement abandonner cette voie pour se rappeler sa qualité d'Etat souverain et agir sur le plan judiciaire international. Elle ne pouvait *venire contra factum proprium*, mais devait attendre l'épuisement des recours par les actionnaires belges - y compris elle-même - et que la dernière instance suisse ait été mis en mesure d'accorder ou de refuser la reconnaissance d'une décision judiciaire belge.

134. Même si la Belgique se plaint aussi, par la voie directe, d'une violation de la Convention de Lugano de 1988 dont elle aurait souffert en tant qu'Etat souverain - ce qui la dispenserait de l'épuisement des recours internes -, l'action belge vise clairement et prioritairement la sauvegarde de ses investissements ainsi que de ceux de ses deux sociétés.

135. La Belgique aurait dû épuiser les recours sur le plan suisse. Elle ne l'a pas fait. La demande belge est donc irrecevable."

Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse): Exceptions préliminaires de la Confédération suisse (février 2011), pp. 28-29 et 31-35.

Texte inédit.

Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 9.1 et 9.2.

4.2 Clause de la nation la plus favorisée. Traitement juste et équitable en droit international des investissements

La clause de la nation la plus favorisée avait déjà été étudiée par la Commission du droit international (CDI) à partir de 1967. L'examen de cette question fut repris en 2006, cette fois au sein d'un groupe de travail. Le sujet est évoquée dans le Rapport de la CDI (63^e session, 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 66^e session, Supplément n°10 (A/66/10), p. 301).¹⁵⁸ Il est en outre question, dans le même rapport (p. 353), de la règle du traitement juste et équitable en droit international des investissements,¹⁵⁹ et ce sujet est également évoqué dans l'intervention du représentant de la Suisse reproduite ci-après.

"La Suisse est d'avis que la fonction de cette clause est la même dans le contexte de l'investissement que dans celui du commerce, à savoir assurer l'égalité des conditions de concurrence entre investisseurs étrangers de diverses nationalités. L'objectif de la clause NPF [nation la plus favorisée] est de permettre aux Etats contractants et/ou à leurs investisseurs de contester le niveau de traitement effectif en ce qui concerne la réalisation, puis la gestion d'un investissement. Cependant, la portée de la clause NPF est bien plus large dans le contexte de l'investissement étranger que dans celui du commerce d'un bien ou service, si bien que les implications doivent être examinées avec soin. A cet égard, nous ne sommes pas convaincus que corresponde réellement aux intentions d'un nombre significatif d'Etats Parties à des traités bilatéraux en matière d'investissement l'invocation par certains tribunaux arbitraux de la clause NPF soi-disant pour importer, à partir d'autres accords d'investissement auxquels est Partie un Etat partenaire, des dispositions de fond ou de procédure jugées plus favorables. La Suisse a suivi la tendance observée dans les documents de travail de la Commission qui consiste à spécifier dans les traités rédigés après le cas *Maffezini* que le principe NPF ne s'applique pas aux clauses relatives au règlement des litiges.

Ma délégation soutient l'élaboration d'un rapport présentant une conception largement partagée d'aspects clés de la clause de la nation la plus favorisée, qui n'aille pas forcément jusqu'à formuler des recommandations et des clauses modèles.

En particulier, nous sommes en faveur d'un approfondissement de l'étude des liens entre NPF, traitement national et traitement juste et équitable. De plus, nous jugerions utile d'examiner les raisons pour lesquelles les tribunaux arbitraux n'ont pas adopté d'approche systématique pour l'interprétation et l'application des clauses NPF. A cet

¹⁵⁸ Voir Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd., vol. I, New York 2009, pp. 199-204. Pour le texte produit par la CDI en 1978, voir *ibid.*, p. 334.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 354.

égard, nous trouverions intéressant d'analyser la manière dont les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶⁰ sont appliquées par les tribunaux et quel en est l'effet sur la cohérence de leur approche.

...

Ma délégation estime que les questions soulevées au sujet du traitement juste et équitable dans la partie II de l'Annexe D du Rapport méritent d'être posées. La norme la plus fréquemment invoquée dans la pratique est celle du traitement juste et équitable; elle mérite une analyse poussée. En revanche, nous nous demandons s'il est vraiment faisable de parvenir à ce qu'une majorité d'Etat partage les mêmes vues, notamment en ce qui concerne la signification du concept de traitement juste et équitable. En effet, le manque de consensus multilatéral sur les questions relatives à l'investissement est manifeste. Il se reflète notamment dans l'échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE [Organisation de coopération et de développement économiques] ou encore dans la décision, prise à un stade précoce, de ne pas aborder ce sujet dans le cadre du cycle de Doha de l'OMC [Organisation mondiale du commerce].

La quête d'une plus grande cohérence de la jurisprudence comporte aussi des limites intrinsèques. D'une part, nous nous trouvons face à un nombre d'accords d'investissements très important - presque 3000 de par le monde - dont les formulations relatives au traitement juste et équitable sont souvent différentes. D'autre part, les tribunaux arbitraux constitués sur la base de traités d'investissements n'ont aucune obligation d'assurer la cohérence de leurs décisions avec les décisions précédentes concernant des litiges relatifs à des traités d'investissements, sans parler des décisions antérieures se référant à un traité différent.

De l'avis de ma délégation, il est essentiel que l'on s'accorde clairement sur le type de produit final qu'élaborera la Commission du droit international, avant même d'entrer dans un débat de substance. Formuler des lignes de conduite indiquant dans quelle mesure la règle du traitement juste et équitable reflète le droit international coutumière ne semblerait pas constituer une option appropriée. En effet, un nombre considérable d'Etats, quoique n'incluant pas la Suisse, rejette l'existence d'un droit coutumier en matière de droit de l'investissement international. Quant à l'idée de rédiger une déclaration sur la signification du standard, elle ne semble pas avoir beaucoup de chance de succès pour les mêmes raisons.

Ma délégation reconnaît l'utilité théorique d'identifier clairement le droit. Cependant, étant donné le nombre important de questions encore sans réponses, ainsi que les divergences d'opinions - et d'intérêts - des Etats, la négociation multilatérale semble être le moyen le plus approprié pour parvenir à un accord sur le droit en matière de traitement juste et équitable.

Au-delà du traitement juste et équitable, ma délégation souhaite suggérer à la Commission du droit international un nouveau sujet d'études. On s'est demandé en effet si la jurisprudence relative aux traités d'investissement n'avait pas, *de facto*, replacé le droit international coutumier en tant que source d'obligations en matière d'investissement étranger. La réponse à cette question et ses répercussions sur le développement du droit international pourraient faire l'objet de nouvelles études approfondies."

Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Document inédit.

Pour un autre extrait de cette intervention, voir le n°7.2.

4.3 Expulsion des étrangers: effet suspensif du recours contre l'ordre d'expulsion?

La Commission du droit international (CDI) étudie à présent la question de l'expulsion des étrangers. Dans le cadre de son étude, la Commission a posé trois questions aux Etats (voir Rapport de la CDI, 63^e session, 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 66^e session, Supplément n°10, A/66/10, p. 8). Les deuxième et troisième questions étaient ainsi libellées:

"[2.] L'Etat qui a une telle pratique [d'effet suspensif du recours] la considère-t-il comme requise par le droit international ?

[3.] La Commission souhaiterait également recueillir l'avis des Etats sur le point de savoir, dans l'optique du droit international ou dans une autre perspective, si un recours contre une décision d'expulsion devrait avoir un effet suspensif de l'exécution de cette décision."

Voici la réponse du représentant suisse à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies:

"En posant sa *deuxième question*, la Commission du droit international cherche à savoir si l'Etat qui a une pratique relative à l'effet suspensif la considère comme requise par le droit international.

Pour autant que le principe de non-refoulement l'impose, le droit international requiert l'octroi de l'effet suspensif. Ce principe confère aux réfugiés le droit, garanti par le droit international, de rester durablement hors d'atteinte de l'Etat

¹⁶⁰ Convention citée ci-dessus, note 1.

persécuteur et de ne pas être obligé d'y rentrer contre son gré tant que le danger de persécution subsiste. Ce principe n'est pas seulement consacré par le droit des réfugiés, mais est aussi garanti dans divers instruments des droits de l'homme (par exemple l'article 3 de la Convention [européenne] du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,¹⁶¹ l'article 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹⁶² L'article 25, paragraphe 3, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999¹⁶³ prévoit d'ailleurs que '[n]ul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains'.

En revanche, si le principe de non-refoulement ne l'impose pas, le droit international ne requiert pas l'octroi de l'effet suspensif.

Par sa *troisième question*, ..., la Commission du droit international demande aux Etats quel est leur avis sur le point de savoir, dans l'optique du droit international ou dans une autre perspective, si un recours contre une décision d'expulsion devrait avoir un effet suspensif de l'exécution de cette décision.

Pour ma délégation, pour autant que les garanties minimales de droit international qui viennent d'être mentionnée (notamment le principe de non-refoulement) soient respectées, le droit international ne devrait pas imposer l'octroi d'un effet suspensif aux recours contre les décisions d'expulsion. L'octroi ou le refus d'une autorisation de séjour est en effet une prérogative de l'Etat.

Monsieur le Président,

Avant de conclure cette intervention, ma délégation souhaite encore apporter une précision concernant l'initiative populaire sur le renvoi, qui est mentionnée dans le septième rapport sur l'expulsion des étrangers¹⁶⁴ ainsi que dans le rapport de la Commission.¹⁶⁵

Fin novembre 2010, le peuple et les cantons suisses ont accepté *l'initiative populaire 'Pour le renvoi des étrangers criminels'*. Ce faisant, la Suisse a modifié sa Constitution. Or, cette disposition n'est pas encore applicable. Elle ne déploiera pas d'effet tant que le législateur ne l'aura pas mise en œuvre dans une loi.

Le texte de cette disposition constitutionnelle prévoit notamment l'expulsion des étrangers qui ont commis certaines infractions et ont été condamnés. La Suisse s'inscrit ainsi dans la ligne des Etats qui, selon le Sixième Rapport sur l'expulsion des étrangers,¹⁶⁶ reconnaissent comme motif d'expulsion l'infraction à la loi ou la condamnation à une peine d'emprisonnement."

Déclaration faite les 27 - 28 octobre 2011 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi le n°7.1)

5.1 Compétence exclusive de l'Etat territorial d'accomplir des actes de puissance publique; exceptions à la règle

L'avis de droit reproduit ci-après porte sur la question de savoir si, dans quelle mesure et par quelle voie une autorité suisse - en l'espèce la Caisse fédérale de compensation en matière d'assurance-invalidité (AI) ou d'assurance-vieillesse et survivants (AVS) - peut notifier des décisions à des ressortissants suisses à l'étranger sans passer par la voie diplomatique.

"1. Principe général

En droit continental, la notification peut être définie comme la transmission à l'étranger d'actes ayant des répercussions juridiques par la voie officielle. Il s'agit dès lors d'un acte étatique important qui concerne la souveraineté étatique. S'il est effectué sans autorisation de l'Etat de résidence du destinataire, l'envoi viole la souveraineté de son territoire. En conséquence, la Suisse estime que les notifications provenant de l'étranger sont, de manière générale, prohibées et violent l'article 271 du Code pénal suisse (CPS).¹⁶⁷ Ce dernier précise en effet en son alinéa premier que lorsqu'une autorité étrangère procède 'sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics', dont la notification fait partie, cet Etat viole la souveraineté helvétique.

La Suisse ne partage donc pas le point de vue des Etats anglo-saxons qui ont fréquemment une approche différente de la question.

2. Qualification des actes à effectuer en l'espèce

¹⁶¹ RS 0.101 (...).

¹⁶² RS 0.105 (...).

¹⁶³ RS 101 (...).

¹⁶⁴ A/CN.4/642, paragraphes 6-9.

¹⁶⁵ A/66/10, paragraphe 226.

¹⁶⁶ A/CN.4/625, paragraphes 123-142.

¹⁶⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311).

Dans le cas présent, il convient donc de déterminer si les actes que la Caisse de compensation souhaite envoyer à l'étranger constituent - ou non - des actes relevant des pouvoirs publics. En effet, si c'est le cas, la souveraineté de l'Etat étranger serait violée. Dans le cas inverse, c'est-à-dire lors de l'envoi d'actes relevant des pouvoirs publics par un Etat étranger en Suisse sans accord de la Confédération, l'article 271, alinéa premier, du CPS serait violé. Il convient également de souligner que notre pays cherche à préserver la souveraineté des autres Etats lors de ses agissements et évite ainsi de recourir à des méthodes qui violeraient des dispositions comparables à notre article 271 CPS. Au cours de l'examen de la nature de l'envoi de décisions à l'étranger par la Caisse de compensation, il convient également de souligner que la Suisse et notamment ses tribunaux défendent une notion plutôt large des actes qui relèvent des pouvoirs publics (cf. notamment c.4.5.1. de l'arrêt C-3587/2007 du 18 janvier 2010 du TAF).

Les décisions de prestations qui fixent le montant de la rente, les décisions qui tranchent l'octroi ou non de prestations AI, les courriers fixant les cotisations à verser à l'AI ou à l'AVS sont des décisions d'une autorité publique suisse qui ont un impact indéniable sur le statut juridique des citoyens suisse à l'étranger. Il en va de même pour les décisions de suppression de prestations ou celles portant sur leur révision. Dès lors il s'agit d'actes qui relèvent des pouvoirs publics au sens de l'article 271, alinéa premier, CPS.

En conséquence, il faut analyser s'il existe une base juridique internationale permettant l'envoi de décisions sans recourir à la voie diplomatique - celle-ci peut se trouver soit dans une *lex specialis*, soit dans un accord international général - ou s'il y a une autorisation de l'Etat concerné dans un cas concret.

3. Base légale

3.1 Base légale spécifique

La Suisse a signé avec différents pays des accords régissant les droits et les obligations en matière de sécurité sociale. ... Dans de tels cas, un envoi direct à la personne concernée est possible lorsque les conditions spécifiques de chaque traité bilatéral sont remplies. ...

En l'absence de base légale spécifique, il convient d'analyser s'il existe une base légale multilatérale ou si l'Etat donne d'une autre manière son accord pour une transmission directe.

3.2 La Convention de Vienne sur les relations consulaires [du 24 avril 1963] (CVRC, RS 0.191.02)

L'article 5, lettre j, de la CVRC prévoit la possibilité de transmettre des actes judiciaires et extra-judiciaires par le biais des consulats à l'étranger. Il souligne cependant que cette possibilité doit être employée 'conformément aux accords internationaux en vigueur'.

En l'occurrence, il n'existe pas d'accords internationaux multilatéraux ratifiés par la Suisse couvrant l'intégralité du domaine administratif. La DDIP estime que l'article 5, lettre j, CVRC ne constitue pas à lui seul une base légale suffisante pour notifier à des personnes résidant à l'étranger des actes relevant des pouvoirs publics. En conséquence, les autorités [suisses] désirant leur notifier un document relevant du domaine des pouvoirs publics ne sont autorisées à notifier directement les individus concernés, ni à passer par la représentation suisse à l'étranger sans suivre la voie diplomatique.

3.3 L'accord de l'Etat de résidence

Si l'Etat étranger consent à ce qu'une transmission directe soit effectuée par les autorités suisses, il n'y a pas de violation de sa souveraineté. A ce sujet, l'article 5, lettre j, de la CVRC prévoit également la possibilité de transmettre des actes judiciaires et extra-judiciaires par le biais des consulats à l'étranger même en l'absence d'accords internationaux. Dans ce cas cependant, il faut qu'une telle solution soit 'compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence'.

L'on ne peut toutefois pas, de manière générale, partir du principe que les lois et règlements des Etats tiers permettent une notification directe.

4. Conclusion

La Caisse de compensation fédérale doit s'en tenir aux règles établies par les conventions bilatérales, lorsqu'elles existent, lors de notifications de décisions à des personnes résidant à l'étranger.

En l'absence de telles conventions, la CVRC ne peut permettre, à elle seule, une notification par le biais des représentations suisses à l'étranger des décisions de ladite Caisse. En effet, une telle manière de procéder contreviendrait, dans une grande partie des cas, aux législations étrangères.

Il convient dès lors, d'un point de vue juridique et malgré la relative lenteur d'un tel processus, de passer par la voie diplomatique chaque fois qu'aucune autre solution n'est prévue par le cadre légal. Le respect du principe de la réciprocité ne permet pas d'envisager une solution différente, à moins qu'un Etat déterminé renonce à le faire valoir ou qu'un Etat ait une conception totalement libérale de sa souveraineté, ce qui ne pourra être présumé de manière générale.

Toutefois, étant donné que cette procédure n'est pas particulièrement rapide et qu'elle pourrait donner beaucoup de travail aux autorités concernées, l'on pourrait à notre avis songer à approcher les Etats dans lesquels le plus grand nombre de décisions doivent être envoyées En cas d'accord de l'Etat étranger, qui devrait avoir lieu sous forme écrite, il existerait un accord explicite de l'Etat de résidence qui permettrait ensuite de procéder à des notifications directes sans entrave à la souveraineté de l'Etat."

Avis de droit de la DDIP du 7 mars 2011.

Document inédit.

5.2 Compétence exclusive de l'Etat territorial d'accomplir des actes de puissance publique

Dans une affaire concernant des activités de trafic de stupéfiants et d'autres infractions commises par des ressortissants du Kosovo, le Tribunal fédéral s'est ainsi exprimé sur le devoir des Etats de respecter réciproquement leur souveraineté:

"9.4.2 La Suisse a reconnu l'indépendance du Kosovo au mois de février 2008. Cette reconnaissance implique le respect de la souveraineté de cet Etat.

9.4.3 Selon la jurisprudence les Etats se doivent de respecter réciproquement leur souveraineté. Les actes de puissance publique accomplis par un Etat ou par ses agents sur le territoire d'un autre sans le consentement de ce dernier sont inadmissibles (ATF 133 I 234, c. 2.5.1, p. 239¹⁶⁸). Il n'est pas nécessaire que l'autorité ait agi sur sol étranger pour porter atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger; il suffit que ses actes aient des effets sur le territoire de cet Etat (arrêt de la Cour EDH [Cour européenne des droits de l'homme] P.1201/1981 du 15 juillet 1982 c. 3a, in EuGRZ [Europäische Grundrechte Zeitschrift] 1983 p. 435, ¹⁶⁹ cf. MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, [Bâle] 2000, n°592 p. 190; DAVE SIEGRIST, *Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet*, [Zürich] 1987, p. 11). Les mesures de contrainte de nature à porter atteinte à la souveraineté d'un Etat et au principe de non-ingérence qui en découle, ne peuvent donc, dans la règle, être prises qu'en vertu du droit international (traité, accord bilatéral, droit international coutumier) ou, à défaut, en vertu du consentement préalable de l'Etat concerné dans le respect des règles internationales régissant l'entraide judiciaire (arrêt [du TF] 1B_57/2008 du 2 juin 2008, c. 3.1 et les références citées)."

Arrêt du TF, du 9 novembre 2010 (6B_731/2009, 6B_732/2009, 6B_733/2009), dans la cause *Ministère public de la Confédération, A.X.B.X. et consorts c. A.X., B.X. et Ministère public de la Confédération*.

ATF 137 IV 33, c.9.4.2 et 9.4.3 (50-51).

5.3 Compétence exclusive de l'Etat territorial d'accomplir des actes de puissance publique

Le texte qui suit émane de la Direction du droit international public et répond à trois questions: 1) Existe-t-il, en droit international public, une définition de la notion d'"actes d'exécution forcée" ? 2) Quelles sont, d'une manière générale, les limites que le droit international public pose, sur la base du principe de territorialité, aux activités de recouvrement de dettes par les représentations suisses à l'étranger ? 3) Les projets de lettres préparés par la représentation suisse [à X.] sont-elles des "actes d'exécution forcée" et sont-elles compatibles avec le principe de territorialité ?

[Traduction]

"1) Nous n'avons trouvé aucune définition de la notion d'"acte d'exécution forcée". De même, l'Office fédéral de justice [du Département fédéral de justice et police], Unité Droit international privé, n'a-t-il pas connaissance d'une telle définition. A notre avis, cela n'est guère étonnant, car on peut s'attendre à ce que les définitions du droit national se ressemblent passablement.

2) et 3). A notre avis, la réponse dépend de ce qu'il faut entendre par 'activités de recouvrement'. Sous l'angle de la souveraineté territoriale telle que l'entend le droit international, l'accomplissement d'actes de puissance publique à l'étranger (sans autorisation spécifique ou générale, dans un traité par exemple) n'est pas permis. Il n'est pas toujours clair ce qu'il faut entendre, de manière précise, par 'actes de puissance publique'. A notre avis, cette notion englobe en premier lieu les 'actes officiels', soit les agissements qui, à l'instar de ceux mentionnés à l'article 271 du CPS,¹⁷⁰ doivent émaner d'une autorité étatique. Cela étant, il est clair qu'un acte de recouvrement assorti de sanctions accompli par une ambassade (par exemple un 'ordre' dont la non-exécution entraînerait une conséquence juridiques serait interdit. A l'inverse, un acte de recouvrement en forme de lettre demandant le paiement d'une dette ne semble pas poser de problème. Une telle démarche n'aurait pas la nature d'un acte d'autorité. En l'espèce, cela signifie qu'une lettre ayant le contenu proposé ... serait, selon nous, parfaitement acceptable. Une autre question est celle de savoir si nos représentations à l'étranger devraient avoir pour tâche d'assister des créanciers privés suisses. Nous pensons qu'en règle générale la réponse doit être négative. Dans des situations exceptionnelles ... il nous semble toutefois possible qu'une représentation - agissant pour ainsi dire dans le cadre de la protection consulaire - assiste un créancier suisse par une lettre (ou, dans une situation tout à fait extraordinaire, par une note diplomatique) priant le débiteur de s'acquitter. Il appartient à la représentation en cause de déterminer si un tel procédé a des chances de réussir (ce qui dépend, par exemple, des conditions locales). On ajoutera que l'existence de la créance devrait naturellement être établie. ... "

Avis de droit de la DDIP du 7 janvier 2011.

¹⁶⁸ *Pratique suisse* 2007, n° 5.1, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 492.

¹⁶⁹ *Pratique suisse* 1982, n° 5.3, ASDI, vol. XXXI, 1983, p. 228.

¹⁷⁰ Voir ci-dessus, note 167. La disposition en cause interdit l'accomplissement sans droit, en Suisse, d'actes pour le compte d'un Etat étranger.

Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

--

7. Les organes du droit international

(Voir aussi le n°5.1)

7.1 Sens à donner à l'expression "Ministère des affaires étrangères" s'agissant de la notification d'actes judiciaires à un Etat étranger

L'avis de droit reproduit ci-après émane de la Direction du droit international public se rapporte aux situations où des documents judiciaires doivent être notifiés au "Ministère des affaires étrangères" (MAE) d'un autre Etat. Que signifie cette expression ? Englobe-t-elle les représentations diplomatiques et consulaires ?

"Interprétation de l'expression 'Ministère des affaires étrangères'

Lorsque l'on parle de 'Ministère des affaires étrangères', l'on pourrait à premier abord penser que les représentations diplomatiques ou consulaires sont des entités distinctes du MAE et ne sont en mesure, dès lors, d'être considérées comme faisant partie intégrante dudit Ministère.

Or, il convient de rappeler que les ambassades font partie de l'administration au sens général du terme et sont directement rattachées au MAE du pays concerné, à l'instar de leur Direction du droit international public par exemple. L'unique différence réside dans le fait que, en ce qui concerne les représentations, ces dernières se trouvent par définition à l'étranger étant donné qu'elles représentent un Etat déterminé sur le territoire d'un autre Etat. Par ailleurs, il sied de relever qu'une représentation à l'étranger ne possède pas de personnalité juridique indépendante.

Outre ses fonctions de représentation d'un Etat à l'étranger, une ambassade effectue, pour le compte dudit Etat, toutes les tâches qui lui semblent nécessaires pour la défense de ses intérêts (cf. notamment l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [du 18 avril 1961, RS 0.191.01] (CVRD)). Dès lors, elle accomplit directement une partie des tâches qui reviennent au MAE. Elle agit toujours sous sa supervision et le Ministre des affaires étrangères est le chef de tout le personnel diplomatique et consulaire (en la matière cf. également l'article 19, alinéa premier, de la CVRD qui souligne le rôle important du MAE pour les représentations à l'étranger).

En conséquence, l'on peut affirmer que les représentations diplomatiques et consulaires sont incluses dans l'expression 'Ministère des affaires étrangères' autant en raison de leur nature - elles sont organes du MAE - que de leurs fonctions et qu'elles agissent pour le MAE.

Pratique de l'Organisation des Nations Unies en la matière

Cette conclusion est confirmée par la pratique de l'Organisation des Nations Unies (ONU). En effet, cette dernière est fréquemment confrontée à la question et doit plus qu'à son tour collaborer avec les Etats. En la matière, elle procède comme suit: lors de ses communications avec ses Etats membres à Genève, l'organisation internationale estime que les délais commencent à courir avec remise à la mission du pays concerné et non pas uniquement lors de la réception par le MAE au sens étroit du terme. Cet état de fait démontre l'importance des ambassades et autres missions dans le système de droit international contemporain et plaide, en sus des arguments précédents, en faveur d'une conception large de l'expression 'Ministère des affaires étrangères'.

Conventions internationales pertinentes

Enfin, une interprétation large de l'expression 'Ministère des affaires étrangères' est également conforme aux buts visés par les conventions internationales existant en la matière. En l'espèce, la Convention européenne sur l'immunité des Etats (CEIE)¹⁷¹ ainsi que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUIJ)¹⁷² nous paraissent particulièrement topiques. En effet, ces deux textes affirment que les délais judiciaires commencent à courir avec réception par le 'Ministère des affaires étrangères' de l'acte introductif d'instance ou un acte de nature similaire. En la matière, nous renvoyons respectivement à l'article 16, alinéa 3, de la CEIE et à l'article 22, alinéa 2, de la CNUIJ.

Selon nous, une lecture téléologique de ses dispositions souligne le fait qu'il convient de comprendre l'expression 'Ministère des affaires étrangères' de manière large et d'y inclure, dès lors, les ambassades et autres représentations à l'étranger d'un Etat déterminé. En effet, la lecture des travaux préparatoires ou explicatifs des deux conventions précitées démontre la volonté des Etats de trouver des solutions pragmatiques et, secondairement, l'influence de la CEIE sur les solutions adoptées par la CNUIJ.

¹⁷¹ Convention de Bâle du 16 mai 1972 (RS.0.273.1).

¹⁷² Convention du 2 décembre 2004 (FF 2009, p. 1481).

Concernant la CEIE, le paragraphe 63 [du] Rapport explicatif concernant l'article 16, alinéa 3,¹⁷³ met l'accent sur le fait que cet alinéa '... garantit les intérêts du demandeur en permettant de déterminer la date à laquelle la signification ou la notification est réputée effectuée. Il sauvegarde aussi les droits de l'Etat défendeur en le mettant à l'abri de significations ou de notifications qui reposent sur une fiction, comme la transmission *de facto* [?] au parquet, ou qui font courir le délai à partir de la remise de l'acte à la poste.'

Ce commentaire précise ainsi combien les Etats ont cherché à garantir une solution protégeant autant les intérêts de la puissance publique concernée que ceux du demandeur. Il souligne aussi combien la détermination exacte de la date de la notification est essentielle pour garantir les intérêts du demandeur. Par ailleurs, il convient de relever que la dernière phrase du paragraphe 63 n'exclut pas la transmission à une représentation diplomatique ou consulaire de l'Etat concerné, mais seulement des notifications directes au parquet ou des solutions qui ne tiendraient pas du tout compte des intérêts de l'Etat défendeur. Par conséquent, l'interprétation téléologique de la CEIE nous mène à la conclusion que les ambassades et autres représentations du pays concerné doivent être comprises dans l'expression 'Ministère des affaires étrangères'.

Au niveau universel, le texte de la norme pertinente, c'est-à-dire l'article 22, alinéa 2, CNUIJ, est semblable à celui retenu par le Conseil de l'Europe en 1972. De plus, même si cette convention n'est pas encore en vigueur, elle constitue déjà un texte important en la matière qui influencera, lui aussi, toutes les solutions trouvées à l'avenir. Le commentaire consacré à l'actuel article 22, alinéa 2, CNUIJ souligne également, à l'instar du Rapport explicatif de la CEIE, la centralité de la date de notification: 'Etant donné l'importance pratique de la date à laquelle est effectuée la signification ou la notification, le paragraphe 2 dispose en outre que, en cas de transmission par les voies diplomatiques ou par lettre recommandée, la signification ou la notification est réputée avoir été effectuée le jour de la réception des documents par le ministère des affaires étrangères' (Rapport de la CDI [Commission du droit international], A/46/10, 1991, vol. II/2, p. 63.).¹⁷⁴

Il s'ensuit que la centralité de la date est aussi reconnue sur un plan universel.

Par conséquent, ces conventions démontrent à notre avis que les Etats ont cherché avant tout à trouver une solution pragmatique. Leurs efforts seraient réduits à néant, devait-on embrasser une approche littérale desdites normes sans tenir compte du but qui leur est fixé. De plus, une approche excluant les représentations diplomatiques et consulaires de l'expression 'Ministère des affaires étrangères' aurait pour désavantage de rendre impossible, à l'occasion, de savoir si et à quelle date exactement le MAE a reçu certains documents. En effet, ... un Etat ne se sent pas toujours obligé d'informer d'autres Etats de ses processus internes. Dès lors, une telle lecture impliquerait de sérieuses difficultés pratiques.

Conclusion

Les développements précédents nous incitent à ne pas nous arrêter à l'apparence des termes, mais à les replacer dans le cadre de la problématique. Par conséquent, nous estimons qu'il convient d'inclure les ambassades et autres représentations officielles à l'étranger dans l'expression 'Ministère des affaires étrangères'.

Dès lors, nous sommes d'opinion qu'il s'agit, à l'instar de la pratique de l'ONU à Genève notamment, de faire courir le délai de grâce accordé aux Etats étrangers impliqués dans une procédure judiciaire avec la réception, par leur représentation à l'étranger, des documents concernés, lorsqu'un envoi direct au MAE n'est pas possible. Une solution différente serait juridiquement peu heureuse et tout sauf pragmatique."

Avis de droit de la DDIP du 1^{er} avril 2011.

Document inédit.

7.2 Contrôle, par l'Etat d'accueil, des visiteurs d'une représentation diplomatique étrangère

Extrait d'une communication adressée par la Direction du droit international public à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat C.:

"L'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁷⁵ dispose que l'Etat accréditaire ... doit accorder 'toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission'. La doctrine toutefois annonce que cet article doit toujours accompagner un autre article de ladite convention et qu'il ne peut pas être évoqué isolément. Si le contrôle s'effectuait à l'égard des membres de l'Ambassade de Suisse, l'on pourrait également évoquer l'article 26 de ladite convention qui prévoit la liberté de déplacement et de circulation de ces derniers. De surcroît, les contrôles ont lieu sur la voie publique, ce qui ne constitue pas une violation à l'inviolabilité des locaux

Il s'ensuit qu'il nous semble difficile, d'un point de vue juridique rigoureux, d'évoquer expressément la convention de Vienne sur les relations diplomatiques auprès du [Ministère des affaires étrangères de C.]."

Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat C., du 1^{er} mars 2011.

Document inédit.

¹⁷³ Exposé de motifs accompagnant le texte de la Convention.

¹⁷⁴ Cf. également G. HAFNER/U. KÖHLER, *The United Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 35, 2004, pp. 3-49 (41).

¹⁷⁵ Convention du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

7.3 Immunité de juridiction pénale des représentants des Etats

Voici un commentaire de la Suisse consacré au Rapport de la Commission du droit international (CDI) concernant l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'Etat (Rapport de la CDI 2011, 63^e session, 26 avril - 3 juin et 4 juillet 2011, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 66^e session, Supplément n°10(A)/66/10, p. 229):

"La portée de l'immunité de juridiction pénale des représentants des Etats doit être examinée de façon différenciée selon qu'il s'agit de poursuites engagées par une juridiction nationale ou que les crimes allégués relèvent de la compétence d'une juridiction internationale. Dans le cadre de la Cour pénale internationale, le Statut de la Cour se prononce explicitement sur les limites posées à la possibilité d'invoquer des immunités découlant d'autres normes de droit international. La Suisse salue ce développement du droit. Une telle limitation des immunités ne saurait toutefois, comme le Rapporteur spécial l'a relevé, être posée lorsqu'il s'agit d'une compétence d'une juridiction nationale. Le principe de l'égalité entre Etats doit en effet être garanti, de même que la stabilité des relations internationales.

Permettez-moi, Monsieur le Président, de revenir sur le Rapport préliminaire de 2008 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat (A/CN/601). Celui-ci évoque, notamment, les normes internationales qui ont été adoptées jusqu'à présent et qui traitent de la question des privilèges et immunités des représentants de l'Etat, sous différents aspects. Il mentionne en particulier la situation des membres des représentations diplomatiques ou consulaires, des membres des missions spéciales et des représentants des Etats auprès des organisations internationales.

Cette analyse est très précieuse, notamment pour des Etats qui, comme la Suisse, ont une longue tradition d'Etat hôte. Nous voudrions relever qu'un examen des normes relatives aux privilèges et immunités des représentants des Etats nécessite de prendre également en compte, outre les traités multilatéraux et les décisions des instances judiciaires nationales, également les nombreux accords de siège conclus entre les Etats hôtes et les organisations qu'ils accueillent sur leur territoire. Ces accords de siège donnent en effet une image utile du cadre généralement admis des privilèges et immunités, notamment de l'étendue personnelle et matérielle des privilèges et immunités des représentants des Etats.

Le rapport préliminaire relève à juste titre que ces traités internationaux ne réglementent pas la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'Etat en général, ni de nombreuses situations spécifiques. A ce sujet, nous voudrions souligner à quel point il est important que les travaux de la Commission se concentrent sur les questions qui ne sont pas, à ce jour, réglées par des traités internationaux.

L'élaboration de normes générales portant sur l'immunité de juridiction pénale de tous les représentants des Etats ne doit pas aboutir à limiter la portée des textes conventionnels en vigueur ou à rendre leur interprétation plus complexe. En effet, énoncer des règles générales touchant également les domaines spécifiques déjà codifiés pourrait amener à considérer différemment les règles spéciales existantes. Il s'agirait donc, à notre sens, que la Commission s'attache à faire le point des lacunes existant à ce sujet en droit international. Sur cette base, la Commission pourrait déterminer quelles règles de droit international coutumier doivent encore faire l'objet d'une codification et, ensuite, s'interroger sur la nécessité de créer de nouvelles règles de droit international dans des domaines non encore réglés.

Dans ce contexte, le rapport préliminaire de 2008 souligne la nécessité d'étudier plus à fond la question de savoir s'il existe des règles de droit international coutumier qui régissent le statut des membres de missions spéciales (paragraphe 98, note 199), étant donné que peu d'Etats sont à ce jour Parties à la Convention de New York de 1969 sur les missions spéciales.¹⁷⁶ Nous sommes pour notre part de l'avis que certains principes de ladite Convention constituent une codification du droit international coutumier et nous encourageons la Commission à poursuivre son analyse de cette question.

Monsieur le Président,

Ma délégation estime primordial que la Commission identifie des critères - à la lumière des normes internationales qui traitent, sous un aspect ou un autre, du statut juridique des représentants des Etats - pour définir plus précisément la notion de 'représentants de l'Etat' tels qu'ils sont envisagés dans les travaux en cours de la Commission.

S'agissant des actes qu'un Etat exerçant sa compétence pénale pourrait prendre sans porter atteinte à l'immunité d'un représentant d'un Etat, la Suisse soutient le Rapporteur spécial en ce qu'il souscrit aux conclusions de la Cour internationale de Justice. La Suisse est aussi de l'avis qu'un Etat peut - sans porter atteinte à l'immunité d'un représentant de l'Etat - prendre des mesures de procédure pénale qui n'ont aucun caractère contraignant et qui ne sont pas susceptibles d'empêcher le représentant étranger de s'acquitter de ses fonctions, notamment dans le cadre de mesures d'enquête préliminaire visant à établir des faits et à déterminer si une procédure doit être engagée.

Ma délégation souhaiterait finalement attirer l'attention sur une question de terminologie, en se référant à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002 rendu dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo contre Belgique).¹⁷⁷ Alors que le Rapport de la Commission du droit international soumis aujourd'hui à notre attention fait une distinction entre actes officiels et actes non officiels, l'arrêt précité se fonde sur les notions d'actes officiels et d'actes accomplis 'à titre privé'.¹⁷⁸ La terminologie ainsi retenue par la Cour internationale de Justice nous semble mieux à même d'exprimer les différentes notions en cause."

¹⁷⁶ Convention du 8 décembre 1969 (RS.0.191.2).

¹⁷⁷ Arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2002, p. 3.

¹⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 55.

Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Document inédit.

Pour un autre extrait de cette intervention, voir le n°4.2.

7.4 Retrait de la qualité de membre du personnel diplomatique

Une interpellation de M. Josef Lang, député au Conseil national, avait pour cible M. Jagath Dias, chef adjoint de l'Ambassade du Sri Lanka à Berlin, également compétent pour les affaires suisses et celles du Vatican. Ce diplomate était identique, selon l'interpellant, avec le général Dias, soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre au cours du conflit à l'intérieur de ce pays. Dans sa réponse, le Conseil fédéral eut ceci à dire sur la possibilité de renvoyer un diplomate étranger:

"La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques permet à la Suisse, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, d'informer l'Etat accréditant que le chef ou tout autre membre du personnel diplomatique de la mission est *persona non grata* ou que tout autre membre du personnel de la mission n'est pas acceptable. Il est de pratique internationale constante que les Etats, lorsqu'ils usent de ce pouvoir discrétionnaire, respectent la confidentialité. Agir ainsi préserve le droit de prendre des décisions sans devoir les justifier, même indirectement; cela limite également le risque d'une escalade de mesures et contre-mesures de la part de l'Etat concerné; cela préserve enfin les droits de la personne mise en cause qui ne dispose pas de voies de recours contre une décision souveraine de l'Etat accréditaire.

L'une des raisons qui peuvent amener à refuser la désignation d'un diplomate ou à mettre fin à ses fonctions est son implication dans des actes délictueux ou criminels pour autant que l'incrimination du diplomate soit suffisamment avérée. Dans un tel cas, il arrive que l'Etat accréditant décide lui-même de rappeler son représentant. La Suisse peut également prendre elle-même la décision de déclarer la personne concernée *persona non grata* ou indésirable."

Réponse donnée le 31 août 2011 par le Cons. féd. à l'interpellation déposée le 9 juin 2011 par M. Josef Lang, député au Conseil national.

BO CN 2011, Annexes, session d'automne, p. 601.

Voir également la question de M. Sommaruga, député au Conseil national, du 14 septembre 2011 et la réponse du 19 septembre 2011.

BS CN 2011, Annexes, session d'automne, p. 879.

7.5 Immunité de juridiction: situation des employés de maison affectés exclusivement à des tâches domestiques; activités *jure imperii* et *jure gestionis*; Codification du droit international

Mme Z., ressortissante chilienne, travaillait comme employée de maison à la résidence privée du représentant permanent du Chili auprès de l'Organisation mondiale du commerce. Elle résidait en Suisse et son contrat de travail était régi par le droit chilien. En 2008, elle ouvrit action contre la République du Chili pour arriérés de salaire, heures supplémentaires et d'autres prestations. La République du Chili invoqua en vain l'immunité et fut condamnée par le Tribunal des prud'hommes de Genève à verser une certaine somme. Son recours fut écarté, en ce qui concernait l'argument de l'immunité, par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève, sur quoi la République du Chili s'adressa au Tribunal fédéral. Voici un large extrait de l'arrêt de ce dernier:

"2. En premier lieu, la recourante se plaint de la violation de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUJE; publiée *in*: FF 2009 1481 et ss), en particulier l'article 11 CNUJE sur lequel la Chambre des prud'hommes s'est fondée pour rejeter l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'Etat défendeur.

2.1 La Suisse a ratifié la CNUJE le 16 avril 2010 (cf. www.eda.admin.ch [Thèmes >Droit international public> Traités internationaux]; Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la CNUJE du 11 décembre 2009 FF 2003, p. 7969; Message du 25 février 2009 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la CNUJE, FF 2009, p. 1443). Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'Etats. La Chambre des prud'hommes a néanmoins examiné le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction à la lumière de l'article 11 CNUJE, au motif que ladite convention codifie le droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction (dans ce sens: ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 128;¹⁷⁹ arrêt précité du 8 juin 2010, c. 5.5, *in*: Sem.jud. 2010 I 556¹⁸⁰) - notamment à l'article 11 consacré au contrat du travail - et qu'elle reprend pour l'essentiel les principes appliqués par le Tribunal fédéral depuis 1918 (cf. FF 2009, p. 1444). Cette manière de procéder ne prête pas le flanc à la critique. Dès lors que la Suisse a ratifié la CNUJE, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une

¹⁷⁹ *Pratique suisse* 2007, n° 3.3, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 478.

¹⁸⁰ *Pratique suisse* 2010, n° 3.6, RSDIE, 21^e année, 2012, p. 131.

décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (cf. ATF 134 III 570, c. 2.1, p. 572¹⁸¹).

Sous le titre marginal 'Contrats de travail', l'article 11 CNUJE a la teneur suivante:

'1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique;

b) Si l'employé est:

i) Agent diplomatique, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961;¹⁸²

ii) Fonctionnaire consulaire, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963;¹⁸³

iii) Membre du personnel diplomatique d'une mission permanente auprès d'une organisation internationale, ou d'une mission spéciale, ou s'il est engagé pour représenter un Etat lors d'une conférence internationale; ou

iv) S'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique;

c) Si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat;

d) Si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du chef de l'Etat, du chef du gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'Etat employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité;

e) Si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'Etat du for; ou

f) Si l'employé et l'Etat employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action.'

2.2 Tout d'abord, la recourante soutient qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction en vertu de l'article 11, alinéa 2, lettre b/iv, CNUJE. Elle fait valoir à cet égard que l'intimée jouissait de l'immunité diplomatique sur la base de l'article 11, alinéa 3, de l'Ordonnance sur l'Etat hôte du 7 décembre 2007 (OLEH; RS 192.121).

2.2.1 La Confédération peut accorder des immunités et privilèges à diverses institutions qu'elle accueille sur son territoire, dont les missions permanentes auprès des organisations intergouvernementales (article 2, alinéa premier, lettre f, de la Loi sur l'Etat hôte du 22 juin 2007 (LEH; RS 192.12); cf. Message relatif à la LEH du 13 septembre 2006, FF 2006, p. 7603¹⁸⁴). Ces immunités et privilèges peuvent également être accordés aux personnes physiques appelées en qualité officielle auprès de ces institutions, ainsi qu'aux personnes autorisées à les accompagner, y compris les domestiques privés (article 2, alinéa 2, lettres a et c, LEH). Pour les missions permanentes, les personnes pouvant bénéficier d'immunités et de privilèges sont notamment les membres du personnel de service, les membres du personnel local et les personnes autorisées à accompagner une personne bénéficiant de l'immunité (article 11, alinéa 3, lettres c, f et g, OLEH). L'étendue personnelle et matérielle des immunités et privilèges est fixée cas par cas (article 4, alinéa premier, LEH; article 23 OLEH). Le DFAE détermine dans chaque cas particulier si une personne physique tombe dans la catégorie de 'personne bénéficiaire' au sens de l'article 2, alinéa 2, lettres a et c, LEH et lui attribue la carte de légitimation correspondant à sa fonction (article 30, alinéa premier, lettre e, OLEH).

Avant l'entrée en vigueur de la LEH et de son ordonnance d'exécution le 1^{er} janvier 2008, le Conseil fédéral se fondait sur différents instruments, en premier lieu sur des conventions et traités internationaux, en particulier la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD; RS 0.191.01), sur des lois et arrêtés fédéraux, en particulier l'Arrêté fédéral du 30 septembre 1955 sur la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut juridique en Suisse (RO 1956, p. 1216), ainsi que sur ses compétences constitutionnelles en matière de politique étrangère (FF 2006, p. 7604).

Selon la Directive du DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006, les domestiques privés - à savoir les personnes qui sont employées au service domestique d'un membre d'une mission ou d'un poste consulaire et qui ne sont pas des employés de l'Etat d'envoi - recevaient une carte de légitimation de type 'F' (chiffre 1.2). Les membres du personnel de service - à savoir les personnes qui s'occupent certes de tâches domestiques, mais qui sont des employés de carrière de l'Etat d'envoi et qui bénéficient en principe d'un passeport officiel ou d'un passeport de service - étaient mis au bénéfice d'une carte de légitimation de type 'E': (chiffre 1.3). De même, une carte de légitimation de type 'E' était remise aux membres du personnel local non suisse et non bénéficiaire d'une autorisation de séjour ou d'établissement; par personnel local, il fallait comprendre les personnes employées par l'Etat d'envoi qui sont occupées à des tâches administratives ou domestiques au sein d'une mission, qui sont engagées par contrat de droit privé suisse ou étranger et qui ne font pas partie du personnel de carrière transférable de l'Etat d'envoi (chiffre 1.4). Selon les dispositions transitoires de la directive, les domestiques privés qui avaient obtenu une carte de légitimation de type 'E' sous le régime antérieur pouvaient la garder tant qu'ils restaient au service du même employeur (chiffre 16.2). Cette directive a été remplacée par l'Ordonnance du 6 juin 2011 sur les domestiques privés (ODPr; RS 192.126), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011, laquelle ne modifie pas le système des cartes de légitimation. On peut noter au passage que l'ODPr introduit une

¹⁸¹ *Pratique suisse 2008*, n° 3.7, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 564.

¹⁸² Convention du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

¹⁸³ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

¹⁸⁴ Pour de larges extraits de ce message, voir *Pratique suisse 2006*, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 771.

modification importante, quoique sans pertinence en l'espèce, puisqu'elle exclut dorénavant l'application aux domestiques privés des contrats-types cantonaux ou fédéraux et règle les conditions de travail et de salaire de cette catégorie d'employés (article premier, alinéa 2, et articles 28 et ss ODP; article 27, alinéa 2, LEH).

En l'espèce, il est possible que l'intimée, titulaire d'une carte de légitimation de type 'E', ait bénéficié de certaines immunités ou de privilèges en qualité de membre du personnel local d'une mission permanente. Cette question souffre toutefois de rester indécise, car elle est dénuée de pertinence pour les raisons suivantes.

2.2.2 L'article 11 CNUJE a fait l'objet de longues négociations relatives au groupe de personnes dont les contrats de travail étaient soustraits à la juridiction d'un autre Etat, ainsi qu'au rapport de ces personnes à la puissance publique. Les exceptions proposées ont été critiquées parce qu'elles étaient trop nombreuses et faisaient de l'immunité de l'Etat la règle. Il ressort des discussions au sein de l'ONU que la lettre b de l'article 11, alinéa 2, CNUJE, qui n'était pas prévue à l'origine, a été introduite en cours de procédure afin de clarifier la portée de la lettre a du même alinéa; les lettres a et b de l'article 11, alinéa 2, CNUJE se rapportent ainsi au même groupe de personnes (Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property, *in*: Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II/2, p. 165, chiffres 84 et ss, spécialement chiffre 105; cf. GERHARD HAFNER/LEONOR LANGE, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*. Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004, pp. 64 et s.).

Par conséquent, la personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre b/iv, CNUJE est nécessairement une personne s'acquittant de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique, ce qui exclut les personnes s'occupant uniquement de tâches domestiques. Admettre l'inverse reviendrait d'ailleurs à étendre très fortement l'immunité de juridiction et irait manifestement à l'encontre du principe fixé à l'article 11, alinéa premier, CNUJE et du but poursuivi par les Nations Unies, à savoir de limiter l'immunité de juridiction en matière de contestations liées à des contrats de travail.

Il s'ensuit que l'intimée, employée à des tâches domestiques, ne saurait être qualifiée de personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre b/iv, CNUJE.

2.3 La recourante prétend également qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction en vertu de l'article 11, alinéa 2, lettre e, CNUJE. Elle fait valoir que l'intimée était ressortissante chilienne et qu'elle n'aurait pas eu une résidence permanente en Suisse au moment où elle a engagé l'action.

2.3.1 La recourante invoque tout d'abord le contrat de travail liant les parties, dans lequel il est précisé que l'intimée a une résidence temporaire en Suisse.

Comme toute notion d'une convention internationale, la résidence permanente au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre c, CNUJE s'interprète de manière autonome, et non pas selon l'accord des parties au contrat, et cela même dans l'hypothèse où l'employé a compris le sens et la portée de la clause contractuelle et l'a librement acceptée. Permettre à l'Etat employeur d'exclure la constitution d'une résidence permanente de l'employé par une clause contractuelle et d'étendre par le biais son immunité de juridiction irait à l'encontre du but de la convention rappelé ci-dessus; l'article 11, alinéa 2, lettre f, CNUJE limite d'ailleurs expressément la faculté des parties d'étendre l'immunité de juridiction en matière de contrat de travail.

2.3.2 Pour contester une résidence permanente de l'intimée en Suisse, la recourante relève ensuite que l'employée de maison a été recrutée au Chili, qu'elle y était toujours affiliée à la sécurité sociale, qu'elle n'était jamais venue en Suisse avant cet engagement et que sa famille est restée au Chili.

Pour cerner la notion de résidence permanente au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre e, CNUJE, on peut s'inspirer de celle de résidence habituelle (cf. FF 2009, p. 1459, chiffre 3.4), que l'on trouve notamment dans les conventions internationales de La Haye élaborées depuis 1951 (cf. ATF 120 Ib 299, c. 2a, p. 302) et qui a été reprise à l'article 20, alinéa premier, lettre b, LDIP, la résidence habituelle implique la présence physique dans un lieu précis, l'impression objective donnée aux tiers d'y résider normalement étant plus importante que l'intention subjective de la personne concernée d'y créer le centre de sa vie (Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 309, chiffre 215.3; cf. ATF 120 Ib 299, c. 2a, p. 302). La résidence habituelle est généralement créée dans un but déterminé, notamment pour exercer une activité professionnelle; elle peut d'emblée être limitée dans le temps. A titre d'exemple, le message précité évoquait le cas du travailleur saisonnier qui vivait en Suisse durant neuf mois dans l'année et s'y créait une résidence habituelle, tout en gardant le centre de ses intérêts et donc son domicile dans son Etat national d'origine où vivait sa famille, où se trouvait son foyer et où il rentrait régulièrement (FF 1983 I 309, chiffre 215.3).

En l'espèce, les éléments avancés par la recourante pour nier la résidence permanente de l'intimée en Suisse ne sont pas pertinents. L'employée de maison est venue en Suisse, loin de son pays d'origine, pour y prendre un emploi de durée non limitée, qu'elle a occupé durant près de deux ans et demi. Cela suffit pour admettre qu'elle s'y est créée une résidence permanente. Au surplus, la recourante, qui supporte le fardeau de la preuve du défaut de résidence permanente de l'employée, n'allègue pas de faits propres à démontrer que l'intimée ne résidait pas en Suisse au moment de l'introduction de l'action.

Il en découle que l'une des conditions de l'exception prévue à l'article 11, alinéa 2, lettre e, CNUJE n'est pas réalisée dans le cas particulier.

2.4 En conclusion, la recourante ne bénéficie pas en l'espèce de l'immunité de juridiction au regard des principes posés à l'article 11 CNUJE, comme la cour cantonale l'a admis à juste titre. Sur ce point, le recours est mal fondé.

3.

3.1 Dans un deuxième volet de son argumentation, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral et les principes développés par le Tribunal fédéral en matière d'immunité de juridiction.

3.2 Selon la jurisprudence, l'Etat étranger ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction lorsqu'il agit comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*). Pour distinguer les actes accomplis *jure imperii* des actes ... *jure gestionis*, il convient de déterminer si l'acte en cause relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers. En matière de rapports de travail, l'Etat employeur n'est pas touché dans l'exercice de ses tâches relevant de la puissance publique lorsqu'il conclut un contrat avec un employé subalterne; il ne pourra donc bénéficier de l'immunité de juridiction si un litige survient avec cet employé. Les fonctions subalternes relèvent essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays; il s'agit par exemple du poste d'employée de maison (ATF 234 III 570, c. 2.2, p. 572 et ss et les arrêts cités).

En l'espèce, il n'est pas contestable que l'intimée exerçait une fonction subalterne au sens de la jurisprudence précitée.

La recourante insiste sur le fait que l'intimée est une ressortissante chilienne et qu'elle a été engagée alors qu'elle se trouvait au Chili. Certes, la jurisprudence a retenu qu'en tout cas, lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat employeur et qu'il a été recruté au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue en règle générale (ATF 110 II 255, c. 4, p. 261;¹⁸⁵ 120 II 4000, c. 4a, p. 406;¹⁸⁶ 134 III 570, c. 2.2, p. 573). La recourante veut en déduire, *a contrario*, que la juridiction du for n'est pas admise si l'employé est un ressortissant de l'Etat employeur et qu'il ne résidait pas au for de l'ambassade lorsqu'il a été engagé. Elle ne saurait être suivie. En précisant que l'immunité de juridiction n'est, dans la règle, pas reconnue 'en tout cas' lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat employeur et n'a pas été recruté au for de l'ambassade, le Tribunal fédéral a clairement laissé entendre que l'immunité de juridiction peut également être niée dans d'autres hypothèses. Par ailleurs, la CNUJIE, dont il y a lieu de s'inspirer dorénavant, ne prévoit pas l'immunité de juridiction au motif qu'un employé subalterne est ressortissant de l'Etat employeur; au contraire, elle exclut expressément l'immunité lorsqu'un employé ayant la nationalité de l'Etat employeur a sa résidence permanente dans l'Etat du for (article 11, alinéa 2, lettre e, CNUJIE).

Le grief tiré d'une violation du droit fédéral ne peut ainsi être qu'écarté."

Arrêt du TF, du 20 novembre 2011, en l'affaire *République du Chili c. Z.* (c. 2 et 3).

4A_544/2011, non publié.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 4.1 et 10.1)

8.1 Responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales, notamment pour violation de traités. Mesures de rétorsion et représailles. Règlement pacifique des différends internationaux

Le Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre le droit international et le droit interne, dont des parties ont été reproduites ailleurs dans cette chronique (voir le n°2.1), fait l'analyse suivante des conséquences des violations du droit international, notamment conventionnel:

"6. Les conséquences d'une violation du droit international

6.1 Examen de la conformité au droit international

La violation d'une convention ou d'une norme ne se définit pas autrement en droit international qu'en droit national: une partie ne respecte pas une obligation qui lui incombe. La procédure suivie pour constater la violation et donc la responsabilité de l'Etat et pour en arrêter les conséquences éventuelles est cependant très différente.

Les Etats et les organisations internationales entretiennent des contacts réguliers afin de vérifier que les normes de droit international sont correctement appliquées et de prévenir toute violation. Ces contacts prennent la forme de rencontres multilatérales ou bilatérales ou s'inscrivent dans des structures communes telles que les comités mixtes chargés de suivre les accords entre la Suisse et l'UE [Union européenne]. Certaines obligations, surtout dans le cadre des traités multilatéraux, sont périodiquement évaluées et examinées selon un mécanisme formel, par exemple des rapports réguliers à des organes internationaux, en particulier dans les domaines des droits de l'homme (ONU) et de la coopération économique (OCDE [Organisation pour la coopération et le développement économiques]). En règle générale, ces mécanismes permettent d'éviter toute violation des règles internationales ou de trouver des solutions consensuelles, mais ils débouchent parfois sur la constatation d'une infraction à une règle internationale.

La pratique internationale a développé plusieurs instruments pour résoudre les divergences de vue quant à l'application d'une norme internationale. Il faut citer tout d'abord les moyens diplomatiques, qui requièrent un consensus, et dont le résultat n'est pas prévisible (tels que la consultation, la négociation, les inspections, les bons

¹⁸⁵ *Pratique suisse 1984*, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

¹⁸⁶ *Pratique suisse 1994*, n° 3.3, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 600.

offices, la conciliation et la médiation). Ils présentent la particularité de laisser les parties gérer le conflit et accepter ou rejeter les solutions proposées. Il en va tout autrement des procédures de décision (juridiques) en cas de différend (arbitrage, jugement d'un tribunal international). Les parties doivent accepter d'emblée d'être liées par la décision de l'instance qui tranche le conflit. Il n'existe pas de liste exhaustive des instruments de résolution des différends. Les parties peuvent en choisir d'autres que ceux que nous avons cités, ou bien les combiner ou les modifier. Le droit international ne donne la prééminence à aucun d'entre eux.

6.2 La responsabilité internationale et ses suites concrètes

Si un Etat ou un autre sujet de droit international (par exemple une organisation interétatique) viole le droit international, sa responsabilité est en jeu. Ce principe est unanimement reconnu dans la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine.¹⁸⁷

Aucun traité international faisant le tour de cette question n'a été conclu, mais il existe des règles de droit coutumier, qui ont été intégrées dans un projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission du droit international de l'ONU (CDI). Ce projet a été adopté en juillet 2001 à l'intention de l'Assemblée générale de l'ONU (cf. Résolution 56/83). La CDI a non seulement tenté de codifier les règles de droit coutumier mais aussi de résoudre les questions laissées ouvertes dans le domaine de la responsabilité des Etats.¹⁸⁸

Bien que ces articles aient déjà acquis une grande importance dans la pratique des Etats et des tribunaux, il leur reste encore à être adoptés sous forme d'un accord obligatoire entre les Etats membres de l'ONU.

La responsabilité internationale présuppose deux éléments: 1) un comportement attribuable à l'Etat ou à un autre sujet de droit international 2) qui constitue une violation du droit international.

Si ces deux éléments sont réunis et que la responsabilité de l'Etat est engagée, le droit international prévoit les obligations suivantes:

- en premier lieu, l'Etat responsable doit rétablir une situation conforme au droit international ou cesser son comportement contraire au droit international. Cette obligation découle déjà de la norme violée, qui, en règle générale, subsiste. Il est cependant imaginable qu'une partie à un traité agissant de manière contraire à celui-ci (par exemple sur la base de sa législation interne ou d'autres obligations internationales) suspende le traité ou le dénonce afin de se libérer de ces engagements. Elle ne peut cependant pas se soustraire à sa responsabilité pour violation commise durant la période où elle était soumise au traité;
- si le rétablissement de la situation conforme au droit international n'est pas possible, ou ne l'est qu'en partie, l'Etat doit concéder des dommages-intérêts;
- si la violation ne peut se traduire en un dommage chiffrable, l'Etat fournit une réparation. Celle-ci peut aussi s'ajouter aux dommages-intérêts.

Si l'Etat responsable ne remplit pas ces obligations, l'Etat lésé dispose de plusieurs moyens pour réagir:

- il peut intervenir sur le plan diplomatique, au niveau bilatéral ou multilatéral, pour exercer une pression sur l'Etat responsable et l'inciter à remplir ses devoirs de réparation;
- le traité peut être suspendu, conformément à ses dispositions ou par consentement de toutes les Parties (voir articles 57 et 58 de la Convention de Vienne¹⁸⁹). Une Partie peut également le suspendre unilatéralement, en totalité ou en partie, en cas de violation substantielle (voir article 60 de la convention de Vienne);
- il peut y avoir extinction du traité par consentement des Parties ou dénonciation unilatérale (voir articles 54 et 56 de la convention de Vienne). Une Partie peut même mettre fin immédiatement au traité, en cas de violation substantielle de celui-ci (voir article 60 de la convention de Vienne).

Si ces réactions n'entraînent pas le retour à une situation conforme au droit international, il ne reste plus que la contrainte pour pousser la Partie contrevenante à remplir ses obligations. Il s'agit pour une part de *mesures de rétorsion*, c'est-à-dire de mesures hostiles prises par les autres Parties pour nuire au contrevenant sans cependant violer ses droits: par exemple la rupture des relations diplomatiques, le refus d'une aide au développement ou d'un crédit, des restrictions du commerce et des investissements dans les limites des règles internationales applicables aux échanges commerciaux. Mais les Etats peuvent aussi avoir recours à des *mesures de représailles*, c'est-à-dire des mesures qui violent le droit international mais qui sont admissibles exceptionnellement en réaction à une violation antérieure commise par l'autre Partie. Ces mesures doivent être dirigées exclusivement contre l'Etat contrevenant, être proportionnées et respecter l'interdiction du recours à la force consacrée par la Charte de l'ONU ainsi que les règles impératives du droit international. Elles englobent des sanctions notamment politiques et économiques.

Le recours à la contrainte est extrêmement rare par rapport à la résolution amiable des différends; il n'est utilisé qu'en réponse à des violations très graves des obligations de droit international.

La CEDH contient une clause particulière: les Etats membres sont tenus de se conformer aux arrêts de la Cour (article 46, alinéa premier, CEDH), dans lesquels celle-ci peut constater une violation de la Convention. Le Comité des Ministres surveille l'exécution des arrêts (article 46, alinéa 2, CEDH), en l'occurrence en ce qui concerne les mesures de nature concrète ou générale que les Etats doivent prendre.

Rapport du Cons. féd. du 5 mars 2010, intitulé: "La relation entre droit international et droit interne".

¹⁸⁷ La violation du *jus cogens* n'entraîne en principe aucune suite spécifique, sinon, dans le cas d'un conflit de normes, la nullité d'une autre norme... La responsabilité internationale et ses conséquences sont les mêmes que dans le cadre du droit coutumier.

¹⁸⁸ Cf. le commentaire officiel dans l'Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II/2, pp. 20 et ss.

¹⁸⁹ Convention citée ci-dessus, note 1.

FF 2010, p. 2067 (2090-2092).

9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement

(Voir aussi les n^{os} 4.1 et 8.1)

9.1 Règlement pacifique des différends par la Cour internationale de Justice: conditions de recevabilité des requêtes (existence d'un différend); arrêts de la Cour(force obligatoire du dispositif).

Le texte reproduit ci-après est extrait du document "Exceptions préliminaires de la Confédération suisse" déposé le 17 février 2011 par le Gouvernement suisse du Greffe de la Cour internationale de Justice (ci-après: "CIJ" ou "Cour") dans le cadre du prétendu différend entre la Belgique et la Suisse relatif à la *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale*. L'affaire avait été introduite par la Belgique le 21 décembre 2009. La controverse portait sur les intérêts de l'Etat belge et d'investisseurs belges dans la société de navigation aérienne Sabena à la suite du sursis concordataire accordé à la société Swissair, actionnaire de Sabena. Swissair s'était engagée à fournir à Sabena des fonds qui, finalement, n'ont jamais été versés.

Les créances des actionnaires belges avaient, depuis 2001, fait l'objet de procédures judiciaires en Belgique. En novembre 2003, le Tribunal de commerce de Bruxelles débouta les actionnaires belges de la plupart de leurs demandes. Cet arrêt allait pouvoir être contesté en appel, puis devant la Cour de cassation. Le 21 décembre 2009, sans attendre la décision de la Cour d'appel, la Belgique déposa une requête introductive d'instance contre la Suisse auprès de la CIJ, alléguant que le Tribunal fédéral suisse aurait affirmé que la décision "à intervenir" de la Cour d'appel ne serait pas reconnue en Suisse. Cela étant, la Suisse aurait enfreint la Convention du 16 décembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1659, p. 740; Convention de Lugano de 1988).

Cet instrument, conclu par les Etats membres de la Communauté Européenne et ceux de l'Association européenne de libre échange (AELE), était intimement lié à la Convention conclue à Bruxelles entre les membres de la Communauté Européenne le 27 septembre 1968 et instituant des règles uniformes en matière civile et commerciale tant en matière de compétence des tribunaux que sur la reconnaissance et l'exécution des décisions intervenues au sein d'un Etat Partie (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1262, p. 167; convention de Bruxelles). Un protocole joint à la convention de Bruxelles attribua la compétence de statuer sur l'interprétation de la convention à la Cour de justice des Communautés Européennes.

Cette solution ne pouvait toutefois s'appliquer aux Etats Parties à la Convention de Lugano de 1988, non-membres de la Communauté, malgré le fait que la convention de 1988 était matériellement identique avec celle de Bruxelles. C'est pourquoi le Protocole n°2 joint à la Convention de Lugano a institué un comité permanent formé par les représentants des Etats Parties. C'est dans ce Comité qu'ont eu lieu "des échanges de vues sur le fonctionnement de la Convention et en particulier sur le développement de la jurisprudence" (préambule). Le parallélisme entre les Conventions de Bruxelles et Lugano a également trouvé expression dans deux déclarations. L'une de ces déclarations émanait des Etats appartenant à la Communauté et affirmait que la Cour de justice de celle-ci devait "dûment tenir compte" des principes dégagés par la jurisprudence relative à la Convention de Lugano (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1659, p. 804). L'autre déclaration était l'œuvre des Etats membres de l'AELE qui estimaient qu'en interprétant et en appliquant la convention de 1988, leurs tribunaux devaient "tenir dûment compte" des principes contenus dans la jurisprudence de la Cour de justice et dans celle des tribunaux nationaux des membres de la Communauté.

En 1997 intervint la révision des Conventions de Lugano et de Bruxelles. Ce processus a donné naissance à un nouveau règlement communautaire en 2000 - le sujet réglé jusque-là par la convention de Bruxelles s'était transformé, entre-temps, en une matière communautaire - et à une nouvelle convention de Lugano, conclue entre la Communauté comme telle et les quatre membres de l'AELE (Danemark, Islande, Norvège, Suisse). Ce nouveau texte est entrée en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 0.275.12). A l'époque pertinente - celle antérieure à cette date, la requête belge ayant été déposée le 21 décembre 2009 - le droit applicable était la Convention de Lugano de 1988.

Passant maintenant aux rapports entre Swissair et Sabena, on relèvera, pour commencer, que Sabena était, de 1923 à 1960, une compagnie dans laquelle la participation de l'Etat belge était légèrement majoritaire; puis, entre 1960 et 1990, cette participation augmenta fortement. En 1995, Swissair acquit 49,5% du capital-actions de Sabena, avec une option supplémentaire de 18,2%. Les autres actionnaires

étaient l'Etat belge, deux sociétés privées englobant des fonds étatiques et les collaborateurs de Sabena. En 1999, les parts de la Swissair restructurée furent reprises par la société holding SAirGroup et sa filiale opérationnelle SAirLines. Sabena souffrant d'illiquidité, SAirGroup, le 25 janvier 2001, négocia avec les actionnaires la reprise du capital-actions par SAirGroup à concurrence de 85%. Ces contrats furent renégociés le 2 août de la même année (convention "de l'hôtel Astoria").

Le 2 octobre 2001, à la suite de problèmes financiers majeurs, SAirGroup et Swissair ont dû mettre à terre leur flotte. Par des décisions des 5 octobre et 3 décembre 2001, ces compagnies ont été placées en sursis concordataire. Sabena, de son côté, fut mise en faillite, le 7 novembre 2001, par le Tribunal de commerce de Bruxelles.

Il faut maintenant examiner les procédures subséquentes ouvertes en Belgique et en Suisse. En Belgique, une première procédure a été entamée par les actionnaires belges, le 3 juillet 2001, devant le Tribunal de commerce de Bruxelles pour la non-exécution de l'obligation de reprendre 85% du capital-actions de Sabena. Le 2 novembre de la même année, les mêmes demandeurs entamèrent une nouvelle procédure devant le même Tribunal. Les deux procédures ayant ensuite été jointes, le Tribunal rejeta les demandes le 20 novembre 2003; la reconnaissance de cette décision en Suisse n'a jamais été demandée. Toutes les parties ayant fait appel, la Cour d'appel de Bruxelles s'est déclarée compétente le 19 mai 2005. Presque six ans après le dépôt de l'appel et plus d'un an après le dépôt de la requête belge devant la CIJ, le 27 janvier 2011, la Cour a prononcé la résolution des contrats de 2001 et a condamné SAirGroup et SAirLines à verser des dommages-intérêts et à rembourser des frais de traduction; elle a rejeté d'autres demandes et a sursis à statuer sur certains points.

Pour ce qui est des procédures en Suisse après l'octroi du sursis concordataire à SAirGroup et SAirLines le 3 décembre 2001, l'Etat belge et les sociétés belges concernées ont déposé, le 31 juillet 2006, devant le Tribunal de district de Zurich, une plainte administrative selon les articles 17 de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.I).¹⁹⁰ Dans cette procédure, les plaignants ont demandé la mention, pour mémoire, de leurs créances dans l'état de collocation de SAirGroup et SAirLines. Cette plainte fut rejetée par les tribunaux zurichois et le Tribunal fédéral.

En outre, l'Etat belge et les sociétés belges ont déposé, le 8 août 2006, une action en contestation de l'état de collocation¹⁹¹ dans laquelle ils ont demandé une mention de leurs créances et la suspension de la procédure jusqu'à la fin de la procédure belge, ce que les tribunaux zurichois ont fait. Par arrêt du 30 septembre 2008, le Tribunal fédéral a toutefois levé la suspension¹⁹² et la procédure a repris devant le Tribunal de district de Zurich.

Dans les motifs de son arrêt, le Tribunal explique que, "[c]ontrairement à la conception des instances cantonales, le jugement qui sera rendu en Belgique ne sera pas matériellement contraignant concernant les créances produites dans la faillite pour le juge suisse de la collocation faute de base légale. Dès lors, il ne saurait être déterminant pour la suspension du procès en contestation de l'état de collocation".¹⁹³ Il n'y a eu, par la suite, aucune demande de reconnaissance en Suisse de décisions belges en la matière.

Pour ce qui est, enfin, de la procédure devant la CIJ, la cheffe du Département fédéral des affaires étrangères fut informée, le 29 juin 2009, du dépôt imminent du Mémoire belge, la Belgique ne voyant "malheureusement pas d'autres moyens de faire reconnaître la validité de ses arguments". Elle avait pourtant l'occasion de le faire, les 7 et 8 septembre 2009, lors de la réunion du Comité permanent établi par la Convention de Lugano de 2008. A cette réunion, la Belgique n'a pourtant ni évoqué ni contesté l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008.

La Requête belge, on l'a dit, fut déposée le 21 décembre 2009. Le Mémoire de la Belgique, quant à lui, fut présenté le 23 novembre 2010, l'Etat demandeur concluant: 1) que la Suisse, par des décisions de ses tribunaux, avait décidé de ne pas reconnaître la décision à intervenir en Belgique sur la responsabilité de SAirGroup et SAirLines dans le cadre des procédures de collocations, et que cette décision méconnaissait les règles de la convention de Lugano; 2) qu'en refusant de surseoir à la procédure, en faisant savoir que la décision à intervenir en Belgique ne serait pas reconnue en Suisse, cette dernière avait violé la règle du droit international général selon laquelle "toute compétence étatique, notamment en matière judiciaire, doit être exercée de manière raisonnable".

¹⁹⁰ Il s'agit d'une plainte pouvant être déposée par toute personne intéressée auprès de l'autorité de surveillance lorsque celle-ci estime qu'un acte ou une mesure des organes en matière de la poursuite ou de faillite est contraire à la loi ou injustifié en fait.

¹⁹¹ Action introduite par un créancier dans le but d'obtenir la vérification et la modification de l'état de collocation. Ce dernier consiste en un document établi par l'administration de la faillite ou le liquidateur dans lequel figurent les créances dans l'ordre prescrit par la loi.

¹⁹² *SAirLines en liquidation concordataire c. Etat belge, Société Fédérale de Participations et d'Investissement SA et SA Zephyr-Fin*, arrêt du 30 septembre 2008, ATF 135 III 127 [JdT 2011 II 402].

¹⁹³ *Ibid.*, c. 3.3.4.

Les pages qui suivent, extraites du document intitulé "Exceptions préliminaires de la Confédération suisse", portent sur la question de l'existence d'un différend cristallisé entre les deux Etats.

"I. Notion de différend

63. Selon l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après: 'CPJI' ou 'Cour permanente') en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, '[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes'.¹⁹⁴ La CIJ fait sienne cette définition et ajoute qu'il ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.¹⁹⁵

...

65. De simples affirmations des parties ne suffisent donc pas à établir l'existence ou l'absence d'un différend. En d'autres termes, l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement¹⁹⁶ par la CIJ. En vertu de l'article 36, paragraphe 6, du Statut de la CIJ, il appartient à la CIJ de décider s'il y a différend entre les parties.¹⁹⁷

66. En résumé, pour qu'un différend puisse exister, selon la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ, les parties doivent avoir pris - de manière claire et définitive - des positions divergentes à l'égard de l'objet du prétendu litige.

II. Absence de décision belge à reconnaître

67. Dans son Mémoire (paragraphe 206), la Belgique dit qu'elle 'envisagera en temps opportun d'introduire une demande de reconnaissance devant les tribunaux suisses'. Elle admet ainsi qu'elle n'a jamais demandé la reconnaissance en Suisse d'une quelconque décision dans la présente affaire, et en particulier de la décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 20 novembre 2003, défavorable à la Belgique. Partant, aucune instance judiciaire suisse ne s'est prononcée sur la reconnaissance de cette décision. La Belgique ne faisait d'ailleurs pas grief à la Suisse sur ce point: il ne peut y avoir de différend entre la Belgique et la Suisse à ce sujet.

68. Il convient maintenant de se pencher sur le grief de la Belgique qui concerne la décision 'à intervenir' de la Cour d'appel de Bruxelles ou d'une autre instance judiciaire belge. Selon le Mémoire belge (paragraphe 58), un différend existerait entre la Belgique et la Suisse, dans la mesure où la Belgique s'oppose à la position que le Tribunal fédéral aurait adoptée dans son arrêt du 30 septembre 2008.¹⁹⁸ Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral aurait, selon la Belgique, dit pour droit que la 'décision à rendre' par les tribunaux belges ne sera pas reconnue en application de la Convention de Lugano de 1988. Autrement dit, la Belgique et la Suisse auraient pris des positions divergentes sur une question d'interprétation et d'application de la Convention de Lugano de 1988.

69. Qui dit 'décision à rendre' dit absence de décision rendue, donc de décision à reconnaître au moment considéré. En demandant à la CIJ de constater une violation de la Convention de Lugano de 1988, au motif que la Suisse aurait dit que la décision belge 'à intervenir' ne serait pas reconnue, la Belgique admet qu'au moment où le Tribunal fédéral a prononcé l'arrêt du 30 septembre 2008, il n'y avait aucune décision belge susceptible d'être reconnue et exécutée en Suisse. Il est patent que la Cour d'appel de Bruxelles n'avait pas rendu sa décision à cette date.

70. Par sa Requête, la Belgique prétend dès lors que la Convention de Lugano de 1988 obligeait la Suisse à dire qu'elle reconnaîtrait une décision belge 'à intervenir', alors que le contenu de cette décision était inconnu au moment où le Tribunal fédéral a rendu son arrêt.

71. Or, indépendamment de la question de savoir si la Convention de Lugano de 1988 est applicable au cas d'espèce, il sied de relever que la Convention de Lugano de 1988 'entend par décision ... toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant', (article 25 de la Convention de Lugano de 1988). Elle contient dès lors uniquement des dispositions sur la reconnaissance de 'décisions rendues dans un Etat contractant' (article 26, paragraphe premier, de la Convention de Lugano de 1988).¹⁹⁹ Cela ne peut signifier qu'une chose: la Convention de Lugano de 1988 ne règle pas la question de la reconnaissance de décisions 'à intervenir', c'est-à-dire de décisions futures et purement potentielles. L'objet de la réglementation en matière de reconnaissance des décisions est limité à des décisions rendues.

72. Ce constat est corroboré par les articles 27 et 28 de la Convention de Lugano de 1988 qui prévoient que la reconnaissance de décisions rendues peut être refusée dans les cas qu'ils énumèrent. Lorsque la partie intéressée requiert la reconnaissance d'une 'décision rendue' dans un Etat contractant, la partie s'opposant à la reconnaissance

¹⁹⁴ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume Uni) exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, CPJI, série A, n° 2, p. 11.

¹⁹⁵ CIJ, affaires du *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, CIJ, Recueil 1962, p. 319, p. 328.

¹⁹⁶ CIJ, *Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, première phase, avis consultatif du 30 mars 1950, CIJ, Recueil 1950, p. 65, p. 74. Voir aussi CIJ *Essais nucléaires* (Australie c. France), [arrêt du 20 décembre 1974, CIJ, Recueil 1974, p. 253], paragraphe 55...

¹⁹⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, CIJ, Recueil 1986, p. 14, paragraphe 33.

¹⁹⁸ ATF 135 III 127 ... [SAirLines en liquidation concordataire c. Etat belge, Société Fédérale de Participations et d'Investissements SA et Zephyr-Fin, 5A _ 20/2008, arrêt du 30 septembre 2008] (...).

¹⁹⁹ Voir les articles 26 à 30 de la Convention de Lugano de 1988 (...).

peut invoquer un ou plusieurs motifs de refus de reconnaissance. L'application des articles 27 et 28 de la Convention de Lugano de 1988 dépend ainsi de la procédure ayant abouti à la décision à reconnaître et du contenu de celle-ci. Or, seules les 'décisions rendues' ont un contenu. Les articles 27 et 28 de la Convention de Lugano de 1988 ne concernent donc pas les décisions 'à intervenir'. Il est établi dès lors que la Convention de Lugano de 1988 ne règle que la reconnaissance de décisions intervenues, c'est-à-dire rendues.

73. Dans le cas d'espèce, en l'absence le 30 septembre 2008 d'une 'décision rendue' par un tribunal belge, en l'occurrence la Cour d'appel de Bruxelles, la Convention de Lugano de 1988 n'entre pas en ligne de compte. Le Tribunal fédéral - et la Suisse - n'avaient dès lors objectivement pas la possibilité de se prononcer sur une question d'interprétation ou d'application de la Convention de Lugano de 1988. Dans ces conditions, aucun différend ne pouvait naître entre la Belgique et la Suisse.

III. Absence de décision suisse sur la reconnaissance d'une décision belge 'à intervenir'

74. La Suisse vient de démontrer que, en l'absence de décision belge susceptible d'être reconnue et exécutée en Suisse, le Tribunal fédéral n'avait pas la possibilité de se prononcer sur l'interprétation et l'application de la Convention de Lugano de 1988. De plus, dans son arrêt du 30 septembre 2008, le Tribunal fédéral n'a pris aucune décision en ce qui concerne la reconnaissance en Suisse, ou l'aptitude à y être reconnue, d'une quelconque décision belge - actuelle ou future. A défaut d'une prise de position suisse, aucun différend ne peut exister entre la Belgique et la Suisse.

75. Dans son Mémoire (paragraphe 58), la Belgique allègue pourtant que le Tribunal fédéral, par son arrêt du 30 septembre 2008, se serait prononcé sur la non-reconnaissance de la décision belge 'à intervenir'. Partant, vu que la Belgique conteste cet arrêt, il existerait entre la Belgique et la Suisse un différend au sens du Statut de la CIJ et de sa jurisprudence. Ce faisant, la Belgique méconnaît complètement la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008.

76. En effet, seul le dispositif d'un jugement contient la décision du tribunal. Le dispositif d'un jugement est défini comme étant la '[p]artie finale d'un arrêt, d'un jugement ou d'une sentence arbitrale qui contient la décision de l'organe de règlement, c'est-à-dire la solution qu'il donne au litige, en réponse aux conclusions des parties'.²⁰⁰

77. La décision d'un tribunal se limite ainsi à son dispositif. Autrement dit, seul le dispositif détermine ce qui a été tranché et ce qui est chose jugée. En droit suisse, tout comme en droit international public d'ailleurs, l'autorité de la chose s'attache au seul dispositif du jugement, pas à ses motifs; cependant, il faudra parfois recourir aux motifs pour connaître le sens exact, la nature et la portée précise du dispositif'.²⁰¹

78. Le dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008 a la teneur suivante:

'1. Le recours en matière civile est admis. La décision de la Cour de cassation du Canton de Zurich du 15 novembre 2007 et la décision du Tribunal supérieur du Canton de Zurich du 2 mars 2007 sont annulées. La suspension provisoire du procès en contestation de l'état de collocation est levée.

2. Les fais judiciaires, arrêtés à Fr. 10'000.--, sont mis à la charge des intimés, solidairement entre eux.

3. Il n'est pas alloué de dépens.

4. Le présent arrêt sera communiqué aux parties et à la Cour de cassation du Canton de Zurich ainsi qu'au Tribunal supérieur de Zurich'.²⁰²

79. Le dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008 est clair. Outre l'annulation des décisions attaquées et les questions procédurales (frais, dépens et communication de l'arrêt), le dispositif ne mentionne que la levée de la suspension provisoire du procès en contestation de l'état de collocation. Il n'est aucunement question de l'éventuelle reconnaissance future en Suisse d'une décision belge 'à intervenir'.

80. Le Tribunal fédéral a certes évoqué la question de l'aptitude à être reconnue d'une décision belge 'à intervenir', mais uniquement dans les motifs de son arrêt: '[c]ontrairement à la conception des instances cantonales, le jugement qui sera rendu en Belgique ne sera pas matériellement contraignant concernant les créances produites dans la faillite pour le juge suisse de collocation faute de base légale. Dès lors, il ne saurait être déterminant pour la suspension du procès en contestation de l'état de collocation'.²⁰³

81. Il s'agit dès lors de déterminer la portée de ce passage figurant dans les motifs de l'arrêt du Tribunal fédéral.

82. Le dispositif de l'arrêt du 30 septembre 2008 ne mentionne ni ne fait allusion à la question d'une éventuelle reconnaissance de la décision belge 'à intervenir'. Même si ce dispositif est lu à la lumière des motifs, il s'avère qu'aucune décision n'a été prise en matière de reconnaissance de la future décision belge. En effet, seule la question de la suspension provisoire du procès en contestation de l'état de collocation a été tranchée.

83. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la valeur et l'effet d'éléments de motivation d'un jugement. Selon lui, '[l]es constatations de fait et les considérants en droit ne font pas partie du dispositif de jugement et ne jouissent donc pas de l'autorité de la chose jugée... Il en va de même pour les décisions relatives à des questions préjudicielles ou à d'autres questions préalables ainsi que pour d'autres conséquences juridiques

²⁰⁰ JEAN SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001, p. 347 (entrée "Dispositif" ...).

²⁰¹ TF, A c. B., 5C.242/2003, arrêt du 20 février 2004, non publié, c. 2.3 (...). Voir également TF, *Dame X. c. X*, 5A_ 438/2007, arrêt du 20 novembre 2007, c. 2.2.1 (...).

²⁰² ATF 135 III 127, cité à la note 198 (...).

²⁰³ *Ibid.*, c. 3.3.4.

déoulant nécessairement du jugement. Ces catégories ne sont que des chaînons du syllogisme juridique qui ne bénéficient pas en tant que tels de l'autorité de la chose jugée.²⁰⁴

84. La jurisprudence de la CPJI est similaire. Dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, la Cour permanente a affirmé qu'il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées'.²⁰⁵

85. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral n'a évoqué qu'en passant, dans ses motifs, la question de l'éventuelle reconnaissance d'une décision belge 'à intervenir', alors qu'il s'attelait à trancher la question de la suspension de la procédure. N'étant pas reflétée dans le dispositif, cette question ne fait pas partie de la décision du Tribunal fédéral et n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée. Comme le dit le Tribunal fédéral, les motifs juridiques 'ne jouissent ... pas de l'autorité de la chose jugée'.²⁰⁶ Ainsi, cette phrase ne lie ni les instances cantonales inférieures ni même le Tribunal fédéral. L'arrêt de ce dernier du 30 septembre 2008 ne s'oppose donc en rien à ce qu'une décision belge, une fois rendue, soit reconnue en Suisse conformément aux dispositions conventionnelles applicables.

86. Enfin, il faut relever que l'autorité de la chose jugée s'attache exclusivement à ce qui a été l'objet du litige'.²⁰⁷ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral était appelé à trancher la question de la suspension du procès en constatation de l'état de collocation, et rien d'autre. La reconnaissance de la décision belge 'à intervenir' ne faisait pas partie de l'objet du litige devant le Tribunal fédéral. Dans son Mémoire (paragraphe 206), la Belgique admet même qu'elle n'en a jamais demandé la reconnaissance, dans la mesure où elle déclare qu'elle 'envisagera en temps opportun d'introduire une demande de reconnaissance devant les tribunaux suisses'. Cela constitue l'admission par la Belgique qu'il n'y a pas eu refus de reconnaissance en Suisse. A noter enfin que, à défaut de demande de reconnaissance, le principe *ne eat iudex ultra petita partium* empêchait le Tribunal fédéral de trancher la question de la reconnaissance de la décision belge 'à intervenir'.

87. En conclusion, le Tribunal fédéral n'a pris aucune décision concernant l'éventuelle reconnaissance ou aptitude à être reconnue de la décision belge 'à intervenir', en l'occurrence la décision de la Cour d'appel de Bruxelles qui a été finalement prononcée le 27 janvier 2011. Ainsi la Suisse n'a pas adopté de position à cet égard. Dans ces conditions, il ne peut exister de divergence d'opinion entre la Belgique et la Suisse. En conséquence, en l'état actuel des choses, aucun différend au sens du Statut de la CIJ ne divise les parties.

IV. Absence de cristallisation du prétendu différend

88. Même si la CIJ devrait arriver à la conclusion qu'une controverse existait au moment du dépôt de la Requête belge, elle ne saurait s'en saisir, car le différend ne s'est jamais cristallisé.

...

A. Exigence de cristallisation d'un différend

90. Même si le droit international public ne connaît pas de règle générale du préalable diplomatique, il existe une obligation pour les parties de contribuer à la cristallisation du différend.

91. La notion de cristallisation du différend est déjà sous-jacente à l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni). Dans cet arrêt, la Cour permanente 'reconnaît, en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques'.²⁰⁸

92. La notion de cristallisation a ensuite été développée notamment dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pedro Branca/Pulau Baty Puleh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie c. Singapour).²⁰⁹ Dans cette affaire, selon les termes utilisés par le conseil du Honduras dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), '[l]a cristallisation du différend sur les îles n'avait pas été jugée ... comme [étant] une conséquence automatique de l'ouverture de pourparlers relatifs à la frontière maritime. La Cour avait expliqué que le différend s'était cristallisé parce que, après l'ouverture de ces pourparlers, les deux Etats avaient formulé de revendications explicites et opposées au sujet de la souveraineté sur les deux îles en cause'.²¹⁰

93. Seule la formulation de revendications explicites et opposées permet la cristallisation du différend. Il convient dès lors de déterminer si le comportement de la Belgique et de la Suisse a pu conduire à la cristallisation du prétendu différend.

²⁰⁴ TF, *Siegfried Aktiengesellschaft c. The Wellcome Foundation Ltd.*, arrêt du 3 novembre 1995, ATF 121 III 474, c. 4a (...).

²⁰⁵ CPJI [Cour permanente de Justice internationale], *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif du 16 mai 1925, CPJI, série B, n° 11, pp. 29-30.

²⁰⁶ ATF 121 III 474, c. 4a, cité à la note 204 (...).

²⁰⁷ Arrêt du TF 5C. 242/2003, c. 2.1, cité à la note 201 (...).

²⁰⁸ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), [exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, CPJI, série A, n° 2], p. 15.

²⁰⁹ CIJ, *Souveraineté sur Pedro Branca/Pulau Baty Puleh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie c. Singapour), arrêt du 23 mai 2008, CIJ, Recueil 2008, p. 12.

²¹⁰ CIJ, *Différend territorial et maritime dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), audience publique tenue le 22 mars 2007, CR 2007/13, pp. 13-14.

B. Histoire diplomatique

94. La Belgique n'a pas contacté la Suisse, à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008,²¹¹ dans le but de résoudre le prétendu différend par la voie diplomatique, en dépit des 'relations singulièrement étroites et amicales entre les deux pays' (Mémoire belge, paragraphe 5). Ce n'est que le 29 juin 2009 que l'Ambassadeur de Belgique auprès de la Confédération suisse a pour la première fois informé la Suisse, lors d'une rencontre avec la Cheffe du département fédéral des affaires étrangères, de l'intention de la Belgique de porter l'affaire devant la CIJ 'dans les prochains jours'.²¹² L'Ambassadeur de Belgique a ajouté à cette occasion que 'l'Etat belge ne voit malheureusement pas d'autres moyens de faire reconnaître la validité de ses arguments que de porter ce différend à l'échelon international',²¹³ excluant ainsi toute possibilité d'entamer des négociations. La Cheffe du Département fédéral des affaires étrangères a pris connaissance des intentions de la Belgique sans pour autant reconnaître l'existence d'un différend. La Belgique a confirmé à la Suisse son intention de saisir la CIJ par note diplomatique du 26 novembre 2009²¹⁴ dont la Suisse a accusé réception le 9 décembre 2009, également par note diplomatique.²¹⁵ Par Requête du 21 décembre 2009, la présente instance a été introduite par la Belgique.

95. Force est de constater que, avant le 29 juin 2009, rien ne laissait supposer à la Suisse que, pour la Belgique, un différend existait avec la Suisse concernant l'interprétation de la Convention de Lugano de 1988. Depuis 2001, il y avait certes un litige privé entre les actionnaires belges (dont l'Etat belge) et les actionnaires suisses de Sabena. Mais, comme la Suisse n'était pas actionnaire de Sabena, aucun différend international n'opposait les deux pays. Au niveau interétatique, il n'a jamais été question d'un quelconque différend entre la Belgique et la Suisse jusqu'au 29 juin 2009. Le fait que la Belgique n'a pas jugé nécessaire, même après cette date, d'essayer d'entrer en négociation avec la Suisse, ne serait-ce que pour dégager ses revendications, montre que la Belgique n'a jamais voulu contribuer à la cristallisation du différend.

96. La Suisse, quant à elle, à la suite de l'annonce du 29 juin 2009, a simplement pris note des prétentions belges sans prendre position sur la question de l'existence d'un différend. Dans son Mémoire (paragraphe 58), la Belgique relève d'ailleurs que la Suisse a 'réservé sa position quant à l'existence d'un tel différend', en se référant au 'différend l'opposant selon elle [la Belgique] à la Suisse' dans sa note diplomatique du 9 décembre 2009.

97. Avant le dépôt de sa Requête, la Belgique n'a ainsi formulé aucune revendication explicite qui aurait pu contribuer à la cristallisation du soi-disant différend. Convaincue de l'absence d'un quelconque différend, la Suisse a adopté une attitude neutre. Le prétendu différend n'a ainsi pas pu se cristalliser.

C. Comité permanent

98. Lors des réunions du Comité permanent institué par le Protocole n° 2, la Belgique n'a jamais fait état d'un différend qui l'opposerait à la Suisse. Selon l'article 4, paragraphe premier, du Protocole n° 2, '[à] la demande d'une Partie contractante, le dépositaire de la présente convention [la Suisse] convoque des réunions du comité pour procéder à des échanges de vues sur le fonctionnement de la convention et en particulier sur le développement de la jurisprudence communiquée conformément à l'article 2, paragraphe premier, premier tiret.'

99. Le Comité permanent aurait été le forum approprié pour dénoncer une application prétendument erronée de la Convention de Lugano de 1988 par le Tribunal fédéral. La 16^{ème} réunion du Comité permanent s'est tenue les 7-8 septembre 2009, c'est-à-dire deux mois après la rencontre de l'Ambassadeur de Belgique en Suisse et de la Cheffe du Département fédéral des affaires étrangères.²¹⁶ A cette occasion, la Belgique n'a cependant pas jugé nécessaire de faire état de l'existence de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2008²¹⁷ ni de contester cet arrêt. Quant à la Suisse, elle ne l'a pas mentionné lors de cette séance, car elle ne considérait pas que cet arrêt mettait en lumière un développement de la jurisprudence nationale dans l'application et l'interprétation de la Convention de Lugano de 1988. Si la Belgique était d'avis que l'arrêt du 30 septembre 2008 violait la Convention de Lugano de 1988 ou soulevait une quelconque question d'interprétation ou d'application de celle-ci, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne l'a pas évoqué lors de la séance des 7-8 septembre 2009. Bien plus, le fait que la Belgique n'a pas soumis cet arrêt au Comité permanent démontre que pour la Belgique elle-même il ne concerne pas la Convention de Lugano de 1988.

100. De son côté, la Suisse s'est montrée coopérative. Surprise que la CIJ ait été saisie avant toute tentative de discussion au sein du Comité permanent, elle a placé la question à l'ordre du jour de la séance du Comité permanent des 13-14 septembre 2010. Elle a informé les autres Etats Parties à la Convention de Lugano de 1988 du dépôt par la Belgique de sa Requête devant la CIJ concernant l'interprétation et l'application de cette convention. La Belgique, en revanche, s'est à nouveau cantonnée dans le silence; elle n'a souhaité s'exprimer ni sur le problème d'interprétation de la Convention de Lugano de 1988 - qu'elle est seule à détecter - ni sur la procédure introduite devant la CIJ.²¹⁸ Cette attitude étonne.

²¹¹ ATF 135 III 127, cité à la note 198 (...).

²¹² "Speaking Note" du 25 juin 2009 [de l'Ambassadeur de Belgique en Suisse à la Cheffe du Département fédéral des affaires étrangères] (...).

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Note diplomatique [de l'Ambassadeur de Belgique en Suisse au département fédéral des affaires étrangères] du 26 novembre 2009 ... (...).

²¹⁵ Note diplomatique [du Département fédéral des affaires étrangères à l'Ambassade de Belgique en Suisse] du 9 décembre 2009 ... (...).

²¹⁶ "Speaking Note" du 25 juin 2009 citée à la note 212 (...).

²¹⁷ Procès-verbal du Comité permanent [de la Convention de Lugano, 16^e séance, Fribourg, 7-8 septembre 2009] (...).

²¹⁸ Procès-verbal du Comité permanent [de la convention de Lugano, 17^e séance, Spiez, 13-14 septembre 2010] (...).

101. Bien que le Comité permanent soit un forum créé par la Convention de Lugano de 1988 elle-même dans le but de favoriser une interprétation aussi uniforme que possible de ses dispositions, la Belgique n'a jamais mentionné au Comité permanent que, selon elle, un différend portant sur la Convention de Lugano de 1988 existait entre elle et la Suisse. Bien plus, la Belgique a délibérément court-circuité les procédures prévues par le protocole n° 2. Elle a omis de présenter des explications quelconques. Elle a dès lors empêché la cristallisation du prétendu différend.

D. Synthèse

102. La Belgique n'a jamais demandé de négociations. Elle n'a pas saisi l'occasion de s'exprimer devant le Comité permanent institué par le protocole n°2 de la Convention de Lugano de 1988. Ainsi, la Belgique n'a jamais formulé de revendication explicite avant de déposer sa Requête devant la CIJ. Elle a donc négligé de contribuer à la cristallisation du prétendu différend. Quant à la Suisse, elle n'a jamais admis l'existence d'un différend. Dans ces conditions et à la lumière de la jurisprudence de la CIJ, le prétendu différend n'a pas pu se cristalliser.

V. Conclusions

108. La Suisse a été dans l'impossibilité de prendre position sur la question de la reconnaissance d'une décision 'à intervenir' de la Cour d'appel de Bruxelles ou de toute autre instance judiciaire belge. Le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur la décision 'à intervenir'. Les allégations faites par la Belgique devant la CIJ ne se sont jamais heurtées à l'opposition manifeste²¹⁹ de la Suisse. Dès lors, il n'existe aucun différend au sens des articles 36, paragraphe 2, 38, paragraphe premier, et 40, paragraphe premier, du Statut de la CIJ entre la Belgique et la Suisse. Partant, la Cour n'a pas compétence pour statuer, et la demande de la Belgique est irrecevable.

104. Si la CIJ devait arriver à une conclusion contraire, l'historique de l'affaire démontre que le différend n'a jamais pu se cristalliser. Pour ce motif également, la Cour n'a pas compétence pour statuer, et la demande de la Belgique est irrecevable."

Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse): Exceptions préliminaires de la Confédération suisse (février 2011), pp. 16, 17-22 et 23-26.

Texte inédit.

Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 4.1 et 9.2.

9.2 Règlement pacifique des différends par la Cour internationale de Justice: titre de compétence. Interprétation des traités internationaux

Le texte qui suit est tiré du document "Exceptions préliminaires de la Confédération suisse" déposé le 17 février 2011 par le Gouvernement suisse au Greffe de la Cour internationale de Justice (ci-après: "CIJ" ou "Cour") dans le cadre du prétendu différend entre la Belgique et la Suisse relatif à la *Compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*. Les faits de cette cause sont relatés dans l'introduction au n° 9.1.

I. Titres de compétence invoqués par la Belgique

138. Dans son Mémoire (paragraphe 61-65), la Belgique fonde la compétence de la CIJ sur les déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ de la Belgique et de la Suisse. Le 6 juillet 1948, la Suisse a fait une déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ.²²⁰ Cette déclaration a produit ses effets à partir du 28 juillet 1948. La déclaration belge d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ a été faite le 3 avril 1958 et est entrée en vigueur le 17 juin 1958.²²¹

139. La Belgique fonde également la compétence de la CIJ sur la Convention [européenne] de 1957 [pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957, RS 0.193.231], qui a été ratifié par la Suisse le 29 novembre 1965 et par la Belgique le 20 avril 1970 (Mémoire belge, paragraphes 66-67).²²²

140. La Suisse ne conteste pas la validité des deux déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ. Elle ne conteste pas davantage que la convention de 1957 est en vigueur entre les parties à la présente procédure. Toutefois, dans le cas d'espèce, aucun de ces titres ne peut fonder la compétence de la Cour pour interpréter et appliquer la Convention de Lugano de 1988.

II. Pas de compétence sans consentement

A. Principe du consentement

141. Dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la CPJI [Cour permanente de Justice internationale] a déclaré qu'il est 'bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les

²¹⁹ CIJ, affaires du *Sud-Ouest africain* [citées à la note 195], p. 328.

²²⁰ [Nations Unies, Recueil des traités], vol. 17, p. 115.

²²¹ *Ibid.*, vol. 302, p. 251.

²²² Convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends (ci-après: "Convention de 1957"), Nations Unies, Recueil des traités, vol. 320, p. 244.

autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement'.²²³

142. La CIJ a fait sienne la jurisprudence de la CPJI²²⁴ et a rappelé que le consentement doit être clairement exprimé. 'En l'absence d'un accord bien net entre les Parties à cet effet,²²⁵ la CIJ n'est pas compétente pour traiter une affaire au fond. Le juge Lauterpacht, qui pourtant avait des vues libérales en matière de compétence et de recevabilité, a confirmé cette évidence en disant que 'la Cour ne se déclare pas compétente à moins que l'intention de lui conférer compétence n'ait été établie sans aucun doute raisonnable. La Cour ne peut certainement pas accepter compétence s'il existe une intention clairement exprimée de la lui refuser dans des circonstances déterminées'.²²⁶

143. En résumé, la compétence de la CIJ dépend de la volonté des parties. Pour que la CIJ soit compétente, il sied de démontrer de façon objective que le consentement a été donné et qu'il couvre le cas déterminé soumis à la CIJ. '[C]ela ne saurait simplement se présumer'.²²⁷

B. Volonté des parties d'exclure la compétence de la CIJ

144. Si les parties peuvent exprimer la volonté d'*attribuer* une compétence à la CIJ, elles peuvent également exprimer la volonté d'*exclure* toute compétence de la Cour dans un domaine spécifique. Une telle exclusion peut être formulée de manière expresse.²²⁸ Elle peut également se déduire du silence d'un traité. En effet, dans certains cas, le silence reflète, non pas une absence de volonté des Etats, mais une volonté spécifique. Dans de telles circonstances, le silence du traité est qualifié. Cela signifie que le texte du traité n'est pas lacunaire. 'Le silence qualifié ne relève pas d'un oubli du législateur mais repose sur un choix précis de celui-ci'.²²⁹ Le silence qualifié exprime donc la volonté des Etats.

145. Le concept de silence qualifié est connu de la jurisprudence de la CIJ. Dans l'affaire *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), la CIJ a été amenée à interpréter le silence de la Convention relative au droit d'asile, conclue à La Havane le 20 février 1928.²³⁰ Se basant notamment sur l'esprit du traité à interpréter, elle a constaté que, en dépit de son silence, le texte de la convention n'était pas lacunaire.²³¹ Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), la Cour a également eu à examiner le texte d'un traité dont le silence demandait à être interprété. Elle a considéré ce texte dans son ensemble, en tenant compte des pourparlers qui avaient précédé son adoption. Selon la Cour, le fait que le traité ne mentionnait pas la remise en état des terres à phosphates par l'Australie ne signifiait pas que Nauru avait renoncé à une telle remise.²³²

146. La volonté des Etats peut s'exprimer de manière expresse ou par silence qualifié. Les Etats peuvent donc exclure la compétence de la CIJ expressément ou par silence qualifié. Ils peuvent également exclure cette compétence en instituant une autre voie de règlement des différends.

C. Corrélation entre un instrument attribuant compétence à la Cour et un instrument excluant la compétence de celle-ci

147. En présence de deux titres de compétence différents, la CIJ détermine s'ils sont contradictoires. A ce propos, elle souligne l'importance que revêtent, en vertu du principe du consentement, la volonté des parties et l'interprétation à donner à ces titres.

148. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, deux titres de compétence étaient en lice: les déclarations portant acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI, d'une part, et un traité postérieur, de l'autre. La CPJI conclut à l'absence de contradiction entre ce deux titres en se référant à la volonté des Etats.²³³ Un cas de figure semblable (déclarations et traité postérieur) s'est présenté dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie). Comme les deux titres de compétence - et ainsi la volonté des Etats - concordaient, la CIJ n'a pas eu à prendre position sur la question de la primauté du traité postérieur sur les déclarations antérieures.²³⁴

²²³ CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif du 23 juillet, série B, n° 5, p. 27.

²²⁴ CIJ, affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), exception préliminaire, arrêt du 25 mars 1948, CIJ, Recueil 1948, p. 15, opinion individuelle [des juges] Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pacha [et] Krylov, p. 31.

²²⁵ CIJ, affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni), compétence, arrêt du 1^{er} juillet 1952, CIJ Recueil 1952, p. 28, p. 39.

²²⁶ CIJ, affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt du 6 juillet 1957, CJI, Recueil 1957, p. 9, opinion individuelle [du juge] Lauterpacht, p. 58.

²²⁷ CIJ, affaires du *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), [exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, CIJ, Recueil 1962, p. 319] opinion dissidente commune [des juges] Spender et Fitzmaurice, p. 467 ...

²²⁸ Voir l'article 62 (nouvellement 65) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 213, p. 221 ...).

²²⁹ ROBERT KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles 2006, paragraphe 411 (...).

²³⁰ Société des Nations Unies, Recueil des traités, vol. 132, p. 323.

²³¹ CIJ, affaire *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), arrêt du 13 juin 1951, CIJ, Recueil 1951, p. 71, p. 81.

²³² CIJ, *Certaines terres à phosphate à Nauru* (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt du 26 juin 1992, CIJ, Recueil 1992, p. 240, paragraphe 16.

²³³ CPJI, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), exception préliminaire, arrêt du 4 avril 1939, CPJI, série A/B, n° 77, p. 76.

²³⁴ CIJ, *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 13 décembre 2007, CIJ, Recueil 2007, p. 832.

149. Or, selon les termes utilisés par le juge Charles De Visscher, '[i]l est arrivé que la déclaration portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour se trouve en concurrence avec un acte, en l'espèce un traité, postérieur en date qui avait pour objet d'instituer entre les mêmes Parties diverses procédures de règlement pacifique au nombre desquelles figurait le règlement judiciaire. On peut concevoir que, par une expression indiscutable de leur volonté commune, ces Parties aient voulu modifier, dans leurs rapports mutuels les effets de leurs déclarations unilatérales antérieures, les normes spéciales issues du traité l'emportant sur la norme plus générale constituée par la déclaration.'²³⁵

150. Les Parties peuvent ainsi avoir exprimé la volonté de déroger à une attribution antérieure de compétence au moyen de normes postérieures (*lex posterior derogat priori*; voir paragraphes 155-158 ci-dessous) ou spéciales (*lex specialis derogat generali*; paragraphes 159-161) qui peuvent être contenues dans différents types d'instruments (paragraphes 151-154).

1. Rapports entre les différents types d'instruments

151. Dans les rapports entre différents instruments, plusieurs situations sont envisageables: i) celle où une déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ s'oppose à une autre déclaration; ii) celle où une déclaration se heurte à un traité; et iii) celle où un traité contredit un autre traité.

152. Dans la première situation, on soulignera préalablement que les déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ sont des actes unilatéraux des Etats. Les Etats ont 'le droit, inhérent à tout acte unilatéral d'un Etat, de changer la teneur de leur déclaration ou d'y mettre fin'.²³⁶ Les déclarations de durée indéterminée peuvent être retirées, à condition de respecter un délai de résiliation raisonnable.²³⁷

153. En ce qui concerne la deuxième situation, si un acte unilatéral peut modifier une déclaration, un traité - qui n'est autre que 'le résultat d'actes unilatéraux convergents'²³⁸ - peut *a fortiori* étendre ou restreindre la portée de déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ.

154. Dans la troisième situation, si les règles applicables à la modification d'un traité ont été respectées, rien ne s'oppose à ce qu'un autre traité y déroge, si telle est la volonté des Etats.

2) *Lex posterior derogat priori*

155. Selon la règle *lex posterior derogat priori*, de deux normes contradictoires qui se sont succédé dans le temps entre les mêmes Parties et sur la même matière, la plus récente modifie ou abroge la plus ancienne, à moins que les Parties n'aient convenu du contraire. Cette règle est reflétée à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.²³⁹

156. Dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), la CIJ a évoqué les relations entre deux normes contradictoires, à savoir une déclaration acceptant la compétence obligatoire de la CIJ et un traité postérieur (Traité américain de règlement pacifique du 30 avril 1948).²⁴⁰ Durant la négociation de ce traité, '[l]e représentant des Etats-Unis d'Amérique rappela que son pays avait antérieurement fait, par application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire comportant des réserves; il précisa que les Etats-Unis entendaient maintenir ces réserves pour l'application du pacte de Bogota. Le représentant du Mexique lui répondit que les Etats qui souhaiteraient maintenir de telles réserves dans leurs relations avec les autres parties au pacte devraient les reformuler en tant que réserves au pacte par application de l'article IV'.²⁴¹

157. Les Etats représentés se sont posé la question de savoir si un article devait être ajouté au projet en vue de préciser que l'adhésion au traité impliquerait que, entre Parties à celui-ci, les réserves à la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire seraient automatiquement levées. Ils ont décidé que cela n'était pas nécessaire, mais que ce qui avait été dit serait consigné au procès-verbal des négociations. Lors de la signature du pacte de Bogotà, les Etats-Unis ont formulé une réserve se référant aux limitations contenues dans leur déclaration antérieure. En effet, si les Etats-Unis avaient ratifié ce pacte sans formuler de réserve, les limitations contenues dans leur déclaration d'acceptation de la compétence de la CIJ auraient perdu tout effet dans les rapports avec les Etats Parties au pacte de Bogotà. Cela signifie qu'un traité postérieur aurait pu valablement modifier la déclaration des Etats-Unis d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ.²⁴²

158. Un traité postérieur peut donc valablement modifier une déclaration antérieure d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ. En outre, en application de la règle établie au paragraphe 154 ci-dessus, un traité postérieur peut également modifier un traité antérieur attribuant compétence à la CIJ.

²³⁵ CHARLES DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris 1963, p. 213 (...).

²³⁶ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, CIJ, Recueil 1984, p. 392, paragraphe 61.

²³⁷ *Ibid.*, paragraphe 63.

²³⁸ JEAN SALMON, [*Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001], p. 31 (entrée: "Acte unilatéral" ...).

²³⁹ Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155, p. 353 (...).

²⁴⁰ Nations Unies, Recueil des traités, vol. 30, p. 85.

²⁴¹ CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1988, CIJ, Recueil 1988, p. 69, paragraphe 37.

²⁴² *Ibid.*, paragraphe 38.

3) *Lex specialis derogat generali*

159. Selon l'adage *lex speciali derogat generali*, en cas de conflit entre une norme générale et une norme spéciale, cette dernière l'emporte. Pour VAUGHAN LOWE, un titre spécial de compétence peut ainsi primer sur un titre général de compétence en application du principe *lex specialis derogat generali*: "[t]hat principle is widely recognised to be a general principle of international law appropriate for application within the international legal system; and it reflects the fundamental importance of the consent of the parties as the basis of the jurisdiction of international tribunals. In circumstances where the parties have made special provisions for a certain category of disputes, in the absence of any indication to the contrary it must be supposed that they intended that it is this special provision, and not some more general acceptance of the jurisdiction of another tribunal, that they intended should be applied to disputes in that category."^{243 244}

160. Ainsi, si deux titres attribuent compétence à deux tribunaux différents, la juridiction spéciale l'emporte sur la juridiction générale. En d'autres termes, les règles spéciales d'attribution de compétence prennent le pas sur les règles générales d'attribution de compétence. En cas de conflit entre une norme générale attribuant compétence à un tribunal et une norme spéciale excluant la compétence de ce même tribunal, la norme spéciale doit également l'emporter.

161. Un traité spécifique peut donc valablement modifier une déclaration générale d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ ou un traité général attribuant compétence à la CIJ.

D. Conclusions

162. Conformément au principe du consentement, la compétence de la Cour dépend de la volonté des parties. Les parties peuvent donc attribuer une compétence à la CIJ ou la lui refuser. Cette volonté peut être exprimée de manière expresse ou par un silence qualifié, ainsi que dans différents types d'instruments. Un traité postérieur et spécial peut ainsi déroger expressément ou par silence qualifié à une déclaration antérieure et générale d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ ou à un autre traité antérieur attribuant de manière générale compétence à la CIJ."

Le point III (paragraphe 163-188) du document "Exceptions préliminaires" est intitulé: "Exclusion de la compétence de la CIJ par la Convention de Lugano". Le Gouvernement suisse y explique que la CIJ n'est pas compétente pour interpréter une convention si les Parties à celle-ci ont manifesté leur intention d'exclure une telle compétence, comme elles l'ont fait pour la Convention de Lugano de 1988.

Cette intention ressort d'abord des textes. Les Etats Parties soulignent, dans le préambule de la convention de 1988 et dans le préambule du protocole n° 2 joint à la convention, l'importance d'une "interprétation aussi uniforme que possible" et cela "dans le plein respect de l'indépendance des tribunaux". Elle découle aussi de l'article premier du protocole en cause, qui dispose que seuls les tribunaux nationaux sont habilités à interpréter la convention de Lugano, ce qui exclut toute juridiction internationale. L'exclusion est corroborée par l'un des auteurs du Rapport explicatif qui accompagne la convention (rapport Jenard-Möller).

Le protocole n° 2 institue trois mécanismes destinés à assister les tribunaux nationaux dans l'interprétation de cet instrument: 1) le premier exhorte les instances judiciaires de chaque Etat Partie à "tenir dûment compte" des principes énoncés par les tribunaux d'autres Etats Parties (Protocole n° 2, article premier); 2) le deuxième mécanisme consiste en un système d'échange d'informations concernant les jurisprudences nationales relatives à la Convention de Lugano ou à la convention de Bruxelles, ainsi que les décisions de la Cour de justice européenne (article 2); 3) le troisième mécanisme, enfin, est le Comité permanent institué par les articles 3 et 4, au sein duquel les Etats Parties échangent leurs vues sur le fonctionnement de la convention.

Tout cela confirme que seuls les tribunaux suprêmes des Etats contractants peuvent interpréter la convention de 1988, les trois mécanismes précités pouvant les assister dans l'accomplissement de leur tâche.

Le système de la convention a bien fonctionné pendant près de 20 ans. La compétence de la CIJ n'a pas pu trouver de place dans un système qui, à l'instar de celui de 1988, met en place trois mécanismes spéciaux assurant une uniformisation aussi parfaite que possible de l'interprétation de la convention.

Ce point de vue est corroboré par le rapport Jenard/Möller qui accompagne la convention de 1988. Le rapport expose, pour commencer, que la compétence en cause ne pouvait être attribuée à la Cour de justice européenne, car le contenu de la Convention de Lugano n'était pas du droit européen; de plus, les Etats Parties à cet instrument qui étaient membres de l'Association européenne de libre-échange [AELE]

²⁴³ VAUGHAN LOWE, *Overlapping Jurisdiction in International Tribunals*, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 20, 1999, pp. 191-204, p. 195 (...).

²⁴⁴ [Traduction] "Il est largement admis qu'il s'agit là d'un principe général du droit international susceptible d'être appliqué dans le cadre de ce droit; et il reflète l'importance fondamentale du consentement des parties en tant que base de la compétence des tribunaux internationaux. Là où les parties ont établi des règles spéciales pour une certaine catégorie de litiges, on doit présumer, en l'absence d'indications contraires, qu'il s'agit d'une disposition spéciale et non d'une acceptation plus générale de la compétence d'un autre tribunal en vue d'y recourir pour régler des différends de cette catégorie."

n'étaient pas placés sous la juridiction de cette Cour. Le rapport Jenard/Möller explique aussi que les Etats contractants ont considéré puis rejeté l'idée du recours à une autre juridiction internationale telle que la CIJ. On a donc délibérément écarté tout recours à une instance judiciaire internationale.

La même conclusion se dégage des travaux préparatoires ainsi que de la volonté des Parties d'éviter des contradictions entre les décisions de la Cour de justice européenne et celles de tout autre tribunal international. En effet, une grande partie des règles de la convention de 1988 ont un contenu similaire à celui de la convention de Bruxelles. Si la compétence d'interpréter la convention de 1988 avait été confiée à un organe judiciaire autre que la Cour de justice européenne, des divergences quant à l'interprétation de dispositions à contenu similaire se seraient inévitablement produites. La Communauté ne pouvait accepter la compétence de la CIJ. Dans le cadre des accords bilatéraux conclus avec la Suisse, la Communauté et ses membres ont toujours refusé, dans le but d'éviter les contradictions et de protéger leurs propres institutions juridictionnelles, de se soumettre à d'autres voies de règlement, telle l'arbitrage.

On mentionnera enfin, à l'appui de la thèse suisse, que des négociations avaient été ouvertes, à la fin des années 1990 et dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, sur la conclusion d'une convention générale relative à la compétence et aux jugements étrangers en matière civile et commerciale; il se serait agi d'une sorte d'extension de la Convention de Lugano au reste du monde. Ces efforts n'ont pas abouti; mais on retiendra que les participants ont mentionné à plusieurs reprises la nécessité d'interpréter le futur traité de manière uniforme. Durant ces discussions, la possibilité de faire appel à la CIJ pour interpréter ce traité n'a même pas été évoquée. Dans un rapport sur l'avant-projet de traité, on peut lire que les Etats Parties à la convention de Lugano, des tiers par rapport à l'Union Européenne, ont ceci de commun avec les futures Parties à la future convention de La Haye que se pose à eux le même problème lié à l'absence d'une cour internationale commune pouvant interpréter la convention.

Les négociations ainsi tenues montrent que, dans ce domaine spécial et hautement technique du droit international privé, le recours à la CIJ n'a pas été retenu comme une option envisageable. C'est ce que confirme l'évolution du droit international privé conventionnel, qui tend vers des modes de règlement plus souples, tels la négociation, la médiation et la conciliation (paragraphes 163 à 188). L'ensemble des arguments qui viennent d'être résumés amènent le Gouvernement suisse aux conclusions suivantes:

"189. Le texte de la Convention de Lugano de 1988 et du protocole n° 2, le rapport Jenard/Möller et les travaux préparatoires - dans leur contexte européen et de droit international privé - reflètent la volonté des Etats contractants de refuser à la CIJ, par silence qualifié, toute compétence pour interpréter et appliquer la Convention de Lugano de 1988.

190. En tant que traité postérieur (*lex posterior*) et spécial (*lex specialis*), la Convention de Lugano de 1988 l'emporte donc sur les déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ faites par la Belgique et la Suisse. Dès lors les déclarations de la Belgique et de la Suisse ne peuvent servir de fondement à la compétence de la CIJ pour interpréter et appliquer la Convention de Lugano de 1988."

Une autre question à examiner dans le présent contexte est celle de l'applicabilité de la convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends:

"191. Selon la Belgique, la Convention européenne de 1957 fonde la compétence de la Cour (paragraphe 139 ci-dessus). Or, les Parties à la Convention de Lugano de 1988 ont exprimé la volonté d'exclure la compétence de la CIJ pour interpréter et appliquer cet instrument (paragraphes 163-190 ci-dessus). Ainsi, en tant que traité à la fois postérieur et spécial, applicable entre la Suisse et la Belgique, la Convention de Lugano de 1988 l'emporte sur la Convention de 1957.

192. Même si la Convention de Lugano de 1988 devait ne pas prévaloir sur la Convention de 1957, celle-ci ne fonderait pas pour autant la compétence de la CIJ. En effet, selon l'article 29, paragraphe premier, de la Convention de 1957, '[s]il s'agit d'un différend dont l'objet, d'après le droit interne de l'une des parties, relève de la compétence des autorités judiciaires ou administratives, cette partie pourra s'opposer à ce que ce différend soit soumis aux diverses procédures prévues par la présente Convention avant qu'une décision définitive ait été rendue, dans des délais raisonnables, par l'autorité compétente.'

193. Ainsi, l'article 29, paragraphe premier, de la convention de 1957 concrétise le principe, bien établi en droit international, de l'épuisement des voies de recours internes, en vertu duquel 'l'Etat contre lequel une réclamation est formulée peut objecter qu'on ne peut en aborder l'examen devant le forum international tant que l'intéressé n'a pas épuisé toutes les ressources que lui assurent les voies légales internes'.²⁴⁵

194. En ce qui concerne la question de la reconnaissance de la décision belge 'à intervenir', les voies de recours internes n'ont pas été épuisées en Suisse, comme précédemment établi dans le chapitre consacré à la deuxième exception préliminaire (...). Dans ces conditions, la Suisse peut s'appuyer sur l'article 29, paragraphe premier, de la

²⁴⁵ JEAN SALMON, *La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends*, Revue générale de droit international public, vol. LXIII, 1959, pp. 21-54, pp. 51-52 (...).

Convention de 1957 pour s'opposer à ce que le différend allégué par la Belgique soit soumis à la CIJ. La CIJ n'est donc pas compétente."

Voici, pour terminer, la conclusion générale que le Gouvernement suisse tire des considérations qui précèdent:

"195. La CIJ peut fonder sa compétence ni sur les déclarations facultatives belge et suisse d'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ, ni sur la convention de 1957. Elle n'est dès lors pas compétente pour interpréter et pour appliquer la Convention de Lugano de 1988."

Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse): Exceptions préliminaires de la Confédération suisse (février 2011), pp. 37-43 et 51-53.

Texte inédit.

Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 4.1 et 9.1.

10. Droit de conflits armés

(Voir aussi le n°2.1)

10.1 Nature juridique et champ d'application des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à celles-ci. Droit conventionnel et coutumier: évolution des formes de conflits armés et adaptation du droit international humanitaire; notion de conflit armé; champs d'application respectifs du droit international humanitaire et des droits de l'homme; statut des combattants et protection de la population civile. Responsabilité internationale de l'Etat pour les agissements d'individus. Notion de combattants ennemis illégaux

Un postulat de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats demandait au Conseil fédéral un rapport sur les points suivants: 1) les défis posés en matière de droit international humanitaire - notamment dans le cadre des Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51) et des Protocoles additionnels du 16 décembre 1977 (RS 0.518.521 et 0.518.522) - par les conflits armés contemporains en ce qui concernait le respect de ce droit et la protection de la population civile; 2) les domaines dans lesquels il serait possible de développer davantage le droit international humanitaire; 3) les domaines dans lesquels la Suisse pourrait, avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), prendre l'initiative et des mesures pour accroître le respect du droit international humanitaire; et 4) la nature juridique des conventions et des protocoles additionnels et leur applicabilité aux Etats qui n'y sont pas Parties. Ci-après, le lecteur trouvera de larges extraits du rapport du Conseil fédéral. Le premier extrait porte sur le champ d'application des conventions et protocoles de Genève.

"Un traité international ne lie que les Parties contractantes. Cependant, la plupart des règles établies dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ou concernant la conduite des hostilités constituent aujourd'hui des normes contraignantes du droit international coutumier, y compris pour les parties non contractantes. Dans les années 1990, la jurisprudence des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a occasionné une clarification du droit international coutumier.²⁴⁶ De nombreuses dispositions du premier protocole additionnel s'appliquent également aux conflits armés internes. En outre, les deux tribunaux ont largement contribué à améliorer la répression des crimes de guerre (campagne 'ending impunity'), ce qui a ouvert la voie à l'établissement de la Cour pénale internationale, dont le statut a amené la communauté internationale à adopter et à codifier formellement la jurisprudence progressiste des deux tribunaux.²⁴⁷ Aujourd'hui, le Statut de Rome de 1998 et l'étude de 2005 du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le droit international coutumier fournissent des indications sur l'état actuel du droit international humanitaire.²⁴⁸"

Le passage suivant traite du thème "Conflits armés contemporains et réponses du droit international humanitaire":

"Les conflits armés contemporains se définissent par la lutte entre adversaires de forces inégales, au sein et autour de la population civile d'une zone,²⁴⁹ ce qui place le droit international humanitaire face à des défis particuliers.²⁵⁰ Cinq tendances caractérisant les conflits armés contemporains sont décrites ci-après: 1) l'importance croissante des acteurs non étatiques, 2) la technicisation croissante de la guerre, 3) la multiplication des guérillas, 4) le déplacement des zones de combat vers les populations civiles et 5) la persistance de conflits latents. Par ailleurs, nous nous

²⁴⁶ Sur l'importance du jugement *Tadic*, voir notamment LINDSAY MOIR, *The Law of International Armed Conflicts*, Cambridge 2002, pp. 133 et ss.

²⁴⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale [du 17 juillet 1998] (RS 0.312.1).

²⁴⁸ JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 3 vol., Cambridge 2005.

²⁴⁹ "War amongst the People", voir RUPERT SMITH, *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World*, New York 2005, pp. 19, 269 et ss.

²⁵⁰ Voir en général, au sujet du droit humanitaire, HANS-PETER GASSER, *Humanitäres Völkerrecht*, Zurich 2007.

intéresserons pour chacune de ces tendances aux réponses avancées par le droit international humanitaire en vigueur.

3.1 Importance croissante des acteurs non étatiques

Outre les armées étatiques, les conflits contemporains impliquent parfois des acteurs privés. On constate en effet une véritable privatisation de la guerre, tant de la part des gouvernements que des rebelles, en particulier dans les pays où les structures de l'Etat ont été affaiblies ou réduites à néant.

En Somalie, au Pakistan, en Afghanistan ou dans la République démocratique du Congo, des seigneurs de guerre privés ('warlords'), des bandes armées, des organisations mafieuses et des réseaux terroristes entrent de plus en plus souvent en scène parallèlement aux groupes de rebelles traditionnels. Si les groupes armés dépendaient autrefois beaucoup du soutien de la population locale, ce n'est aujourd'hui plus le cas. Les nouveaux entrepreneurs de guerre assurent leur subsistance par des exportations lucratives de ressources naturelles, des trafics de drogue, des prises d'otages ou des attaques ciblées sur les transports de biens.²⁵¹

Si les seigneurs de guerre privés évoluent dans l'illégalité par leur activité économique, il en va autrement des entreprises militaires et de sécurité privées. Suite au rétrécissement des budgets de la défense au début des années 1990, de nombreux anciens militaires ont mis leurs compétences à la disposition d'entreprises, dont les gouvernements et le secteur privé ont volontiers loué les services (par exemple pour protéger les installations pétrolières). Ces sociétés privées ont connu un véritable boom du fait des conflits en Irak et en Afghanistan. Elles interviennent de plus en plus souvent pour des activités appartenant au cœur de métier militaire, par exemple pour faire fonctionner des systèmes d'armement complexes, interroger des détenus ou escorter des convois militaires. De nombreuses armées occidentales décrivent aujourd'hui le recours aux entreprises militaires et de sécurité privées comme incontournable pour les opérations à l'étranger.²⁵²

Les acteurs se mélangent donc dans les différents camps en conflit. Les acteurs privés agissent indépendamment des parties prenantes étatiques. En Irak par exemple, les forces de la coalition et les troupes irakiennes partagent le terrain des hostilités avec des entreprises militaires et de sécurité privées et des milices privées telles que l'armée Al-Mahdi du dirigeant chiite Mukkada al-Sadr, différents groupes d'insurgés et de terroristes irakiens et étrangers, soutenus à des degrés divers par l'étranger.²⁵³

Les conflits armés contemporains ne s'articulent que partiellement autour des frontières nationales et des catégories traditionnelles de personnes impliquées. Troupes gouvernementales et personnel des entreprises militaires et de sécurité privées se mélangent sans distinction claire pour l'extérieur.²⁵⁴ La population locale est sollicitée pour fournir des partisans, des refuges, des armes ou un soutien logistique. Le phénomène de '*revolving door*' ('Farmer by day, fighter by night') est devenu célèbre, réunissant l'insurgé et le civil en une seule et même personne. Les différents types de guerre et protagonistes en viennent à se confondre, la distinction se brouille entre éléments nationaux et internationaux comme entre combattants et non-combattants.

Cette situation débouche alors sur une remise en question de l'image d'une population civile innocente.²⁵⁵ L'aide humanitaire - en dépit de son caractère apolitique, neutre et indépendant - n'est ainsi autorisée qu'avec hésitation, lorsqu'elle est utilisée par des insurgés.²⁵⁶ Les mineurs, recrutés comme enfants-soldats par les groupes de rebelles, perdent de fait leur droit à la protection.²⁵⁷ Par ailleurs, l'indépendance géographique a rendu obsolètes les catégories de conflits traditionnelles (conflits armés internationaux/non internationaux). Le droit international humanitaire en vigueur traite les acteurs non étatiques de manière différente selon qu'il s'agit d'un conflit armé international ou d'un conflit armé non international.

Dans les conflits armés *internationaux*, on distingue combattants et civils, les premiers ayant le droit de participer directement aux combats.²⁵⁸ Ils ne peuvent pas être punis pour leur participation aux hostilités, même s'ils ont alors tué un adversaire (privilège du combattant). Et lorsqu'ils sont tombés au pouvoir d'une partie au conflit, ils doivent être traités comme des prisonniers de guerre.²⁵⁹

Le droit international humanitaire impose des critères pour l'octroi du *statut de combattant*. Celui-ci revient d'abord aux membres des forces armées d'une partie au conflit,²⁶⁰ mais les mouvements d'insurrection peuvent également y prétendre lorsqu'ils appartiennent à une partie au conflit. En outre, les combattants doivent porter leurs armes

²⁵¹ DAVID KILCULLEN, *Counter-insurgency Redux*, Survival 2006-2007, n° 4, p. 119. Les trois sources de financement classiques sont l'exportation de matières premières, le soutien par la diaspora et (pendant la guerre froide) par d'autres Etats. Cf. PAUL COLLIER/ANKE HOEFER, *Greed and Grievance in Civil War*, Oxford Economic Papers 2004.

²⁵² P. W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca/Londres 2003; SIMON CHESTERMAN/CHIA LEHNHARDT (dir.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford 2007.

²⁵³ JAMES FEARON, Iraq's Civil War. Testimony to U.S. House of Representatives, Committee on Government Reform, Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations on "Iraq: Democracy or Civil War ?", 15 septembre 2006, p. 3.

²⁵⁴ ULRICH JORAS/ADRIAN SCHUSTER (dir.), *Private Security Companies and Local Populations: An Exploratory Study of Afghanistan and Angola*, Swisspeace Working Paper 1/2008, pp. 1-84.

²⁵⁵ HUGO SLIM, *Killing Civilians: Method, Madness, and Morality in War*, New York 2008, pp. 181-211.

²⁵⁶ Voir notamment FIONA TERRY, *Condemned to Repeat? The Paradox of Humanitarian Action*, [Ithaca] 2002. Aujourd'hui l'aide humanitaire est en outre souvent confrontée à des difficultés d'accès aux populations nécessiteuses.

²⁵⁷ HERFRIED MÜNKLER, *The Wars of the 21st Century*, Revue Internationale de la Croix-Rouge 2003, n° 849, p. 17; GRAÇA MACHEL, *The Impact of Armed Conflict on Children*, Nations Unies, document A/51/306, 26 août 1996.

²⁵⁸ Article 43, paragraphe 2, du Protocole additionnel II (RS 0.518.521).

²⁵⁹ Article 4 de la troisième Convention de Genève (RS 0.518.42).

²⁶⁰ *Ibid.*, articles 43 et 44 du Protocole additionnel I (0.518.521).

ouvertement, être reconnaissables (généralement par un uniforme), être placés sous un commandement responsable et se conformer, dans leurs opérations, au droit international humanitaire.²⁶¹

Les personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie sont des *civils*. Ceux-ci bénéficient notamment d'une protection contre les attaques directes, à condition et tant qu'ils ne participent pas directement aux hostilités.²⁶² Cette participation ne représente pas en soi une violation du droit international humanitaire mais elle entraîne la perte de la protection des civils, qui peuvent alors être jugés sur la base du droit national et condamnés pour des actions commises durant le conflit, telles que des meurtres ou des atteintes corporelles.²⁶³

Dans les conflits armés *non internationaux*, le droit international humanitaire ne prévoit aucun statut particulier de combattant. Les acteurs non étatiques participant au conflit sont des civils, qui sont protégés à condition et tant qu'ils ne participent pas directement aux hostilités.²⁶⁴ L'absence de statut de combattant dans un conflit interne est-elle objectivement justifiée ? Les insurgés qui sont capturés par l'ennemi ne bénéficient pas du statut de prisonniers de guerre et le droit national permet de punir leur participation aux hostilités. Ils évoluent donc dès le départ dans l'illégalité, même si leur action repose sur des motifs légitimes et si elle n'occasionne pas de violation du droit international humanitaire. Mais s'ils sont faits prisonniers, ils peuvent s'attendre à de lourdes conséquences.²⁶⁵ C'est pourquoi les acteurs privés enfreignent souvent les dispositions du droit international humanitaire, incitant de plus en plus souvent les protagonistes étatiques à passer également outre ces règles.²⁶⁶

L'analyse concernant les entreprises militaires et de sécurité privées ne se différencie pas fondamentalement de celle portant sur d'autres acteurs non étatiques. Eux aussi sont liés par le droit international humanitaire.²⁶⁷ En règle générale, ils doivent être considérés comme des civils (indépendamment de leur habillement) ne bénéficiant d'aucun privilège de combattant et autorisés par le droit national à ne prendre les armes qu'en cas d'autodéfense. Par ailleurs, des questions de responsabilité étatique se posent également par rapport aux entreprises militaires et de sécurité privées.²⁶⁸ Les conventions de Genève exigent que les Parties contractantes s'attachent à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire.²⁶⁹

Les réponses que ce droit apporte au rôle des acteurs non étatiques ne sont pas parfaites. Et la distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux pour la question du statut n'est pas satisfaisante.²⁷⁰ Dans la pratique, il est difficile de caractériser un conflit et les engagements multinationaux impliquent des difficultés supplémentaires. Le défi pour le droit international humanitaire consiste à développer au moins les incitations des acteurs non étatiques à respecter les principes humanitaires et à intégrer dans le droit les insurgés de bonne foi."

Le texte ci-après porte sur la "Technicisation croissante de la guerre":

"Si l'importance croissante des acteurs non étatiques représente clairement un défi pour le droit international humanitaire, ce n'est pas directement le cas des changements techniques dans la conduite des guerres. Les techniques d'armement utilisées ne remettent pas en question les principes du droit international humanitaire. L'utilisation des armes par des parties en conflit implique que celles-ci fassent la distinction entre combattants et civils, ces derniers devant être protégés et ne pouvant en aucun cas faire l'objet d'attaques. Par ailleurs, les combats ne doivent pas faire trop de victimes civiles en proportion de l'avantage militaire attendu, ni engendrer des souffrances excessives. Ces principes fondamentaux s'appliquent de manière permanente à tous les types et systèmes d'armes. L'article 36 du protocole additionnel I prévoit en outre que les Etats vérifient toujours la compatibilité des nouvelles armes avec le droit international humanitaire.

Des problèmes se posent dans l'interprétation de ces principes concernant certaines armes. Il a ainsi été remarqué très tôt que l'utilisation des mines antipersonnel ou des armes nucléaires, par exemple, contredisait *en soi* le droit

²⁶¹ Article 4A, paragraphe 2.4 de la troisième Convention de Genève (...). Les dispositions du Protocole additionnel I (...) ne présentent plus ces conditions comme des éléments constitutifs mais comme de simples obligations à respecter par ceux-ci. C'est là l'une des principales raisons pour lesquelles les Etats-Unis et Israël n'ont pas ratifié le Protocole additionnel I.

²⁶² Article 51, paragraphe 3, du Protocole additionnel I (...). Concernant la notion de "participation directe aux hostilités", voir le guide interprétatif du CICR, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Genève 2009.

²⁶³ YORAM DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, pp. 27 et ss.

²⁶⁴ Article 13, paragraphe 3, du Protocole additionnel II (...). CICR, *op.cit.* [note 262], p. 22.

²⁶⁵ GAUTHIER DE BECO, *Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors*, *Humanitaires Völkerrecht* 2005, n° 3, pp. 194-195.

²⁶⁶ A. P. V. ROGERS, *Unequal Combat and the Law of War*, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2004, p. 33.

²⁶⁷ Première partie, paragraphe 22, Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés, Nations Unies, document A/63/467-S/2008/636, 17 septembre 2008. Voir également EMANUELA-CHIARA GILLARD, *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire*, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2006, n° 863, pp. 525-572.

²⁶⁸ La responsabilité étatique pour les agissements privés constitue toutefois une exception. Elle n'est pas la même pour les entreprises militaires et de sécurité privées que pour les soldats réguliers. Cf. CARSTEN HOPPE, *Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies*, *European Journal of International Law* 2008, n° 5, pp. 989-1014; DANIEL THÜRER, *Military Outsourcing as a Case Study in the Accountability of Responsibility of Power*, in: *Völkerrecht als Fortschritt und Chance*, Zurich/St-Gall 2009, pp. 773-801.

²⁶⁹ Article premier commun aux Conventions de Genève. Voir ANDREAS FRUTIG, *Die Pflicht von Drittstaaten zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts nach Artikel 1 der Genfer Konventionen von 1949*, Bâle 2009.

²⁷⁰ MARCO SASSÖLI/LAURA M. OLSON, *The Relationship between Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-international Armed Conflicts*, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2008, n° 871, p. 607.

international humanitaire,²⁷¹ car elles ne permettent pas de distinction entre combattants et civils, ce qui devait motiver leur interdiction définitive. De nombreux Etats se sont exprimés contre une telle opinion. Afin de résoudre les divergences d'interprétation, le modèle d'une conclusion d'accords spéciaux pour les différents types d'armes a été adopté. Il existe aujourd'hui des traités pour toute une série d'armes: chimiques, biologiques, mines antipersonnel et marines, jusqu'aux armes nucléaires et laser.²⁷² Si l'attention était concentrée sur les armes atomiques dans les années 1970, elle s'est orientée dans les années 1980 et 1990 vers les armes biologiques, chimiques et enrichies à l'uranium, puis plus récemment vers les mines antipersonnel et les armes à sous-munitions. Aujourd'hui, il existe quelque 50 traités spéciaux sur les armes.

Dans le droit international humanitaire, le domaine des armes s'est principalement développé ces dernières années. Il s'agit d'un processus constant, globalement éprouvé, par lequel les armes nouvelles et anciennes sont soumises à un dialogue permanent quant à leur utilisation acceptable. Les accords existants sur les armes se limitent formellement à leur utilisation par les organes étatiques. Mais aujourd'hui, de nombreuses interdictions s'appliquent également aux conflits armés non internationaux, au travers du droit international coutumier, et par là même aux acteurs non étatiques.²⁷³ Dans ce contexte, on peut dire que le droit international humanitaire a trouvé une manière judicieuse de tenir compte du problème des interprétations dans le droit en matière d'armes. Malgré ce régime spécial, un grand nombre de nouveautés techniques dans la conduite de la guerre ne sont pas reprises par la communauté internationale. Ainsi, les attaques informatiques en tant que nouvelles techniques guerrières font pour l'instant seulement l'objet d'évaluations par des experts, ces cas donnant alors lieu à un renvoi aux principes généraux.

Pour le droit international humanitaire, ces nouvelles technologies tendent à favoriser le respect de l'obligation de distinction et la minimisation des dommages collatéraux. Pour l'heure, ils peuvent être décrits comme des évolutions positives.²⁷⁴ La technicisation croissante de la guerre met toutefois les parties en conflit à distance les unes des autres. Les systèmes d'armes téléguidés éloignent encore leurs opérateurs des actions de combat, à l'instar des pilotes qui effectuent des bombardements, ce qui peut avoir un effet désinhibant par rapport à l'usage des armes.²⁷⁵ D'une part, les destructions ainsi causées ainsi que leur responsabilité morale prennent une dimension abstraite, et d'autre part, l'éloignement physique par rapport à l'adversaire entraîne une immunité face aux représailles, ce qui peut limiter la motivation à épargner l'ennemi.²⁷⁶ Pour autant, il est impossible de déterminer avec certitude si ces effets secondaires affectent davantage la population civile, dans la pratique, que ceux des anciens systèmes d'armements. A cet égard, on s'intéresse dans tous les cas au respect des principes reconnus, et non à une réforme du droit.

...

Le droit international humanitaire en vigueur traite ces cas d'une manière relativement complète,²⁷⁷ liant les acteurs non étatiques comme les acteurs étatiques.

Le fait de feindre d'avoir le statut protégé de civil ou un autre statut protégé (par exemple membre du personnel sanitaire ou religieux, membre de l'ONU) afin de tuer, blesser ou capturer un adversaire constitue un acte de perfidie contraire au droit international.²⁷⁸ La mise en danger délibérée de personnes et de biens civils par des combattants en civil qui se sont mêlés à la population civile pour lancer des roquettes est en contradiction flagrante avec l'obligation que le droit international impose à toute partie à un conflit de prendre les mesures nécessaires pour assumer la protection des personnes et des biens concernés.²⁷⁹ L'utilisation de boucliers humains constitue également une grave infraction au droit international humanitaire,²⁸⁰ de même que l'utilisation abusive et délibérée d'objets protégés (bâtiments religieux, hôpitaux, biens culturels) aux fins de protéger des objectifs militaires ou pour servir de base à des actions de combat.²⁸¹

Le droit international humanitaire interdit tout aussi clairement les attaques contre la population civile. Il en va de même pour les enlèvements, les attentats suicides contre des marchés, des mosquées ou des écoles, les tortures et autres actes de terrorisme.²⁸² Seules les attaques contre des objectifs militaires entrent dans le cadre du droit international humanitaire, même si elles prennent la forme d'attaques suicides.

²⁷¹ La Cour internationale de Justice a traité cette question épineuse en 1996, cf. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ, Recueil 1996, pp. 226 et ss.

²⁷² Cf. composition détaillée dans WILLIAM BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009.

²⁷³ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *op.cit.*, note 248, 4^e partie.

²⁷⁴ MICHAEL M. SCHMITT ["The Impact of High- and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction", in: ROBERTA ARNOLD/PIERRE-ANTOINE HILDBRAND (dir.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflict: Changes and Challenges*, Lausanne 2005], p. 175.

²⁷⁵ SLIM, *op.cit.* note 255, pp. 53-59.

²⁷⁶ Voir en particulier MICHAEL M. SCHMITT, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, in: Wolf Heintschel von Heinegg/Volker Epping (dir.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin 2007, pp. 11-48.

²⁷⁷ Article 37 du Protocole additionnel I (...).

²⁷⁸ Article 58(b) du Protocole additionnel I (...) et article 13, paragraphe premier, du Protocole additionnel II (...).

²⁷⁹ Article 28 de la quatrième Convention de Genève (...) et article 51, paragraphe 7, du Protocole additionnel I (...).

²⁸⁰ Article 8, paragraphe 2(b), xxii et xxiv, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1).

²⁸¹ Article 3 commun aux Conventions de Genève; article 4 du Protocole additionnel II; concernant l'interdiction des actes terroristes, voir l'article 33 de la Convention de Genève IV; article 51, paragraphe premier, du Protocole additionnel I; article 4, lettre d, et article 13, paragraphe, du Protocole additionnel II.

²⁸² Concernant l'initiative de l'"Appel de Genève", voir www.genevacall.org. Au travers de l'ONG [organisation non gouvernementale] "Geneva Call", la Suisse soutient les efforts visant à amener les groupes armés non étatiques à respecter le droit international humanitaire et en particulier à renoncer aux mines antipersonnel.

En guise de résumé, on peut dire que presque tous les scénarios des tactiques de guérilla enfreignent l'obligation de distinction. Pour ceux qui utilisent ces tactiques, le respect du droit international humanitaire constitue un désavantage militaire. Il est donc difficile d'amener les groupes armés à le respecter.²⁸³

L'extrait publié ci-après se rapporte aux "Tactiques antiguérilla":

"Les réponses militaires aux tactiques de guérilla doivent se conformer aux exigences du droit international humanitaire.²⁸⁴ Il règne aujourd'hui un consensus sur le fait que la majorité des dispositions du protocole additionnel I s'applique également aux conflits non internationaux au travers du droit coutumier.²⁸⁵ Là aussi, l'interdiction de s'en prendre à la population civile s'applique. Même si des combattants se mêlent à la population civile et l'utilisent comme bouclier humain au mépris du droit, il convient de prendre des mesures afin d'effectuer les attaques de manière ciblée et d'épargner autant que possible les civils (par exemple en les avertissant préalablement). Si par exemple un seul combattant légèrement armé se trouve dans une zone d'habitation densément peuplée, la destruction de cette zone constitue une infraction au droit international humanitaire. Cela s'applique également lorsque le combattant s'est précisément réfugié dans la zone d'habitation pour bénéficier de cette protection, en violation de la disposition interdisant d'utiliser des civils comme boucliers humains.

Un problème apparaît avec l'application du principe de distinction en relation avec le phénomène '*revolving door*'; si un combattant dépose ses armes et retourne à la vie civile pour une période plus ou moins longue, la question se pose de savoir s'il peut être tué dans le cadre d'un conflit armé durable.²⁸⁶ La règle de l'article 51, alinéa 3, du protocole additionnel I et de l'article 13 du protocole additionnel II forme une véritable charnière entre les statuts protégé et non protégé.²⁸⁷ Selon ces dispositions, les personnes civiles bénéficient du droit à être protégées des hostilités 'sauf si elles participent directement aux hostilités'.²⁸⁸ Pour les troupes gouvernementales, il est tentant de refuser totalement le statut de civils aux insurgés²⁸⁹ ou d'interpréter cette disposition de manière élargie, c'est-à-dire de considérer qu'il y a participation directe dès la préparation des actions de combat, ce qui annule le droit à la protection. Afin d'éviter toute ambiguïté, le CICR a récemment publié une étude sur le concept de 'participation directe aux hostilités',²⁹⁰ qui stipule que les membres de groupes organisés armés assumant des fonctions militaires permanentes ('*continuous combat functions*') perdaient leur protection pendant la durée de leurs activités.²⁹¹ Selon ce principe, le chef de rebelles surpris à faire ses courses au supermarché pendant un conflit armé peut être abattu de manière ciblée.²⁹²

Il y a moins d'ambiguïtés dans le droit en vigueur concernant les éliminations ciblées comme celles qui ont été réalisées récemment aux Etats-Unis contre des membres de réseaux terroristes tels que l'Al-Qaïda. Les Etats-Unis sont l'un des pays qui défendent la position selon laquelle le droit international humanitaire devrait être adapté aux nouvelles formes de violence comme le terrorisme transnational. Cependant, le droit international humanitaire ne s'applique que lorsque les hostilités dépassent le seuil du conflit armé, comme c'est le cas de nombreux actes de violence non étatiques en Afghanistan et en Irak.²⁹³ Ce sont les seules circonstances qui permettent une discussion concernant la légalité d'une élimination ciblée. La plupart des activités de prévention ou de répression des actes terroristes ne s'inscrivent pas dans le cadre de conflits armés. Or, un assassinat ciblé commis hors de ce cadre viole les droits de l'homme élémentaires tel que le droit à la vie.

Outre les combats directs contre des insurgés, le droit international humanitaire s'exprime également sur d'autres tactiques anti-guérilla. Il interdit par exemple le refus de l'aide humanitaire, obligeant au contraire les parties en conflit à assurer à tout moment la protection des civils contre les conséquences des opérations militaires.²⁹⁴ Si les membres de milices ou de groupes d'opposition sont capturés par le gouvernement, ils bénéficient de la protection de l'article 75 du protocole additionnel I ainsi que de l'article 3 commun aux conventions de Genève. Ils doivent alors être traités humainement. La torture est interdite, même si elle promet d'obtenir des informations cruciales sur des attaques prévues ou sur la structure d'un réseau terroriste.²⁹⁵ En revanche, ces prisonniers peuvent être traités selon le droit pénal national. Les personnes qui n'ont pas commis d'actes criminels au sens du droit pénal national peuvent être

²⁸³ Voir Stephan Hobe, *Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten: Anwendbarkeit, modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform ?* in: ZIMMERMANN/HOBE/ODEDAHL/KIENINGER/KÖNIG/MARAUHN/THOM/SCHMALENBACH (dir.), *Moderne Konfliktformen, Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen*, Heidelberg 2010, pp. 41-85.

²⁸⁴ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *op.cit.* note 248, partie V.

²⁸⁵ EREZ ZAIENCE/RONI BART, *Adapting the Laws of War to Law Intensity Warfare*, Strategic Assessment 2008, n° 2; pp. 29-45. Concernant les éliminations ciblées, voir NILS MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford 2008.

²⁸⁶ Voir également l'article 3, paragraphe premier, des Conventions de Genève.

²⁸⁷ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *op.cit.* note 248, pp. 22-24.

²⁸⁸ Il est difficile de savoir si les membres de groupes armés doivent être considérés comme des civils dans les conflits armés non internationaux. *Ibid.*, p. 19.

²⁸⁹ Voir CICR, *op.cit.* note 262.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 71-73.

²⁹¹ L'exemple est repris de SASSOLI/OLSON, *op.cit.* note 270, p. 613.

²⁹² Concernant la notion de conflit armé, voir les travaux de la Commission du droit international, qui nie également l'existence d'un conflit armé global entre Al-Qaïda et les Etats-Unis. Cf. International Law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, août 2008, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>. Voir également à ce sujet MARY ELLEN O'CONNELL, *Defining Armed Conflict*, Journal of Conflict and Security Law 2009, n° 3, pp. 393-400.

²⁹³ Articles 48-58 du Protocole additionnel I (...).

²⁹⁴ Concernant les traitements inhumains et dégradants, voir KNUT DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2003, pp. 44-75, 314-324.

²⁹⁵ Articles 41 et 78 de la Convention de Genève IV (...).

internées en cas de motifs de sécurité impérieux²⁹⁶ et propres à chaque personne. Si les motifs de l'internement ne sont plus présents, celui-ci doit être levé. Enfin, le déplacement forcé de segments entiers de la population est également interdit dans la mesure où il n'est pas requis pour la sécurité des civils concernés ou pour des motifs militaires impérieux.²⁹⁷

Contrairement à la tactique de guérilla, dont l'application impose presque toujours de violer des principes humanitaires, les tactiques anti-guérilla peuvent être menées en se conformant au droit. Pour autant, la tentation de s'affranchir de tout scrupule et de faire fi des principes humanitaires est grande là aussi et les transgressions sont fréquentes, car l'image d'une population civile innocente est ressentie comme erronée.²⁹⁸ Mais le respect du droit international humanitaire présente lui aussi des avantages: épargner la population civile permet de s'assurer sa bienveillance, ce qui se révèle essentiel pour la réussite des campagnes antiguérilla. Dans ce sens, les intérêts humanitaires et militaires ne s'opposent pas vraiment."

Le "Déplacement des zones de combat vers les populations civiles" forme le sujet suivant traité par le Conseil fédéral:

"Le droit international humanitaire contient des dispositions étendues pour la protection des populations civiles, qui constitue une aspiration centrale des conventions de Genève. Ce qui donne tout son poids au fait que les conflits armés contemporains placent la population au centre des opérations militaires, un grand nombre des victimes de guerre n'étant pas des combattants mais des civils.²⁹⁹ Pendant les deux guerres mondiales déjà, ces derniers ont subi des bombardements massifs puis, dans le cas du Japon, l'utilisation de la bombe atomique. Nul doute que les souffrances et les horreurs de la guerre avaient auparavant déjà été supportées par des personnes non impliquées dans celle-ci.³⁰⁰ Toutefois, la différence réside dans le fait que la fusion des espaces civil et militaire pèse sur le principe de distinction. D'une part sur le plan géographique, lorsque des insurgés utilisent des zones d'habitation comme bases de combat, d'autre part sur le plan humain, lorsqu'ils se font passer pour des civils et se servent de boucliers humains. Dans de telles situations, le droit international humanitaire tend à se révéler moins clair, exigeant de mettre en balance les intérêts militaires et humanitaires. Les dommages collatéraux ne sont pas interdits tant qu'ils ne paraissent pas disproportionnés. Il en résulte que le sens et la finalité des principes humanitaires sont de plus en plus remis en question car ils sont perçus comme des obstacles injustifiés à la réussite des campagnes militaires.³⁰¹ Dans ce contexte, les défis qui se posent au droit international humanitaire portent principalement sur son application."

Le thème "Persistance de conflits armés", quant à lui, amène le Conseil fédéral aux réflexions suivantes:

"La persistance des conflits armés ne représente pas un défi de premier plan pour le droit international humanitaire, qui s'applique dans le cadre de ces conflits. En outre, les conventions de Genève règlent spécifiquement le cas de l'occupation.³⁰²

Cependant, une lecture des dispositions en question montre que le droit de Genève repose sur une situation provisoire. Fondées sur l'hypothèse d'une fin rapide de l'occupation, les conventions de Genève se concentrent excessivement sur le maintien du *statu quo*. Ce qui est certes parfaitement judicieux concernant les questions de colonies, mais peut entraîner des problèmes dans d'autres cas. Ainsi, le droit en vigueur exige le maintien de la législation qui existait avant l'occupation.³⁰³ Cette condition, illusoire dans le cas d'une présence qui dure depuis des décennies et vise un changement de régime, peut entraîner pour la population locale la perte de droits politiques qui ne lui reviendront qu'après la fin, totalement imprévisible, de l'occupation.³⁰⁴ Il manque également une obligation générale de s'occuper durablement de la population des zones occupées, par exemple par des investissements dans la formation, les infrastructures, l'accès au commerce, etc.

En réaction à ce défi, une opinion majoritaire estime que les *droits de l'homme* sont à respecter en complément des conventions de Genève. Dans son [avis] de 2004 sur le mur de séparation érigé par Israël, la Cour internationale de Justice s'est ralliée à cette opinion.³⁰⁵ Le droit international humanitaire et les droits de l'homme ne seront donc plus perçus comme opposés. La possibilité pour la puissance occupante de respecter les droits de l'homme détermine

²⁹⁶ Article 17 du Protocole additionnel II (...).

²⁹⁷ Voir CHARLES J. DUNLAP JR., *The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era*, Strategic Review 2000, n° 3, pp. 9-17.

²⁹⁸ Concernant les difficultés d'établir des statistiques précises dans ce domaine, voir ADAM ROBERTS, *Lives and Statistics: Are 90% of War Victims Civilians?* Survival 2010, n° 3, pp. 115-136.

²⁹⁹ SLIM, *op.cit.* note 255, pp. 71 et ss.

³⁰⁰ ZAIONCE/BART, *op.cit.* note 285

³⁰¹ Titre III, sections 1 et 3, de la Convention de Genève IV, elle-même fondée sur le Règlement de La Haye [du 18 octobre 1907] concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre [RS 0.515.112]. Pour plus de précisions sur cette question, voir EYAL BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2^e éd., Princeton 2004.

³⁰² Article 64 de la Convention de Genève IV (...); article 43 du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre ("... en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays").

³⁰³ ADAM ROBERTS, *Prolonged Military Occupation*, in: EMMA FAIRPLAY (dir.), *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and the Gaza Strip*, Oxford 1992, p. 33. Voir également à ce sujet DANIEL THÜRER/MALCOLM MACLAREN, *Ius Post Bellum: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law*, in: *Festschrift für Jost DELBRÜCK*, Berlin 2005, pp. 753-782.

³⁰⁴ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ, Recueil 2004, paragraphes 106 et ss.

³⁰⁵ Voir Pactes I [droits économiques, sociaux et culturels] et II [droits civils et politiques] de l'ONU [du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 et 0.103.2].

également l'étendue de ses obligations. Ainsi, les droits tels que le droit à la vie, à la liberté d'expression, au respect de la sphère privée ou à la famille se voient accorder plus de poids.³⁰⁶

Le cas de l'occupation est en effet représentatif d'un défi général: la durée et le non-règlement d'un grand nombre de conflits armés contemporains signifient que la frontière est floue entre conflits armés et non armés. Pour les conflits de faible intensité, il est rarement possible de déterminer clairement si le conflit armé prédomine. Lorsque les institutions publiques ont été détruites, se pose la question du maintien des droits de l'homme dans le contexte de reconstruction. L'interaction entre le droit de la guerre (domaine du droit international humanitaire) et le droit de la paix (domaine des droits de l'homme) revêt alors une importance accrue. Ainsi, le débat sur l'admissibilité des éliminations ciblées concerne non seulement le statut des insurgés selon le droit international humanitaire, mais aussi leur droit à la vie et à un jugement pénal équitable.³⁰⁷ Comprendre que le droit international humanitaire et la protection générale des droits de l'homme doivent se compléter dans de telles situations constitue un pas dans la bonne direction. Mais de nombreuses questions portant sur cette interaction exacte doivent encore être clarifiées. Il n'existe actuellement pas encore de consensus pour déterminer dans quelle mesure les Etats sont également liés hors de leur territoire par leurs obligations en matière de droits de l'homme.³⁰⁸ Par ailleurs, des débats ont lieu quant à l'obligation pour des acteurs non étatiques de respecter ces droits. Un exemple de situation pouvant donner lieu à des ambiguïtés concerne le traitement des détenus par les troupes multilatérales. Les expériences des soldats de l'OTAN [Organisation du Traité de l'Atlantique Nord] en Afghanistan ont clairement montré que le droit international était difficile à déterminer à l'intersection entre la protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire.³⁰⁹ D'autres questions d'interprétation sont vraisemblablement à prévoir.³¹⁰

Les passages qui vont suivre examinent les "Possibilités de développement du droit international humanitaire" et le "Besoin de réforme du droit en vigueur".

"L'analyse qui précède le confirme: le droit international humanitaire conserve sa validité pour la plupart des aspects des conflits armés contemporains. Les principes fondamentaux tels que la distinction et la proportionnalité restent valables dans les guerres, qui représentent aujourd'hui la principale forme de conduite à la guerre. Ils représentent une exigence intemporelle qui ne saurait être remise en question, pas même par son non-respect notoire par les parties en conflit. En outre, le droit de Genève s'est développé de manière déterminante, de sorte que les principes juridiques majeurs sont applicables à la totalité des conflits armés.

Comme le souligne souvent le CICR, le principal souci concerne l'application, et non le développement des principes humanitaires. Si l'on examine les autres tendances étudiées dans ce rapport, cette estimation se confirme largement. Les dispositions du droit international humanitaire sur la technicisation croissante de la guerre n'affichent aucun déficit fondamental, et la validité des principes humanitaires est incontestée. Les nouvelles armes sont examinées par la communauté internationale dans le cadre de négociations spécifiques, une procédure qui s'est souvent révélée convaincante. De même, pour les tactiques de guérilla et d'antiguérilla, les dispositions actuelles du droit international humanitaire se révèlent pertinentes, en particulier à la lumière de l'évolution du droit coutumier. Les mesures de la 'guerre contre le terrorisme' ne changent rien non plus à cette analyse. Le droit international humanitaire ne s'applique que lorsque les hostilités dépassent le seuil du conflit armé. Il est cependant évident que la plupart des activités de prévention ou de répression des actes terroristes ne constituent pas un conflit armé.

...

Si de nombreux Etats et le CICR lui-même ont longtemps soutenu que les règles du droit international humanitaire ne devaient être appliquées qu'en totalité, le CICR a de plus en plus souvent rappelé, récemment, qu'outre l'application stricte du droit, sa précision et son développement pouvaient également être importants.³¹¹ Ce changement représente la réaction à des divergences manifestes dans l'interprétation des règles existantes et à l'opinion selon laquelle le droit ne peut être partout et toujours clair. Mais il résulte également de la critique de la société civile, de la science et de la doctrine.

Une lacune du droit en vigueur saute aux yeux, à savoir le traitement des acteurs non étatiques. Les questions de l'incitation qu'ont ces acteurs à respecter le droit international humanitaire ou de la manière d'améliorer cette

³⁰⁶ SASSÖLI/OLSON, *op.cit.* note 270, pp. 599-627. Concernant la question de l'application extraterritoriale des obligations en matière de droits humains [droits de l'homme], voir le cas du mur dans le territoire palestinien occupé, [avis cité à la note 304, paragraphes 107 et ss.

³⁰⁷ Au sujet de cette controverse, voir notamment FONS COOMANS/MENNO KAMINGA, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Morsel 2004.

³⁰⁸ SASSÖLI/OLSON, *op.cit.* note 270, pp. 616 et ss; voir également les contributions consacrées au thème "Security Detention" in: Case Western International Law Journal 2009, n° 3; BRUCE OSWALD, *Detention of Civilians on Military Operations: Reasons for and Challenges to Develop a Special Law of Detention*, Melbourne University Law Review 2008, n° 2, pp. 524-553. Depuis 2007, une initiative danoise s'est fixé pour objectif de clarifier les questions en suspens concernant le traitement des détenus des troupes de la coalition. Cette initiative est née des incertitudes juridiques apparues en Afghanistan. Cf. Ministère danois des affaires étrangères, Non-paper on Legal Framework and Aspects of Detention, www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/F5364962-DC30-4333-9EFC-1B612B43DC28/0/Nonpaper/CopenhagenConference.pdf.

³⁰⁹ Voir également ROSA BROOKS, *War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, University of Pennsylvania Law Review 2004, n° 2, pp. 675-761.

³¹⁰ JAKOB KELLENBERGER, Discours d'ouverture: 60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir, Genève, 9-10 novembre 2009, Berne 2010, pp. 46-49.

³¹¹ MICHELLE L. MACK, *Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors in Non-international Armed Conflicts*, International Humanitarian Law Research Initiative Working Paper, Harvard 2003, <http://ihl.ihlresearch.org>.

incitation y sont également directement liées.³¹² Bien que le droit international humanitaire vise en principe à attribuer les mêmes droits et obligations aux deux parties d'un conflit armé, ce n'est pas le cas dans les combats entre troupes gouvernementales et rebelles.³¹³ Selon l'interprétation courante, les rebelles sont d'abord des civils et ne perdent leur protection contre les attaques que lorsqu'ils participent directement aux hostilités. Cela défavorise les troupes gouvernementales qui, selon le droit international humanitaire, représentent des cibles militaires légitimes et peuvent être attaquées à tout moment. D'un autre côté, les rebelles peuvent être jugés sur la base du droit national pour leur simple participation aux hostilités, car le privilège du combattant ne leur est pas accordé. Cette inégalité de traitement remonte à la séparation entre conflits internationaux et non internationaux, sur laquelle reposent toujours les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, et qui n'est plus vraiment justifiée de nos jours. Certaines évolutions récentes du droit international coutumier ont certes contribué à limiter cette distinction, mais celle-ci perdure dans le traitement des acteurs non étatiques.

Ce problème suggère une nouvelle réglementation qui prévoirait les mêmes dispositions pour tous les conflits armés (à partir de l'article 3 commun aux conventions de Genève).³¹⁴ Le privilège du combattant serait également accordé à d'autres groupes sous réserve de certaines conditions, qui pourraient dériver de celles que prévoient déjà les conventions de Genève pour les partisans: être soumis à une discipline interne, être reconnaissables par les tiers en tant que combattants, porter leurs armes ouvertement et respecter en tant que groupe le droit international humanitaire.³¹⁵ Une telle réforme fondamentale pourrait lever les incertitudes juridiques qui subsistent en ce qui concerne les acteurs non étatiques, et permettre concrètement que les Etats concernés adaptent leur propre interprétation. Par ailleurs, elle inciterait pour la première fois les insurgés à se conformer au droit international humanitaire.

D'autres questions sont à résoudre, telles que celles qui sont liées à la persistance de conflits latents. De par l'effacement croissant de la frontière entre conflits armés et non armés, les dispositions fondées sur une distinction entre les deux phénomènes ne peuvent apporter aucune clarté concernant les règles à appliquer. Dans les faits, les droits de l'homme jouent un rôle de plus en plus important en parallèle au droit international humanitaire, ce qui génère une certaine insécurité juridique. Ce problème affecte particulièrement le droit international humanitaire, dont les dispositions concernant l'application sur le terrain doivent être aussi claires que possible.

En outre, suite aux résultats de la conférence de novembre 2009 pour le 60^e anniversaire des conventions de Genève, les mécanismes d'application et de contrôle du droit international humanitaire doivent être examinés en détail.³¹⁶ Les débats pourraient s'appuyer sur les Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international de 2005 et 2009.³¹⁷ Se posent en particulier des questions relatives à la prévention, aux enquêtes ('*fact-finding*'), à la punissabilité et au dédommagement.³¹⁸

Par ailleurs, le droit international humanitaire peut être développé dans les domaines suivants: protection des prisonniers et des personnes internées dans les conflits armés non internationaux,³¹⁹ protection des déplacés internes,³²⁰ protection de l'environnement,³²¹ interventions des opérations de maintien de la paix et accès des acteurs humanitaires aux personnes nécessitant une protection."

Une autre subdivision, intitulée "Faisabilité politique", renferme le passage que voici:

"... Dans le contexte politique actuel, l'ouverture de négociations internationales sur le développement du droit international humanitaire comporterait un risque de voir les Etats profiter de l'occasion pour affaiblir plutôt que renforcer leurs obligations existantes ainsi que les droits des adversaires. En outre, certains Etats utilisant des méthodes antiguérilla pourraient alors s'efforcer d'étendre la définition des objectifs militaires ou d'assouplir l'interdiction des représailles contre la population ou les biens civils de l'adversaire, afin de disposer de plus grands moyens pour pouvoir réagir à ses violations délibérées.³²² La controverse encore vive menée récemment sur la

³¹² Cela n'est possible qu'en cas exceptionnel, cf. article premier, paragraphe 4, du Protocole additionnel I (...). Malgré une grande pertinence politique en 1977, la disposition concernant les guerres de libération n'a jamais été appliquée.

³¹³ DIETER FLECK, *The Law of Non-international Armed Conflicts*, in: DIETER FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^e éd., Oxford 2008, pp. 611 et ss. Une telle simplification comporte également de sérieux avantages opérationnels, voir p. 629.

³¹⁴ Article 4A de la Convention de Genève III.

³¹⁵ DFAE, 60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir, Berne 2010, pp. 99-101.

³¹⁶ Lignes directrices révisées de l'Union Européenne [UE] concernant la promotion du droit humanitaire international, JO [Journal Officiel] C 303 du 15 décembre 2009, p. 12; Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international, JO C 327 du 23 décembre 2005, p. 4. Voir à ce sujet MORTEN KNUDSEN, *Les lignes directrices de l'UE concernant la promotion du respect du droit international humanitaire et leur mise en œuvre*, in: *L'Union Européenne et le droit international humanitaire*, Paris 2010, pp. 175-182.

³¹⁷ CICR, *Améliorer le respect du droit international humanitaire*, Genève 2003.

³¹⁸ En 2005, le CICR a publié des directives formulant les garanties minimales du droit coutumier en relation avec les internements dans les conflits internes. JELENA PEJIC, *Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement/la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence*, Revue internationale de la Croix-Rouge 2005, n° 858, pp. 375-391; SASSÖLI/OLSON, *op.cit.* note 250, pp. 616-627.

³¹⁹ CICR, *Le déplacement interne dans les conflits armés: face aux défis*, Genève 2009. Voir également la "Politique du mouvement relative au déplacement interne" adoptée en 2009 par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

³²⁰ PNUE [Programme des Nations Unies pour l'environnement], *Protection de l'environnement pendant les conflits armés: inventaire et analyse du droit international*, Nairobi 2009.

³²¹ CICR, *Report of the Expert Meeting on Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces* ?, Genève 2004.

³²² A l'heure actuelle, les Etats-Unis ne reconnaissent pas cette interdiction des représailles contre la population civile et la Grande-Bretagne a levé une réserve lors de la ratification du Protocole additionnel I (...).

catégorie américaine des 'combattants ennemis illégaux'³²³ va dans la même direction, les Etats-Unis demandant de pouvoir les retenir pour une durée indéterminée et refusant la contestation juridique de la validité de leur détention.

Toutes ces réflexions mènent à conclure que la tentative de révolutionner le droit de Genève pourrait déboucher sur sa dévolution. Il convient donc de ne pas ouvrir de nouvelles négociations trop précipitamment. Parallèlement, une approche pragmatique misant sur une mise en avant de la pratique s'impose. Bien sûr, le succès d'une telle démarche n'est pas non plus garanti. Le droit coutumier repose sur la pratique étatique. La répugnance à revaloriser les acteurs non étatiques représente un obstacle, qui devrait perdurer tant qu'aucune nouveauté technique ne révolutionnera la guerre de guérilla au profit de la partie la plus puissante."

Puis, après avoir considéré les "Possibilités d'action de la Suisse", le Conseil fédéral dresse le bilan suivant:

"En réponse au postulat ... du 20 juin 2008 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats, nous pouvons conclure par les quatre points suivants:

- Les quatre conventions de Genève de 1949 ont été ratifiées par tous les Etats et s'appliquent universellement. Les protocoles additionnels aux conventions de Genève ont été ratifiés par un grand nombre d'Etats. Cependant, la plupart des règles établies dans les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels ou concernant la conduite des hostilités constituent aujourd'hui des normes contraignantes du droit international coutumier, y compris pour les Parties non contractantes;
- Les conflits armés contemporains se définissent par la lutte entre l'adversaire de forces inégales, au sein et autour de la population civile. Nous constatons les cinq tendances suivantes: l'importance croissante des acteurs non étatiques, la technicisation croissante de la guerre, la multiplication des guérillas, le déplacement des zones de combat vers les populations civiles et la persistance de conflits latents. Le droit international humanitaire tient amplement compte de ces tendances au travers de l'évolution du droit coutumier;
- Le besoin de réforme du droit international humanitaire concerne principalement le traitement des acteurs non étatiques, la délimitation entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire ainsi que les mécanismes d'application et de contrôle. Il convient toutefois de ne pas ouvrir de nouvelles négociations trop précipitamment sur le droit de Genève. Parallèlement, une approche pragmatique misant sur une mise en avant de la pratique s'impose;
- La Suisse réalise de nombreux projets visant un développement ou un renforcement du contenu du droit international humanitaire. En outre, elle pourrait organiser en 2012 une deuxième réunion périodique des Etats Parties aux conventions de Genève, consacrée aux mécanismes d'application et de contrôle du droit international humanitaire."

Rapport du Cons. féd. sur "Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains" répondant à un postulat de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats, du 20 juin 2008.

Document apparemment non publié.

10.2 Statut des territoires occupés

Extrait de la réponse donnée par le Conseil fédéral à une interpellation de M. Vischer, député au Conseil national:

"Le Conseil fédéral a connaissance de la construction d'une ligne de chemin de fer entre Tel-Aviv et Jérusalem-Ouest. Le projet du tracé de la ligne ferroviaire traverse les frontières de 1967 en deux points, sur une longueur totale d'environ six kilomètres en Territoire palestinien occupé (TPO), en Cisjordanie. Une telle construction sur le TPO serait illégale au regard du droit international humanitaire si les populations en territoire occupé ne pouvaient en bénéficier."

Réponse donnée le 16 février 2011 par le Cons. féd. à l'interpellation déposée le 17 décembre 2010 par M. Daniel Vischer, député au Conseil national.

BO CN 2011, Annexes, session d'été, p. 306.

11. La neutralité

--

³²³ Le concept très discuté des "unlawful enemy combatants", introduit par l'administration américaine suite aux attentats du 11 septembre 2001, n'est pas reconnu en tant que tel par le droit international. Le terme "enemy combatants" décrit les personnes dont on suppose qu'elles appartiennent à un groupe terroriste ou sont en relation avec lui, et qui ont été appréhendées dans le cadre de la "global war on terror". L'administration américaine fait valoir que ces prisonniers ne sont protégés ni par la Troisième ni par la Quatrième Convention de Genève. Cependant, les personnes appréhendées dans des conflits armés internationaux entrent dans le champ d'application de ces deux Conventions ou bénéficient des garanties minimales du droit international coutumier (article 75 du Protocole additionnel I ..., article 3 commun aux Conventions de Genève (...)) et des droits humains [droits de l'homme]. Les personnes qui sont capturées dans des conflits armés non internationaux bénéficient de la protection des droits humains et des garanties minimales établies à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et dans le Protocole additionnel II (...). Voir KNUT DÖRMANN, *The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants*, Revue internationale de la Croix-Rouge 2003, n° 849, pp. 45-73.