



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Compilation des chroniques de

La pratique suisse en matière de droit international public

par Lucius Caflisch¹

1999–2016

Berne, août 2018²

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; ancien membre et président de la Commission du droit international des Nations Unies.

² Chronique publiée annuellement par la Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE), dès 2016 Swiss Review of international and European Law (SRIEL), éditée par la Société suisse de droit international (SSDI)

TABLE DES MATIÈRES

La pratique suisse en matière de droit international public 1999 - RSDIE 2000 p. 627	7
1. Les sources du droit international	7
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	9
3. Les sujets du droit international	10
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	18
5. Le territoire étatique	22
6. Identité, continuité et succession d'Etats	23
7. Les organes du droit international	23
8. La responsabilité internationale	26
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	27
10. Le droit des conflits armés	29
11. La neutralité	33
La pratique suisse en matière de droit international public 2000 - RSDIE 2001 p. 573	35
1. Les sources du droit international	35
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	39
3. Les sujets du droit international	41
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	54
5. Le territoire étatique	70
6. Identité, continuité et succession d'Etats	74
7. Les organes du droit international	74
8. La responsabilité internationale	83
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	86
10. Le droit des conflits armés	86
11. La neutralité	86
La pratique suisse en matière de droit international public 2001 - RSDIE 2002 p. 599	88
1. Les sources du droit international	88
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	91
3. Les sujets du droit international	91
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	95
5. Le territoire étatique	98
6. Identité, continuité et succession d'Etats	100
7. Les organes du droit international	101
8. La responsabilité internationale	106
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	106
10. Droit des conflits armés et droit international humanitaire	110
11. La neutralité	112
La pratique suisse en matière de droit international public 2002 - RSDIE 2003 p. 439	116
1. Les sources du droit international	116
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	118
3. Les sujets du droit international	118
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	121
5. Le territoire étatique	123
6. Identité, continuité et succession d'Etats	129
7. Les organes du droit international	131
8. La responsabilité internationale	133
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	135
10. Le droit des conflits armés	136
11. La neutralité	136
La pratique suisse en matière de droit international public 2003 - RSDIE 2004 p. 661	141
1. Les sources du droit international	141
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	145

3. Les sujets du droit international	145
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	148
5. Le territoire étatique	149
6. Identité, continuité et succession d'États	151
7. Les organes du droit international	151
8. La responsabilité internationale	161
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	162
10. Droit des conflits armés	162
11. La neutralité	165
La pratique suisse en matière de droit international public 2004 - RSDIE 2005 p. 713	171
1. Les sources du droit international	171
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	177
3. Les sujets du droit international	177
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	185
5. Le territoire étatique	188
6. Identité, continuité et succession d'États	190
7. Les organes du droit international	190
8. La responsabilité internationale	201
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends	201
10. Droit des conflits armés	201
11. La neutralité	203
La pratique suisse en matière de droit international public 2005 - RSDIE 2006 p. 605	204
1. Les sources du droit international	204
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	206
3. Les sujets du droit international	207
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	212
5. Le territoire étatique	212
6. Identité, continuité et succession d'États	213
7. Les organes du droit international	213
8. La responsabilité internationale	224
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends	225
10. Droit des conflits armés	225
11. La neutralité	225
La pratique suisse en matière de droit international public 2006 - RSDIE 2007 p. 743	233
1. Les sources du droit international	233
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	245
3. Les sujets du droit international	245
4. Droit des étrangers et protection diplomatique	246
5. Le territoire étatique	247
6. Identité, continuité et succession d'États	247
7. Les organes du droit international	247
8. La responsabilité internationale	262
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	265
10. Droit des conflits armés	265
11. La neutralité	265
La pratique suisse en matière de droit international public 2007 - RSDIE 2008 p. 457	266
1. Les sources du droit international	266
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	276
3. Les sujets du droit international	276
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	284
5. Le territoire étatique	285
6. Identité, continuité et succession d'États	286
7. Les organes du droit international	286
8. La responsabilité internationale	296

9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends internationaux, désarmement	298
10. Le droit des conflits armés	301
11. La neutralité	309
La pratique suisse en matière de droit international public 2008 - RSDIE 2009 p. 537	315
1. Les sources du droit international	315
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	323
3. Les sujets du droit international	324
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	331
5. Le territoire étatique	331
6. Identité, continuité et succession d'Etats	333
7. Les organes du droit international	340
8. La responsabilité internationale	348
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement	349
10. Droit des conflits armés	351
11. La neutralité	351
La pratique suisse en matière de droit international public 2009 - RSDIE 2010 p. 511	352
1. Les sources du droit international	352
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	357
3. Les sujets du droit international	358
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	363
5. Le territoire étatique	366
6. Identité, Continuité et Succession d'états	367
7. Les Organes du droit international	367
8. La responsabilité internationale	371
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement	373
10. Droit des conflits armés	380
11. La neutralité	384
La pratique suisse en matière de droit international public 2010 - RSDIE 2012 p. 101	385
1. Les sources du droit international	385
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	392
3. Les sujets du droit international	395
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	402
5. Le territoire étatique	403
6. Identité, continuité et succession d'Etats	403
7. Les organes du droit international	403
8. La responsabilité internationale	405
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement	405
10. Le droit des conflits armés	405
11. La neutralité	405
La pratique suisse en matière de droit international public 2011 - RSDIE 2013 p. 99	406
1. Les sources du droit international	406
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	407
3. Les sujets du droit international	429
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	430
5. Le territoire étatique	436
6. Identité, continuité et succession d'Etats	438
7. Les organes du droit international	438
8. La responsabilité internationale	444
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective, règlement pacifique des différends, désarmement	446
10. Droit de conflits armés	457
11. La neutralité	465
La pratique suisse en matière de droit international public 2012 - RSDIE 2014 p. 93	466

1. Les sources du droit international	466
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	477
3. Les sujets du droit international	478
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	486
5. Le territoire étatique	488
6. Identité, continuité et succession d'Etats	492
7. Les organes du droit international	495
8. La responsabilité internationale	498
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	498
10. Le droit des conflits armés	499
11. La neutralité	499
La pratique suisse en matière de droit international public 2013 - RSDIE 2015 p. 57	500
1. Les sources du droit international	500
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	502
3. Les sujets du droit international	506
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	508
5. Le territoire étatique	510
6. Identité, continuité et succession d'Etats	516
7. Les organes du droit international	520
8. La responsabilité internationale	522
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	522
10. Le droit des conflits armés	525
11. La neutralité	531
La pratique suisse en matière de droit international public 2014 - SRIEL 2016 p. 87	532
1. Les sources du droit international	532
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	534
3. Les sujets du droit international	534
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	538
5. Le territoire étatique	538
6. Identité, continuité et succession d'Etats	540
7. Les organes du droit international	540
8. La responsabilité internationale	549
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	549
10. Le droit des conflits armés	550
11. La neutralité	550
La pratique suisse en matière de droit international public 2015 - SRIEL 2016 p. 701	552
1. Les sources du droit international	552
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	556
3. Les sujets du droit international	556
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	559
5. Le territoire étatique	561
6. Identité, continuité et succession d'Etats	563
7. Les organes du droit international	563
8. La responsabilité internationale	570
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	572
10. Le droit des conflits armés	575
11. La neutralité	575
La pratique suisse en matière de droit international public 2016 - SRIEL 2017 p. 567	579
1. Les sources du droit international	579
2. Les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes	587
3. Les sujets du droit international	588
4. Le droit des étrangers et la protection diplomatique et consulaire	594
5. Le territoire étatique	597

6. Identité, continuité et succession d'Etats.....	600
7. Les organes du droit international	600
8. La responsabilité internationale	606
9. Interdiction du recours à la force, sécurité collective et règlement pacifique des différends internationaux	606
10. Le droit des conflits armés	606
11. La neutralité	611
Abréviations	612

La pratique suisse en matière de droit international public 1999 - RSDIE 2000 p. 627³

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 4.1, 4.2, 5.1 et 9.1)

1.1 Conclusion de traités internationaux par la Suisse

Le texte ci-après résume la procédure de conclusion des traités en droit suisse. Il est emprunté à un rapport de la Délégation des Commissions de gestion des deux chambres du Parlement, chargée d'enquêter sur les accords secrets que la Suisse aurait conclus avec d'autres Etats ou avec des organisations nationales ou étrangères.

... En principe, tout engagement pris par la Suisse sur le plan international est approuvé par l'Assemblée fédérale. Cette approbation n'est pas nécessaire toutefois s'agissant des accords que le Conseil fédéral est habilité à conclure directement, en vertu de la Constitution, d'une loi ou d'un traité international. D'autre part, le Conseil fédéral peut également signer de son propre chef des accords de portée réduite (cf. notamment les articles 166 et 184 de la nouvelle Constitution (du 18 avril 1999, RS 101)).

De fait, un peu plus d'un tiers de l'ensemble des accords internationaux sont soumis à l'approbation des Chambres, le Conseil fédéral concluant la plupart d'entre eux de manière autonome selon la procédure dite simplifiée (cf. Message sur le projet de constitution du 20 novembre 1996, p. 400). Le Conseil fédéral peut par ailleurs ordonner l'application provisoire d'un traité si la défense d'intérêts essentiels de la Suisse ou une urgence particulière l'exigent et qu'il soit par conséquent impossible de respecter la procédure ordinaire d'approbation par le Parlement (JAAC, (fasc.) 51/(IV) (1987), n° 58, p. 397⁴). Du reste, selon l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), il peut être mis un terme à tout moment, et sans autre forme de procès, à l'application provisoire d'un traité: un traité ne saurait donc en aucune façon comporter d'engagements fermes pour la Suisse tant que cette dernière ne l'a pas approuvé par la procédure ordinaire.

Le Conseil fédéral peut lui-même "sous-déléguer" aux départements ou aux offices la compétence de conclure des traités; les limites définies par le Tribunal fédéral pour le droit national s'appliquent alors par analogie.

...

"Accords secrets conclus par la Suisse avec des Etats étrangers ou avec des organisations nationales ou étrangères". Rapport de la Délégation des Commissions de gestion, du 26 avril 1999. FF 1999, p. 8013 (8017-8018).

1.2 Les réserves dans les traités multilatéraux: nature des déclarations interprétatives conditionnelles

Le passage reproduit ci-après est extrait d'une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette déclaration portait sur les "projets de directives" révisés destinés à former le "Guide de la pratique" concernant les réserves aux traités et figurant dans le Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 51^e session, du 3 mai au 23 juillet 1999 (Assemblée générale, Documents officiels, 53^e session, Supplément n° 10 (A/53/10), pp. 75-159).

...

De l'avis de la délégation suisse, une déclaration unilatérale par laquelle un Etat ou une organisation internationale subordonne son consentement à être lié par un traité à une interprétation spécifiée de ce traité ou de certaines de ses dispositions se rapproche davantage d'une réserve que d'une déclaration interprétative. En conditionnant son consentement à être lié à une interprétation particulière du traité, l'auteur de la déclaration vise incontestablement à produire un effet juridique sur le sens et la portée devant être attribués aux dispositions de ce traité dans leur application à l'ensemble des Parties contractantes. Telle n'est toutefois pas la fonction d'une déclaration interprétative. Au stade actuel des travaux de la CDI, il paraît néanmoins prématuré de se prononcer définitivement sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'assimiler purement et simplement les déclarations interprétatives conditionnelles aux réserves ou si, au contraire, une distinction entre ces deux catégories de déclarations unilatérales s'impose véritablement. Ma délégation estime que la solution à retenir se dessinera de manière probante à la lumière des débats que susciteront l'examen et la définition du régime juridique applicable aux réserves et aux déclarations interprétatives.

...

Déclaration faite le 3 novembre 1999 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

1.3 Interprétation des traités internationaux: le texte pris dans son sens ordinaire et dans son contexte; absence de règles justifiant une interprétation restrictive ou extensive, sauf si le contexte

³ Note supprimée.

⁴ Pratique suisse 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178 (189).

ou les travaux préparatoires ne conduisent à une interprétation qui s'écarte du sens ordinaire; importance des concepts du droit national dans l'interprétation des conventions relatives aux assurances sociales

Le passage qui suit, tiré d'un arrêt du TF des assurances, est consacré à l'interprétation de la Convention n° 168 de l'Organisation internationale du travail, du 21 juin 1988, concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (RS 0.822.726.8).

(Traduction:)

4. ...

b) Selon la jurisprudence constante, l'interprétation d'un traité international a pour point de départ le texte de celui-ci. Si le texte est clair et si son contenu, tel qu'il résulte de l'usage linguistique commun, de son objet et du but de la disposition en cause, ne paraît pas absurde, il n'y a pas lieu de recourir à une interprétation extensive ou restrictive, à moins qu'il ne résulte avec certitude du contexte ou des travaux préparatoires que le texte ne reflète pas la volonté des Parties contractantes (ATF 121 V 43, c. 2c⁵; 119 V 107, c. 6a; 117 V 269, c. 3b⁶ et les arrêts cités). Dans ce cadre - à la suite d'un changement récent de la jurisprudence - les notions auxquelles font appel les conventions de sécurité sociale, qui déterminent le droit à des prestations d'une institution d'assurance suisse, doivent être interprétées selon les conceptions suisses en la matière (ATF 112 V 149, c. 2a⁷, et les références citées).

Après l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111 ...) - le 6 juin 1990 pour la Suisse -, le Tribunal fédéral des assurances a précisé cette jurisprudence. Il a estimé qu'il faut commencer, conformément aux règles générales d'interprétation des traités internationaux énoncées aux articles 31 à 33, par examiner si la disposition à interpréter a un sens autonome. Ce n'est que si une convention - interprétée à la lumière des articles en cause - ne règle ni expressément ni tacitement une question précise qu'on peut, à titre subsidiaire, l'interpréter à l'aide de notions empruntées au droit national (ATF 124 V 228 et s., c. 3a⁸; cf. aussi ATF 121 V 43, c. 2c, et 119 V 107, c. 6a, avec des références).

Arrêt du TF des assurances, du 6 septembre 1999, en la cause C. c. Office de l'industrie, des arts et des métiers du canton des Grisons, et Tribunal administratif du canton des Grisons. ATF 125 V 465, c. 4b (467-468). Voir également, sur ce point, l'arrêt rendu par le TF des assurances le 18 octobre 1999 en la cause H. c. Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger et Commission fédérale de recours de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger, ATF 125 V 503, c. 4b (506).

1.4 Actes juridiques unilatéraux: compétence pour engager la Suisse. Bonne foi

Le texte partiellement reproduit ci-après porte sur le cas de Y., haut fonctionnaire de la Conférence de droit international privé de La Haye, qui allait prendre sa retraite en Suisse. Selon l'article 42 du Règlement des pensions de la Conférence, entré en vigueur le 1^{er} juin 1981, les Etats membres - dont la Suisse - peuvent prélever des impôts sur les pensions versées aux personnes ayant pris leur retraite sur le territoire national, l'Organisation remboursant alors la moitié du montant perçu à ces personnes. L'Etat qui a prélevé les impôts en question doit ensuite restituer une somme correspondant à cette moitié à la Conférence, à moins qu'il n'ait formulé une réserve à ce sujet. C'est ce qu'a fait la Suisse, qui a expliqué qu'il n'existait, dans son ordre juridique, aucune base légale pour procéder à pareille restitution.

A partir de 1991, la Conférence, à l'approche de la retraite de Y., a tenté d'obtenir le retrait de la réserve suisse afin que soit réglée la question du remboursement de la moitié des impôts perçus à l'Organisation. Le fonctionnaire en cause prit sa retraite en 1997 et vint s'établir dans le canton de Vaud (Suisse), mais la question du remboursement et la restitution des impôts était demeurée ouverte, même si les autorités suisses avaient laissé entendre qu'une solution serait activement recherchée.

Ainsi pouvait-on lire le passage suivant dans une lettre du 10 juillet 1991 adressée par le Directeur de l'Office fédéral de la justice (OFJ) au Secrétaire général de la Conférence de La Haye: "Soyez assuré que nos services compétents s'occupent activement du problème de règlement de pensions des délégués suisses auprès d'organisations internationales (sic). Dans le cas présent, qui concerne M. Y., je suis convaincu que nous pourrions être à même de régler cette délicate question dans un avenir assez proche."

De même, dans une note adressée au Secrétaire général le 28 mai 1993, la délégation suisse auprès de la Dix-septième session de la Conférence nota que le "lieu de résidence de Monsieur (Y.) va déterminer le calcul de l'ajustement lié à la législation fiscale de son lieu de taxation, en l'occurrence ... la législation du canton de Vaud ..." "Monsieur (Y.) ne sera pas défavorisé du fait qu'il s'est installé en Suisse ...".

⁵ Pratique suisse 1995, n° 1.1, RSDIE, vol. 6, 1996, p. 594.

⁶ Pratique suisse 1991, n° 1.7, RSDIE, vol. 2, 1992, p. 564.

⁷ Pratique suisse 1986, n° 1.8, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 141.

⁸ Pratique suisse 1998, n° 1.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 640.

Dans la brève étude qui suit, la DDIP examine la question de savoir si ces déclarations peuvent être considérées comme étant des actes juridiques unilatéraux engageant la Suisse sur le plan international.

...

Du point de vue strictement littéral, ces déclarations expriment incontestablement une promesse ou une assurance. La question se pose dès lors de savoir si, sur le plan juridique, elles peuvent être considérées comme des actes unilatéraux étatiques dont des tiers pourraient déduire des droits nouveaux. Au nombre des critères énoncés par la doctrine et la jurisprudence pour définir un acte unilatéral figure celui de l'imputabilité d'un acte à un Etat. En d'autres termes et dans le cas présent, il s'agit de déterminer si le directeur de l'OFJ, respectivement la délégation suisse, pouvaient être présumés compétents pour lier la Suisse par leurs déclarations. A (notre) sens on ne saurait raisonnablement prétendre que la fonction de directeur d'office établit en faveur de celui qui l'exerce une présomption de légitimité à représenter juridiquement la Suisse et à l'engager sur le plan international sans avoir à justifier de pouvoirs spéciaux à cet effet. De même, on ne saurait déduire du simple fait de sa participation à la 17^e session de la Conférence que la délégation suisse était investie des pouvoirs nécessaires pour lier son Gouvernement par une déclaration dérogeant à la réserve formulée en 1981, qui n'a jamais été formellement retirée et qui était motivée par une absence de base légale (cette motivation était connue de la Conférence, tout comme d'ailleurs le fait que dans le cas présent la législation applicable est celle du canton de Vaud).

Les considérations qui précèdent (nous) conduisent à la conclusion que les déclarations du Directeur de l'OFJ et de la délégation suisse ne constituent pas des engagements juridiques à caractère obligatoire pour la Suisse. La situation serait différente si ces déclarations avaient été prononcées par le Président de la Confédération ou le Chef du Département fédéral des affaires étrangères.

Si elles ne peuvent être considérées comme des actes juridiques unilatéraux, les prises de position du Directeur de l'OFJ et de la délégation suisse ne sauraient néanmoins, à (notre) avis, être totalement ignorées. En effet, elles ont incontestablement fait naître l'espoir que tous les moyens seraient mis en œuvre pour la recherche d'une solution acceptable. Les documents qui (nous) ont été transmis ne laissent cependant apparaître aucun élément susceptible de démontrer concrètement en quoi les autorités suisses auraient tenté de joindre les actes à la parole. S'il devait s'avérer qu'en réalité rien n'a véritablement été entrepris dans ce sens du côté suisse, la bonne foi voudrait, (nous) semble-t-il, compte tenu des années qui se sont déjà écoulées depuis les déclarations en cause, que la Suisse fasse un geste et rembourse, pour solde de tout compte et prétention, au moins une partie des sommes avancées à Monsieur (Y.) par la Conférence au titre de l'ajustement fiscal.

...

Note de la DDIP du 8 février 1999. Document inédit.

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

(Voir aussi les n^{os} 1.3, 7.1 et 9.1)

2.1 Droit international conventionnel et droit interne: monisme; applicabilité directe des dispositions conventionnelles dans l'ordre juridique suisse. Rapports entre le droit conventionnel et la coutume

Le Message du Cons. féd. à l'Ass. féd. relatif à la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (FF 1999, p. 4942) contient le passage suivant sur l'applicabilité directe, en droit suisse, de certaines dispositions de cet instrument:

...

... (...). Il convient d'examiner maintenant si les dispositions sont directement applicables en droit suisse ("self-executing") ou si elles nécessitent une concrétisation de la part du législateur.

On suit traditionnellement en Suisse la théorie moniste pour traiter des rapports entre le droit international et le droit interne. Les traités internationaux deviennent donc partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès qu'ils sont entrés en vigueur pour notre pays. Il est dès lors possible de faire valoir des dispositions d'un traité international devant des instances suisses à partir de ce moment, pour autant qu'elles soient directement applicables. Sont considérées comme directement applicables les dispositions qui, en général et au vu de l'objet et du but du traité, sont suffisamment précises pour pouvoir être appliquées à un cas concret et servir de base à une décision⁹.

En ce qui concerne la Convention contre le génocide, deux particularités doivent être relevées. D'abord, en raison de la nature coutumière des normes matérielles de la convention (...), celle-ci impose des obligations de droit international à la Suisse, avant même l'adhésion de notre pays. Et deuxièmement, comme il s'agit d'une convention de droit pénal international, il convient d'attacher une importance particulière à la précision des dispositions de la convention (...).

Les articles II et III de la convention s'adressent en premier lieu au législateur. Leur contenu est certes suffisamment précis pour déterminer dans un cas concret si l'acte délictuel correspond au crime de génocide au sens de la convention. Il leur manque néanmoins la menace concrète d'une peine (l'article V préconise uniquement une sanction efficace). C'est la raison pour laquelle leur application directe dans une procédure pénale est exclue selon le droit suisse. Les

⁹ ATF 112 Ib 184, (Pratique suisse 1986, n° 2.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 154).

articles IV, VI et VII, par contre, contiennent des obligations directement applicables. L'article IV soumet également les gouvernants et les fonctionnaires à l'interdiction du crime de génocide; l'article VI prévoit la traduction devant la Cour pénale internationale; et l'article VI contient des dispositions relatives à l'entraide judiciaire internationale.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal. FF 1991, p. 4911 (4927). Pour d'autres extraits de ce texte, voir les n^{os} 3.4 et 5.1.

2.2 Droit international conventionnel et droit interne: primauté du droit international, notamment lorsqu'il s'agit de dispositions relatives à la protection des droits de l'homme; applicabilité directe, sur le plan interne suisse, de certaines règles du droit des gens

Le passage qui suit est extrait d'un arrêt du TF portant sur la confiscation, par les autorités suisses, de matériel de propagande du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK).

(Traduction:)

4.d) L'article 114bis, alinéa 3, tout comme l'article 113, alinéa 3, Cst. dispose que la Tribunal fédéral applique la législation fédérale et les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale, mais il n'offre aucune solution pour le présent conflit (voir aussi l'article 191 de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 (nCst.))¹⁰. Il est impossible d'appliquer en même temps deux règles contradictoires, qu'elles relèvent du droit fédéral ou du droit des gens. Le conflit doit ainsi être résolu à l'aide des principes généralement reconnus du droit international (ATF 117 Ib 367, c. 2e, pp. 372 et s.¹¹, principes qui engagent la Suisse en tant que règles coutumières et qui, en même temps, relèvent du droit conventionnel. Ainsi la Confédération est-elle tenue, en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111), de remplir les obligations qui lui incombent en vertu du droit international (Pacta sunt servanda; ATF 120 Ib 360, c. 3e, p. 366¹². Elle ne peut, en particulier, faire état de son droit interne pour justifier la violation d'un traité (article 27 CV; article 5, alinéa 4, nCst.¹³; voir également ATF 116 IV 262, c. 3b/cc, 269¹⁴; 117 IV 124, c. 4b, 128; 122 II 234, c. 4e, 239¹⁵).

Les principes du droit international dont il s'agit sont directement applicables dans l'ordre juridique suisse (ATF 117 Ib 337, c. 2a, 340¹⁶; ils lient non seulement le législateur, mais tous les organes étatiques (voir la prise de position commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989, JAAC 1989, fasc. 53 (IV), n° 54, paragraphe 15, pp. 420 et ss¹⁷. En cas de conflit, le droit des gens prévaut donc en principe sur le droit interne (ATF 122 II 485, c. 3a, p. 487¹⁸; 122 II 234, c. 4e, p. 239; 109 Ib 165, c. 7b, p. 173¹⁹; 100 Ia 407, c. 1b, p. 410²⁰; 125 II 209, c. 6 in fine), 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 en cause dans d'autres situations (cf. par exemple ATF 99 Ib 39, c. 4, pp. 44 et s.²¹ est une question qu'il n'est pas nécessaire d'aborder. La solution ici exposée est étayée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 106 Ib 16, c. 1, p. 17; 106 Ib 68, c. 2, p. 69; 119 V 171, c. 4b, p. 178²², qui a aussi servi de support à l'article 5, alinéa 4, nCst. (voir FF 1997 I 134 et s.)²³).

...

Arrêt du TF, du 26 juillet 1999, dans la cause A. c. Ministère public de la Confédération, Département fédéral de justice et police, et Conseil fédéral. ATF 125 II 417.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.2, 5.1, 7.2, 7.3 et 9.1)

3.1 Statut international actuel de la République fédérale de Yougoslavie au sein des organisations internationales et à l'égard des traités multilatéraux

Répondant à une question posée par la Mission permanente d'observation de la Suisse à New-York et relative à la participation de la République fédérale de Yougoslavie à la Septième Conférence des Etats Parties de la Convention du 2 février 1971 relative aux zones humides d'importance internationale

¹⁰ Constitution entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, qui remplace celle du 29 mai 1874 (RS 101).

¹¹ Pratique suisse 1992, n° 2.2, RSDIE, vol. 3, 1993, p. 683.

¹² Pratique suisse 1994, n° 1.1, RSDIE, vol. 5, 1995, p. 590.

¹³ L'article 5, alinéa 4, nCst. dispose: "La Confédération et les cantons respectent le droit international."

¹⁴ JdT 1993 IV 12.

¹⁵ JdT 1997 I 556.

¹⁶ Pratique suisse 1991, n° 2.3, RSDIE, vol. 2, 1992, p. 369.

¹⁷ Pratique suisse 1989, n° 2.1, ASDI, vol. XLVII, 1990, p. 138.

¹⁸ Pratique suisse 1996, n° 2.2, RSDIE, vol. 7, 1997, p. 647.

¹⁹ JdT 1984 IV 64 (résumé).

²⁰ Pratique suisse 1974, n° 2.1, ASDI, vol. XXXI, 1975, p. 204.

²¹ Pratique suisse 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

²² Pratique suisse 1993, n° 2.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 599.

²³ Pratique suisse 1997, n° 2.2, RSDIE, vol. 8, 1998, p. 639.

particulièrement comme habitats d'oiseaux (dite Convention de Ramsar) (RS 0.451.45), la DDIP exposa ce qui suit:

...

Aux termes de l'article 9 de la Convention de Ramsar (...), "tout membre de l'Organisation des Nations Unies, de l'une de ses institutions spécialisées ou de l'Agence internationale de l'énergie atomique, ou toute Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, peut devenir Partie contractante à cette Convention".

On se souviendra que, le 22 septembre 1992, l'Assemblée générale des Nations Unies, faisant sienne la recommandation du Conseil de sécurité du 19 septembre 1992 (Résolution 777), a adopté la Résolution 47/1, dont le premier paragraphe se lit comme suit: "(L'Assemblée générale) considère que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut pas assumer automatiquement la continuité de la qualité de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies et, par conséquent, décide que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'adhésion à l'Organisation et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale."

Les dispositions de cette résolution ont été interprétées par le Secrétariat général de l'ONU comme s'appliquant également aux organes subsidiaires de l'Assemblée générale et aux conférences ainsi qu'aux réunions convoquées par celle-ci (cf. Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, 1997, (document) ST/LEG/8, paragraphe 89, p. 25). Cette interprétation semble avoir été reprise, mutatis mutandis, par les institutions spécialisées des Nations Unies. Ainsi, par exemple, l'Union postale universelle (UPU) précise-t-elle ceci:

"In 1998, the Council of Administration decided not to invite the Federal Republic of Yugoslavia to the 1999 Universal Postal Congress nor to any other UPU meeting until the issue of its accession to membership in the UPU is resolved."²⁴

De même l'Organisation internationale du travail (OIT) fait observer que: "(t)he Federal Republic of Yugoslavia (i.e. the territory of Serbia and Montenegro) is still not recognised as continuing automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) in the ILO. Information from or about the Federal Republic of Yugoslavia should therefore use that name rather than "Yugoslavia", which is used to refer to the former SFRY."²⁵

Pour sa part, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) fait figurer la Yougoslavie en caractères italiques sur la liste des Etats membres. D'autres institutions spécialisées, telles que l'Organisation météorologique mondiale (OMM), l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), l'Union internationale des télécommunications (UIT) ou encore l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), s'abstiennent de tout commentaire et laissent encore et toujours la "Yougoslavie" sur leurs listes d'Etats membres, parfois en ajoutant les dates d'"adhésion" se rapportant à la République socialiste fédérative de Yougoslavie.

L'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) mentionne, sans autre précision, la Yougoslavie au nombre de ses Etats membres contributeurs. La "Yougoslavie" apparaît en effet sur le tableau de répartition des contributions établi pour le budget 1999 de l'Agence.

Dans son ordonnance du 8 avril 1993, rendue dans le cadre de l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie - Serbie et Monténégro -), la Cour internationale de Justice s'est penchée sur le statut de la Yougoslavie à l'ONU après avoir rappelé que tous les Etats membres des Nations Unies sont automatiquement Parties au Statut de la Cour. La CIJ a en particulier souligné que le statut de la Yougoslavie, tel qu'il résulte de la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, "ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques" (CIJ, Recueil 1993, paragraphe 18, p. 14). Ceci dit, la CIJ a toutefois considéré qu'elle n'avait pas à statuer définitivement, à ce stade de la procédure, sur l'appartenance ou non de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à l'ONU. En effet, la CIJ n'allait pas fonder sa compétence sur l'article 35, paragraphe 1, qui ouvre la Cour aux Etats Parties à son Statut, mais plutôt sur l'article 35, paragraphe 2, qui concerne les autres Etats, auxquels la Cour peut être ouverte en vertu de dispositions particulières de traités (en l'espèce: l'article IX de la Convention sur le génocide²⁶).

En résumé, le statut de la Yougoslavie (aujourd'hui République fédérale) à l'ONU n'a toujours pas été tranché définitivement sur le plan juridique. Il demeure suspendu aux résolutions 777 (1992) du Conseil de sécurité et 47/1 (1992) de l'Assemblée générale des Nations Unies, libellées en des termes aussi subtils qu'ambigus. Dans la mesure où la position des institutions spécialisées à l'égard de la question yougoslave semble dépendre de la solution qui sera retenue dans le cadre de l'ONU, il est impossible juridiquement d'affirmer aujourd'hui que la République fédérale de Yougoslavie n'est membre d'aucune institution spécialisée des Nations Unies. Partant, sur le plan du droit, on ne saurait prétendre avec certitude que la République fédérale de Yougoslavie n'est pas Partie à la convention de Ramsar. Dans ces conditions, la question de la participation de la République fédérale de Yougoslavie à la Septième Conférence des Etats Parties à ladite convention nous paraît se poser essentiellement en des termes politiques.

...

²⁴ (Traduction): "En 1998 le Conseil d'administration décida de ne pas inviter la République fédérale de Yougoslavie au Congrès postal universel de 1999, ni à aucune autre réunion de l'UPU, jusqu'à ce que fût résolue la question de son admission à la qualité de membre de l'Union."

²⁵ (Traduction): "(l)la République fédérale de Yougoslavie (c'est-à-dire les territoires de la Serbie et du Monténégro) n'est toujours pas reconnue comme continuant automatiquement la qualité de membre de la République socialiste fédérale de Yougoslavie (RSFY) dans le cadre de l'OIT. Les informations provenant de la République fédérale de Yougoslavie ou portant sur celle-ci devraient donc utiliser cette désignation plutôt que le nom "Yougoslavie", qui est utilisé pour désigner l'ancienne RSFY."

²⁶ Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (FF 1999, p. 4942).

Communication adressée le 5 mai 1999 par la DDIP à la Mission permanente d'observation de la Suisse à New-York. Document inédit.

3.2 Situation internationale actuelle de la République fédérale de Yougoslavie au sein des organisations internationales et à l'égard des traités multilatéraux

Répondant à une question posée par l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, portant sur l'adhésion de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) à l'Arrangement de Lisbonne, du 31 octobre 1958, concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, auquel la Suisse n'est pas Partie, la DDIP émet un nouvel avis de droit sur la situation internationale de la République fédérale de la Yougoslavie. La première partie de cet avis est identique avec le texte du document reproduit sous 3.1, sauf pour le dernier paragraphe de celui-ci. La DDIP continua ainsi:

... En résumé, le statut de la Yougoslavie (aujourd'hui République fédérale) à l'ONU n'a toujours pas été tranché définitivement sur le plan juridique. Il demeure suspendu aux résolutions 777 (1992) du Conseil de sécurité et 47/1 (1992) de l'Assemblée générale des Nations Unies, libellées en des termes aussi subtils qu'ambigus. Dans la mesure où la position des institutions spécialisées à l'égard de la question yougoslave semble dépendre de la solution qui sera retenue dans le cadre de l'ONU, il est aujourd'hui juridiquement impossible de répondre à la question de savoir si la RFY peut être admise à se prévaloir de la qualité d'Etat membre des institutions spécialisées des Nations Unies auxquelles la République socialiste fédérative de Yougoslavie (RSFY) participait.

S'agissant de l'OMPI, on se souviendra que l'année dernière l'Assemblée des Etats membres avait été saisie par la Slovénie, également au nom de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie et de la Macédoine, d'un projet de "Résolution concernant la participation et le statut à l'OMPI des Etats successeurs de l'ancienne République socialiste fédérative de Yougoslavie" (document OMPI A/32/6, du 24 février 1998). Afin d'éviter une épreuve de force juridico-politique à l'issue pour le moins incertaine, la discussion de ce projet de résolution n'a toutefois pas eu lieu mais été "reportée à une date plus appropriée" (...).

... On le sait, la Croatie, la Macédoine, la Slovénie et la Bosnie-Herzégovine, tous Etats successeurs de la RSFY, contestent fermement la qualité d'Etat continuateur que revendique la RFY et saisissent chaque occasion qui se présente pour rappeler leur position et tenter d'amener le reste de la communauté internationale à leur emboîter le pas dans l'espoir de créer un précédent susceptible de sceller juridiquement le statut d'Etat successeur qu'elles souhaitent voir attribuer à la RFY. La lettre que les missions permanentes croate, macédonienne et slovène²⁷ ont adressée au Directeur général de l'OMPI le 12 juillet dernier pour exprimer leur opposition à l'adhésion de la RFY à l'arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international ne représente qu'un exemple parmi d'autres.

Les résolutions 777 (1992) du Conseil de sécurité et 47/1 (1992) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'affectent en principe pas le droit de la RFY de devenir Partie à des traités multilatéraux, sauf décision prise par un organe compétent représentant la communauté internationale des Etats dans son ensemble ou par un organe de traité compétent à l'égard d'un traité ou d'un accord particulier (cf. Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, 1997, (document) ST/LEG/8, paragraphe 88, pp. 25-26). Pour chaque traité, il convient néanmoins de vérifier les conditions auxquelles la qualité d'Etat Partie est subordonnée.

La RSFY n'était pas Partie à l'arrangement de Lisbonne. L'article 14, paragraphe premier, de cet arrangement stipule que "chacun des pays de l'Union particulière de Lisbonne qui a signé le présent Acte peut le ratifier et, s'il ne l'a pas signé, peut y adhérer". Cette disposition n'offrait pas une voie praticable à la RFY pour devenir Partie à l'arrangement de Lisbonne, car, le 31 octobre 1958, date à laquelle ledit arrangement a été conclu, la Yougoslavie ne figurait pas parmi les pays de l'Union de Lisbonne.

La RFY a donc choisi d'emprunter l'alternative prévue par l'article 14, paragraphe 2, alinéa a, de l'arrangement. Cette disposition permet en effet à tout pays étranger à l'Union particulière de Lisbonne, Partie à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle²⁸, d'adhérer à l'arrangement de Lisbonne et de devenir, de ce fait, membre de l'Union particulière.

On l'aura compris, la question qui se pose ici est de savoir si la RFY figure au nombre des Etats Parties à la Convention de Paris. Pour la RFY, la réponse est claire et ne souffre aucune discussion: elle est Partie à la Convention depuis le 26 février 1921 en raison de son statut de continuateur de la RSFY. La Croatie, la Slovénie et la Macédoine ne partagent évidemment pas cet avis et considèrent que la RFY n'est pas Partie à la convention, puisque pour l'heure, cet Etat n'a déposé ni instrument d'adhésion ni déclaration de succession auprès du Directeur général de l'OMPI.

La Croatie, la Slovénie et la Macédoine, de même que, lorsqu'il y a lieu, la Bosnie-Herzégovine, sont les seuls Etats à s'opposer de manière expresse et systématique à la reconnaissance de la qualité d'Etat Partie de la RFY à des traités internationaux lorsque la procédure suivie pour prétendre à cette qualité ne correspond pas à celle réservée aux Etats successeurs de la RSFY. Le reste de la communauté internationale, dont la Suisse, se contente le plus souvent d'observer un silence prudent.

A titre d'exemple, on observera que, à notre connaissance, seule une poignée d'Etats (Italie, Belgique, Suède, Espagne, Allemagne, Danemark, Autriche et les Pays-Bas) ont fait savoir formellement au Directeur général de l'OMPI qu'ils

²⁷ La Bosnie-Herzégovine semble ne pas avoir été associée à cette démarche.

²⁸ Convention révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04).

considéraient comme nuls et de nuls effets les instruments déposés le 30 novembre 1993 par la RFY en vue, d'une part d'adhérer au Traité de Budapest (du 28 avril 1977) sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet, (RS 0.232.145.1)²⁹ et, d'autre part, de ratifier l'Arrangement de La Haye (du 2 juin 1934) concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels, (RS 0.232.121.1)³⁰.

L'adhésion de la RFY à l'arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, communiquée aux Etats Parties par notification du Directeur général de l'OMPI du 1^{er} mars 1999, n'a semble-t-il pour l'heure suscité aucune réaction à l'exception de celle exprimée par la Croatie, la Slovénie et la Macédoine.

L'adhésion de la RFY au Traité sur le droit des marques³¹, notifiée aux Etats Parties le 15 juin 1998, n'a guère été davantage contestée jusqu'ici. Il y a quelques jours, le 11 août, nous avons toutefois reçu du Directeur général de l'OMPI une communication reproduisant le texte d'une note verbale que la Mission permanente de la République fédérale d'Allemagne auprès de l'Office des Nations Unies à Genève lui a adressée en date du 16 juillet 1999. Dans cette note, l'Allemagne signale tout d'abord qu'elle ne considère pas la RFY comme un membre de l'OMPI. Elle précise cependant ensuite qu'elle ne remet pas en question la validité de l'adhésion de la RFY au traité sur le droit des marques, fondée sur le fait que la République fédérale de Yougoslavie est Partie à la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle³².

Présentée en ces termes, cette prise de position peut paraître surprenante, voire contradictoire. L'Allemagne a toutefois pris la précaution de l'étayer. Voici comment: "En droit international, les Etats successeurs d'un Etat qui a cessé d'exister continuent généralement d'être liés par les obligations conventionnelles de l'Etat prédécesseur. Etant donné que la RSFY était Partie à la convention de Paris, la RFY continue à être liée par les obligations contractées à ce titre. Par souci de clarté, l'Allemagne demande néanmoins à la République fédérale de Yougoslavie de confirmer sa succession à la convention de Paris, comme l'ont fait les quatre autres Etats successeurs. L'adhésion de la République fédérale de Yougoslavie au traité sur le droit des marques en sa qualité de Partie à la convention de Paris, cependant, ne saurait en aucune façon être interprétée comme impliquant la reconnaissance d'une revendication des autorités de la République fédérale de Yougoslavie selon laquelle leur Etat serait identique à l'ancienne République socialiste fédérative de Yougoslavie."

A la lumière de ces développements, on constate que si l'Allemagne ne remet pas en cause la validité de l'adhésion de la RFY au traité sur le droit des marques, elle la soumet néanmoins à condition puisqu'elle invite la RFY à confirmer sa succession à la convention de Paris.

Cette prise de position a le mérite de rappeler clairement le refus des autorités allemandes de reconnaître le statut de continuateur revendiqué par la RFY. Elle ne règle toutefois pas le problème posé par l'adhésion de la RFY à l'arrangement de Lisbonne et au traité sur le droit des marques. Au contraire, elle soulève immédiatement la question suivante: jusqu'à quand doit-on agir sur la base de la présomption selon laquelle la RFY a succédé à la convention de Paris? La RFY pourrait en effet bien tarder, voire même ne jamais donner suite à l'invitation qui lui a été faite de confirmer sa succession à cette convention.

III. Un Etat qui revendique le statut de continuateur s'engage, puisqu'il se considère comme étant automatiquement lié, à assumer les obligations découlant des accords auxquels l'Etat dont il se prétend le continuateur était Partie. Le fait que ce statut soit contesté par le reste de la communauté internationale demeure à cet égard sans incidence. Dans son ordonnance du 8 avril 1993, rendue dans le cadre de l'affaire de l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie - Serbie et Monténégro -), la Cour internationale de Justice a d'ailleurs non seulement considéré que la RFY est liée par sa volonté de respecter strictement tous les engagements que la RSFY a pris à l'échelon international, volonté exprimée formellement lors de la proclamation de la RFY, le 27 avril 1992, et confirmée dans une note officielle, datée du même jour, adressée au Secrétaire général des Nations Unies, mais elle a aussi conclu que la Yougoslavie était Partie à la Convention sur le génocide (CIJ, Recueil 1993, paragraphe 26, p. 16).

On observera en outre qu'un Etat qui se considère comme continuateur ne pourra pas exciper de la non-reconnaissance de sa qualité d'Etat Partie à un traité pour se soustraire à ses engagements, car, ce faisant, il reconnaîtrait au statut qu'il réclame et accepterait, par voie de conséquence, le statut d'Etat successeur. Enfin, on remarquera que le refus de reconnaître, pour un traité donné, la qualité de Partie à un Etat dont le statut de continuateur est contesté a pour corollaire que les Etats Parties à ce traité renoncent à exiger dudit Etat qu'il en respecte les dispositions et les obligations qui en découlent.

En conclusion, nous sommes d'avis que la RFY est liée par la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et que, de ce fait, sauf décision contraire prise par un organe compétent représentant la communauté internationale des Etats dans son ensemble ou par un organe compétent de l'OMPI, son adhésion à l'arrangement de Lisbonne et au traité sur le droit des marques est valable.

...

²⁹ L'article 15 du traité stipule que tout Etat membre de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle (Union de Paris) peut devenir Partie à ce traité.

³⁰ Cet arrangement avait été signé par la RSFY le 28 novembre 1960, mais pas ratifié.

³¹ Traité du 27 octobre 1994 (RS 0.232.112.1).

³² On observera que l'Allemagne n'était pas du même avis il y a quelques années puisqu'elle a fait savoir au Directeur général de l'OMPI qu'elle considérait comme nul et de nul effet l'instrument d'adhésion de la RFY au traité de Budapest (cf. note 29).

Communication adressée le 23 août 1999 par la DDIP à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle du Département fédéral de justice et de police. Document inédit.

3.3 Personnalité internationale et immunité de juridiction des organisations intergouvernementales; limites à cette immunité?

L'affaire ici évoquée concerne un litige relatif aux relations de travail opposant A. au Bureau d'observation de la Ligue des Etats arabes auprès de l'Office des Nations Unies à Genève. A., qui s'était occupé des archives du Bureau d'observation, à l'exclusion de ceux de l'Ambassadeur, s'était fait congédier à la suite d'une restructuration et avait réclamé diverses indemnités.

Malgré l'existence de voies de recours à l'intérieur de la Ligue des Etats arabes, A. saisit le Tribunal genevois des prud'hommes qui, dans un premier temps, suspendit la procédure pour permettre au demandeur d'essayer les voies en question, puis, devant la passivité de celui-ci, se déclara incompétent en raison de l'immunité de juridiction invoquée par l'Organisation et de la non-utilisation, par le demandeur, des voies de recours aménagées à l'intérieur de la Ligue. Ce résultat ayant été confirmé, pour l'essentiel, par la Chambre d'appel, A. s'adressa au TF, qui écarta son recours. Voici un extrait de son arrêt:

4. Le demandeur conteste que la défenderesse puisse être mise au bénéfice d'une immunité de juridiction absolue et complète.

a) L'immunité de juridiction des organisations internationales suppose en premier lieu que celles-ci soient dotées de la personnalité juridique internationale.

Acquérant leur personnalité juridique interne par une disposition de leurs actes constitutifs, les organisations interétatiques disposent de la personnalité juridique internationale en vertu d'une règle de droit international général, à condition cependant de réunir un ensemble de critères objectifs. En particulier, il appartient aux Etats membres de dire si une telle organisation possède la personnalité juridique internationale; pour l'Etat hôte, la reconnaissance de la personnalité juridique internationale d'une organisation trouvera son fondement dans l'accord de siège (ATF 118 Ib 562, c. 1a et les références citées³³).

La Suisse se trouve dans une situation particulière vis-à-vis de la défenderesse puisque, d'une part, elle ne figure pas parmi les Etats membres et que, d'autre part, elle n'a pas conclu d'accord de siège avec celle-ci. En revanche, il est admis que le Conseil fédéral, par décision du 17 mars 1975, a autorisé la défenderesse à ouvrir un bureau permanent à Genève en la faisant bénéficier des privilèges et immunités appartenant aux bureaux permanents des organisations intergouvernementales. La Suisse a ainsi démontré qu'elle considérait la défenderesse comme détentrice de la personnalité juridique internationale.

b) L'immunité de juridiction des organisations internationales ne découle pas directement de leur personnalité juridique internationale. N'étant pas, contrairement aux Etats, des sujets pléniers du droit international, ces organisations tiennent toujours leur immunité d'un instrument de droit international public, que ce soit de conventions multilatérales entre Etats membres d'une organisation ou d'accords bilatéraux, les accords de siège avec l'Etat hôte venant au premier rang (ATF 118 Ib 562, c. 1a). Quel que soit son fondement, le respect de l'immunité de juridiction d'une organisation internationale sur le territoire d'un Etat déterminé suppose que celui-ci lui en ait reconnu le bénéfice (Pierre Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles 1998, p. 229).

Il n'est pas nécessaire de rechercher le fondement de l'immunité de juridiction de la défenderesse s'il apparaît que la Suisse en a admis le principe. Dans son autorisation du 17 mars 1975, le Conseil fédéral a expressément garanti au Bureau permanent de la défenderesse de bénéficier des privilèges et immunités reconnus aux bureaux permanents d'autres organisations intergouvernementales. Il faut comprendre cette déclaration comme l'acceptation, par la Suisse, de l'immunité de juridiction de la défenderesse. Peu importe qu'elle découle d'un acte unilatéral de droit interne sans figurer dans un accord international, puisqu'elle ne constitue pas le fondement de l'immunité de cette organisation, mais seulement sa reconnaissance par un Etat déterminé.

C'est donc à juste titre que la cour cantonale a admis l'existence de l'immunité de juridiction de la défenderesse. Reste à déterminer si celle-ci couvre le présent litige.

c) Le Tribunal fédéral admet que les organisations internationales bénéficient d'une immunité absolue et complète, ne comportant aucune restriction. Le principe de l'immunité dite relative ne s'applique qu'aux Etats, la distinction entre *acta de jure imperii* et *de jure gestionis* ne valant pas pour les organisations internationales. Les raisons de cette différence doivent, notamment, être recherchées dans le fondement juridique même de l'immunité octroyée aux organisations internationales et dans l'absence d'assise territoriale de celles-ci (cf. ATF 118 Ib 562, c. 1a et les références citées). La jurisprudence précise cependant que, l'immunité leur garantissant d'échapper à la juridiction des tribunaux étatiques, les organisations internationales au bénéfice d'un tel privilège s'engagent envers l'Etat hôte, généralement dans l'accord de siège, à prévoir un mode de règlement des litiges pouvant survenir à l'occasion de contrats conclus avec des personnes privées. Cette obligation de prévoir une procédure de règlement avec les tiers constitue la contrepartie à l'immunité octroyée (ATF 118 Ib 562, c. 1b).

³³ Pratique suisse 1992, n° 3.3, RSDIE, vol. 3, 1993, p. 692.

Cette exigence tend à garantir un accès à la justice aux personnes dont les litiges sont couverts par l'immunité de juridiction de l'organisation. Elle ne peut être assimilée à une prorogation de for et n'a donc pas à en respecter les conditions, contrairement à l'avis du demandeur.

Le fait que certains Etats aient une approche plus restrictive de l'immunité de juridiction des organisations internationales n'est pas de nature à remettre en cause la conception suisse, ce d'autant que le caractère absolu de cette immunité est la règle qui prévaut sur le plan international (Klein, op. cit., pp. 230 et s.).

En vertu des principes exposés ci-dessus, la défenderesse bénéficie d'une immunité de juridiction absolue et complète, sous réserve de l'existence d'une procédure de règlement avec les tiers soustraits à la juridiction des tribunaux nationaux. Certes, la défenderesse n'a pris aucun engagement spécifique envers la Suisse à cet égard. Elle a cependant institué sa propre autorité judiciaire, désignée sous le terme de tribunal administratif et dont le siège est au Caire. Selon l'arrêt attaqué, ce tribunal est composé de cinq juges indépendants de l'Organisation et élus pour une période déterminée. La procédure se déroule en arabe et le demandeur doit être représenté par un avocat arabe. L'émolument exigé s'élève à environ 60 Fr. Le litige doit être préalablement soumis au Secrétaire de la défenderesse avant d'être introduit devant le Tribunal administratif dans les 60 jours d'une réponse insatisfaisante ou dans les 90 jours d'une demande non suivie de réponse. Pour un demandeur maîtrisant l'arabe, ce qui est le cas en l'espèce, on peut considérer *prima facie*, à l'instar de la cour cantonale, que ce Tribunal garantit l'obtention d'une décision de justice équitable (cf. également, en ce sens, Ridha Ben Hammed, *Le Tribunal administratif de la Ligue des Etats Arabes*, in: *Le système régional arabe*, Paris 1989, pp. 213 et ss, 215).

Encore faut-il que le demandeur puisse avoir accès à ce Tribunal. Dans son Règlement du personnel de 1987, applicable au demandeur, la défenderesse a indiqué que les litiges avec son personnel devaient être tranchés par le Tribunal administratif ou conformément aux dispositions figurant dans l'accord de siège. S'agissant des employés locaux, il est encore précisé que le règlement est applicable, mais qu'il est tenu compte des lois et mesures en vigueur dans le pays hôte et des accords de siège, s'ils existent. Il apparaît donc qu'en l'absence d'accord de siège, tant les fonctionnaires que les employés locaux doivent s'adresser au Tribunal administratif de la défenderesse. Le fait que, pour ces derniers, le Tribunal de la défenderesse doive éventuellement tenir compte du droit interne du pays hôte ne change rien à la compétence de cette autorité. Certes, un auteur conteste la possibilité, pour les employés locaux, de s'adresser au Tribunal administratif, tout en critiquant ce résultat (Ridha Ben Hammed, op. cit., p. 222). L'inverse est cependant également soutenu (cf. Omaia Elwan, *Kollisionsrechtliche Probleme bei Arbeitsstreitigkeiten zwischen einer Internationalen Organisation und ihren Arbeitskräften*, dargestellt am Beispiel der Arabischen Liga, IPRax (Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts) 1995, pp. 1 et ss, 2) et le règlement de 1987 semble bien admettre la compétence du Tribunal administratif pour trancher des conflits entre l'Organisation et ses employés locaux.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette controverse car, même s'il subsistait un doute quant à la compétence du Tribunal administratif pour connaître du litige, la cour cantonale a fait en sorte que le demandeur ne se trouve pas dans l'impossibilité de s'adresser à une autorité judiciaire. En effet, avant de se prononcer définitivement, elle a suspendu la procédure pour permettre au demandeur de saisir le Tribunal administratif dans un délai de 18 mois, précisant que la cause serait rayée du rôle si celui-ci n'apportait pas la preuve qu'il était victime d'un déni de justice dans ce délai. Or, il découle des faits retenus que le demandeur n'a rien entrepris pour ... saisir (le) Tribunal administratif, bien qu'il ait été informé par l'Ambassade de Suisse au Caire de la procédure à suivre. Celui-ci ne peut donc se plaindre d'une atteinte à son droit d'accès à la justice, en invoquant une hypothétique incompétence du Tribunal administratif, alors qu'au moment où il en avait l'occasion, il n'a même pas tenté de porter son litige devant cette autorité.

Dans ces circonstances, le recours doit être rejeté et l'arrêt attaqué confirmé.

Arrêt du TF, du 25 janvier 1999, dans la cause A. c. Ligue des Etats arabes (c. 4). Arrêt non publié.

3.4 Droit pénal international: genèse et développement

Le Message qu'il adressa aux Chambres fédérales pour leur proposer l'approbation de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (FF 1999, p. 4942) donna au Cons. féd. l'occasion de retracer l'évolution du droit pénal international et des organes internationaux chargés de l'appliquer.

...

Le droit international classique se contente de régir les relations entre Etats. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, suite aux méfaits des régimes dictatoriaux, l'individu s'est vu reconnaître des droits dans l'ordre juridique international, mais peut également être soumis par ce dernier à une responsabilité pénale. C'est le droit pénal international qui réprime les violations de droits protégés par le droit international commises par un individu. En la circonstance, il est en effet aussi bien soumis aux principes du droit international qu'à ceux du droit pénal. Les sources du droit pénal international³⁴ sont pour l'essentiel identiques à celles du droit international général³⁵.

³⁴ Ce principe n'est entièrement valable que pour le droit international écrit. Pour les rapports entre les autres sources de droit international et le principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, voir Otto Triffter, *Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts*, *Österreichische Juristenzeitung (OJZ)*, 51^e année, cahier 9, p. 328, avec de nombreuses références.

³⁵ Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ). Voir l'Arrêté fédéral du 12 mars 1948 concernant l'adhésion de la Suisse au Statut de la Cour internationale de Justice et la reconnaissance de la juridiction obligatoire de cette Cour aux termes de l'article 36 du Statut (RS 193.5).

Le droit pénal international trouve ses origines historiques dans le droit de la guerre, qui réglait, au Moyen-Age déjà, le comportement des armées face aux combattants et à la population ennemis. Il s'agissait de faire en sorte qu'en temps de guerre l'on épargne les couvents et les églises, ainsi que les femmes et les enfants. Des tribunaux de guerre devaient punir les contrevenants. La Convention de Genève de 1864 relative à la protection des blessés et malades des armées en campagne³⁶ fut le premier exemple de codification de telles règles. Il s'ensuivit un développement continu de ce domaine, que l'on désigne depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale comme le droit international humanitaire.

Dès l'origine a prévalu l'opinion que les violations du droit de la guerre devaient être réprimées. Vers la fin du 19^e siècle s'est progressivement imposée la conception selon laquelle les Etats étaient fondés à punir les actes contraires au droit, même s'ils étaient commis à l'étranger par des ressortissants d'autres Etats ou sur des victimes de nationalité étrangère.

Des tribunaux militaires internationaux furent créés à la fin de la Deuxième Guerre mondiale pour punir les principaux auteurs de crimes de guerre des puissances de l'Axe. On peut affirmer que la création des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg³⁷ et de Tokyo³⁸ a constitué une étape essentielle dans l'histoire du droit pénal international. Ces tribunaux avaient en effet à traiter, à côté du crime de guerre connu jusqu'alors, de deux autres types d'actes contraires au droit international: le crime contre la paix (consistant à préparer et à mener une guerre d'agression) et le crime contre l'humanité (consistant à exécuter systématiquement des actes hautement inhumains contre la population civile, y compris la sienne). Cette dernière catégorie (crime contre l'humanité³⁹) présente un intérêt particulier en ceci que des poursuites n'ont pas eu lieu seulement en cas de commission liée aux activités guerrières, critère qui permettait jusque-là de délimiter le droit pénal international du droit de la guerre. Quant au génocide, il n'était pas considéré par les Statuts des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo comme un crime indépendant. Ainsi, la persécution pour motifs politiques, raciaux ou religieux ne constituait un crime que si elle avait lieu lors de la commission d'un autre crime, ou que si elle était liée à un autre crime que les tribunaux avaient la compétence de réprimer.

En 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies donna le double mandat à la Commission du droit international de formuler les principes de droit international reconnus par le Statut et les jugements du Tribunal militaire de Nuremberg, ainsi que d'établir un catalogue des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁴⁰. Le 9 décembre 1948, l'Assemblée adopta la Convention contre le génocide⁴¹. On espérait avec ce traité pouvoir définitivement prévenir et réprimer le crime le plus terrible commis durant la Deuxième Guerre mondiale, à savoir l'anéantissement de groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux.

L'étape suivante du développement du droit pénal international fut marquée par l'adoption des Conventions de Genève de 1949 (complétées en 1977 par deux Protocoles additionnels) relatives à la protection des blessés, des malades, des prisonniers et de guerre et des personnes civiles en cas de conflits armés⁴². Ces conventions imposent à tous les Etats Parties d'établir des dispositions pénales pour en réprimer les violations graves, indépendamment de toute considération de la nationalité des auteurs ou du lieu de leur commission.

Avec l'établissement des tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie⁴³ et le Rwanda⁴⁴ s'est présentée, pour la première fois depuis les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, la possibilité de faire juger⁴⁵ par une cour internationale des individus pour des violations graves du droit international humanitaire. Les Statuts de ces deux Tribunaux établissent en quelque sorte l'état actuel du droit pénal international. Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie consacre des règles de nature coutumière en prévoyant la répression des crimes suivants: violations graves des conventions de Genève de 1949 (article 2); violations des lois ou coutumes de la guerre (article 3); génocide (article 4); crimes contre l'humanité (article 5). Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda est en partie moins étendu car le conflit rwandais était de nature non internationale. L'obligation de répression pénale en cas de violations graves du droit humanitaire découlant des quatre conventions de Genève et de leur premier protocole n'est donc pas intégralement applicable en l'espèce. Ce Statut trouve ainsi son fondement dans la valeur coutumière des crimes suivants: génocide (article 2); crimes contre l'humanité (article 3); violations de l'article 3 commun aux conventions de Genève, applicable aux conflits armés non internationaux, et violations du protocole additionnel relatif aux conflits armés non internationaux - protocole II - (article 4).

Le Statut de la Cour pénale internationale adopté par la conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale, le 17 juillet 1998 à Rome⁴⁶, définit le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

³⁶ Voir D. Schindler/J. Toman, *Droit des conflits armés*, Genève 1996, p. 341.

³⁷ Bases légales pour le Tribunal militaire international de Nuremberg: Statut annexé à la Charte de Londres du 8 août 1945 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 82, p. 279, 59 Stat. 1544, E.A.S. N° 472), in: Charles Bevans (éd.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America*, vol. 3, (Washington D.C.) 1970, p. 1238.

³⁸ Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg a été repris par Décision du Commandant en chef des troupes d'occupation au Japon (création du Tribunal militaire international de Tokyo) le 19 janvier 1946 (T.I.A.S. 1589) publié in: Bevans, op. cit., vol. 4, 1970, p. 20.

³⁹ L'article 6, lettre c, du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg énumère les crimes contre l'humanité: assassinat, extermination, esclavage, déportation ou autres traitements inhumains infligés à la population civile, quelle que soit son origine.

⁴⁰ Résolution 177 (II) du 21 novembre 1947.

⁴¹ Cf. note 26.

⁴² Conventions du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51) et Protocoles du 8 juin 1977 (RS 0.518.521 et 0.518.52).

⁴³ Résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993.

⁴⁴ Résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 8 novembre 1994.

⁴⁵ Voir le Message du Conseil fédéral du 18 octobre 1995 concernant l'Arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (FF 1995 IV 1065).

⁴⁶ Nations Unies, document A/CONF. 183/9.

Depuis la fin de la confrontation est-ouest qui handicapait la coopération internationale dans de nombreux domaines, et suite aux événements survenus lors des derniers conflits armés régionaux et non internationaux, le droit pénal international a regagné une certaine attention. Il est cependant encore considéré comme étant en phase de développement.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal. FF 1999, p. 4911 (4913-4915). Pour d'autres extraits de ce texte, voir les nos 2.1 et 5.1.

3.5 Droit pénal international: Ne bis in idem

Le texte reproduit ci-après, rédigé par la DDIP, porte sur la délimitation des compétences respectives du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPR), créé par la Résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 8 novembre 1994, et des tribunaux suisses sous l'angle du principe Ne bis in idem.

(Traduction:)

...

Il faut partir de l'article 9, paragraphe premier, du Statut du TPR (ci-après: Statut)⁴⁷, qui énonce le principe Ne bis in idem. Selon ce principe, une personne ne peut être amenée devant une juridiction nationale lorsqu'elle a déjà été condamnée ou acquittée pour le même acte par le TPR. Ici une décision sur le fond, revêtue de l'autorité de la chose jugée, forme un obstacle procédural, à examiner d'office, qui empêche non seulement l'engagement d'une procédure judiciaire, mais même l'ouverture d'une instruction, à condition qu'il s'agisse du même acte commis par la même personne. Le Statut reste muet, en revanche, sur le point de savoir s'il y a identité de l'acte. Selon les conceptions admises en Suisse, on doit se fonder, pour résoudre la question, sur l'acte matériel qui a formé l'objet de la première procédure ou sur l'énoncé concret des faits tel qu'il ressort de l'acte d'accusation. Nous pensons que ce critère est également valable pour constater l'identité des faits dans un contexte international, comme celui de l'espèce.

Il y a lieu cependant de tenir compte de ce que la compétence du TPR est limitée, *ratione materiae*, aux violations graves du droit international humanitaire perpétrées par des ressortissants rwandais sur le territoire du Rwanda ou des pays voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994. Parmi les violations graves figurent les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949^{48, 49}. Il est évident que la compétence *ratione materiae*, telle que la définit le Statut du TPR, est beaucoup moins étendue que celle des juridictions pénales suisses. Si l'on se fondait, lors de l'examen du problème Ne bis in idem (en plus des exigences d'un jugement valable sur le fond et de l'identité de l'auteur), sur le seul acte matériel ou sur les seuls faits évoqués par l'acte d'accusation, cela pourrait avoir pour conséquence que des accusés dont les actes avérés ne pouvaient entrer dans la description des faits pénalement réprimés par le Statut et qui, partant, seraient acquittés par le TPR ne pourraient être jugés par un tribunal suisse, même si ces actes étaient punissables en droit suisse. C'est pourquoi un critère additionnel est nécessaire afin d'éviter ce résultat choquant. Vu la compétence *ratione materiae* limitée du TPR, les faits punissables pris en compte dans les deux procédures pénales devraient servir de critère additionnel dans l'application du principe Ne bis in idem. Même lorsque l'identité de l'acte est établie, l'accusé ne devrait pouvoir se voir reprocher les violations des dispositions pénales nationales dont les éléments subjectifs et objectifs recouvrent ceux déjà pris en considération par le TPR en vertu du Statut, ni celles qui se trouvent être, avec ces éléments, dans une situation de concours non authentique.

Si l'on appliquait ce critère, un individu, acquitté par le TPR d'actes de génocide ou de crimes contre l'humanité pourrait, par exemple, être condamné par une juridiction nationale pour assassinat au sens de l'article 112 du Code pénal suisse⁵⁰ lorsque toutes les conditions prévues par le code sont réunies. Le principe Ne bis in idem demeurerait inapplicable dans une telle situation parce que les éléments subjectifs de l'assassinat énoncés par l'article 112 du Code pénal sont distincts de ceux prévus par le Statut pour les actes de génocide ou les crimes contre l'humanité. En revanche, une personne condamnée par le TPR pour des actes de génocide ou des crimes contre l'humanité ne saurait, pour les mêmes faits, être accusé sur le plan national d'assassinat au sens de l'article 112 du code pénal suisse, car cette disposition se trouve en une situation de concours non authentique avec les actes ou crimes en question.

En résumé, on peut dire qu'une procédure ne peut être ouverte sur le plan national, en raison du principe Ne bis in idem, lorsque:

⁴⁷ Ce Statut est joint à la Résolution 955 du Conseil de sécurité. Voir Nations Unies, document S/RES/955, Annexe (1994).

⁴⁸ La définition du génocide prévoit que l'auteur a commis l'un des actes suivants dans l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux: meurtre de membres du groupe, actes causant un préjudice physique ou psychique grave à des membres du groupe, transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre. Sont également punissables, dans ce sens, la conspiration dans le but de commettre un génocide, l'incitation directe et publique, la tentative et la participation.

Les crimes contre l'humanité sont énumérés à l'article 3 du Statut (ils comprennent notamment l'assassinat, l'anéantissement, la déportation, la torture et le viol). Ici il faut une intention de l'auteur de commettre ces actes dans le but de porter une attaque massive et systématique à la population civile pour des motifs d'ordre national, politique, ethnique ou religieux.

En raison du renvoi à l'article 3 commun aux conventions de Genève de 1949, le TPR est également compétent pour juger d'attaques contre la vie et l'intégrité physique, de prises d'otages, d'actes contraires à la dignité personnelle, etc., lorsque ces actes ont été perpétrés dans le cadre d'un conflit armé, par des parties au conflit, sur des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités.

⁴⁹ Voir note 42. L'article 3 commun aux Conventions de Genève énumère les exigences minimum que doivent respecter les parties à un conflit armé de caractère non international.

⁵⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

- 1) le TPR a déjà rendu une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée;
- 2) il s'agit du même auteur;
- 3) les faits sont identiques; et
- 4) les éléments subjectifs ou objectifs de l'infraction reprochée à l'individu sur le plan national sont identiques à ceux retenus par une disposition pénale déjà prise en considération par le TPR, ou lorsque ces éléments se trouvent en une situation de concours non authentique avec ceux précédemment retenus.

L'application de ce genre de solutions en vue de tenir compte du principe *Ne bis in idem* peut s'avérer difficile. Tel sera le cas, en particulier, lorsque le juge aura à se pencher sur un acte qui répond à la définition de plusieurs infractions (concours idéal authentique) et que son auteur aura déjà été condamné pour une (seule) de ces infractions. La même situation peut se présenter en cas de concours réel. On ajoutera toutefois que, compte tenu de la voie de recours normalement prévue (article 24 du Statut⁵¹, ces cas sont plutôt hypothétiques. Pour obtenir une réponse complète à la question posée, il convient d'interroger en particulier les spécialistes du droit pénal et de la procédure pénale. Nous nous bornons à relever que l'identité ou, au contraire, la non-identité du droit protégé par la définition des actes réprimés pourraient s'avérer pertinente pour fournir cette réponse.

...

Communication faite le 23 février 1999 par la DDIP à l'Office fédéral des affaires économiques extérieures. Document inédit.

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

4.1 Interprétation des traités d'établissement conclus par la Suisse: absence d'un droit d'établissement ou de séjour

L'arrêt du TF dont est tiré le bref passage reproduit ci-après porte sur le recours présenté par un ressortissant allemand dont la demande d'autorisation d'établissement avait été rejetée par les autorités cantonales compétentes. La disposition principale qu'il s'agissait d'interpréter était l'article premier, alinéa premier, du Traité d'établissement du 13 novembre 1909 entre la Suisse et l'Allemagne (RS 0.142.111.361). Aux termes de cette disposition, les ressortissants de chacune des Parties ont le droit de s'établir en permanence sur le territoire de l'autre Partie ou d'y séjourner à demeure ou temporairement, à condition et aussi longtemps qu'ils se conformeront aux lois et aux règlements de police du pays. Une autre disposition en cause était l'article 2 du Traité, qui réserve le droit de chaque Etat contractant d'interdire l'établissement ou le séjour aux ressortissants de l'autre Etat contractant, en particulier pour des motifs se rapportant à la police des pauvres.

3. ...

Malgré les termes de l'article premier, alinéa premier, du Traité, le recourant ne saurait déduire de cette disposition un droit à séjourner ou à s'établir en Suisse. Les traités d'établissement encore en vigueur qui ont été conclus par la Suisse avant la Première Guerre mondiale sont interprétés, selon accord tacite et réciproque des Etats contractants, en ce sens qu'ils ne sont applicables qu'aux étrangers au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Actuellement, ils ne donnent pas ou plus de droit à la délivrance d'une autorisation de séjour ou d'établissement (ATF 119 IV 65, c. 1a, p. 67⁵²; cf. aussi Alain Wurzbürger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, (Revue de droit administratif et de droit fiscal, vol.) 53, 1997, pp. 267 et ss, pp. 303 et ss; Peter Kottusch, Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG, (Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, vol.) 87, 1986, pp. 513 et ss, p. 521).

...

Arrêt du TF, du 18 août 1999, dans la cause N. c. Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de Vaud (c. 3). Arrêt non publié.

4.2 Droit d'asile et principe de non-refoulement. Jus cogens. Droits de l'homme: interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

Dans la communication qui suit, adressée au Directeur de l'Office fédéral des réfugiés, la DDIP étudie le problème du renvoi d'étrangers demandeurs d'asile vers leur pays d'origine ou de provenance.

Lors de la première réunion, en 1989, du Comité interdépartemental sur les migrations, vous avez soulevé la question de savoir si le principe de non-refoulement est toujours opposable à un renvoi, même en cas d'abus grave et manifeste du droit d'asile. Vous avez cité à cet égard l'exemple d'un requérant d'asile kosovar qui avait quitté la Suisse à plusieurs reprises, de lui-même, pour participer aux opérations militaires au Kosovo, c'est-à-dire dans le pays même où il contestait qu'on pût le refouler. Cette affaire nous a incités à examiner dans quelle mesure le principe du non-

⁵¹ L'article 24 du Statut du TPR prévoit un droit de recours pour le condamné autant que le procureur, auprès de la Chambre d'appel, contre les décisions des Chambres de première instance du Tribunal pour des erreurs de droit ou des erreurs de fait ayant entraîné un déni de justice.

⁵² Pratique suisse 1993, n° 4.3, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 605.

refoulement souffre des exceptions, ou s'il est véritablement absolu. Nous vous faisons part, ci-après, de nos conclusions.

Rappelons tout d'abord que la loi sur l'asile (voir ci-après, A, lettre c) considère comme illicite le renvoi de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance ou dans un Etat tiers lorsqu'il est contraire aux engagements internationaux de la Suisse.

Par engagements internationaux, on entend ceux auxquels la Suisse a consenti en ratifiant des instruments internationaux protégeant les réfugiés et les droits de l'homme en général, ainsi que ceux qui s'imposent à elle en vertu du droit international coutumier.

Avant de concentrer notre analyse sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (du 4 novembre 1950)⁵³, qui offre la protection la plus large en matière de non-refoulement, nous nous proposons de rappeler brièvement les principales dispositions internationales relatives au principe de non-refoulement.

A. Sources du principe de non-refoulement

a) Droit coutumier

Au-delà des conventions internationales, le principe de non-refoulement correspond aujourd'hui à une règle de droit international coutumier qui fait partie du droit international impératif (*jus cogens*)⁵⁴.

Cette position a été rappelée par le Conseil fédéral: "(L) a Suisse ne peut se libérer des obligations de non-refoulement ni en dénonçant les accords en cause ni par aucun acte juridique. Celles-ci ne reposent pas sur un droit conventionnel réversible, mais découlent, selon la doctrine et la jurisprudence unanimes, du droit international coutumier à caractère impératif (dit *jus cogens*) ... En résumé, on peut relever que l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés⁵⁵, l'article 3 CEDH, l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture⁵⁶ et les articles 2, 6 et 7 du Pacte II de l'ONU⁵⁷ contraignent la Suisse à procéder à l'examen des cas dans l'optique de l'interdiction du refoulement. Cette obligation ne découle pas seulement du droit international conventionnel dispositif, mais aussi du droit coutumier international à caractère impératif."⁵⁸

b) Conventions internationales

Le principe de non-refoulement est contenu dans plusieurs instruments internationaux et peut avoir une portée variable selon les procédures et les instances de contrôle envisagées par ces conventions:

- convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (article 33);
- convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (article 3);
- pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 7);
- convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (article 3).

Compte tenu de la prééminence de la CEDH sur le plan européen, nous nous limiterons, par la suite, à définir plus précisément la portée de l'article 3 CEDH. Si vous deviez souhaiter une analyse plus précise de la portée du principe de non-refoulement consacré dans les autres conventions, nous serions bien sûr prêts à approfondir la question.

c) Droit interne

La loi sur l'asile du 5 octobre 1979 (LAs)⁵⁹ concrétise aussi le principe de non-refoulement (article 45 en liaison avec article 3). Pour marquer l'importance de ce principe, la nouvelle Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAs)⁶⁰ a placé le principe de non-refoulement à l'article 5 de la loi parmi les dispositions générales.

d) Pratique du Conseil fédéral

Sans entrer dans le détail de la pratique judiciaire suisse (Tribunal fédéral pour les cas relevant du droit des étrangers et Commission de recours en matière d'asile pour les cas d'asile), nous nous proposons maintenant de citer quelques prises de position du Conseil fédéral qui nous semblent bien refléter la pratique des autorités fédérales suisses.

"Si l'étranger se trouve sur le territoire suisse, le principe du non-refoulement interdit toute mesure d'éloignement qui aurait, directement ou indirectement, pour effet de l'exposer à des persécutions. Il est sans intérêt de savoir, à cet égard, comment l'étranger est arrivé en Suisse. Etant donné que ce principe est un principe de droit international coutumier

⁵³ RS 0.101. L'article en question dispose: "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants."

⁵⁴ Sur la valeur de droit international coutumier du principe de non-refoulement, voir l'avis de la DDIP du 15 décembre 1993, publié dans JAAC 1994, fasc. 58/IV, n° 128, pp. 781-784 (, Pratique suisse 1993, n° 4.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 601).

⁵⁵ Convention du 28 juillet 1951 (RS 0.142.30). L'article 33 interdit l'expulsion et le refoulement d'un réfugié sur les frontières de territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

⁵⁶ Convention du 10 décembre 1984 (RS 0.105). L'article 3 de cet instrument interdit l'expulsion, le refoulement et l'extradition vers un Etat où il y a des motifs sérieux de croire que la personne en cause risque d'être soumise à la torture.

⁵⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2). L'article 2 enjoint aux Etats Parties de respecter les droits garantis par le pacte vis-à-vis de tous les individus sur leur territoire et relevant de leur compétence. L'article 6 protège le droit à la vie, tandis que l'article 7 interdit la torture ainsi que les peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradants.

⁵⁸ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 22 juin 1994, concernant les initiatives populaires "pour une politique d'asile raisonnable" et "contre l'immigration clandestine", FF 1994 III (1471,) 1486.

⁵⁹ RS 142.31.

⁶⁰ RO 1998, p. 1718.

(ATF 111 Ib 70⁶¹, la Suisse est tenue de le respecter, indépendamment du fait qu'elle est l'un des Etats signataires de la convention de Genève (relative au statut des réfugiés). De plus, la CEDH interdit les traitements inhumains et il s'agit là d'un droit international public impératif (ATF 109 Ib 72⁶². Il en résulte qu'il faut considérer comme inhumaine toute mesure d'éloignement prise à l'encontre d'un étranger qui aurait pour effet de l'exposer à la torture ou à d'autres violations graves des droits de l'homme."⁶³

"Or, le principe de non-refoulement figurant à l'article 33, premier alinéa, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés interdit les renvois lorsque la personne concernée est exposée de ce fait à une persécution en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques. D'autres dispositions de non-refoulement à l'article 3 CEDH et à l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture protègent en outre contre des expulsions qui entraînent un danger concret de torture ou de traitement inhumain ou dégradant. En plus des conventions susmentionnées, une interdiction de refoulement résulte également des articles 6 et 7 du Pacte des Nations Unies pour les droits civils et politiques. Ces dispositions entérinent le droit à la vie et l'interdiction de la torture ... Par conséquent, la Suisse est tenue d'examiner, pour toute personne demandant l'asile, s'il existe l'un des dangers décrits plus haut (examen dit de non-refoulement) et, dans l'affirmative, de ne pas renvoyer la personne menacée."⁶⁴

"Der Grundsatz der Nichtrückweisung ist in der internationalen Staatengemeinschaft seit langem als wesentliches Element des Schutzes für Flüchtlinge anerkannt. ... Das Verbot der Rückweisung kann durch Vorbehalte nicht relativiert werden. ... Wie der Bundesrat im übrigen schon verschiedene Male festgestellt hat, ist der Grundsatz der Nichtrückweisung als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechtes mit zwingendem Charakter anzusehen. ... Die absolut geltende Schranke gemäss Artikel 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ... greift selbst in Fällen, in denen der flüchtlingsrechtliche Schutz aufgehoben wurde, und verbietet die Rückschaffung einer Person in einen Staat, in dem ihr mit erheblicher Wahrscheinlichkeit Folter droht."^{65 66}

B. Conséquences pratiques

Compte tenu du rôle central de l'article 3 CEDH en matière de renvois, nous allons nous limiter à examiner la portée de cette disposition sans entrer plus dans le détail des autres dispositions pertinentes du droit international. A titre préliminaire, nous rappelons que le pacte, dans une large mesure, offre en matière de renvoi la même protection que l'article 3 CEDH.

La jurisprudence de Strasbourg, dégagée d'abord en matière d'extradition, a été étendue à l'exécution des renvois ordinaires. Un Etat peut en effet violer l'article 3 en refoulant tout étranger, y inclus un réfugié, dans son Etat d'origine ou dans un Etat tiers dans la mesure où il existe un risque sérieux que l'étranger y soit soumis à des tortures ou à des traitements inhumains et dégradants.

Les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour sont les suivants:

- a) Les Etats ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris l'article 3 de la convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux.
- b) L'expulsion - ou le refoulement - d'un non-national par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la convention, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Ce qu'il convient de souligner, c'est que la protection offerte par l'article 3 CEDH va au-delà de la protection classique de l'article 33 de la convention de Genève. Et, à la différence de cet article (qui est du reste repris à l'article 45 LAs), l'article 3 revêt un caractère absolu: L'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques⁶⁷ et "prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la convention et des protocoles n^{os} 1 et 4, et d'après l'article 15, paragraphe 2, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation"⁶⁸.

L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion.

Selon l'arrêt Ahmed, il n'en va pas autrement quand l'article 3 trouve à s'appliquer en matière d'expulsion. "Les agissements de la personne considérée, aussi inacceptables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue par l'article 33 de la convention des

⁶¹ Pratique suisse 1985, n° 4.5, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 84.

⁶² Pratique suisse 1983, n° 4.2, ASDI, vol. XL, 1984, p. 150.

⁶³ Message du Cons. féd. (à l'Ass. féd.), du 20 avril 1990, (à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés,) FF 1990 II (537,) 558.

⁶⁴ Message du Cons. féd. (cité à la note 58,) FF 1994 III 1485.

⁶⁵ Réponse écrite du Cons. féd., du 31 mai 1995, au postulat Stamm (95.3192) sur le droit international des réfugiés, (BO CN 1996, p. 341).

⁶⁶ (Traduction:) "Le principe de non-refoulement est considéré depuis longtemps, au sein de la communauté internationale, comme étant l'élément le plus essentiel de la protection des réfugiés. ... L'interdiction du refoulement ne peut être limitée au moyen de réserves. ... Comme le Conseil fédéral l'a du reste déjà constaté à plusieurs reprises, le principe de non-refoulement est considéré comme faisant partie du droit international coutumier de caractère contraignant. ... La limitation absolue résultant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH)... s'applique même là où la protection rattachée au statut de réfugié a cessé; elle prohibe le renvoi d'une personne vers un Etat lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle sera soumise à la torture."

⁶⁷ Cour européenne des droits de l'homme (CDH), arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A, n° 161, paragraphe 88.

⁶⁸ CDH, arrêt Soering précité; voir aussi CDH, arrêt Tomasi c. France du 27 août 1992, série A, n° 241-A, paragraphe 47, et CDH, arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, ..., Recueil 1996 (-V), p. 1831.

Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés"⁶⁹. La Cour conclut que l'expulsion violerait l'article 3 de la convention et que cette conclusion, eu égard au caractère absolu de l'article 3, ne se trouve pas ébranlée par la condamnation pénale du requérant.

Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant - la protéger de tels traitements - est engagée en cas d'expulsion.

La protection matérielle de l'article 3 est très large, mais elle est soumise à des conditions de preuve exigeantes posées par la jurisprudence de Strasbourg. Celui qui se prévaut d'une atteinte potentielle à l'article 3 de la CEDH doit démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, l'existence d'un danger réel et immédiat d'exposition à un traitement prohibé.

Contrairement à d'autres dispositions, l'article 3 CEDH prend en considération toute torture et tout traitement inhumain et dégradant indépendamment de l'identité de leur auteur. Ainsi, des mauvais traitements infligés par des particuliers peuvent être de nature à rendre un refoulement illicite. Par exemple, la Cour a retenu, dans l'arrêt HLR, que l'article 3 trouve à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes qui ne relèvent pas de la fonction publique, pour autant qu'il soit démontré que le risque existe réellement et que les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée⁷⁰.

Ainsi, l'article 3 CEDH impose à chaque Etat Partie à la convention d'examiner, dans le cadre des procédures de renvoi, le danger de traitements prohibés objectivement, indépendamment de l'éventuelle responsabilité de l'Etat vers lequel l'étranger concerné serait renvoyé et sans aucune distinction en ce qui concerne l'auteur du danger.

Dans l'hypothèse où l'article 3 CEDH est applicable, le renvoi sera considéré comme illicite au sens de l'article 18, alinéa premier, LA (nouvel article 44 LA du 26 juin 1998). Cependant, les agissements répréhensibles d'un requérant d'asile, comme des séjours hors de Suisse pour participer à des actions militaires contre le régime auteur des persécutions invoquées, seraient pris en compte pour la détermination de son statut personnel au regard du droit suisse. De tels agissements conduiraient, en toute hypothèse, au rejet de la demande d'asile, le cas échéant en application des clauses d'exclusion prévues par la LA (articles 8 et 8a de la LA, nouveaux articles 53 et 54). Dans ce cas, seule une admission provisoire serait octroyée, sans aucun droit de séjour durable, avec pour conséquence que lorsque les éléments ayant justifié l'application du principe de non-refoulement disparaissent, l'admission provisoire pourrait être révoquée et le renvoi - devenu licite - exécuté. La protection offerte par le principe de non-refoulement n'offre donc qu'une protection temporaire contre le renvoi et ne fonde pas de droit de séjour durable.

Communication adressée le 20 juillet 1999 par la DDIP au Directeur de l'Office fédéral des réfugiés du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

4.3 Protection diplomatique et consulaire des doubles nationaux

Le texte qui suit est l'œuvre de la DDIP. Il concerne la situation de B., individu de nationalité suisse qui est également ressortissant de l'Etat F. et à qui les autorités suisses souhaiteraient accorder la protection consulaire à l'encontre de ce dernier Etat.

(Traduction:)

...

... Les textes

La Convention de Vienne (du 24 avril 1963) sur les relations consulaires (RS 0.191.02) ne se prononce pas sur le problème posé par les doubles nationaux. Elle se limite à préciser que les fonctionnaires consulaires ont le droit "de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré" (article 36, paragraphe premier, lettre c). Selon la teneur de cette disposition, l'octroi de la protection consulaire à un ressortissant de l'Etat d'envoi semble en principe possible, et la règle ne semble pas souffrir d'exception, notamment pour cause de double nationalité. Nous ne connaissons pas d'autres règles du droit international qui pourraient s'appliquer en l'espèce. Ainsi la Convention (du 10 décembre 1984) contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants se limite elle aussi à affirmer qu'une personne détenue parce qu'elle est soupçonnée d'avoir contrevenu à certaines dispositions de la convention "peut communiquer immédiatement avec le plus proche représentant qualifié de l'Etat dont elle a la nationalité" (article 6, paragraphe 3; RS 0.105), sans aborder la question des doubles nationaux. La note circulaire du Ministère des affaires étrangères de F., sur laquelle se fondent les autorités de cet Etat pour refuser le droit de visite consulaire, en fait de même. Elle dit textuellement que "le fonctionnaire consulaire n'a le droit de visiter que les personnes détenues et arrêtées qui sont ressortissantes du même pays que lui ...".

... Droit et pratique

Etant donnée que le texte de la convention de Vienne est muet sur la question des doubles nationaux, il est nécessaire de se tourner vers la doctrine et la pratique. Pour ce qui est de l'exercice de la protection diplomatique des doubles nationaux, on peut parler d'une pratique univoque et incontestée. Cette pratique correspond au principe selon lequel un Etat ne peut protéger un citoyen qui possède également la nationalité de son pays de résidence. Ce principe ne peut, cependant, être transposé sans autre à la protection consulaire, car les deux types d'intervention sont

⁶⁹ CDH, arrêt Ahmed c. Autriche du 17 décembre 1996, ..., Recueil 1996 (-VI), p. 2195, paragraphe 41.

⁷⁰ CDH, arrêt HLR c. France du 29 avril 1997, Recueil 1997 (-III), p. 745, paragraphe 41. Il s'agissait en l'espèce d'un passeur qui craignait la vengeance des trafiquants de drogues colombiens qui l'avaient recruté.

fondamentalement différents. La protection diplomatique est un moyen permettant à l'Etat de faire valoir son droit propre pour obtenir la réparation d'une violation du droit international. La protection consulaire, quant à elle, permet à l'Etat d'assister son citoyen à l'étranger (par exemple dans le cadre d'une procédure judiciaire) en se conformant à la législation locale. Contrairement à ce qui est le cas pour la protection diplomatique, il ne s'agit pas, ici, de faire valoir une responsabilité internationale. La nature différente des deux moyens explique pourquoi les conditions de l'exercice de la protection consulaires sont moins sévères que celles relatives à l'octroi de la protection diplomatique. Ainsi la question de savoir avec lequel des deux Etats en cause un double national a des liens plus étroits revêt une importance secondaire dans le cadre de la protection consulaire, alors qu'elle peut être décisive dans celui de la protection diplomatique.

La doctrine ancienne appliquait le principe régissant la protection diplomatique également à la protection consulaire (voir par exemple Adolfo Maresca, *Le relazioni consolari*, Milan, 1966, p. 367). Avec le temps, cette assimilation s'est assouplie quelque peu: la doctrine contemporaine estime que le ressortissant d'un Etat donné peut bénéficier de la protection consulaire de celui-ci même s'il séjourne dans un autre Etat dont il a aussi la nationalité. Selon LEE, par exemple, une personne qui possède également la nationalité de son pays de résidence n'a aucun droit à la protection consulaire, mais cette protection peut lui être accordée "unofficially or in exceptional circumstances"⁷¹ (Luke T. LEE, *Consular Law and Practice*, Oxford 1991, p. 159).

La pratique suisse est elle aussi un peu plus flexible dans le domaine de la protection consulaire que dans celui de la protection diplomatique: "... les conditions pour exercer cette protection sont moins strictes: ... les règles appliquées dans le domaine de la nationalité des personnes protégées semblent plus libérales. On admet, par exemple, qu'un double national peut bénéficier de la protection consulaire de l'un de ses Etats nationaux à l'encontre de l'autre" (Pratique suisse 1995, (n° 4.4.) RSDIE, vol. 6, 1996, (p. 608, à la p. 609). Il ressort du reste clairement du point 2.1 de l'Instruction 702-d (du DFAE) que les doubles nationaux suisses peuvent également "être protégés sur le plan consulaire à l'égard de leur second pays d'origine notamment lorsque leur vie ou leur santé sont en danger (par exemple à la suite de tortures ou de détention dans des conditions inhumaines)".

... Résumé

Vu la division de la doctrine et de la pratique, il est indiqué de partir de l'idée qu'un citoyen suisse ne peut revendiquer la protection consulaire de la Suisse vis-à-vis d'un autre pays dont il possède également la nationalité, lorsque ce pays s'y oppose. On notera toutefois que le droit international n'interdit pas l'exercice de la protection consulaire dans de pareilles situations et que la pratique - tout comme la doctrine - a souvent fait preuve de souplesse. Même si l'effectivité supérieure de l'une ou l'autre nationalité ne saurait être décisive dans le contexte de la protection consulaire, on peut relever qu'en l'espèce les liens unissant B. à la Suisse sont très étroits en raison du fait que B. a résidé en Suisse, y a fait ses études et y a enseigné.

Cela étant, nous estimons que la Suisse devrait continuer à demander d'exercer la protection consulaire de B. sur la base de la convention de Vienne (de 1963). Il apparaît clairement, pour le moins, que cet instrument n'empêche pas la protection consulaire - il en va de même pour la note circulaire précitée - et que les liens entre B. et la Suisse peuvent indubitablement être qualifiés d'étroits. Même si juridiquement (l'Etat F.) n'est pas tenu, le cas échéant, de tolérer cette protection, il convient, à notre avis, d'épuiser toutes les possibilités, y compris celles de nature politique, pour pousser (l'Etat F.) à permettre que la Suisse accorde sa protection consulaire à B.

...

Avis de droit de la DDIP du 23 novembre 1999. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n^{os} 3.4 et 3.5)

5.1 Compétence pénale de l'Etat en matière de génocide. Règles de jus cogens et règles erga omnes

Dans son Message relatif à la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (FF 1999, p. 4942), le Cons. féd. s'exprime ainsi sur le champ d'application spatial de cette convention:

...

L'article VI de la Convention se fonde sur le principe de la territorialité pour définir le champ d'application de la disposition pénale sur le crime de génocide. Les Parties contractantes ont toutefois la possibilité de reconnaître, à titre alternatif, la juridiction d'une cour pénale internationale. Une limitation selon le principe de la territorialité de l'obligation que les Etats Parties à la convention ont de réprimer le crime de génocide n'a de sens que si ces juridictions nationales sont complétées par un tribunal pénal international. Sinon, il ne serait pas possible de réprimer le crime de génocide commis sur le territoire d'un Etat qui n'est pas Partie à la convention ou qui s'en est retiré. Par conséquent, en cas de commission d'un génocide par les membres ou les sympathisants d'un régime particulier, ces derniers ne seraient pratiquement jamais appelés à répondre pénalement de leurs actes avant un éventuel changement de régime. La création d'une juridiction pénale internationale permanente est prévue par le Statut de la Cour pénale internationale

⁷¹ (Traduction:) "officieusement ou dans des circonstances exceptionnelles".

adopté le 17 juillet 1998 à Rome par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale (...) ^{72 73}.

De nos jours, cette disposition apparaît trop restrictive. Mais si on la replace dans le contexte de sa création, en 1948, et que l'on se souvient qu'en ce temps-là le principe de non-ingérence était pour ainsi dire une *conditio sine qua non* de l'adoption de la convention, elle devient plus compréhensible. L'optimisme par rapport à la création d'une juridiction pénale internationale était toutefois également démesuré, puisqu'il a fallu un demi-siècle pour assister à l'adoption de son Statut. Aujourd'hui, en vertu de la qualité impérative (*jus cogens*) de l'interdiction du génocide, et de son effet *erga omnes* (...), il ne fait aucun doute que la répression du crime de génocide repose en droit international sur le principe de l'universalité.

En vertu de ce principe, les Etats peuvent - et doivent même - poursuivre ou extraditer les ressortissants étrangers ou leurs propres nationaux pour tout acte de génocide, que celui-ci ait été commis ou non sur leur territoire, sans que cela constitue une ingérence contraire au droit international dans les affaires intérieures d'un autre Etat.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal. FF 1999, p. 4911 (4925-4926). Pour d'autres extraits de ce texte, voir les n^{os} 2.1 et 3.4.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir les n^{os} 3.1 et 3.2)

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 4.3 et 10.2)

7.1 Statut des chefs de missions diplomatiques. Non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat

Elaborée par la DDIP, la note reproduite ci-après était destinée au Secrétaire général du DFAE.

...

1. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques ⁷⁴ est le traité fondamental du droit diplomatique qui contient des règles, notamment, sur l'établissement des missions diplomatiques, le cérémonial, les fonctions des missions diplomatiques et les privilèges et immunités des membres des missions. Dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, la Cour internationale de Justice avait tenu en 1980 à souligner que les obligations imposées aux Etats par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et celle sur les relations consulaires ⁷⁵ étaient d'une importance capitale pour le maintien de bonnes relations entre Etats dans le monde interdépendant d'aujourd'hui (CIJ, Recueil 1980, p. 42).

2. Il nous a paru judicieux de décrire en premier lieu la procédure de prise de fonctions d'un chef de mission.

En raison de l'importance de la position tant officielle que personnelle du chef de mission, l'Etat accréditant (l'Etat d'envoi), qui nomme à son libre choix le chef de mission, doit s'assurer que la personne qu'il envisage d'accréditer comme chef de mission auprès de l'Etat accréditaire (l'Etat de résidence) a reçu l'agrément de cet Etat (article 4, paragraphe premier, de la convention de Vienne).

La nomination d'un chef de mission suisse, par exemple, est faite par le Conseil fédéral sur proposition du DFAE et est suivie de la demande d'agrément présentée auprès de l'Etat accréditant. Le refus d'agrément n'a pas à être motivé (article 4, paragraphe 2). Une fois l'agrément obtenu, la nomination est publiée.

Le chef de mission ne peut assumer ses fonctions dans l'Etat accréditaire qu'une fois qu'il a présenté auprès du chef d'Etat ses lettres de créance, document qui sert à attester qu'il est habilité par son gouvernement à exercer ses fonctions officielles. L'Etat accréditaire peut, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, révoquer son agrément et déclarer un chef de mission *persona non grata* (article 9).

Rappelons que le titre d'ambassadeur est lié à la fonction de chef de mission et que les qualificatifs "extraordinaire et plénipotentiaire" sont accordés pour des raisons historiques et conformément à l'usage généralement suivi (cf. note ci-jointe de la DDIP du 12 janvier 1981 ⁷⁶).

2. Les fonctions d'une mission diplomatique sont décrites à l'article 3 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Sur cette base, l'action d'un chef de mission peut être caractérisée principalement de la manière suivante: 1) représenter l'Etat accréditant auprès de l'Etat accréditaire; 2) protéger les intérêts de l'Etat accréditant et

⁷² Article 114 du Statut.

⁷³ Voir note 46.

⁷⁴ RS 0.191.01.

⁷⁵ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

⁷⁶ Pratique suisse 1980, n° 7.2, ASDI, vol. XXXVII, 1981, p. 264.

de ses ressortissants; 3) négocier avec le gouvernement de l'Etat accréditaire; 4) s'informer par tous les moyens licites; et enfin 5) promouvoir les relations entre les deux Etats.

La notion de représentation constitue l'élément primordial. L'ambassadeur représente le gouvernement de son pays vis-à-vis des autorités du pays où il est envoyé. Il est doté de l'autorité nécessaire pour parler en son nom, base indispensable de toute négociation. Il engage par ses actes la responsabilité de l'Etat accréditant.

3. Au regard des privilèges et immunités, le statut du chef de mission ne se distingue pas de celui des autres membres du personnel diplomatique de la mission. Tout au plus pourra-t-il avoir des facilités supplémentaires dans le domaine douanier ou s'agissant de l'engagement de domestiques privés.

C'est ainsi que la résidence du chef de mission, au même titre que la chancellerie de la mission diplomatique et la demeure privée des agents diplomatiques, est inviolable, ce qui signifie qu'il n'est pas permis aux agents de l'Etat accréditaire d'y pénétrer sauf avec son consentement (article 22). Sa personne est également inviolable, de telle sorte qu'il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention (article 29). Il jouit de l'immunité de juridiction (pénale, civile et administrative) (article 31), immunité à laquelle seul l'Etat accréditant peut renoncer (article 32). Le chef de mission, tout comme les autres membres de la mission diplomatique, bénéficie de l'exonération fiscale, notamment sur le traitement, à l'exception de certains impôts et taxes énumérés à l'article 34 de la convention de Vienne précitée. Enfin, les objets destinés à la mission diplomatique et à l'usage personnel du chef de mission sont exempts de droits de douane et ses bagages personnels ne peuvent être inspectés au passage de la frontière sauf si les autorités douanières de l'Etat accréditaire ont de forts soupçons qu'ils contiennent des objets interdits (article 36).

A noter que le but des privilèges et immunités n'est pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques.

4. Pour ce qui concerne les devoirs que les bénéficiaires de privilèges et immunités, y compris le chef de mission, ont vis-à-vis de l'Etat accréditaire, l'article 41, paragraphe premier, de la convention de Vienne stipule que ces personnes doivent respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire et ne doivent pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat. Le respect des lois et règlements de l'Etat accréditaire et la non-immixtion dans les affaires intérieures sont le corollaire des nombreux privilèges et immunités dont jouissent ces personnes.

Communication adressée le 24 août 1999 par la DDIP au Secrétaire général du DFAE. Document inédit.

7.2 Statut des consuls honoraires

Voici une communication faite par la DDIP à un avocat zurichois et consacrée à la condition des fonctionnaires consulaires honoraires.

...

Le régime applicable aux fonctionnaires consulaires honoraires et aux postes consulaires qu'ils dirigent est régi par le chapitre III de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02).

Un poste consulaire dirigé par un fonctionnaire consulaire honoraire ne bénéficie pas de l'inviolabilité des locaux. Cela signifie que les autorités de l'Etat de résidence ont le droit de pénétrer dans les locaux du poste consulaire dirigé par un fonctionnaire consulaire honoraire comme dans n'importe quel bâtiment privé, sans demander le consentement du chef de poste comme elles ont l'obligation de le faire dans le cas du poste consulaire de carrière.

Ces mêmes autorités de l'Etat de résidence doivent toutefois respecter l'article 61 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette disposition prévoit en effet que les archives d'un poste consulaire dirigé par un fonctionnaire consulaire honoraire jouissent de l'inviolabilité "à tout moment et en quelque lieu qu'(elles) se trouvent". Ce respect de l'inviolabilité intervient pour autant que les archives et documents consulaires "soient séparés des autres papiers et documents et, en particulier, de la correspondance privée du chef de poste consulaire et de toute personne travaillant avec lui, ainsi que des biens, livres ou documents se rapportant à (sa) profession ou à (son) commerce".

A ce propos, nous attirons votre attention sur l'arrêt rendu le 23 décembre 1982 par le Tribunal fédéral dans la cause Griessen⁷⁷ (consul honoraire à l'époque du Tchad à Genève), que nous vous faisons tenir en annexe. Le considérant 4 énonce de manière claire le principe mentionné ci-dessus, à savoir la nécessité pour un consul honoraire de séparer les archives et documents consulaires de ses documents et biens privés.

Il suit de ce qui précède que vous devez organiser votre travail de telle sorte qu'il n'y ait pas d'interférence entre votre activité d'avocat et celle de consul honoraire et qu'il vous appartient de séparer très distinctement les documents relatifs à vos deux activités. L'inviolabilité dont jouissent les archives du poste consulaire ne peut en aucune manière s'étendre aux documents et biens privés.

Au surplus, un fonctionnaire consulaire honoraire ne bénéficie pas de l'inviolabilité personnelle, ce qui signifie qu'il peut être arrêté. L'article 63 de la convention de Vienne sur les relations consulaires prévoit que lorsqu'une procédure pénale est engagée contre un fonctionnaire consulaire honoraire, cette procédure doit être conduite avec les égards qui lui sont dus en raison de sa position officielle. Cette disposition n'implique pas d'autre obligation pour l'Etat de résidence que celle de prêter attention au statut particulier de la personne contre laquelle une procédure pénale est engagée. Enfin, le fonctionnaire consulaire honoraire ne bénéficie que de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis

⁷⁷ ATF 108 III 107; Pratique suisse 1983, n° 7.2, ASDI, vol. XL, 1984, p. 178.

exclusivement dans l'exercice des fonctions consulaires (article 58, paragraphe 2, de la même convention, qui se lit en liaison avec l'article 43, paragraphe premier⁷⁸.

...

Communication faite le 30 novembre 1999 par le DDIP à un avocat zurichois. Document inédit.

7.3 Statut des délégués d'organisations non gouvernementales

Voici le texte d'un projet de note verbale des autorités suisses reflétant la position de celles-ci quant au statut des délégués d'organisations internationales non gouvernementales. Ce projet, destiné à être remis au Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies à New-York, avait été élaboré au cours d'un échange de vues entre ce Bureau et les autorités suisses. L'échange en question avait été provoqué par le cas du délégué d'une organisation non gouvernementale qui avait participé à une conférence internationale à Genève et contre lequel un Etat, par le truchement d'Interpol, avait lancé un mandat d'arrêt.

...

D'ordre de son Gouvernement, la Mission (permanente d'observation de la Suisse à New-York) confirme à l'Organisation la position des autorités suisses en la matière:

1. Les représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) ne sont pas des experts en mission au sens de l'article VI de l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies les 11 juin/1^{er} juillet 1946⁷⁹.
2. Se fondant sur l'accord de siège conclu avec l'ONU, la Suisse assume des obligations à l'égard de l'Organisation, notamment à propos des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation, qu'il s'agisse de représentants d'Etats, de fonctionnaires internationaux, d'experts ou de toute autre personne admise à participer à ses travaux. Les autorités suisses doivent prendre toutes les mesures utiles pour faciliter l'entrée sur le territoire suisse, la sortie du territoire et le séjour de ces personnes, afin de permettre à ces dernières d'assister aux réunions convoquées par l'ONU et de s'y exprimer librement.
3. Il s'ensuit que les représentants d'organisations non gouvernementales qui sont admis à participer aux travaux de l'ONU et toutes les autres personnes également admises à participer aux travaux de l'Organisation sont considérés comme des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation et bénéficient de facilités s'agissant de l'entrée, de la sortie et du séjour sur le territoire suisse afin de leur permettre d'assister aux réunions de l'Organisation ou de l'un de ses organes et de s'y exprimer librement.

Les autorités suisses, au vu de ce qui précède, pourraient convenir de la procédure suivante, ... mentionnée dans (une) note (antérieure) de l'Organisation: Lorsqu'une personne admise ou cherchant à être admise à participer à une réunion de l'ONU ou de l'un de ses organes en Suisse fait l'objet d'une demande d'arrestation ou de toute autre mesure introduite conformément au droit suisse ou aux principes de l'entraide judiciaire internationale, il appartient aux autorités suisses et à l'ONU de procéder aux vérifications nécessaires dans leurs domaines respectifs de compétence. Les autorités suisses et l'ONU s'informeront du résultat de ces vérifications et se concerteront sur les conclusions à en tirer.

1. Dans l'hypothèse où les faits reprochés s'avèrent vraisemblables après ces vérifications, l'Organisation ne procédera pas à l'enregistrement de la personne concernée ("accreditation" en anglais) ou, si la personne est déjà enregistrée, fera annuler cet enregistrement.
2. Dans l'hypothèse où les faits reprochés s'avèrent vraisemblables et que la personne en cause n'a pas été formellement admise à participer aux travaux de l'Organisation (c'est-à-dire n'a pas été enregistrée) ou que son autorisation (c'est-à-dire son enregistrement) a été annulée, les autorités suisses pourront prendre toutes les mesures qu'elles jugeront appropriées.
3. Dans l'hypothèse où les faits reprochés s'avèrent vraisemblables et que la personne en cause a été formellement admise à participer aux travaux de l'Organisation (c'est-à-dire enregistrée) et que l'autorisation n'a pas pu être annulée, l'Organisation examinera si les paroles ou les actes qui sont à l'origine de la demande d'arrestation ou de toute autre mesure ont été prononcées ou accomplis en relation avec la participation à la réunion et s'il y a, de ce fait, obstacle à l'arrestation de la personne en cause ou à toute autre mesure.

L'Organisation informera rapidement les autorités suisses du résultat de ses analyses. Elle leur indiquera également si ses intérêts seraient affectés au cas où les autorités suisses exécuteraient la demande d'arrestation ou toute autre mesure prévue et si elle s'opposerait à ces mesures en se fondant sur les obligations de la Suisse à l'égard de l'Organisation découlant de l'accord de siège. Si cette situation devait se présenter, le Département fédéral des affaires étrangères veillerait à ce que les mesures envisagées ne soient pas exécutées par les autorités judiciaires compétentes.

...

⁷⁸ L'article 58, paragraphe 2, de la convention précise quelles dispositions de cette dernière sont applicables aux fonctionnaires consulaires honoraires et ajoute que les facilités, privilèges et immunités de ces fonctionnaires sont réglés en particulier par l'article 63 précité. L'article 43, paragraphe premier, prévoit, quant à lui, que "(l)es fonctionnaires consulaires et les employés consulaires ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'Etat de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires".

⁷⁹ RS 0.192.120.1.

Projet de note préparée par la DDIP et transmise le 8 juin 1999 à la Mission permanente d'observation de la Suisse à New-York. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi le n° 10.2)

8.1 Responsabilité internationale de l'Etat: assistance d'un Etat à un autre lors de la commission d'un acte illicite; acte illicite commis par un Etat dirigé ou contrôlé par un autre

La déclaration partiellement reproduite ci-après, faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale, commente le projet d'articles révisé de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des Etats (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 51^e session, du 3 mai au 23 juillet 1999 (Assemblée générale, Documents officiels, 54^e session, Supplément n° 10 (A/53/10), pp. 75-159). Le passage cité ici se rapporte à l'idée de fondre l'article 27 du projet, relatif à l'aide d'un Etat à un autre dans la commission d'un fait international illicite, avec l'article 28, paragraphe premier, qui a trait à la responsabilité internationale dans les cas où un Etat a agi sous la direction ou le contrôle d'un autre Etat.

...

Pour ce qui est de la question d'une éventuelle fusion de l'article 27 (concernant l'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat) avec le paragraphe premier de l'article 28 (concernant l'exercice du pouvoir de direction ou de contrôle de la part d'un Etat sur un autre Etat), ma délégation est d'avis que les deux cas sont bien différents quant à la nature de la responsabilité. Nous nous demandons donc si le cas de l'exercice du pouvoir de direction ou de contrôle d'un Etat sur un autre Etat et celui de l'aide ou de l'assistance d'un Etat à un autre Etat doivent vraiment être soumis au même régime juridique et engendrer les mêmes conséquences juridiques. L'exercice de direction ou de contrôle représente en quelque sorte un cas intermédiaire entre l'aide ou l'assistance, d'une part, et la contrainte, d'autre part. Si vous permettez, ..., je voudrais donc traiter de la contrainte avant de revenir au cas de l'exercice de direction ou de contrôle.

Au sujet de la "contrainte", abordée dans l'article 28, nous approuvons entièrement l'approche qui voudrait éviter, dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des Etats qui comprend en premier lieu les règles secondaires, la question de savoir à quel moment une contrainte exercée par un Etat sur un autre Etat est elle-même illicite. Ce qui semble déterminant dans le contexte de ce projet, c'est qu'un Etat utilise un autre Etat en forçant la volonté de ce dernier afin de commettre, par ce biais, un fait internationalement illicite. C'est l'Etat contraignant qui est le véritable acteur, puisqu'il utilise un autre Etat comme un instrument pour la commission du fait illicite. Pour cette raison, ma délégation se demande s'il est correct d'exiger - comme le semble le faire le projet du Rapporteur spécial - que le fait commis par l'Etat contraint constitue un fait internationalement illicite de ce dernier, c'est-à-dire de l'Etat contraint. Il nous semble que l'illicéité internationale peut résulter tout aussi bien (sinon d'une façon encore plus évidente) d'une violation d'une obligation de l'Etat contraignant. La formulation proposée par le Rapporteur spécial pourrait être comprise comme une invitation aux Etats désireux d'échapper à une obligation internationale, à le faire en contraignant un autre Etat, qui n'est pas tenu par la même obligation, afin que celui-ci commette la violation à la place de l'Etat contraignant. Encore une fois: Nous ne discutons pas ici de la question de licéité ou non de la contrainte, mais seulement de la responsabilité d'un Etat qui contraint un autre à commettre un fait internationalement illicite. Dans un cas de contrainte, l'illicéité en question résulte, à notre avis, non seulement des obligations qui incombent à l'Etat contraint, mais tout aussi bien des obligations de l'Etat contraignant.

Qu'en est-il maintenant du cas de l'exercice de direction ou de contrôle? Il est assez difficile de donner une réponse claire et incontestable à cette question. Le critère déterminant pourrait être le fait que l'Etat dirigé ou contrôlé n'est pas entièrement instrumentalisé par l'autre Etat. L'Etat qui est soumis à la direction ou au contrôle d'un autre Etat bénéficie toujours d'une certaine marge de manœuvre, bien que celle-ci soit limitée. Il y a ainsi une sorte de co-responsabilité des deux Etats pour leurs comportements respectifs. Cela veut dire que chacun des Etats peut être tenu pour responsable de son propre comportement au regard des obligations qui lui incombent à lui. Par conséquent, pour l'Etat qui exerce un pouvoir de direction ou de contrôle, l'illicéité découle d'une violation d'une obligation qui le lie lui-même, sans considération de la question de savoir si le comportement de l'Etat qui est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle constitue ou non en même temps une violation en vertu d'une obligation qui incombe à cet Etat.

Si cette réflexion est juste, on pourrait suggérer le résumé suivant. La responsabilité d'un Etat impliqué dans le fait illicite d'un autre Etat est engagée de manière différente selon les cas:

- dans le cas d'aide ou d'assistance, elle est engagée si l'illicéité du fait en question résulte d'une violation d'une obligation qui incombe aux deux Etats;
- dans le cas de l'exercice d'un pouvoir de direction ou de contrôle: la responsabilité est engagée si la source de l'illicéité réside dans la violation d'une obligation incombant à l'Etat qui exerce ce pouvoir;
- dans le cas de la contrainte, elle est engagée si l'illicéité est fondée sur la violation soit d'une obligation incombant à l'Etat contraignant, soit d'une obligation incombant à l'Etat contraint.

Ainsi, les motifs de l'engagement de la responsabilité d'un Etat s'étendraient au même plan que l'influence de ce dernier sur le comportement d'un autre Etat augmente et s'intensifie.

...

Déclaration faite le 1^{er} novembre 1999 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 11.1)

9.1 Interdiction du recours à la force et principe de non-intervention. Droit de la neutralité et politique de neutralité. Droit d'autodétermination. Droit international coutumier: pratique et opinio juris. Jus cogens et règles ayant un effet erga omnes

L'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après a trait au point de savoir si la livraison d'armes à des acteurs non étatiques qui tentent de renverser un régime autoritaire est tolérée par le droit international et sous l'angle de la neutralité. La question avait surgi à propos d'une proposition canadienne de préparer un traité interdisant le transfert d'armes petites et légères à des acteurs non étatiques ainsi que de la réaction des Etats-Unis, pour qui un tel traité serait contraire notamment au droit d'autodéfense de groupes opprimés. Comme on le verra ci-après, la DDIP ne partage pas ce dernier point de vue.

(Traduction:)

...

1. Le droit international permet-il la livraison d'armes à des acteurs non étatiques?

a) L'interdiction de recourir à la force dans la conduite des relations internationales

L'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies interdit tout recours à la menace ou à l'emploi de la force dans la conduite des relations internationales. Parmi les exceptions à cette interdiction, la Charte mentionne les mesures coercitives prises par le Conseil de sécurité (chapitre VII) et le droit à la légitime défense individuelle ou collective prévu à l'article 51. L'interdiction du recours à la force prononcée par la Charte est majoritairement considérée comme ayant force coutumière. Le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, couvre aussi le recours indirect à la force, notion qui peut englober les livraisons d'armes. Dans son arrêt en l'affaire du Nicaragua, la Cour internationale de Justice a admis que l'appui prodigué à des bandes et groupes de rebelles puisse être qualifié de recours à la force au sens de l'interdiction d'un tel recours⁸⁰. D'une manière générale, il s'est toutefois avéré impossible de concrétiser suffisamment la portée de cette interdiction s'agissant du soutien accordé à des activités subversives⁸¹.

Il est douteux que la livraison d'armes à des insurgés puisse, de manière générale, être assimilée à un recours illicite à la force. Si l'on parvient à la conclusion que de telles livraisons n'atteignent pas le niveau requis pour conclure à une violation de l'interdiction de recourir à la force, l'illégalité, sous l'angle du droit des gens, de livraisons d'armes à des insurgés peut cependant résulter de la prohibition de l'intervention⁸².

b) La prohibition de l'intervention

En droit international, la notion d'intervention couvre l'ingérence d'un Etat dans les affaires internes et internationales d'un autre Etat. Il n'y a toutefois ingérence prohibée que lorsque, premièrement, l'immixtion se rapporte à des matières ressortissant à la compétence exclusive de cet autre Etat et que, en second lieu, cette immixtion est accompagnée de la menace ou de l'emploi de la force. L'interdiction de l'intervention se fonde sur l'article 2, paragraphe premier, de la Charte, qui énonce le principe de l'égalité souveraine des Etats membres des Nations Unies. Elle a valeur de règle coutumière⁸³.

L'aide apportée à des insurgés armés à l'étranger constitue une ingérence illicite dans les affaires intérieures de l'Etat où l'insurrection s'est produite et, partant, équivaut à une violation grave du droit des gens⁸⁴. Fournir des armes à des insurgés contrevient à la prohibition de l'intervention.

c) Y a-t-il une exception à cette prohibition dans l'hypothèse du renversement d'un régime autoritaire?

- La livraison d'armes en tant que moyen permettant la mise en œuvre du droit d'autodétermination?

La portée du droit d'autodétermination en dehors du processus de décolonisation est incertaine, mais on peut constater qu'aucun droit général de recourir à la force pour mettre en œuvre ce droit ne s'est dégagé⁸⁵. La doctrine dominante rejette par principe même l'idée que les peuples seraient habilités à se séparer unilatéralement d'une entité étatique existante⁸⁶. Aucune opinio juris cautionnant l'assistance à une population dépendante n'a encore pu se dégager⁸⁷. Ainsi

⁸⁰ CIJ, Recueil 1986, p. 104.

⁸¹ Bruno Simma (édit.), Charta der Vereinten Nationen. Kommentar, Munich 1991, commentaire de l'article 2, paragraphe 2, 27.

⁸² Knut Ipsen, Völkerrecht, 3^e éd., Munich 1990, p. 881.

⁸³ Ibid., pp. 896 et ss.

⁸⁴ Robert Zischg, Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht. Zur Zulässigkeit der Unterstützung der Konfliktparteien durch dritte Staaten, Baden-Baden 1996, p. 56.

⁸⁵ Dietrich Schindler, in: Dietrich Schindler/Kay Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, fasc. 26, Heidelberg 1986, p. 40.

⁸⁶ Wolfgang Graf Vitzthum (édit.), Völkerrecht ..., Berlin 1997, p. 52.

⁸⁷ Ipsen, op. cit (note 82), p. 883.

la livraison d'armes à des insurgés est contraire au droit international même si elle vise à faire respecter le droit d'autodétermination.

Souvent des interventions unilatérales ont été justifiées en invoquant l'article 51 de la Charte⁸⁸. La mise en œuvre du droit d'autodétermination a été assimilée en quelque sorte à la légitime défense (usage de la force en réponse à un recours antérieur à la force et légitimé par celui-ci), et l'assistance militaire en vue de permettre l'exercice de ce droit a été qualifiée de légitime défense collective. Aujourd'hui cette argumentation a perdu de son intérêt politique. On ne saurait admettre que le soutien accordé à la lutte armée destinée à permettre l'exercice du droit d'autodétermination est une mise en œuvre, sanctionnée par le droit coutumier, du principe de la légitime défense collective. L'opinio juris requise fait défaut⁸⁹.

- La livraison d'armes en tant que réaction à une violation massive des droits de l'homme

Dans son arrêt en l'affaire de la Barcelona Traction (1970), la Cour internationale de Justice a introduit la catégorie des règles produisant un effet erga omnes⁹⁰, après que la Convention de Vienne sur le droit des traités eut reconnu le principe connexe des règles impératives du droit des gens⁹¹. Ces règles énoncent des obligations envers l'ensemble des autres Etats; de même leur violation affecte-t-elle tous ces Etats. Parmi les règles ayant un effet erga omnes se trouve l'interdiction de la violation massive des droits fondamentaux de l'homme. Cette évolution a abouti à la conséquence, dégagée de plus en plus clairement par la doctrine du droit international, que les Etats peuvent réagir par des mesures unilatérales lorsqu'un autre Etat contrevient à cette interdiction. Les mesures en cause ne doivent cependant pas atteindre le niveau d'un recours à la force⁹². C'est ainsi que les Etats, lorsqu'ils font face à des atteintes particulièrement graves aux droits fondamentaux et que des négociations ou moyens de règlement pacifique des différends ne produisent aucun résultat, peuvent aller jusqu'à prendre des représailles pour assurer le respect des droits de l'homme⁹³.

Quand un gouvernement impose un régime qui contrevient à des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies ou du droit international général, il est permis, selon la conception actuelle, d'assister les insurgés aussi longtemps que l'aide fournie n'est pas de caractère militaire et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité⁹⁴. Cependant, même dans une situation de ce genre, le droit des gens prohibe la livraison d'armes aux insurgés.

Vu les événements récents au Kosovo, on ne peut toutefois exclure qu'à l'avenir la pratique des Etats prenne une direction nouvelle. Il est possible que l'on verra une augmentation des interventions unilatérales dans des conflits internes dans le but d'empêcher des violations graves des droits de l'homme. Si un droit d'intervention humanitaire unilatérale pour prévenir un génocide imminent venait à être reconnu, on devrait semble-t-il même admettre dans de telles circonstances exceptionnelles, où il faut s'attendre à l'extermination physique d'un peuple, et conformément à l'adage "Qui peut le plus peut le moins", que la livraison d'armes aux insurgés est licite. De lege lata, toutefois, une intervention requiert un mandat du Conseil de sécurité.

2. La livraison d'armes à des acteurs non étatiques sous l'angle de la neutralité

L'attitude à observer par la Suisse sous l'angle de la neutralité fait l'objet des règles du droit international de la neutralité (Conventions de La Haye relatives à la neutralité⁹⁵, droit coutumier), d'une part, et de la politique de neutralité que souhaite pratiquer la Suisse, d'autre part.

Le droit de la neutralité établit les droits et devoirs dont l'Etat neutre doit tenir compte en cas de conflit armé international. Pour ce qui est de l'appui prodigué à une partie au conflit par la mise à disposition de matériel de guerre, l'article 7 des conventions de La Haye relatives à la neutralité dispose expressément qu' "(u)ne puissance neutre n'est pas tenue d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte de l'un ou de l'autre des belligérants, d'armes, de munitions, et, en général, de tout ce qui peut être utile à une armée ou à une flotte".

Ainsi l'exportation d'armes par des acteurs non étatiques est admise par le droit de la neutralité tant que la règle du traitement paritaire des belligérants est respectée; l'unique devoir de l'Etat neutre consiste à ne pas effectuer lui-même de telles livraisons.

Selon la doctrine et la pratique dominantes, le droit de la neutralité ne s'applique qu'aux conflits armés internationaux. Ainsi l'on présuppose que, de part et d'autre, ce sont des Etats qui s'affrontent en tant que sujets du droit des gens. Le droit de la neutralité ne vaut pas pour les conflits purement internes, c'est-à-dire les affrontements armés à l'intérieur d'un Etat, auxquels aucun autre Etat ne participe (guerres de libération et guerres civiles)⁹⁶. Par conséquent, dans des

⁸⁸ Jochen A. Frowein, Die Intervention im heutigen System der Weltverfassung, in: Hartmut Jäckel (édit.), Ist das Prinzip der Nichteinmischung überholt? Publications de la Deutsche Gesellschaft für Politikwissenschaft (...), vol. 12, Baden-Baden 1995, p. 21.

⁸⁹ Michael Bothe, in: Vitzthum, op. cit. (note 86), pp. 5 et s.

⁹⁰ CIJ, Recueil 1970, p. 32.

⁹¹ Articles 53 et 64 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 (RS 0.111).

⁹² Frowein, op. cit. (note 88), p. 24.

⁹³ Peter M. Zenk, Auf dem Weg zur Weltinnenpolitik? Zur Problematik militärischer Intervention bei innerstaatlichen Konflikten, Hamburger Beiträge zur Friedensforschung und Sicherheitspolitik, fasc. 86, Hambourg 1994, pp. 22 et s.

⁹⁴ Zischg, op. cit. (note 84), p. 173.

⁹⁵ Conventions (V et XIII) du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et de guerre maritime (... RS 0.515.21 et 0.515.22).

⁹⁶ A moins que, dans le cadre d'une guerre civile, les insurgés n'aient expressément été reconnus comme belligérants par l'Etat qui les combat. L'applicabilité du droit de la neutralité est incertaine lorsqu'il s'agit de conflits dits mixtes, respectivement internationaux, c'est-à-dire lorsqu'un Etat étranger intervient (de manière admissible ou non). Mais, étant donné que le droit de la neutralité est conçu uniquement en fonction des conflits interétatiques classiques, cela ne se produit, en pratique, qu'au moment où l'intervention débouche sur un conflit ouvert entre le gouvernement en place et l'Etat tiers qui est en cause (par exemple, lorsqu'il y a des combats auxquels participent des troupes étrangères).

situations de ce genre, le champ d'action de la Suisse n'est pas limité par le droit de la neutralité. Les livraisons d'armes effectuées dans le cadre d'un conflit interne (qu'elles favorisent l'Etat ou des acteurs non étatiques) ne sont donc pas contraires aux devoirs internationaux de l'Etat neutre.

De même, pour ce qui est de sa politique de neutralité, la Suisse voit la neutralité comme équivalant à la non-participation à la lutte armée entre Etats. Pour cette raison, les livraisons d'armes à des acteurs non étatiques n'affectent en principe la politique de neutralité que dans la mesure où elles peuvent entraîner la Suisse dans un conflit international et où elles sont de nature à mettre en doute la crédibilité et l'effectivité de la neutralité suisse. On ne saurait conclure qu'il existe un danger général dans ce sens et que les livraisons en cause doivent cesser pour des raisons relevant de la politique de neutralité; il convient de décider cas par cas, à la lumière des circonstances concrètes. Mais il faut, pour conclure à l'inadmissibilité de telles livraisons, pouvoir constater l'existence, sous l'angle de la politique de neutralité, d'indices attestant clairement que le conflit menace d'atteindre le niveau interétatique. En règle générale, on partira de l'idée que, pour apprécier la licéité de livraisons d'armes faites à des individus ou entités à l'étranger, il n'est pas nécessaire de faire appel à des considérations relevant de la politique de neutralité.

En résumé, on constatera que, s'agissant de livraisons d'armes à des acteurs non étatiques, ni le droit de la neutralité ni la politique de neutralité n'ouvre une dimension nouvelle et que, dans ce contexte, la neutralité suisse ne soulève guère de problème.

3. Conclusions

La livraison d'armes à des acteurs non étatiques contrevient au droit des gens. Elle enfreint le principe de la non-intervention et, lorsqu'elle atteint un certain niveau, l'interdiction du recours à la force. Cette conclusion vaut également pour la lutte contre des régimes autoritaires. Permettre la livraison d'armes à des acteurs non étatiques risquerait de faire augmenter le nombre de conflits et de porter atteinte à la stabilité des relations internationales. La sauvegarde de l'égalité souveraine des Etats rend indispensable une interdiction effective de l'intervention.

En revanche, la question ici évoquée n'a en principe pas d'incidence sur la neutralité, notamment parce qu'il s'agit en général, de livraisons d'armes faites dans le cadre de conflits internes et que les questions qui surgissent dans ce contexte ne sont pertinentes ni pour le droit de la neutralité, ni, en règle générale, pour la politique de neutralité de la Suisse.

Avis de droit rédigé par la DDIP et adressé, le 6 mai 1999, à la Division politique III du DFAE. Document inédit.

10. Le droit des conflits armés

10.1 Notion de conflit armé non international

L'avis de droit de la DDIP partiellement reproduit ci-après définit et analyse le concept de conflit armé à caractère non international⁹⁷.

...

Dans le langage juridique actuel, on utilise couramment la notion de "conflit armé à caractère non international". Autrefois, l'expression "guerre civile" était employée. Elle est restée dans le langage courant, bien que les situations visées soient partiellement différentes.

La notion de "guerre civile" fait depuis longtemps l'objet de débats doctrinaux sans qu'une définition uniforme ait été communément admise. C'est ainsi que l'on a relevé que "bei den Bürgerkriegsdefinitionen herrscht eine grosse Verwirrung"^{98 99}. En outre, les situations de conflits armés pouvant se présenter aujourd'hui peuvent prendre des formes très différentes, que la notion classique de "guerre civile" ne permet pas d'appréhender d'une manière satisfaisante.

Dans la doctrine classique, on trouve souvent la mention de certaines conditions aux fins de déterminer l'existence d'une guerre civile, plus particulièrement en relation avec la définition des parties au conflit¹⁰⁰. Dans ce contexte, on se réfère souvent à une résolution de l'Institut de droit international de 1900, qui énonce les trois éléments suivants pour qu'un Etat tiers puisse reconnaître la qualité de belligérant à des insurgés: a) les insurgés ont en leur pouvoir une partie déterminée du territoire national; b) ils ont organisé un gouvernement régulier exerçant, au moins en apparence, les droits de souveraineté sur cette partie du territoire; c) ils combattent par le moyen d'une armée organisée qui observe les lois et coutumes de la guerre¹⁰¹.

Cette définition classique, qui se fonde sur l'existence d'une communauté belligérante, est caractérisée par la réunion d'éléments de fait - population, territoire, gouvernement et but politique de l'action menée par le parti insurgé - qui rendent compte de la réalité des conflits de l'époque. Ces éléments ont été régulièrement évoqués ou repris dans la doctrine, d'une manière plus ou moins nuancée. Par exemple, Lombard propose la définition suivante:

⁹⁷ Ce problème avait déjà été traité dans une note de la DDIP du 23 mars 1998 et reproduite dans *Pratique suisse* 1998, n° 10.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 708.

⁹⁸ Aldo Lombardi, *Bürgerkrieg und Völkerrecht*, Berlin 1976, p. 80.

⁹⁹ (Traduction:) "La confusion règne lorsqu'il s'agit de définir la guerre civile."

¹⁰⁰ Charles Zorngibe, *La guerre civile*, Paris 1975, p. 77.

¹⁰¹ Résolution du 8 septembre 1900 relative aux droits et devoirs des puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection, reproduite in: *Résolutions de l'Institut de droit international 1873-1956*, Bâle 1957, p. 171.

"Die Aufständischen müssten eine straff geordnete Körperschaft darstellen, deren zivile und militärische Organisation der Regierung Widerstand leisten können ... Da der Regierung die Gefolgschaft verwehrt werde, und das Land in zwei Teile zerfalle, müsse die aufständische Partei so stark sein, dass sie fähig wäre, der legalen Regierung mit Waffengewalt tatsächlich zu trotzen: erst dann könne von einem Bürgerkrieg gesprochen werden ..."^{102 103}.

La notion de "guerre civile" figure dans les travaux préparatoires des conventions de Genève (du 12 août) 1949. On a vu en cette notion un cas particulier des conflits armés ne présentant pas un caractère international¹⁰⁴.

Elle n'a pas trouvé place dans les textes adoptés¹⁰⁵. Seul le terme "conflit armé non international" y apparaît¹⁰⁶.

Durant la Conférence de 1949, diverses délégations ont proposé des éléments de définition pour la notion de "conflit armé non international"¹⁰⁷. La Conférence n'en a adopté aucun¹⁰⁸. Ultérieurement, les Etats, la doctrine et le CICR (Comité international de la Croix-Rouge) ont veillé à fixer le contenu de cette notion d'une manière plus ou moins précise¹⁰⁹. La pratique a évolué. Peu après la conclusion des conventions, le CICR a estimé que l'"on doit admettre que les conflits visés par l'article 3 sont des conflits armés caractérisés par des hostilités mettant aux prises des forces armées. On se trouve, en somme, devant un conflit qui présente les aspects d'une guerre internationale, bien qu'existant à l'intérieur d'un Etat"¹¹⁰.

Dans les faits, les Etats Parties se sont montrés moins restrictifs. Lors de la première Réunion périodique sur le droit international humanitaire, qui s'est tenue à Genève du 19 au 23 janvier 1998, les experts ont admis que l'article 3 commun aux conventions s'applique aux conflits armés dits déstructurés¹¹¹, lesquels présentent les principales caractéristiques suivantes: désintégration des organes du gouvernement central, qui n'est plus en mesure d'exercer ses droits et obligations sur son territoire et sa population; présence de nombreuses factions armées; contrôle morcelé du territoire étatique; désintégration de la chaîne de commandement au sein des factions et de leurs milices¹¹². Une telle approche souligne, naturellement, la portée des règles fondamentales posées par l'article 3, dont on sait qu'elles sont considérées comme faisant partie du droit international coutumier et, de surcroît, ont le caractère de norme impérative (jus cogens)¹¹³. Mais elle met également en évidence le contour de la notion de "conflit armé non international".

On considère, en l'absence de définition conventionnelle, que la notion de "conflit armé non international" consacrée par les conventions doit recevoir une interprétation large¹¹⁴. Une telle approche tient compte de la finalité humanitaire des conventions¹¹⁵. Pour autant, elle ne règle pas tous les problèmes. Des difficultés d'interprétation subsistent¹¹⁶. En effet, les conventions fournissent peu d'appui pour déterminer la limite qui sépare les conflits internes des troubles intérieurs. A l'évidence, une telle opération est délicate¹¹⁷. Elle implique un examen attentif de chaque situation spécifique. Dans ce cadre, on ne saurait sans autre prendre en compte les discours des parties en présence, car ils tendent moins à refléter une situation juridique qu'à exprimer une position politique¹¹⁸.

Les développements qui précèdent ne doivent pas amener à sous-estimer l'importance de l'acquis de la Conférence de 1949. Avant l'adoption des conventions de Genève, l'application du droit humanitaire à des guerres civiles ou à des conflits armés non internationaux dépendait de la reconnaissance du statut de belligérants aux insurgés par le gouvernement légal ou, dans une certaine mesure, par des Etats tiers¹¹⁹. Dans la pratique, cela entravait l'application du droit humanitaire. Depuis lors, l'application de ce droit dépend de l'existence (objective) d'un conflit armé à caractère non international.

Au contraire des conventions, le deuxième Protocole additionnel (du 8 juin) 1977 définit les "conflits armés non internationaux". Il y voit des conflits "qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement

¹⁰² Lombardi, op. cit. (note 98), pp. 81-82, qui mentionne de nombreux auteurs.

¹⁰³ (Traduction:) "Les insurgés devraient former une unité hautement organisée, dont les composantes civile et militaire sont capables de résister au gouvernement ... Etant donné qu'il y a refus d'obéir au gouvernement, le pays étant ainsi scindé en deux, les insurgés devraient être suffisamment forts pour défier effectivement le gouvernement légitime par les armes; ce serait seulement dans une situation de ce genre qu'il s'agirait d'une guerre civile ...".

¹⁰⁴ Cf. Jean Pictet (édit.), Commentaire de la IIIe Convention de Genève, Genève (CICR) 1958, p. 37.

¹⁰⁵ En revanche, la notion de "guerre" apparaît dans la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

¹⁰⁶ RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51.

¹⁰⁷ Cf. Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, t. II, section B, p. 116.

¹⁰⁸ On observera que les auteurs de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 0.520.3) ont opté pour la même approche (cf. article 19).

¹⁰⁹ Eric David, Principes du droit des conflits armés, Bruxelles 1994, p. 111.

¹¹⁰ Pictet, op. cit. (104), p. 43.

¹¹¹ Cf. le Rapport du Président de la Réunion.

¹¹² Ces divers éléments sont extraits du Rapport que le CICR a élaboré en vue de la Réunion sous le titre "Les conflits armés liés à la désintégration des structures de l'Etat", p. 4.

¹¹³ Dietrich Schindler, The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 163, 1979-II, p. 151; Charles Zorgbibe, Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes, Journal du droit international, (t. 97,) 1970, p. 676.

¹¹⁴ Pictet, op. cit. (note 104), p. 42; du même auteur, Commentaire de la IVe Convention de Genève, Genève (CIRC) 1956, p. 42.

¹¹⁵ Pictet, op. cit. (note 104), p. 41.

¹¹⁶ Zorgbibe, op. cit. (note 100), p. 182, qui mentionne les travaux de plusieurs commissions d'experts, entre autres la Commission de 1962 qui propose de comprendre le conflit armé intérieur comme toute "action hostile dirigée contre un gouvernement légal lorsqu'elle présente un caractère collectif et un minimum d'organisation".

¹¹⁷ David, op. cit. (note 109), p. 115.

¹¹⁸ Ibid., p. 116.

¹¹⁹ Felix Rajower, Das Recht des bewaffneten nicht-internationalen Konflikts seit 1949, Zurich 1990, p. 186. Voir aussi Schindler, op.cit. (note 113), pp. 119-163, à la p. 145.

responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole"¹²⁰.

Le protocole précise en outre qu'il n'a pas vocation à s'appliquer "aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques et autres actes analogues". Cet instrument comporte donc une double définition des conflits concernés, positive et négative. Il confère à la notion des "conflits armés non internationaux" une portée plus restreinte que les conventions elles-mêmes¹²¹; sa définition est assez proche de celle que l'Institut de droit international a donnée dans la résolution précitée¹²². Elle peut couvrir les guerres civiles classiques (guerre de sécession américaine, 1861-1865; guerre d'Espagne, 1936-1939) et des conflits tels que ceux qui ont déchiré le Salvador, l'Erythrée, les Philippines ou la Géorgie¹²³. Les critères posés ont parfois été jugés excessifs, car trop difficiles à satisfaire¹²⁴. Quoi qu'il en soit, il résulte de leur existence que le champ d'application du protocole est plus limité que celui des règles consacrées par l'article 3 des conventions¹²⁵.

Depuis l'adoption du protocole, divers textes conventionnels ont été élaborés qui comportent des éléments de définition de la notion de "conflit armé non international". Ils sont plus ou moins largement inspirés du protocole II additionnel aux conventions de Genève. On peut renvoyer, notamment, au Protocole II joint à la Convention de 1980 sur les armes conventionnelles, tel qu'amendé le 3 mai 1996¹²⁶, et au Statut de la Cour pénale internationale, récemment adopté¹²⁷.

A notre connaissance, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'a guère apporté de précisions quant à la notion de "conflit armé non international". Elle a plutôt porté sur les conditions auxquelles un conflit a priori interne pouvait être tenu pour international en raison de son internationalisation. Nous observerons toutefois que, dans son arrêt sur la compétence en l'affaire Dusko Tadic, la Chambre d'appel du Tribunal a considéré ceci: "Dans la mesure où les conflits étaient limités à des incidents entre les forces du Gouvernement bosniaque et les forces rebelles des Serbes de Bosnie en Bosnie-Herzégovine, ainsi qu'entre le Gouvernement croate et les forces rebelles des Serbes de Croatie en Krajina (Croatie), ils étaient de caractère interne, à moins qu'on ne puisse prouver la participation directe de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)"¹²⁸.

Dans son jugement au fond prononcé le 16 juin 1997 dans la même affaire, la Chambre de première instance II a repris cette définition et en a précisé les divers aspects: "Le critère appliqué par la Chambre d'appel quant à l'existence d'un conflit armé aux fins des dispositions de l'article 3 commun se concentre sur deux aspects d'un conflit: son intensité et l'organisation des parties à ce conflit. Dans un conflit interne ou mixte, ces critères étroitement liés servent, au minimum, uniquement aux fins de distinguer un conflit armé du banditisme, d'insurrections inorganisées et de courte durée ou d'activités terroristes, qui ne relèvent pas du droit international humanitaire. Les facteurs intéressant cette détermination sont exposés dans le Commentaire à la Convention de Genève I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne"¹²⁹.

Ce passage montre qu'en définitive l'un des critères essentiels des conflits internes réside en l'intensité des combats. Cette dernière permet de distinguer les conflits armés internes des situations de troubles ou de tensions intérieurs¹³⁰. Elle peut être déduite notamment du recours à l'armée, de la nature (collective) des troubles, de la durée des affrontements, du nombre d'insurgés et du degré d'insécurité frappant l'Etat¹³¹. La pratique¹³² et la doctrine¹³³ considèrent qu'il ne peut pas y avoir conflit armé sans usage de la force par des forces armées. Mais on doit reconnaître que la reconnaissance de l'existence d'un conflit armé, interne ou international, ne repose pas uniquement sur la mise en œuvre de critères techniques. Souvent, elle s'appuie aussi sur une appréciation politique¹³⁴. La qualification peut avoir divers effets. Ainsi, elle peut avoir des incidences sur la nature d'éventuelles infractions au droit humanitaire (violations graves ou non) et sur la compétence des autorités habilitées à enquêter sur des violations du droit humanitaire et, le cas échéant, à engager des poursuites.

Pour tenter de surmonter les difficultés susmentionnées, le Conseil fédéral a opté, dans sa réponse du 29 octobre 1997 à la question Vermont (97.1063), pour une approche intermédiaire en décrivant la guerre civile comme "un conflit armé interne mettant aux prises le gouvernement établi avec un ou plusieurs mouvements insurrectionnels dont les buts

¹²⁰ Voir l'article premier du Protocole additionnel II (RS 0.518.522).

¹²¹ Schindler, op. cit. (note 113), p. 149, qui souligne les différences et précise les rapports entre les deux instruments; David, op. cit. (note 109), p. 115.

¹²² David, *ibid.*, p. 105.

¹²³ *Ibid.*, p. 114. Sur la situation du Salvador, cf. aussi la note du 20 janvier 1986 de la DDIP, publiée in: *Pratique suisse* 1986, (n° 10.1.) ASDI, (vol. XLIII,) 1987, pp. 185-187.

¹²⁴ Par exemple Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester/New York 1993, p. 64.

¹²⁵ Schindler, op. cit. (note 113), qui souligne les différences et précise les rapports entre les deux instruments.

¹²⁶ Cf. l'article premier du Protocole, annexé au Message du Cons. féd., du 14 mai 1997, concernant le Protocole II révisé et le Protocole IV joints à la Convention de 1980 sur les armes conventionnelles.

¹²⁷ Article 8, paragraphe 2, lettre f, du Statut (document A/CONF/183/9, 17 juillet 1998).

¹²⁸ Paragraphe 72 de l'arrêt.

¹²⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire Procureur c. Tadic, cas n° IT-94-1-T, jugement du 16 juin 1997, paragraphe 562.

¹³⁰ Françoise Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris 1998, p. 76; Lotte Incesu, *Die kurdische Frage aus völkerrechtlicher Sicht, Humanitäres Völkerrecht* 1994, p. 178.

¹³¹ Christian Koenig, *Der nationale Befreiungskrieg im modernen humanitären Kriegsvölkerrecht*, Francfort/Berne/New York 1985, pp. 46, 47 et 150; Incesu, op. cit. (note 130), p. 178.

¹³² Cf. Marian Nash, *Cumulative Digest of United States Practice in International Law 1981-1988*, livre III, Washington 1995, p. 3443 et références.

¹³³ Par exemple Pictet, op. cit. (note 104), p. 41.

¹³⁴ Nash, op. cit. (note 132), p. 3444.

tendent à renverser le gouvernement, à changer le régime de l'Etat ou à obtenir la sécession d'une partie de cet Etat¹³⁵.

Ce qui précède serait incomplet si l'on n'y ajoutait pas une précision quant aux conclusions à tirer de l'existence d'un conflit armé, interne ou non. On ne peut en effet soutenir que tout acte commis durant un tel conflit est soumis au droit international humanitaire. Pour que le droit humanitaire s'applique, il doit au contraire exister un lien entre le conflit et l'acte considéré. Dans son jugement au fond dans l'affaire *Dusko Tadic*, la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est exprimée en ces termes: "... pour qu'une infraction soit une violation du droit international humanitaire, cette Chambre de première instance doit être convaincue que chacun des actes allégués était, en fait, étroitement lié aux hostilités. Il suffirait de prouver que le crime a été commis au cours des hostilités ou d'une partie du conflit dans une région occupée ou contrôlée par l'un des belligérants. Cependant, il n'est pas nécessaire de démontrer que le conflit existait à la date et au lieu précis où les faits présumés sont censés s'être déroulés ... Il n'est pas non plus nécessaire que le crime présumé soit commis durant les combats ou qu'il fasse partie d'une politique ou d'une pratique officiellement avalisée ou tolérée par l'un des belligérants, ou que l'acte serve en fait une politique liée à la conduite de la guerre, ou qu'il soit dans l'intérêt effectif d'une partie au conflit ... La seule question, à déterminer dans les circonstances de chaque espèce, est de savoir si les infractions étaient étroitement liées au conflit armé considéré dans son ensemble¹³⁶."

En conclusion de ce qui précède, on observera ceci:

- Il n'existe pas, en droit international, de définition générale et communément admise des "conflits armés non internationaux".
- On ne peut pas proposer une définition générale de tous les types de conflits armés non internationaux qui vaille pour l'ensemble du droit humanitaire; mais l'intensité des hostilités constitue un élément d'appréciation important.
- Les conventions de Genève (1949) et le protocole additionnel II (1977) ne se réfèrent pas à la même notion de conflit armé non international.
- Le droit humanitaire est applicable pour autant qu'il existe un lien d'une intensité particulière entre l'acte considéré et le conflit armé, quelle que soit la définition de ce dernier.

...

Avis de droit adressé le 11 janvier 1999 par la DDIP à l'Auditeur en chef de l'Armée suisse. Document inédit.

10.2 Notion de puissance protectrice et responsabilité de cette puissance

Œuvre de la DDIP, le texte qui suit porte sur la responsabilité éventuelle de la Suisse pour la disparition d'une somme d'argent déposée par le ressortissant roumain P. auprès de la Légation de Suisse à Budapest, la Suisse ayant accepté, lors de l'entrée en guerre de la Roumanie contre la Hongrie en 1944, de servir de puissance protectrice à la première.

...

Nous déterminerons, en premier lieu, le droit applicable au cas que vous nous soumettez, à savoir le droit coutumier, tel que codifié par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques¹³⁷, et les principes généraux du droit international. Nous préciserons, en second lieu, le régime de responsabilité découlant du mandat de puissance protectrice. L'accord conclu entre deux Etats, en vertu duquel un Etat est habilité à représenter les intérêts de l'autre, détermine les actes que le sujet représentant est autorisé à accomplir. Si la puissance protectrice agit dans le cadre fixé par cet accord, ses agissements seront imputés immédiatement et directement à l'Etat représenté. Si elle outrepassé les limites établies, elle sera tenue responsable de ses actes.

Ces considérations nous permettent de dégager la position suivante: il n'est pas établi que les actes accomplis par les organes suisses aient excédé les limites fixées dans l'accord passé entre la Suisse et la Roumanie ou qu'ils aient été effectués du fait de la négligence des agents suisses. Aucune responsabilité ne saurait donc être imputée à la Suisse.

1. Le droit applicable

Un Etat peut mandater, en période de paix comme de guerre, un Etat tiers à représenter ses intérêts auprès d'un Etat avec lequel il a rompu ses relations diplomatiques. L'institution de la puissance protectrice a, dans un premier temps, été régie par le droit coutumier. La Convention de Genève de 1929¹³⁸ et celles de 1949¹³⁹ contiennent les premières règles applicables aux puissances protectrices en temps de guerre. La convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques a codifié de manière générale la pratique internationale antérieure. Son article 45, lettre c, établit que: "L'Etat accréditant peut confier la garde des locaux de la mission, avec les biens qui s'y trouvent, ainsi que les archives, à un Etat tiers acceptable pour l'Etat accréditaire."

Après avoir déclaré la guerre à la Hongrie, la Roumanie a chargé la Suisse de représenter ses intérêts dans ce pays, offre que la Suisse a officiellement acceptée le 15 septembre 1944. M. P., diplomate roumain, a remis le 21 novembre 1944 une lettre scellée contenant £ 700 à la Légation de Suisse à Budapest. La convention de Vienne de 1961 n'était pas encore en vigueur lorsque cette somme d'argent a été déposée auprès des autorités suisses. Cette convention

¹³⁵ BO CN 1997, p. 2932.

¹³⁶ Paragraphe 573 du jugement cité (note 129).

¹³⁷ Voir note 75.

¹³⁸ Convention du 27 juillet 1929 (Recueil systématique des lois et ordonnances de la Confédération suisse 1848-1947, vol. 11, p. 469).

¹³⁹ Voir note 42.

peut cependant être appliquée par analogie car elle codifie la pratique internationale antérieure relative aux puissances protectrices.

Nous pouvons conclure que le cas présent est soumis au droit international public, à savoir au droit coutumier, tel que codifié par la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, et aux principes généraux.

2. Le régime de responsabilité découlant du mandat de puissance protectrice

Le régime de responsabilité résultant du mandat de puissance protectrice n'est défini dans aucune convention internationale. Les principes généraux de droit international public applicables à ce domaine peuvent être résumés comme suit: Le mandat de puissance protectrice constitue un mandat de représentation, dans le cadre duquel la puissance protectrice agit au nom et pour le compte de l'Etat représenté. L'étendue des pouvoirs conférés au représentant est déterminée par l'accord passé entre le sujet représenté et le sujet représentant. Dans la mesure où les activités effectuées par la puissance protectrice restent dans le cadre du mandat qui lui a été confié, les actes qu'elle accomplit sont immédiatement et directement imputés à l'Etat représenté¹⁴⁰. Il incombe, dès lors, à ce dernier d'assumer la responsabilité résultant des actes effectués par l'Etat représenté.

Il est généralement admis que l'Etat représentant engage sa responsabilité lorsqu'il a outrepassé les limites définies dans l'accord établissant le mandat de puissance protectrice. Dans ce cas, l'Etat représentant peut être tenu responsable de ses actes vis-à-vis du représenté, voire de l'Etat dans (l'intérêt) duquel il a agi¹⁴¹. En effet, le mandat de puissance protectrice constitue une institution liant divers sujets du droit international:

- les deux Etats qui ont conclu l'accord instituant le mandat de puissance protectrice,
- l'Etat accréditaire, qui doit accepter l'Etat tiers, choisi par l'Etat accréditant pour représenter ses intérêts.

D'aucuns reconnaissent également la responsabilité de l'Etat représentant lorsque ses agents ont agi par négligence ou commis des fautes¹⁴². La jurisprudence a abordé cette question dans l'affaire Chevreau¹⁴³, un arbitrage opposant la France à la Grande-Bretagne. Un ressortissant français avait déposé divers biens au Consulat de Grande-Bretagne, qui assurait la protection des intérêts français en l'absence du Consul de France. Suite à la perte de ces objets, la France a engagé une action en responsabilité contre la Grande-Bretagne, en invoquant la négligence du Consul britannique. L'arbitre a toutefois nié toute responsabilité de la Grande-Bretagne, estimant que le Gouvernement britannique "ne saurait être tenu responsable d'une négligence dont son Consul, en qualité de gérant du Consulat d'une autre puissance, aurait pu se rendre coupable".

La question de la responsabilité de l'Etat représentant qui a agi par négligence peut toutefois être laissée ouverte dans le cas présent. En effet, il n'est pas prouvé que la Suisse ait agi par négligence. Le procès-verbal de remise des intérêts à la Roumanie, établi le 20 août 1945, relève que "la partie des biens roumains qui se trouvait en son temps sous la protection de la Légation de Suisse, Division des Intérêts étrangers, et qui aujourd'hui n'existent plus, doivent être considérés comme perdus ou détruits par suite des événements de la guerre". Cette déclaration libère la Suisse de toute responsabilité. La Légation de Suisse à Budapest ne saurait dès lors être tenue responsable de la perte des objets déposés dans ses locaux.

3. Conclusion

Il découle des principes généraux du droit international que les actes effectués par la Légation de Suisse à Budapest sont directement et immédiatement imputables à la Roumanie. La responsabilité de la Suisse ne saurait être engagée pour des faits imputables au sujet représenté. Dès lors, l'administration fédérale des finances n'est pas tenue d'indemniser Mme R., héritière de M.P.

Un tiers est cependant habilité à intenter une action en responsabilité à l'encontre du sujet représenté. Mme R. pourrait engager une action en responsabilité contre la Roumanie afin d'être indemnisée pour la perte des £ 700.

Note de la DDIP adressé au Secrétariat général du DFAE le 6 décembre 1999.

Document inédit.

11. La neutralité

(Voir aussi le n° 9.1)

11.1 Traitement paritaire des belligérants: le principe; inapplicabilité du principe dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Assistance humanitaire et politique et droit de la neutralité

Voici la réponse écrite du Cons. féd. à diverses questions posées par Mme Jaquet, députée au Conseil national. Les première et deuxième questions portaient sur la compatibilité avec la neutralité suisse du fait que, dans le cadre du conflit au Kosovo, la Suisse avait interdit l'exportation d'armes vers la République fédérale de Yougoslavie, alors qu'elle s'était bornée à geler au niveau existant l'exportation d'armes vers les Etats de l'OTAN. La troisième question de Mme Jaquet était celle de savoir quelle était la "nouvelle

¹⁴⁰ R. Daoudi, La représentation en droit international public, (Paris 1978,) p. 132.

¹⁴¹ R. Pappini/G. Cortese, La rupture des relations diplomatiques et ses conséquences, (Paris 1972,) p. 184; J. Salmon, Manuel de droit diplomatique, (Bruxelles 1994,) p. 122.

¹⁴² Pappini/Cortese, op. cit., p. 183.

¹⁴³ (Nations Unies,) Recueil des sentences arbitrales, t. II, p. 1141.

définition de la neutralité (permettant) au Conseil fédéral ... d'autoriser les recrues (de l'Armée suisse) à suivre leur formation militaire à l'étranger lors d'un conflit armé" (BO CN 1999, p. 1366).

1./2. Le 19 avril 1999, lors d'une discussion sur le conflit au Kosovo, le Conseil fédéral a décidé de surveiller le développement des exportations de matériel de guerre, ainsi que la quantité et le genre de ces exportations de la Suisse vers les Etats de l'OTAN impliqués dans le conflit. Le Conseil fédéral s'opposerait à une augmentation de ces exportations due aux opérations militaires. La décision se fonde sur les considérations suivantes.

Les opérations militaires entre respectivement l'OTAN, ses Etats membres et la République fédérale de Yougoslavie constituent un conflit international, pour lequel en principe le droit de la neutralité s'applique. D'après les dispositions du droit international de la neutralité (Conventions du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime, conventions de La Haye; RS 0.515.21 et 0.515.22, droit international coutumier), l'Etat neutre est autorisé à permettre l'exportation privée de matériel de guerre aux belligérants, également pendant le conflit. Cependant, si l'Etat neutre prend des mesures restrictives, il doit alors respecter le principe de l'égalité de traitement des parties au conflit conformément au droit de la neutralité.

Dans le cas d'espèce, le principe de l'égalité de traitement est influencé par la Résolution 1160 du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 31 mars 1998, qui établit un embargo sur les armes contre la République fédérale de Yougoslavie. Selon la doctrine et la pratique dominantes, le droit de la neutralité ne s'applique pas aux sanctions que le Conseil de sécurité décide en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (mesures pour la paix et la sécurité). C'est pour cette raison que la Suisse, dans le conflit au Kosovo, n'est pas obligée de prendre en considération le principe d'égalité de traitement pour les exportations de matériel de guerre vis-à-vis de la République fédérale de Yougoslavie. Dans le Rapport sur la neutralité du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 200)¹⁴⁴, le Conseil fédéral a aussi souligné la volonté de la Suisse de se déclarer solidaire des mesures adoptées par la communauté des Etats contre un Etat violant le droit et la paix, et de participer aux sanctions non militaires de l'ONU de manière autonome.

Cependant, les réticences lors de nouvelles commandes de matériel de guerre par les Etats de l'OTAN ne reposent pas sur des considérations juridiques; le Conseil fédéral a bien plus souligné la volonté de la Suisse de ne pas vouloir tirer un profit économique du conflit au Kosovo. En outre, on a procédé à une évaluation approfondie des intérêts relevant de la politique de neutralité. Le Conseil fédéral a décidé qu'une interdiction générale d'exportation d'armes vers les pays de l'OTAN n'est pas nécessaire pour assurer la neutralité de la Suisse dans le conflit au Kosovo. Un exemple que la crédibilité de notre neutralité dans le conflit au Kosovo n'a pas été mise en question peut être tiré du fait que la France et les Etats-Unis ont demandé à la Suisse de représenter leurs intérêts en République fédérale de Yougoslavie et que cette dernière a autorisé la Suisse à représenter les intérêts français.

3. Dans sa décision du 19 avril 1999, le Conseil fédéral a prolongé de trois mois l'engagement limité d'un détachement d'hélicoptères avec du personnel, dans le cadre des prestations d'assistance humanitaire en Albanie et en Macédoine. En même temps, il a autorisé le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports à respectivement remplacer et renforcer le personnel professionnel engagé par des membres de milice de l'armée. Tous les membres du contingent qui s'engagent le font à titre volontaire. En ce qui concerne le choix des membres de milice, seules seront sérieusement prises en considération les offres de personnes ayant terminé leur formation militaire de base et répondant aux exigences nécessaires pour un tel engagement. Dès le début, il est donc hors de question que l'on engage des recrues dans le cadre de cette opération d'assistance.

Le droit de la neutralité ne limite en aucune matière et n'interdit pas les prestations d'assistance humanitaire d'un pays neutre en faveur des populations civiles. Du point de vue de la politique de neutralité aussi, un tel engagement humanitaire de personnel militaire suisse ne présente aucune difficulté, puisque ce personnel ne participe pas aux actions militaires. Il apparaît en outre sans aucune équivoque que la présence suisse sert exclusivement des objectifs humanitaires. L'engagement de membres des forces armées suisses dans le cadre de l'aide d'urgence de la Suisse dans la région en crise s'intègre ainsi sans autre dans la tradition humanitaire de notre pays.

Réponse écrite donnée le 31 mai 1999 par le Cons. féd. à une interpellation Jaquet du 22 avril 1999. BO CN 1999, p. 1367.

¹⁴⁴ Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629.

La pratique suisse en matière de droit international public 2000 - RSDIE 2001 p. 573

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 2.2, 3.4 à 3.7, 5.3, 5.4 et 8.4)

1.1 Compétence pour négocier et conclure des traités en Suisse. Signature avec et sans réserve de ratification, acceptation, approbation: conception suisse. Réserves. Application provisoire. Droit international conventionnel et droit interne

Voici le texte de la réponse suisse à un questionnaire, émanant du Conseil de l'Europe, portant sur les moyens d'exprimer le consentement à être lié par un traité, les procédures à suivre sur le plan national et le rang des traités dans l'ordre juridique interne.

1. Quelle est l'autorité qui, dans votre pays, détient le pouvoir de conclure les traités ("treaty-making power")?

1.1 Introduction

La négociation, la signature et la ratification - ainsi que la dénonciation - des traités internationaux sont du ressort du Conseil fédéral (article 184 de la Constitution fédérale¹. Entre la signature et la ratification d'un traité intervient - sauf exceptions (cf. chiffre 1.3) - l'approbation de l'Assemblée fédérale (cf. chiffre 1.2), ainsi que, le cas échéant, un vote du peuple ou, suivant le cas, du peuple et des cantons (référendum facultatif ou obligatoire, cf. chiffre 1.4).

1.2 Approbation de l'Assemblée fédérale

Les traités internationaux sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale (Conseil national et Conseil des Etats), à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (article 166, alinéa 2, de la Constitution fédérale et article 47bis b, alinéas premier et 2, de la Loi sur les rapports entre les Conseils².

1.3 Traités internationaux soustraits à l'approbation parlementaire

Outre les traités internationaux qui relèvent de sa propre compétence en vertu d'une loi ou d'un traité approuvé par l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut également conclure seul des traités internationaux de portée mineure (article 47bis b, alinéa 3, de la loi sur les rapports entre les Conseils). Les traités suivants sont notamment considérés comme des traités de portée mineure:

- a. les traités qui ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ou qui ne portent pas renonciation à des droits existants;
- b. les traités qui servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale;
- c. les traités qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international;
- d. les traités qui s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes.

1.4 Référendum facultatif du peuple et référendum obligatoire du peuple et des cantons

Les articles 140 et 141 de la Constitution fédérale déterminent les cas dans lesquels le peuple seul ou, éventuellement, le peuple et les cantons peuvent être appelés à se prononcer sur un traité international. En cas de vote négatif, le Conseil fédéral n'est pas habilité à ratifier le traité.

1.41 Référendum facultatif

L'article 141, alinéa premier, lettre d, de la Constitution fédérale prévoit trois cas dans lesquels les traités internationaux sont soumis au vote du peuple, lorsque la demande est faite par 50 000 citoyens actifs ou par huit cantons; il s'agit des traités qui

1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables;
2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale;
3. entraînent une unification multilatérale du droit.

Selon l'article 141, alinéa 2, de la Constitution fédérale, d'autres traités que ceux mentionnés ci-dessus peuvent être soumis au référendum facultatif par une décision de l'Assemblée fédérale. Il doit s'agir, selon la volonté du constituant, de traités "de grande portée".

1.42 Référendum obligatoire

Dans deux cas, le traité doit être soumis au double vote du peuple et des cantons. D'après l'article 140, alinéa premier, lettre b, de la Constitution fédérale, il s'agit des traités qui prévoient "l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales".

Cette disposition vise une éventuelle adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et à l'Union européenne, d'autre part.

¹ Il s'agit de la nCst. du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, qui remplace l'aCst. du 29 mai 1874.

² Loi fédérale du 23 mars 1962 (RS 171.11).

2. Quelle est l'autorité compétente qui autorise les négociations et selon quelle procédure cette autorisation est-elle donnée?

Chargé des affaires étrangères, le Conseil fédéral a la compétence d'ouvrir et de mener des négociations en vue de la conclusion d'un traité. Cette décision ne fait pas l'objet d'une procédure particulière. L'Assemblée fédérale participe toutefois à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger (articles 184, alinéa premier, et 166, alinéa premier, de la Constitution fédérale), et les cantons sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels (article 55 de la Constitution fédérale).

3. Le système juridique de votre pays fait-il une distinction entre signature sans réserve de ratification, signature sous réserve de ratification, acceptation ou approbation?

a) dans la négative, exposer la procédure suivie dans votre pays pour exprimer le consentement de votre Etat à être lié par un traité, en répondant aussi aux questions 7, 9 à 11, 12 (*mutatis mutandis*) et 13 à 15;

b) dans l'affirmative, répondre aux questions 4 et suivantes.

Les distinctions dont il s'agit se réfèrent à certains modes d'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité qui relèvent du droit international public et ne sont pas reprises comme telles dans le système juridique suisse. Le critère déterminant en droit suisse est la délimitation des compétences entre les différents organes. Ainsi, on distingue entre les traités qui peuvent être conclus par le Conseil fédéral de son propre chef et ceux qui doivent être approuvés par le Parlement (et, le cas échéant, par le peuple et les cantons; voir la réponse à la question 1).

4. Dans quels cas la signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation est-elle possible et à quelles conditions?

La signature sans réserve de ratification peut intervenir pour tous les traités qui relèvent de la seule compétence du Conseil fédéral (cf. réponse à la question 1, chiffre 1.3; voir en outre réponse à la question 5).

5. Dans quels cas la signature sous réserve de ratification est-elle requise?

La réserve de ratification est requise pour les traités soumis à l'approbation du Parlement (cf. réponse à la question 1, chiffre 1.2) et, partant, pour tous les traités soumis au référendum facultatif ou au référendum obligatoire (cf. chiffre 1.4). Elle peut également intervenir pour les traités conclus par le Conseil fédéral de son propre chef, lorsque les dispositions du traité offrent le choix aux Etats d'exprimer leur consentement à être liés par la voie de la signature définitive ou par la voie de la signature suivie de ratification.

6. Dans quels cas l'acceptation ou l'approbation est-elle possible et à quelles conditions? Sont-elles précédées par la signature?

La procédure constitutionnelle suisse ne prévoit pas l'acceptation ni l'approbation comme expression du consentement de la Confédération à être liée par un traité. Le terme "approbation" désigne l'acte par lequel l'Assemblée fédérale accepte le traité qui lui est soumis et autorise le Conseil fédéral à le ratifier. Néanmoins, en vue de satisfaire aux exigences d'ordre formel posées par certains traités ou le depositaire, il arrive parfois que l'instrument contenant l'expression du consentement à être lié de la Suisse soit intitulé "instrument d'acceptation" ou "instrument d'approbation".

7. Dans chacune des situations prévues aux questions 3a), 4, 5 et 6, exposer les étapes suivies pour arriver à la décision engageant l'Etat. Préciser, en particulier, si l'autorité qui prend la décision doit consulter d'autres autorités (lesquelles?) ou des groupes professionnels ou autres intéressés.

Les étapes suivies jusqu'à la signature du traité sont identiques dans ces quatre hypothèses (cf. réponse à la question 2). Pour les étapes postérieures à la signature, il convient de distinguer:

a) Dans les cas où la conclusion du traité relève de la seule compétence du Conseil fédéral, celui-ci, sur proposition du département (ministère) compétent, approuve le traité et, si nécessaire, le ratifie. Généralement, une seule décision suffit. Il arrive cependant parfois que la ratification fasse l'objet d'une décision séparée.

b) Lorsque le traité international à conclure doit être approuvé par le Parlement, le Conseil fédéral soumet à ce dernier un projet d'arrêté fédéral d'approbation. Ce projet est accompagné d'un message dans lequel le Conseil fédéral expose les motifs qui plaident en faveur de l'approbation du traité. En adoptant l'arrêté fédéral proposé, le Parlement approuve le traité et autorise le Conseil fédéral à le ratifier.

c) Si le traité international est soumis au référendum, il faut distinguer:

Lorsque le traité est soumis au référendum facultatif et que celui-ci n'est pas demandé, l'arrêté fédéral d'approbation du Parlement prend effet à l'échéance du délai référendaire (trois mois). Si le référendum est demandé, l'arrêté est soumis à l'adoption ou au rejet du peuple.

Dans les cas d'un référendum obligatoire, l'arrêté adopté par le Parlement est soumis au vote du peuple et des cantons.

Le point de savoir si d'autres autorités, des groupes professionnels ou d'autres intéressés doivent être consultés est réglé par l'Ordonnance du Conseil fédéral sur les procédures de consultation, du 17 juin 1991³. D'après celle-ci, une consultation des cantons doit être organisée pour les traités internationaux d'une portée considérable sur le plan politique, économique, financier ou culturel ou qui affectent leurs compétences ou leurs intérêts essentiels. Les partis

³ Ordonnance du 17 juin 1991 (RS 172.062).

politiques représentés à l'Assemblée fédérale, ainsi que, le cas échéant, les organisations d'importance nationale compétentes en la matière, sont également entendus lorsqu'un traité international revêt une portée politique particulière.

8. Dans le cas où la ratification est nécessaire, préciser:

a) Quelle est l'autorité compétente pour ratifier?

b) Doit-elle être préalablement autorisée pour la ratification? Par quelle autorité et sous quelle forme?

c) Dans le cas où une autorisation préalable est nécessaire, doit-elle être sollicitée dans un certain délai? La décision de l'autorité qui autorise doit-elle intervenir dans un certain délai? Une fois cet éventuel délai écoulé sans décision, quelle en est la conséquence?

d) Une fois l'autorisation à ratifier accordée, l'autorité autorisée doit-elle procéder à la ratification dans un délai maximum? Pourrait-elle en principe s'en abstenir à jamais?

a) L'autorité compétente pour la ratification est le Conseil fédéral.

b) Lorsque le traité doit être soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral est autorisé à ratifier par le Parlement, avec ou sans l'accord du peuple et, le cas échéant, des cantons selon que le traité est soumis ou non au référendum, facultatif ou obligatoire. Dans le cas où le traité n'est pas soumis à la l'approbation de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral le ratifie de sa propre autorité.

c) Aucun délai n'est prévu pour solliciter l'approbation de l'Assemblée fédérale. Celle-ci n'est pas davantage tenue d'accorder ou de refuser son autorisation dans un laps de temps déterminé.

d) L'autorisation de l'Assemblée fédérale n'entraîne pour le Conseil fédéral aucune obligation de ratifier et n'est assortie d'aucun délai.

9. En cas d'adhésion à un traité, votre pays suit-il une procédure autre que celles décrites ci-dessus?

Non.

10. Quelle est l'autorité compétente pour:

a) décider des réserves à formuler;

b) retirer des réserves;

c) présenter des objections à des réserves formulées par d'autres Etats?

a) Lorsqu'un traité international est soumis à l'approbation du Parlement, celui-ci décide, généralement sur proposition du Conseil fédéral, si son approbation doit être assortie d'une ou de plusieurs réserves.

b) Le Conseil fédéral est habilité à retirer les réserves formulées à l'égard des traités dont la conclusion relève de sa propre compétence. En ce qui concerne les traités soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, l'éventuel retrait de réserves ne pourra être effectué par le Conseil fédéral que si celui-ci y est dûment autorisé par le Parlement.

c) Le Conseil fédéral est compétent pour présenter d'éventuelles objections à des réserves formulées par d'autres Etats.

11. Les traités auxquels votre pays est Partie sont-ils incorporés dans votre droit interne?

Les traités qui entrent en vigueur pour la Suisse s'incorporent au droit fédéral et acquièrent force obligatoire simultanément sur le plan international et dans l'ordre juridique interne.

12. Dans l'affirmative, l'incorporation a-t-elle lieu par le simple fait (et au moment même) de la signature sans réserve de ratification, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation, de l'adhésion, ou bien est-il nécessaire d'établir un acte séparé de nature législative ou administrative?

Les traités internationaux conclus par la Suisse font partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès leur entrée en vigueur, sans aucun acte de transformation. A partir de ce moment et aussi longtemps que les traités sont en vigueur pour la Suisse, tous les organes de l'Etat (autorités politiques, administratives et judiciaires) doivent les respecter et les appliquer et, pour autant que leurs dispositions soient de nature directement applicable ("self-executing"), les particuliers peuvent les invoquer pour en déduire des droits et des obligations à charge des autorités ou d'autres particuliers. Les traités internationaux ne peuvent cependant être opposés aux particuliers que s'ils ont été publiés.

13. Quel est le statut juridique d'un traité incorporé dans le droit interne de votre pays?

Le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la primauté de principe du droit international sur les lois fédérales. En cas de conflit entre une norme conventionnelle internationale et une règle interne, le Tribunal fédéral recourt à la méthode dite de "l'interprétation conforme" du droit interne au droit international. Si cette méthode d'interprétation ne permet pas de résoudre entièrement le conflit et qu'une contradiction subsiste, le droit international prime le droit interne, que la norme internationale soit antérieure ou postérieure à la règle de droit interne. Lorsqu'il apparaît que le législateur fédéral a sciemment voulu s'écarter de la norme internationale en édictant une norme postérieure contraire au traité liant la Suisse, le Tribunal fédéral peut renoncer exceptionnellement à l'application du principe de la primauté du droit international.

14. La signature d'un traité par votre pays indique-t-elle l'intention ferme de le ratifier?

En règle générale, le Conseil fédéral ne décide de la signature de traités internationaux que s'il estime pouvoir ensuite les ratifier.

15. L'application à titre provisoire d'un traité en attendant son entrée en vigueur est-elle possible dans votre système juridique et à quelles conditions?

En vertu de ses prérogatives et de sa responsabilité en matière de politique étrangère, le Conseil fédéral peut ordonner l'application provisoire d'un traité international quand la protection d'intérêts suisses ou le caractère particulièrement urgent l'exigent et qu'il est impossible de suivre la procédure d'approbation parlementaire ordinaire. Lorsqu'il y a urgence, le Conseil fédéral peut également décider d'appliquer à titre provisoire un traité en attendant son entrée en vigueur formelle.

Réponse suisse à un questionnaire présenté par le Conseil de l'Europe, du 20 décembre 1999. Conseil de l'Europe, Conclusion des traités - Expression par les Etats du consentement à être liés par un traité, La Haye 2001, pp. 268-274.

1.2 Conclusion des traités internationaux par la Suisse: référendum facultatif ou obligatoire? Notions de supranationalité, d'extradition, et de remise à un tribunal pénal international

Extrait du Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

En vertu de l'article 54 de la (nouvelle) Constitution (Cst.), les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. La compétence qu'a l'Assemblée d'approuver les traités internationaux découle de l'article 106, alinéa 2, de la Cst.

Selon l'article 141, alinéa premier, lettre d, de la Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, s'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (article 4, alinéa premier, du statut). Le statut de Rome est donc sujet au référendum facultatif en matière de traités internationaux, sans qu'il soit nécessaire de déterminer s'il entraîne une unification multilatérale du droit.

On peut se demander si le statut ne devrait pas même être soumis au référendum obligatoire en vertu de l'article 140, alinéa premier, lettre b, de la Cst. Cette disposition prévoit le référendum obligatoire en cas d'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales. Le statut de Rome ne constitue pas une organisation de sécurité collective. Reste à savoir s'il n'est pas susceptible d'être couvert par la notion de communauté supranationale au sens de cette disposition. Il faudrait pour cela qu'il réalise les quatre conditions cumulatives suivantes: avoir des organes composés de personnes indépendantes qui ne sont pas liées par des instructions données par l'Etat dont ils sont ressortissants (première condition), qui exercent leurs attributions en prenant des décisions à la majorité et non à l'unanimité (deuxième condition), dont les décisions entrent en vigueur directement et lient directement les particuliers (troisième condition) et dont les attributions matérielles sont relativement étendues (quatrième condition)⁴. Dans le cas de la Cour pénale internationale, la quatrième condition n'est pas remplie. En effet, même si le statut de Rome reconnaît la compétence de la Cour pour un certain nombre de crimes (articles 5 à 8 du statut), il n'en demeure pas moins que la Cour ne dispose d'un domaine de compétences limité à plusieurs égards: à l'application du droit pénal tout d'abord, à une catégorie bien définie de crimes ensuite et, enfin, aux cas dans lesquels les Etats Parties n'assurent pas eux-mêmes la poursuite pénale des états de fait incriminés (principe de complémentarité). Notons que, dans le cas de la Cour AELE, le Conseil fédéral, estimant que les compétences de cette juridiction se limitaient à l'application du droit de la concurrence, est également arrivé à la conclusion que les éléments de supranationalité ne suffisaient pas à justifier l'application (du) référendum obligatoire en matière de traités internationaux⁵.

On peut enfin se demander si le statut nécessite une modification de la Constitution. En vertu de l'article 89 du statut de Rome, un Etat Partie est tenu de remettre à la Cour pénale, sur la demande de celle-ci, toute personne se trouvant sur son territoire. Cette personne peut être un de ses propres ressortissants. Il faut donc examiner la compatibilité de cette obligation avec l'article 25, alinéa premier, de la Cst. qui dispose que les Suissesses et les Suisses ne peuvent être expulsés du pays et qu'ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère sans leur consentement. Il n'est pas possible de formuler une réserve au statut (article 120 du statut). Il n'est pas non plus permis - contrairement à ce que prévoit la coopération avec les deux Tribunaux ad hoc (pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda) - de subordonner impérativement la remise d'une Suissesse ou d'un Suisse à la condition que cette personne soit reconduite en Suisse pour l'exécution d'une peine éventuelle.

Toutefois, il paraît douteux que l'article 25 de la Cst. puisse s'appliquer au cas de la remise d'une personne à une cour internationale. La différence entre l'extradition d'une personne vers un Etat étranger et la remise d'une personne à une instance internationale n'est pas une figure de style, mais une distinction entre deux concepts qui ressort du statut même. L'article 102 du statut de Rome distingue clairement entre la remise, qu'il définit comme le fait pour un Etat de livrer une personne à la cour, et l'extradition, qu'il définit comme le fait pour un Etat de livrer une personne à un autre

⁴ Message (du Cons. féd. à l'Ass. féd.) du 23 octobre 1974 concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, FF 1974 II 1156 et ss (Pratique suisse 1974, n° 1.6, ASDI, vol. XXXI, 1975, p. 173 (185)).

⁵ Message (du Cons. féd. à l'Ass. féd.) du 18 mai 1992, relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 527 et s.

Etat. On peut donc arguer que la remise à la Cour n'entre pas dans le champ d'application de l'article 25, alinéa premier, Cst. puisque cette disposition - en tous les cas dans ses versions allemande ("dürfen ausgeliefert werden") et italienne ("possono essere estradate") - ne parle que d'extradition. Alors que, dans le cas de l'extradition, un citoyen d'un Etat souverain est livré à l'autorité pénale d'un autre Etat souverain sur les procédures duquel il n'a aucune influence, il s'agit, dans le cas de la remise, de confier un citoyen à un organe international indépendant et impartial dont l'Etat Partie requis, qui a participé à sa création et à son aménagement, assume aussi les responsabilités. Les Etats Parties doivent en effet veiller à ce que la Cour pénale internationale satisfasse en tout temps aux exigences des droits fondamentaux fixés dans le statut. Cette responsabilité, les Etats doivent l'assumer, par exemple, dans le cadre de leur participation à l'Assemblée des Etats Parties. La Cour européenne des droits de l'homme également a établi une distinction entre les notions d'extradition vers un autre Etat et de remise à une cour internationale⁶.

Même si on considère en fin de compte que l'article 25, alinéa premier, Cst. est applicable en l'occurrence, on peut soutenir que la remise représente une restriction admissible du droit fondamental de chaque ressortissant suisse à ne pas être extradé et livré contre son gré à une autorité étrangère; cette restriction doit toutefois remplir les conditions de l'article 36 Cst., à savoir être fondée sur une base légale (alinéa premier), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (alinéa 2) (et) être proportionnée au but visé (alinéa 4). En l'occurrence, la base légale est constituée par l'article 16 de la Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale⁷, tandis que l'intérêt public réside dans la poursuite pénale des crimes visés par le statut; en outre, les exigences de la proportionnalité et de l'inviolabilité de l'essence du droit fondamental sont respectées par le fait qu'un ressortissant helvétique ne sera remis à la Cour qu'au cas où la Suisse renoncerait à engager contre lui des poursuites pénales, hypothèse que l'on a bien de la peine à imaginer, ne serait-ce qu'en raison de l'image néfaste qu'engendrerait une telle renonciation à l'égard de la communauté internationale.

Il faut encore se référer à l'article 103, alinéa 3, du statut selon lequel la Cour pénale peut prendre en compte la nationalité de la personne condamnée lors de la désignation de l'Etat chargé de l'exécution des peines. En formulant, conformément à l'article 103, alinéa premier, du statut, une déclaration dans laquelle elle manifeste sa volonté de prendre en charge ses propres ressortissants pour l'exécution de leurs peines, la Suisse crée la base nécessaire pour le renvoi effectif d'un citoyen suisse dans son pays aux fins d'exécution d'une peine si, contre toute attente, un cas pareil devait se présenter.

Au surplus, en pratique, les considérations exprimées ici sont largement théoriques. On a en effet tout lieu de croire que les autorités suisses chargées de la poursuite pénale ont aujourd'hui et auront à l'avenir aussi la possibilité et la volonté de poursuivre pénalement et de condamner les citoyens suisses ayant commis des crimes de la nature de ceux prévus dans le statut.

En conclusion, il résulte de ce qui précède qu'il ne se justifie pas de soumettre l'approbation du statut de Rome au référendum obligatoire selon l'article 140, alinéa premier, lettre b, de la Cst. et que l'on peut renoncer à une modification de l'article 25, alinéa premier, de la Cst. En revanche, l'adoption du statut est sujette au référendum facultatif en vertu de l'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 2, de la Cst.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale FF 2001, p. 359 (451-453). Pour d'autres extraits de ce message, voir les nos 3.5 à 3.7, 5.5 et 7.2.

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

(Voir aussi les nos 1.1, 4.7, 7.3 et 8.3)

2.1 Droit international conventionnel et droit interne suisse: monisme; application directe des règles conventionnelles sur le plan suisse

Avis de droit de la DDIP:

La théorie moniste règle, en Suisse, les rapports entre le droit international et le droit interne. Contrairement au système dualiste, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à une norme de droit interne pour transposer le droit international dans l'ordre juridique du pays. La norme de droit international fait partie intégrante, dès son entrée en vigueur, de l'ordre juridique interne. Le Conseil fédéral vient encore de confirmer son attachement à la conception moniste dans sa réponse à deux interventions parlementaires récentes, la motion J. Alexander Baumann du 3 octobre 1996 (96.3482) pour un changement du système d'introduction du droit international et l'interpellation Samuel Schmid du même jour (96.3479) sur le passage au système dualiste⁸.

La question de l'applicabilité directe des dispositions d'un traité international est réglée par les Etats eux-mêmes, à moins que le traité n'en dispose autrement. C'est par l'interprétation que les autorités chargées d'appliquer le droit concluent ou non à l'applicabilité directe d'une norme internationale. En suisse, le Tribunal fédéral a développé une série de critères pour déterminer si une norme internationale ("self-executing") suppose que celles-ci soient, "considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité ..., inconditionnelles et suffisamment

⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 11 mai 2000, n° 51891/99, Naletilic c. Croatie, c. 1b. En l'espèce, il s'agissait de la remise du requérant au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

⁷ Pour le texte du projet de loi, cf. FF 2001, p. 539.

⁸ BO CN 1997, p. 587, Pratique suisse 1997, n° 2.1, RSDIE, vol. 8, 1998, p. 635.

précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète".

Les dispositions qui ne sont pas directement applicables ont un contenu programmatique et se contentent de fixer des lignes directrices générales. Elles ne s'adressent pas aux autorités administratives des Etats Parties au traité, mais au législateur. Ces dispositions laissent à ce dernier une certaine marge de manœuvre dans la rédaction des normes de droit interne nécessaires à leur application. En conséquence, un sujet de droit privé ou de droit public tel qu'un particulier ou une commune ne pourra se prévaloir de cette norme internationale devant la justice tant que le législateur ne l'aura pas concrétisée.

Avis de droit de la DDIP du 4 mars 1998. JAAC 2000, fasc. 64/I, n° 20.

2.2 Droit international conventionnel et droit interne suisse: monisme; primauté; interprétation des règles du droit interne dans un sens conforme à un traité pertinent, antérieur ou postérieur. Compétence pour conclure des traités internationaux en Suisse

L'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après examine le point de savoir si un traité international peut déroger à une règle pénale établie par une loi fédérale et si, le cas échéant, un tel traité dérogatoire peut être ratifié par le Cons. féd.

1. Effets du droit international sur le droit interne

Si la jurisprudence et la doctrine ont toujours considéré que le droit international prime en cas de conflit entre des traités internationaux et la Constitution fédérale, d'une part, et entre des traités internationaux et des dispositions nationales qui sont d'un niveau inférieur aux lois fédérales, d'autre part, la question des relations entre le droit international et les lois fédérales a par contre longtemps été controversée (voir Dietrich Schindler, *La Suisse et le droit international public*, in: *Nouveau Manuel de la politique extérieure suisse*, Berne/Stuttgart/Vienne 1992, pp. 114-115). En effet, si, au début du siècle, le Tribunal fédéral a jugé que les traités internationaux primaient les lois internes, même celles qui avaient été adoptées postérieurement, il a modifié cette pratique une première fois dans les années 1920-1930 non seulement en plaçant sur un pied d'égalité les traités et les lois fédérales mais également en donnant la primauté aux lois adoptées postérieurement aux traités internationaux.

En 1968, le Tribunal fédéral a à nouveau modifié sa pratique en la matière en stipulant que le droit interne doit être interprété en conformité avec le droit international afin d'éviter toute contradiction. Il a ainsi établi le principe que le droit international l'emporte sur une loi fédérale contraire, même si la loi a été adoptée postérieurement. En conséquence, le droit interne qui contredit une norme de droit international ne doit pas être appliqué.

Il découle de ce qui précède qu'un accord international peut contenir une règle de compétence pénale basée sur le principe de la territorialité, de la personnalité active ou encore sur une combinaison des deux principes lors même que le droit pénal suisse a établi le principe de la personnalité active. La règle internationale l'emportera dans tous les cas car, vu le système moniste suisse, un accord conclu valablement par notre pays le lie et ses dispositions priment les dispositions internes. La jurisprudence Schubert (ATF 99 Ib 39 du 2 mars 1973⁹, en vertu de laquelle une loi fédérale peut, dans des circonstances exceptionnelles, l'emporter sur le droit international lorsque l'Assemblée fédérale l'a expressément exigé, doit être considérée comme une exception (voir Schindler, p. 115).

En conclusion, la DDIP est d'avis que le principe de la territorialité établi par l'accord international l'emporte sur le principe de la personnalité active établi par le droit interne suisse.

2. Le principe de la primauté du droit international et la compétence interne d'approbation d'un traité international

Selon la doctrine, la primauté du droit international sur le droit interne ne dépend pas de l'autorité qui a approuvé le traité international. En effet, le principe de la primauté du droit international est applicable tant pour les traités qui ont été approuvés par le Parlement que ceux qui l'ont été par le Conseil fédéral (voir Schindler, p. 114).

En outre, un traité international approuvé par le Conseil fédéral lie la Suisse et ce même si notre Gouvernement l'a conclu *ultra vires*. En effet, conformément à l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111), un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité. D'ailleurs, dans un arrêt publié à l'ATF 120 Ib 360, c. 2¹⁰, le Tribunal fédéral a considéré qu'un traité conclu par le Conseil fédéral lie la Suisse, indépendamment du fait que ce traité aurait dû être approuvé par l'Assemblée fédérale.

Enfin, le fait qu'un accord international déroge à une loi fédérale n'implique pas que l'accord international en question doive impérativement être approuvé par l'Assemblée fédérale. En effet, le Conseil fédéral peut approuver un tel accord si ce dernier est qualifié d'accord bagatelle.

3. Compétence du Conseil fédéral d'approuver un accord international établissant une règle de compétence pénale

Il se pose la question de savoir si un accord international fixant une règle de compétence pénale peut être considéré comme un accord bagatelle et, dès lors, être approuvé par le Conseil fédéral. Le fait que l'accord international déroge à une règle de la compétence établie par une loi interne n'est pas déterminant pour savoir si l'accord doit être approuvé par l'Assemblée fédérale dans la mesure où, comme cela a été expliqué ci-dessus, le parallélisme des compétences n'est en l'espèce pas pertinent. Par contre, il importe d'examiner si les critères applicables pour déterminer le caractère

⁹ Pratique suisse 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

¹⁰ Pratique suisse 1994, n° 1.1, RSDIE, vol. 5, 1995, p. 590.

bagatelle d'un accord sont respectés (voir la communication commune de la DDIP et de l'Office fédéral de la justice (du DFJP) publiée dans JAAC 1987, fasc. 51 (IV), n° 58, pp. 397-400¹¹).

En conclusion, dans la mesure où le caractère bagatelle d'un tel accord est établi, la DDIP est d'avis que le Conseil fédéral est en droit de déroger dans cet accord à une règle de compétence fixée par une loi fédérale.

Avis de droit de la DDIP du 18 mars 1999. JAAC 2000, fasc. 64/I, n° 21.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n°s 1.2, 5.5, 7.1 à 7.3 et 8.4)

3.1 Immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers. Lien des activités en cause avec le territoire suisse

Le texte reproduit ci-après, extrait d'un arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, porte sur l'immunité des Etats étrangers et le lien qui doit exister, le cas échéant, entre le rapport juridique dont il s'agit et le territoire suisse (Binnenbeziehung) pour qu'une juridiction suisse puisse se déclarer compétente.

(Traduction:)

5.2. b) Entre la Suisse et l'Etat défendeur, il n'existe aucun traité international qui se rapporte à l'immunité dont jouirait chacun des deux pays. En particulier, l'Etat défendeur, contrairement à la Suisse, n'est pas Partie à la Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972¹² qui, ainsi, est inapplicable (voir ATF 112 Ia 150¹³). La question de l'immunité doit donc être résolue selon les règles du droit international (général) et celles du droit interne (cf. Berti, (in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Internationale Privatrecht, Bâle 1996,) n° 44 des observations préliminaires sur l'article 2¹⁴, avec des renvois à la jurisprudence).

Selon le droit international, un Etat étranger bénéficie de l'immunité dans la mesure où il a agi *jure imperii*. Les tribunaux internes ne sont compétents que lorsque cet Etat a agi *jure gestionis* (immunité dite relative, voir Walter, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 2^e éd., Berne ... 1998, pp. 61 et s. et 67 et ss, avec de nombreuses références; Keller/Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich 1986, pp. 560 et ss). Au delà de l'immunité prescrite par le droit des gens, la pratique suisse confère également l'immunité pour des actes *jure gestionis* s'il n'y a pas, entre ces actes et le territoire suisse, de lien de rattachement suffisant étant donné qu'il n'y a pas, en cette hypothèse, de nécessité de refuser l'immunité à l'Etat ou acteur étatique étranger, ni de sacrifier les intérêts de celui-ci à ceux de sa partie adverse (Keller/Siehr, op. cit., pp. 563 et s., avec de nombreux renvois).

La juridiction de première instance n'a pas examiné le point de savoir si le défendeur a agi *jure imperii* ou *jure gestionis*. Par ailleurs, le défendeur n'a pas invoqué l'immunité, mais cela ne permet pas de renoncer à l'étude de la question, car l'immunité, si elle existe, doit être prise en considération d'office (Keller/Siehr, op. cit., p. 561). En l'absence d'un rattachement territorial suffisant, on peut toutefois laisser ouvert le point de savoir si un acte a été accompli *jure imperii* ou *jure gestionis*, un refus d'immunité n'entrant pas en ligne de compte dans cette hypothèse.

c) Quant à l'exigence d'un rattachement territorial suffisant, il n'y a pas de raison, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, de distinguer entre des revendications d'immunité de juridiction et d'exécution forcée; dans les deux cas, l'immunité a la même portée (voir ATF 82 I 90, c. 10¹⁵; 106 Ia 148, c. 3b¹⁶; 111 Ia 55, c. 2c¹⁷). La règle du traitement identique des immunités de juridiction et d'exécution ne souffre qu'une seule entorse, à savoir lorsqu'il s'agit d'instruments nécessaires à l'Etat étranger pour agir *jure imperii*; ces instruments-là, pour cette raison, échappent à l'exécution forcée (cf. Walter, op. cit., p. 71). Dans ce sens, l'immunité d'exécution est plus étendue que celle de juridiction. Pour ce qui est en revanche de l'exigence d'un lien territorial suffisant, les conditions à remplir sont identiques pour les deux cas ...

Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich, du 22 mars 2000 (c. 5b et c). *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, vol. 99, 2000, p. 299 (302-303).

3.2 Immunité de juridiction des Etats étrangers et de ceux qui agissent pour leur compte: actes accomplis *jure imperii* et *jure gestionis*. Lien de ces actes avec le territoire suisse

En 1994, le Pakistan avait conclu, avec la Société générale de surveillance Holding S.A. à Genève (SGS), un contrat par lequel il chargeait la SGS, contre rétribution, de contrôler, avant leur embarquement dans les ports étrangers, les marchandises destinées à être importées au Pakistan et d'établir, notamment, quels droits de douane et autres taxes étaient exigibles. En 1996, le Pakistan dénonça le contrat, ce qui conduisit la SGS à lui réclamer une somme substantielle représentant, selon elle, le solde dû par le Pakistan au titre de l'exécution du contrat.

¹¹ Pratique suisse 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178 (189-192).

¹² RS 0.273.

¹³ Pratique suisse 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158.

¹⁴ Il s'agit de l'article 2 de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

¹⁵ Pratique suisse 1956, ASDI, vol. XIV, 1957, p. 32.

¹⁶ Pratique suisse 1980, n° 3.4, ASDI, vol. XXXVII, 1981, p. 217.

¹⁷ Pratique suisse 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 60.

Les tribunaux genevois se déclarèrent incompétents pour connaître de cette demande. La Cour de justice de Genève fonda sa décision sur l'immunité de juridiction du Pakistan. Selon elle, on pouvait estimer qu'en raison de la nature des tâches qu'il avait confiées à la SGS, cet Etat avait agi *jure imperii* et pouvait ainsi se prévaloir de l'immunité de juridiction. Contre cette décision, la SGS recourut en réforme auprès du TF, qui rejeta le recours. Voici un extrait de son arrêt:

2. a) Lorsqu'un Etat se prévaut de l'immunité de juridiction, cette question doit être tranchée d'entrée de cause (ATF 124 III 382, c. 3b¹⁸).

Le principe de l'immunité de juridiction permet aux Etats étrangers qui en invoquent le bénéfice d'exclure à leur égard la compétence des tribunaux suisses dans les domaines relevant de leur souveraineté; ainsi compris, le principe de l'immunité de juridiction est une règle qui détermine la compétence des tribunaux suisses (ATF 124 III 382, c. 4a).

La Suisse et le Pakistan ne sont pas liés par une convention sur l'immunité de juridiction. Le problème litigieux doit donc être résolu à la lumière des principes qui ont été posés par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 120 II 400, c. 3d¹⁹).

Depuis 1918 (ATF 44 I 49²⁰), le Tribunal fédéral s'est rallié à une conception restrictive de l'immunité des Etats. Selon cette jurisprudence, le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est pas une règle absolue. Si l'Etat étranger a agi en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*), il peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction; si, en revanche, il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*), l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (ATF 124 III 382, c. 4a; 120 II 400, c. 4b).

La distinction des actes *jure gestionis* et *jure imperii* ne saurait se faire sur la seule base de leur rattachement au droit public ou au droit privé (ATF 124 III 382, c. 4a). La jurisprudence considère comme déterminante la nature intrinsèque de l'opération; il s'agit de déterminer si l'acte qui fonde la créance litigieuse relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers (ATF 124 III 382, c. 4a; 110 II 255, c. 3a²¹; 104 Ia 367, c. 2 et 4a²²; 86 I 23, c. 2; cf. également ATF 120 II 400, c. 4a).

A titre d'exemple, il a été jugé qu'un Etat agissait *jure gestionis* s'il garantissait, comme pourrait le faire un établissement bancaire ou un autre particulier, une opération de financement (ATF 124 III 382 et s., c. 4b). La solution est la même si un contrat de travail est conclu avec un aide de bureau (ATF 120 II 406, c. 4b), un chauffeur, un portier, un jardinier ou un cuisinier (ATF 120 II 400, c. 4b); pour un aperçu complet de la jurisprudence: Jolanta Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, (Bern 1998,) pp. 294-296.

b) La demanderesse est certes une société de droit privé et elle poursuit en l'occurrence un but lucratif; par ailleurs, l'Etat défendeur n'est pas, par rapport à elle, dans une position d'autorité. Ces constatations permettent seulement de conclure que le rapport relève du droit privé et qu'il s'agit bien d'une contestation civile susceptible d'un recours en réforme (cf. articles 44 et 46 OJ²³). Pour dire si l'Etat agit *jure imperii*, il n'est cependant pas déterminant que le rapport juridique en cause relève du droit privé plutôt que du droit public (ATF 124 III 382, c. 4a). La question à résoudre est en définitive celle de savoir si la tâche confiée par le défendeur à la demanderesse relève ou non de l'autorité de l'Etat. On rappellera ici que l'immunité de juridiction procède d'une attitude de respect entre Etats, chacun s'abstenant de faire juger par ses tribunaux la manière dont un autre exerce ses tâches de souveraineté (cf. ATF 110 II 255, c. 3a).

La convention passée entre les parties présente certaines analogies avec un contrat de travail, dans la mesure où la demanderesse fournit ses services au défendeur contre rémunération; on peut donc s'inspirer des critères d'examen dégagés par la jurisprudence en matière de contrat de travail. Dans ces cas-là, la jurisprudence examine si l'activité en cause est de celles qui pourraient aussi être confiées par un particulier (cuisinier, chauffeur, jardinier, etc.) ou si l'agit d'une mission qui ne peut être conférée que par un Etat (par exemple la représentation diplomatique), de telle sorte qu'elle apparaisse comme une activité étroitement liée à l'exercice de la puissance publique, lequel ne doit pas être soumis au jugement d'un tribunal étranger.

Le droit douanier fait partie du droit fiscal au sens large. Le prélèvement de l'impôt est un attribut de la souveraineté. En l'espèce, la demanderesse a été chargée de lutter contre la fraude fiscale, en inspectant matériellement des cargaisons au port d'embarquement, en évaluant la marchandise et en se prononçant sur la taxation douanière ou fiscale. Il s'agit là d'une tâche d'autorité à l'égard des administrés, habituellement confiée aux fonctionnaires des douanes. On ne voit pas qu'une telle mission puisse être (remplie) par un particulier, puisque l'imposition relève typiquement de l'activité étatique.

La demanderesse ne se trouvait pas dans une position subalterne, assimilable à celle d'un aide de bureau (cf. ATF 120 II 400, c. 2). En effet, le défendeur lui faisait confiance pour les inspections, les évaluations et la taxation, de telle sorte que la demanderesse devait jouer un rôle déterminant dans la lutte contre la fraude douanière.

¹⁸ Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 654.

¹⁹ Pratique suisse 1994, n° 3.3, RSDIE, vol. 5, 1995, p. 600.

²⁰ Répertoire, n° 3.14.

²¹ Pratique suisse 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

²² Pratique suisse 1978, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 143.

²³ Ces deux dispositions de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (RS 173.110), concernent la recevabilité du recours en réforme.

L'entrée en matière sur la présentation litigieuse conduirait à examiner la conclusion et l'exécution du contrat. Cela reviendrait à vérifier comment l'Etat défendeur, par l'entremise de la demanderesse, devait jouer un rôle déterminant dans la lutte contre la fraude douanière.

L'entrée en matière sur la prétention litigieuse conduirait à examiner la conclusion et l'exécution du contrat. Cela reviendrait à vérifier comment l'Etat défendeur, par l'entremise de la demanderesse, a exercé sa compétence douanière; or, l'immunité de juridiction a précisément pour but d'éviter qu'un tribunal n'ait à connaître de l'activité étatique d'un autre pays souverain (sans le consentement de ce dernier).

La cour cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral en considérant que la demanderesse avait agi en vertu de sa souveraineté et qu'elle pouvait donc se prévaloir de l'immunité de juridiction.

La nature particulière de la mission confiée ne pouvait échapper à la demanderesse. La clause compromissoire avait certainement pour but de lui éviter d'avoir à plaider devant les tribunaux pakistanais. En raison de cette clause, la demanderesse ne saurait prétendre que le défendeur lui avait donné l'assurance qu'il renoncerait à se prévaloir de l'immunité et qu'il se soumettrait à la compétence des tribunaux suisses.

Dès lors que le défenseur a agi *jure imperii*, il n'y a plus à se demander si la cause présente un lien suffisant avec la Suisse (cf. ATF 124 III 382, c. 4a; 120 II 400, c. 4) ou si la compétence des tribunaux genevois pourrait être déclinée pour un autre motif.

Arrêt du TF, du 23 novembre 2000, en la cause Société générale de surveillance Holding S.A. c. République Islamique du Pakistan (c. 2). Arrêt non publié.

3.3 Immunité de juridiction des Etats étrangers et de ceux qui agissent pour leur compte: distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*

Dans le cadre d'une information pénale ouverte en Suisse pour blanchissage d'argent, le compte en banque de la société X. fit l'objet d'une saisie conservatoire. La société aussi bien que la République Y. recoururent contre cette mesure auprès des juridictions cantonales compétentes, puis auprès du TF, en faisant valoir que les fonds en cause devaient être affectés au service public de la République Y. Voici un extrait de l'arrêt du TF portant sur l'immunité de juridiction:

2. ...

c) Les recourantes se fondent sur une conception large de l'immunité, qui s'étendrait selon elles à tous les avoirs affectés au service public, quelle que soit la forme adoptée. Or, selon la conception restrictive qui prévaut en Suisse, le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est pas une règle absolue. L'Etat étranger peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction s'il a agi en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*); si, en revanche, il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*), il peut être soumis à la juridiction suisse.

La distinction des actes *jure gestionis* et *jure imperii* ne saurait se faire sur la seule base de leur rattachement au droit public ou au droit privé. Ce critère dépend en effet de la définition, malaisée, du droit public, laquelle diffère selon les Etats; il ne saurait constituer qu'un indice parmi d'autres. De même, le but poursuivi par l'Etat ne saurait être déterminant, car ce but vise toujours, en dernière analyse, un intérêt étatique. On recherchera donc prioritairement quelle est la nature intrinsèque de l'opération mise sur pied par l'Etat: il s'agit de déterminer si l'acte relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers (ATF 110 II 255, c. 3a, p. 259²⁴; 104 Ia 367, c. 2c, p. 371²⁵). La jurisprudence range ainsi parmi les actes accomplis *jure imperii* les activités militaires et les actes analogues à une expropriation ou une nationalisation (ATF 113 Ia 172, c. 3, p. 176²⁶; sont en revanche des actes accomplis *jure gestionis* les emprunts de l'Etat ou d'une banque centrale souscrits sur le marché monétaire (ATF 104 Ia 376) et les contrats, par exemple d'entreprise (ATF 112 Ia 148²⁷, 111 Ia 62²⁸). La jurisprudence recourt aussi à des critères extérieurs à l'acte en cause. Elle voit par exemple l'indice d'un acte accompli *jure gestionis* dans le fait que l'Etat est entré en relation avec un particulier sur le territoire d'un autre Etat, sans que ses relations avec ce dernier soient en cause (ATF 104 Ia 367, c. 2c, p. 371; 86 I 23, c. 2, p. 29). Ces activités commerciales, telles des accords de livraison de marchandises ou de prestations de service, ou des engagements financiers comme, en particulier, des contrats de prêt ou de garantie, ne sont évidemment pas couvertes par l'immunité diplomatique. Ce qui vaut pour l'immunité de juridiction vaut en principe aussi pour l'immunité d'exécution, la seconde n'étant qu'une simple conséquence de la première, sous la seule réserve que les mesures d'exécution ne concernent pas des biens destinés à l'accomplissement d'actes de souveraineté (ATF 124 III 382, c. 4a, pp. 388-389²⁹).

d) En l'espèce, compte tenu du recours à des sociétés privées, dont l'Etat n'est d'ailleurs pas lui-même l'ayant droit, on peut douter que la République (Y.) puisse invoquer le bénéfice de l'immunité de juridiction (cf. arrêt du 8 mars 1999 précité, c.4 in fine, non publié in SJ 1999 I 427³⁰). ...

²⁴ Pratique suisse 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

²⁵ Pratique suisse 1978, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 143.

²⁶ Pratique suisse 1987, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209.

²⁷ Pratique suisse 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158.

²⁸ Pratique suisse 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 60.

²⁹ Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 654 (citation incorrecte de l'arrêt en p. 656. La bonne référence est celle figurant au présent arrêt.)

³⁰ Ce passage est, en revanche, publié dans Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDIE, vol. 9, à la p. 656.

Arrêt du TF, du 8 décembre 2000, en la cause République Y. et X. Ltd. (c. 2c). SJ 2000 I 201 (203-204).

3.4 Crimes de génocide et complicité de tels crimes. Principe du non-refoulement. Jus cogens et règles erga omnes. Droit international humanitaire: infractions graves aux Conventions de Genève de 1949

L'arrêt partiellement reproduit ci-après émane du TF et se rapporte à la demande d'indemnisation adressée à la Confédération par un apatride d'origine juive qui, en 1942, en compagnie de deux cousins, avait tenté de franchir la frontière franco-suisse avec de faux papiers. Les trois fugitifs furent refoulés vers la France, la police suisse leur signifiant que s'ils essayaient à nouveau de franchir la frontière, ils seraient refoulés et remis, cette fois, aux autorités allemandes. C'est précisément ce qui advint quelques jours plus tard, les gardes-frontières suisses remettant aux autorités allemandes, aux dires du demandeur, non seulement les fugitifs et les faux papiers, mais également leurs vrais papiers, dont il ressortissait qu'ils étaient juifs. Alors que, selon lui, ses deux cousins périrent à Auschwitz, le demandeur survécut.

A l'appui de sa réclamation adressée au TF, le demandeur fit valoir que le comportement des gardes-frontières ou des autorités qui leur avaient donné des ordres constituait un acte de complicité de génocide de même qu'une violation du principe de non-refoulement.

Le Gouvernement suisse estima, quant à lui, que la demande était prescrite, qu'elle ne pouvait s'analyser en un acte de complicité de génocide au sens de l'article III de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (FF 1999, p. 4942), ni comme étant des crimes de guerre, et que le principe du non-refoulement, qui aujourd'hui confère aux individus un droit subjectif à titre de droit de l'homme, n'avait pas cette qualité au moment des faits.

Les passages qui suivent de l'arrêt du TF - qui rejeta la demande mais octroya au demandeur, à titre d'indemnité de procédure, une somme équivalente à sa demande - portent sur les deux derniers points, la complicité de génocide et le principe du non-refoulement.

(Traduction:)

4. ...

c) Malgré les objections du demandeur, on ne peut enfin admettre que les fonctionnaires qui, en 1943, avaient mis à exécution la menace de remettre le demandeur aux autorités allemandes (ou, le cas échéant, la Confédération, en raison de sa législation,) sont responsables pour avoir été complices de crimes de génocide ou de guerre. Cette question doit être examinée selon le droit applicable à l'époque des faits (...).

aa) Le 1^{er} janvier 1934 était entrée en vigueur la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS, vol. 1, p. 121). L'article 21 de cette loi, fondée sur l'article 69ter (a)Cst., disposait que lorsqu'un étranger se voyait refuser une autorisation et pouvait établir qu'il essayait de se soustraire à une persécution fondée sur des motifs politiques, le Conseil fédéral pouvait lui accorder l'asile au moyen d'une autorisation dénommée "tolérance", qui enjoignait à un canton de tolérer la présence du bénéficiaire. Selon l'article 7, alinéa 3, LSEE, les tolérances accordées à des émigrés et des réfugiés politiques pouvaient être assorties de conditions; et l'article 14, alinéa 2, permettait de les interner s'il n'y avait d'autorisation portant "tolérance" ni sur le plan fédéral ni sur celui des cantons (Walter Kälin, *Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg*, annexe au Rapport intitulé: "Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus", Berne 1999, p. 121 (ci-après: Kälin, *Rechtliche Aspekte*)). Il n'y avait à l'époque aucun devoir d'accorder l'asile, que ce soit sur le plan national ou sur celui du droit des gens. Le droit d'asile de l'époque s'analysait essentiellement en un droit de l'Etat d'accueillir ou de refouler des réfugiés (...); à l'époque considérée, la Suisse n'était Partie à aucune convention limitant sa liberté dans ce domaine et prescrivant d'élargir, sur le plan interne, la notion de réfugié figurant à l'article 21 LSEE et fondée sur des notions tirées du droit de l'extradition (Kälin, *Rechtliche Aspekte*, pp. 23 et ss) - à supposer même que d'autres pays eussent suivi, déjà à l'époque, une pratique plus libérale (ibid., p. 49). Etant donné qu'on procédait alors cas par cas et que la Société des Nations prônait des solutions ad hoc, il n'y avait pas, à l'époque, de notion coutumière de réfugié (ibid., p. 50). ...

bb) La liberté de l'Etat dans le domaine de l'asile trouve sa limite dans le principe du non-refoulement tel qu'il est reconnu par le droit des gens. Le paragraphe premier de l'article 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (CR; RS 0.142.30, entrée en vigueur pour la Suisse le 21 avril 1955) interdit l'expulsion ou le refoulement du réfugié vers les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social particulier ou de ses opinions politiques. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (CEDH, SR 1.101, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974) dispose, quant à elle, que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (sur ce point, voir également l'article 7 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (NU, pacte II; RS 0.103.2, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 ...). Ces dispositions, qui énoncent des droits de l'homme à caractère subjectif (voir Walter Kälin, *Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, thèse, Berne 1982, pp. 13 et ss; ci-après: Kälin, *Das Prinzip des Non-Refoulement*), sont toutefois des règles récentes issues des expériences faites au cours de la guerre. A l'époque qui intéresse, le principe du non-refoulement était encore considéré comme relevant essentiellement du droit des gens,

c'est-à-dire comme une règle qui s'applique aux rapports interétatiques, et très accessoirement comme une règle fondant un droit subjectif ayant le caractère d'un droit de l'homme. De plus, le principe du non-refoulement n'avait pas la qualité d'une règle coutumière de jus cogens (voir Kälin, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, p. 72; D. Vagts, Editorial Comment: Switzerland, *International Law and World War II*, *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, pp. 471 et s.; G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2^e éd., Oxford 1996, p. 167; Guido Poulin, *Le problème des réfugiés*, ASDI, vol. III, 1946, p. 117); il ne valait que dans la mesure où les Etats avaient accepté des obligations conventionnelles allant dans ce sens (Gunnel Steinberg, *Non-Expulsion and Non-Refoulement. The Prohibition against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, Uppsala 1989, p. 45). En refoulant des réfugiés provenant d'Allemagne (y compris la région frontalière) et en les renvoyant en Allemagne, la Suisse ne violait aucune règle existante du droit international public relative à la protection des réfugiés. Il en allait de même pour le refoulement et le renvoi de réfugiés en provenance d'autres pays, en l'espèce la France (voir Kälin, *Rechtliche Aspekte*, p. 91).

cc) La politique en matière de réfugiés et d'asile suivie par la Suisse au cours de la Seconde Guerre mondiale reposait sur un grand nombre d'arrêtés et d'ordonnances du Conseil fédéral, ainsi que sur des circulaires fondées sur ces textes. La base juridique des textes en question était l'"Arrêté sur les pouvoirs extraordinaires" du 30 août 1939 (Arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de la neutralité, FF 1939 II 230). Par cet arrêté, l'Assemblée fédérale délégua au Conseil fédéral des compétences étendues, lui permettant même de s'écarter de la Constitution fédérale (voir l'analyse de Kälin, *Rechtliche Aspekte*, pp. 100 et ss, en particulier pp. 112 et ss). Dans cette législation d'urgence située en marge de la Constitution, requise par la guerre, le Parlement autorisa le Conseil fédéral à prendre les mesures nécessaires pour maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et pour assurer l'alimentation publique (article 3). Le Conseil fédéral devait, tous les six mois, présenter un rapport à l'Assemblée fédérale sur les mesures prises en exécution de l'arrêté pour que l'Assemblée pût décider s'il fallait les maintenir (article 5 de l'arrêté). Ce procédé n'avait, en soi, rien de contraire au droit des gens. Pour apprécier l'arrêté sur les pouvoirs extraordinaires de 1939 et la législation d'urgence fondée sur lui, on ne saurait s'appuyer, ne serait-ce qu'en raison du droit intertemporel, sur les clauses de dérogation insérées dans les conventions de protection des droits de l'homme élaborées à l'issue de la Seconde Guerre mondiale; de plus, le concept de droits de l'homme de caractère subjectif, reconnu par le droit des gens, n'en était encore qu'à ses débuts à l'époque (voir Walter Kälin, *Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte: Eine Kopernikanische Wende im Völkerrecht?*, in: Amnesty International, *Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, Neuwied 1998, pp. 7 et ss; le même auteur, *ibid.*, p. 183). Les clauses de dérogation insérées dans les principales conventions relatives aux droits de l'homme démontrent que même le droit international contemporain admet que, dans certaines conditions, l'état de nécessité dans lequel un Etat peut se trouver est susceptible de justifier des entorses à des droits individuels (Kälin, *Rechtliche Aspekte*, p. 117). En principe et selon les vues de l'époque, la Suisse se trouvait dans une situation de ce type pendant la Seconde Guerre mondiale - elle était, en 1942, encerclée par les belligérants, et une invasion allemande n'était pas à exclure (...) - même si, a posteriori, un autre point de vue semble devoir s'imposer.

dd) (Longue description des règles et des directives auxquels les gardes-frontières et organes de police avaient à se conformer en matière de réfugiés.)

ee) Sur la base de ces règles, le demandeur a été refoulé à la frontière une première fois; ce refoulement était accompagné d'un avertissement suivant lequel, en cas de nouvelle tentative de franchir la frontière, le demandeur serait remis aux autorités frontalières allemandes, ce qui s'est effectivement produit par la suite. Il n'est pas nécessaire d'aboutir ici à des conclusions définitives sur le point de savoir si les directives appliquées par le fonctionnaire ou garde-frontières concerné allaient, dans une perspective actuelle, au-delà de ce qui était requis, sous l'angle matériel et temporel, par l'état de guerre. Il n'est pas davantage nécessaire de décider si ces directives avaient recours à des critères inappropriés et, par là, étaient également inadaptés au droit de nécessité existant à l'époque (Kälin, *Rechtliche Aspekte*, pp. 119 et ss), ce qui, le cas échéant, pourrait justifier la conclusion que le refoulement du demandeur et sa remise aux autorités frontalières allemandes contrevenaient à l'article 6, alinéa 2, LRCF (Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RS 170.32). On peut enfin se dispenser d'examiner le point de savoir si, en remettant le demandeur aux autorités allemandes et en leur remettant également ses vrais documents de voyage, attestant sa qualité de juif, le garde-frontière concerné, bien qu'agissant en principe dans l'exercice de ses fonctions, n'aurait pas procédé de manière disproportionnée. Une "simple" illégalité d'actes de fonctionnaires ou magistrats imputables à l'Etat ne rend pas caduque la prescription; ce n'est que si ces actes peuvent effectivement être qualifiés de complicité de génocide, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité que l'on pourrait s'interroger sur une éventuelle imprescriptibilité de la demande d'indemnisation, imprescriptibilité qui l'emporterait sur les règles du droit national; encore faudrait-il établir si un individu pourrait s'en prévaloir sur le plan international, en dehors du cadre des règles internes relatives à la responsabilité de l'Etat.

d) En aucun cas le comportement des autorités suisses à l'époque considérée ne saurait-il être qualifié de complicité de génocide: la Suisse ne participait pas à la Seconde Guerre mondiale. En principe, ses ressortissants ne pouvaient dès lors commettre des crimes de guerre, même pas sous la forme de complicité. Il est vrai que le champ d'application de la Convention du 9 décembre 1948 relative au génocide n'est pas limitée aux actes commis dans le cadre de conflits armés et que le génocide est également punissable s'il est perpétré en temps de paix (voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999, pp. 4916 et 4942, article premier (de la convention)), mais cet instrument ne s'applique pas encore à la Suisse³¹; ce texte dérive d'ailleurs largement d'expériences faites au

³¹ La convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 6 décembre 2000.

cours de la Seconde Guerre mondiale (sur l'évolution historique du droit international pénal et du droit international humanitaire, voir Astrid Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, Berlin 1996, pp. 35 et ss). Il est vrai que, selon la conception suisse également, l'interdiction du génocide relève du jus cogens et du droit opposable erga omnes (FF 1999, pp. 4915-4916, avec des renvois), mais il n'y avait pas en l'espèce - même s'il existait d'autres indices d'illégalités commises par les gardes-frontières - d'acte répréhensible dont la responsabilité incomberait à la défenderesse. D'après le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, du 8 août 1945³², de même que d'après les Résolutions 3(I) et 95(I) (de l'Assemblée générale) des Nations Unies des 13 février et 11 décembre 1946, constituant des crimes de guerre notamment les "violations graves" énumérées par les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre. D'après la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (RS 0.158.12; article 50), la convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (RS 0.518.23; article 51), la convention relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42; article 130) et la convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (RS 0.518.51; article 147), qui vont dans le même sens, ces infractions comprennent: l'homicide volontaire; la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques; le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé; et la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. Les deux dernières conventions ajoutent la déportation ou le transfert illégal, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie et le fait de priver intentionnellement une telle personne du droit d'être jugée régulièrement et impartialement. La convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, elle, mentionne le meurtre de membres du groupe, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe, ainsi que le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Ces actes sont qualifiés de crimes contre l'humanité parce qu'ils sont commis avec l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (FF 1977 II 1224³³). Une telle intention - même dans la forme d'une simple contribution favorisant la politique du régime nazi - ne peut être identifiée dans la politique suivie à l'époque par la Suisse en matière de réfugiés et d'asile ... (...). A l'époque commençant en août 1942, la politique suisse relative aux réfugiés était inflexible; elle pourrait aujourd'hui être qualifiée d'inhumaine, notamment en ce qui concerne les réfugiés juifs. Mais elle doit être appréciée à la lumière des circonstances de l'époque: l'encerclement de la Suisse par les puissances de l'Axe et l'existence, réelle ou putative, d'un état de nécessité résultant, entre autres, de problèmes internes tels que l'approvisionnement de la population. En refoulant le recourant et en le remettant aux autorités frontalières allemandes à la suite d'une nouvelle tentative de franchir la frontière, la défenderesse a agi dans le but de maintenir sa souveraineté territoriale dans le cadre du droit international alors en vigueur (voir Kälin, *Rechtliche Aspekte*, p. 183). En l'absence des éléments subjectifs requis pour le crime de génocide, on ne saurait conclure à une complicité dans les atrocités commises par le régime nazi, même si, en 1942, on avait déjà connaissance de la menace qui planait sur les juifs en cas de refoulement. On ne peut en particulier établir que le garde-frontière en cause avait agi comme complice dans la commission d'actes de génocide; il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure cette personne était au courant des conséquences qui attendaient les réfugiés juifs refoulés (...). La politique suisse en matière de réfugiés a été critiquée; mais jamais, ne semble-t-il, les puissances victorieuses n'ont-elles prétendu que cette politique faisait de la Suisse une complice dans la commission de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité dans le sens des principes de Nuremberg (voir, pour l'époque consécutive à la guerre, Eduard Zellweger, *Die Schweiz und die Nürnberger Grundsätze*, in: *Die Schweiz - ein nationales Jahrbuch*, vol. 21, 1950, pp. 144 et ss), cela d'autant plus que d'autres Etats suivaient une politique similaire.

Arrêt du TF, du 21 janvier 2000, en l'affaire J. Spring c. Confédération suisse. ATF 126 II 145, c. 4c et d (158-162, 164-167).

3.5 Crimes internationaux commis par des individus: génocide. Droit international coutumier, règles avec effet erga omnes et jus cogens. Droits de l'homme

Extrait de l'Annexe 1 au Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

Il est généralement reconnu que l'interdiction du génocide est dotée du caractère de droit obligatoire et de droit coutumier, ainsi que de l'effet erga omnes³⁴. La valeur de droit coutumier signifie que les normes de la Convention contre le génocide³⁵ sont, quant au fond, reconnues et appliquées par la communauté internationale comme des règles contraignantes sans autre exigence de forme. Elles s'appliquent donc indépendamment de toute convention internationale et doivent, autrement dit, être respectées aussi par les Etats qui n'ont pas adhéré au traité³⁶. De la

³² Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 82, p. 279.

³³ Message complémentaire du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 6 juillet 1977, sur l'entraide internationale en matière pénale (FF 1977 II 1217).

³⁴ Antonio Cassese, *La communauté internationale et le génocide*, in: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally, Paris 1991, p. 186. Cf. aussi affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne), CIJ, Recueil 1970, paragraphe 34; CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, paragraphe 31.

³⁵ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 septembre 1948 (FF 1999, p. 4942).

³⁶ CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, CIJ, Recueil 1951 (p. 15); cf. aussi CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis du 8 juillet 1996, (CIJ, Recueil 1996), paragraphes 79 et ss; TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda), Chambre de première instance I, Le Procureur c. Alfred Musema, ICTR-96-13-T, jugement du 27 janvier 2000, paragraphe 151. Cf. aussi le Rapport du Secrétaire général

reconnaissance de l'interdiction du génocide comme norme contraignante du droit des gens (jus cogens) résulte notamment l'interdiction, pour les Etats, de convenir de dispositions qui y dérogent³⁷. Le caractère erga omnes veut dire qu'une violation de cette interdiction est considérée comme ayant été perpétrée contre l'ensemble de la communauté des Etats, et que chacun d'entre eux peut, de ce fait, prendre des sanctions contre l'auteur de la violation. Pour ce qui est de l'interdiction du génocide, cela signifie notamment que chaque Etat a le pouvoir de punir le crime de génocide, quel que soit l'endroit où celui-ci a été commis³⁸.

...

La définition du crime de génocide telle qu'elle figure à l'article 6 du Statut de la cour est inspirée de l'article II de la Convention contre le génocide. D'autre part, l'article 6 concorde également avec la définition du génocide donnée dans les Statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie³⁹ et le Rwanda⁴⁰. La désignation des différents actes punissables tombant sous le coup des dispositions relatives au crime de génocide selon l'article 6 du statut n'est toutefois pas très précise. L'objet de l'atteinte ne doit ainsi pas nécessairement être un peuple, et l'homicide ne doit pas impérativement faire partie des éléments constitutifs de l'infraction. En vertu du statut, l'élément caractéristique du crime de génocide est en effet l'intention de l'auteur de détruire un groupe protégé en tant que tel en commettant certains actes.

...

Un génocide peut avoir lieu aussi bien en temps de paix que dans le contexte d'un conflit armé, international ou non. Le crime peut être commis par n'importe qui (représentants civils de l'Etat, militaires ou personnes sans rapport avec la puissance étatique).

...

Par sa nature, le crime de génocide est considéré comme un crime contre l'humanité. Le génocide se distingue toutefois des autres crimes contre l'humanité par le fait qu'il suppose une intention de l'auteur de détruire comme tel, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, alors que les crimes contre l'humanité ont en commun le fait qu'ils ont lieu à l'occasion d'une attaque généralisée ou systématique contre des membres de la populations civile (...). Il peut néanmoins arriver que ces deux catégories se recoupent dans certains cas particuliers: le génocide peut par exemple remplir les conditions de l'homicide, de l'extermination et de la persécution (tous sont des crimes contre l'humanité), s'il est dirigé contre les membres d'un groupe protégé. Le fait qu'il soit impossible de prouver que l'auteur avait l'intention spécifique de détruire un groupe protégé n'exclut pas une condamnation pour crime contre l'humanité.

...

Annexe 1 au Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale FF 2001, p. 456 (461-462). Pour d'autres extraits de ce message, voir les n^{os} 1.2, 3.6, 3.7, 5.5 et 7.2.

3.6 Crimes internationaux commis par des individus: crimes de guerre (historique; nature juridique; éléments constitutifs; délimitation par rapport aux autres crimes internationaux d'individus; conflits internationaux et internes). Jus ad bellum et jus in bello. Jus cogens. Légitime défense

Extrait de l'Annexe 1 au Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

Le recours à la guerre comme instrument de règlement des différends avait déjà été proscrit par le Pacte Briand-Kellogg en 1929⁴¹. Depuis 1945 au plus tard, date à laquelle la Charte des Nations Unies a interdit le recours à la force dans les relations internationales (cf. article 2, alinéa 4), la disparition du droit pour un Etat de recourir librement et légalement à la guerre contre d'autres Etats (jus ad bellum) est complète et absolue. Différents jugements du Tribunal militaire international de Nuremberg ont par ailleurs confirmé la nature coutumière de l'interdiction de recourir à la force; la violation de cette interdiction contrevient à des normes contraignantes du droit international (jus cogens).

Selon la Charte des Nations Unies, le recours à la force peut être légalement justifié uniquement en cas de légitime défense. Il ne s'agit d'ailleurs pas à proprement parler d'une exception à l'interdiction du recours à la force, car le droit de se défendre contre une agression est reconnu dans tous les ordres juridiques⁴². L'exercice du droit à la légitime défense est en outre subordonné à des conditions bien précises: l'Etat qui invoque le droit à la légitime défense doit tout d'abord, soit faire lui-même l'objet d'une agression, soit porter assistance à un Etat agressé dans le cadre du droit

de l'ONU, du 3 mai 1993, sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Nations Unies, Document S/25704, paragraphe 45.

³⁷ Cf. TPIR, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, paragraphe 88.

³⁸ Cf. pour les détails le Message (du Cons. féd. à l'Ass. féd.) du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999, p. 4911 (4925 et s.) (Pratique suisse 1999, n° 5.1, RSDIE, vol. 10, 2000, p. 660).

³⁹ Résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU, du 25 mai 1993.

⁴⁰ Résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU, du 8 novembre 1994.

⁴¹ Traité de renonciation à la guerre, du 27 août 1928 (RS 0.193.311.91).

⁴² Cf. par exemple la réglementation de la légitime défense et de l'état de nécessité dans le droit pénal suisse, articles 33 et 34 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), ainsi qu'articles 25 et 26 CPM (Code pénal militaire du 13 juin 1927, RS 321.0).

à la légitime défense collective. Ensuite, il ne doit être usé de la force que de façon proportionnée; enfin, le ou les Etats concernés doivent se plier à toutes les mesures que le Conseil de sécurité prend pour maintenir la paix et la sécurité internationale (cf. article 51 de la Charte des Nations Unies).

Quant aux mesures, qui peuvent également être d'origine militaire, prises par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression afin de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales, elles ne relèvent pas d'un *jus ad bellum*, d'un droit de recourir à la force au sens classique du terme, mais au contraire d'un *jus contra bellum*. Il s'agit en effet d'un système de sécurité collective propre à l'ONU qui échappe à la volonté des Etats particuliers pour relever exclusivement du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Si le droit international n'admet plus la guerre comme moyen autorisé de règlement des différends, celle-ci n'a pas disparu pour autant. Afin de protéger les personnes qui participent activement à un conflit armé ou qui s'y trouvent impliquées de toute autre manière en tant que "non-combattants", le droit international humanitaire prévoit des normes minimales destinées à prévenir certaines violations de leur intégrité personnelle (*jus in bello*). Lorsqu'elles atteignent une certaine gravité, les violations de ces normes sont qualifiées de crimes de guerre. Le droit international humanitaire ne fait pas la différence entre auteur et victime de l'atteinte: son application résulte du seul fait de l'existence d'un conflit armé. En 1762 déjà, Jean-Jacques Rousseau écrivait:

"La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes (...) mais comme soldats (...). La fin de la guerre étant la destruction de l'Etat ennemi, on a le droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main; mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, cessant d'être des ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on n'a plus de droit sur leur vie."⁴³

Le droit international pénal trouve ses racines historiques dans le droit de la guerre qui, au Moyen-Âge déjà, imposait aux combattants des règles de comportement vis-à-vis des combattants et de la population civile de l'ennemi. Ces dispositions sur la guerre prescrivaient par exemple d'épargner les cloîtres et les églises ainsi que les femmes et les enfants et posaient le principe que les violations de ces règles devraient être punies par des tribunaux ad hoc. Contrairement aux crimes contre l'humanité, les lois et coutumes de la guerre ainsi que l'interdiction de leur violation trouvèrent place dans plusieurs accords internationaux dès le XIX^e siècle. Mentionnons ici la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne⁴⁴. Cette convention fut conclue à Genève le 22 août 1864, lors d'une conférence tenue à l'invitation du Conseil fédéral; elle trouve son origine dans les propositions que le Suisse Henry Dunant avait formulées dans son livre *Un souvenir de Solferino* paru en 1862. Il y décrit les souffrances des 40 000 soldats français et autrichiens blessés ou tués lors de la bataille de Solferino, le 20 juin 1859. C'est à la même époque que fut posée la première pierre du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)⁴⁵. En 1863, avec quatre autres personnes, dont le Général Guillaume-Henri Dufour, qui avait été chef des forces armées fédérales durant la guerre du "Sonderbund" (1847), Dunant organisa une conférence en vue d'apporter un soutien aux victimes de la guerre. Au cours des années suivantes, plusieurs sociétés nationales d'aide aux victimes furent créées. Leur but était de soutenir les services sanitaires de l'armée en temps de guerre. En 1868, par la Déclaration de Saint-Pétersbourg, divers Etats adhérèrent pour la première fois à un instrument de droit international posant une série de principes relatifs à la conduite des hostilités⁴⁶. Il fallut attendre encore plusieurs décennies avant que la protection par le droit international soit étendue aux malades, blessés et naufragés en mer⁴⁷. Parallèlement, en 1899 et 1907, les Conventions et Déclarations de La Haye permirent d'améliorer la protection des personnes engagées dans la guerre sur terre et vinrent confirmer l'interdiction du recours à certaines armes⁴⁸. En 1925 fut signé le Protocole de Genève sur les gaz de combat⁴⁹, et en 1929 furent conclues la Convention de Genève sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne ainsi que la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre⁵⁰.

Les tribunaux militaires internationaux institués après la fin de la Seconde Guerre mondiale avaient, entre autres, à connaître des crimes de guerre commis par les puissances de l'Axe. Dans la lutte pour la reconnaissance internationale de normes humanitaires minimales, un point décisif a été marqué le 12 août 1949, date de la conclusion des quatre

⁴³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes de droit politique* (1762), livre I, chapitre IV.

⁴⁴ Ratifiée par la Suisse le 1^{er} octobre 1864.

⁴⁵ Cf., pour les détails de l'histoire et de la structure du CICR, Hans Haug et al., *Humanité pour tous: le mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge*, 2^e éd., Berne 1993.

⁴⁶ Déclaration des 29 novembre/11 décembre 1868 concernant l'interdiction des projectiles explosibles en temps de guerre, RS 0.515.101, approuvée par le Conseil fédéral le 29 décembre 1868. Les Etats ont déclaré que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; qu'à cet effet il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible; que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable.

⁴⁷ Voir la Convention pour l'adaptation, à la guerre maritime, des principes de la Convention de Genève du 22 août 1864, RS, vol. 11, p. 485, ratifiée par la Suisse le 29 décembre 1900; Convention pour l'adaptation, à la guerre maritime, des principes de la Convention de (La Haye) du 18 octobre 1907, RS, vol. 11, p. 491, ratifiée par la Suisse le 12 mai 1910.

⁴⁸ Voir en particulier le règlement dans l'annexe de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 29 juillet 1899, RS 0.515.111, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 1907; Déclaration du 29 juillet 1899 concernant l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, RS 0.515.103, ratifiée par la Suisse le 29 décembre 1900; Convention du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, RS 0.515.112, entrée en vigueur pour la Suisse le 11 juillet 1910.

⁴⁹ Protocole du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, RS 0.515.105, entrée en vigueur pour la Suisse le 12 juillet 1932.

⁵⁰ RS 0.518.11 et RS 0.518.41, entrées en vigueur pour la Suisse le 19 juin 1931.

Conventions de Genève⁵¹. Ces conventions sont venues d'une part consolider le droit international humanitaire tel qu'il se présentait alors et, d'autre part, améliorer la protection des malades et des blessés militaires sur terre et sur mer, ainsi que celle des prisonniers de guerre compte tenu des expériences faites durant la Seconde Guerre mondiale. Un de leurs principaux mérites est d'avoir étendu la protection du droit international humanitaire à la population civile. Ratifiées par presque tous les Etats du monde, les quatre conventions de Genève⁵² incarnent la norme minimum en matière de respect de la dignité humaine en temps de conflit armé. Une autre étape importante dans la concrétisation des préoccupations humanitaires dans les conflits armés a été franchie grâce aux deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Le premier Protocole additionnel⁵³ vient encore améliorer la protection des participants et victimes des conflits internationaux et spécifier les méthodes admises de conduite de la guerre. Le second Protocole additionnel⁵⁴ étend la protection aux conflits internes et aux guerres civiles qui atteignent un certain degré d'intensité. Ce pas est d'autant plus important que, jusqu'alors, seul l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 assurait une certaine protection minimale dans les conflits internes. Les deux protocoles additionnels ont eux aussi bénéficié d'une large reconnaissance internationale et ont été ratifiés par un grand nombre d'Etats⁵⁵.

Des progrès ont été réalisés aussi dans d'autres domaines du droit: la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé a été conclue le 14 mai 1954⁵⁶. Cette convention a été complétée en 1999 par un deuxième protocole, qui renforce la protection des biens culturels et qui crée un mécanisme permettant de déterminer la responsabilité pénale individuelle ainsi que les compétences en matière de juridiction pénale de manière très complète⁵⁷. Dans le domaine du recours à des armements interdits, les conventions suivantes ont notamment été signées: en 1972, la Convention sur l'interdiction des armes biologiques ou à toxines⁵⁸, en 1980, la Convention sur l'interdiction de certaines armes classiques⁵⁹, en 1993, la Convention sur l'interdiction des armes chimiques⁶⁰ et, en 1997, la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel⁶¹. La Suisse a ratifié tous ces accords internationaux. La violation de ces instruments y est d'ores et déjà sanctionnée par les articles 108 et 109 du Code pénal militaire (CPM)⁶², qui prévoient la responsabilité pénale des auteurs d'infractions à ces dispositions (voir à ce sujet FF 2001, p. 506).

Enfin, la compétence des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda s'étend également aux violations graves du droit humanitaire considérées comme contraires au droit coutumier international⁶³.

Lors de l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale, la question s'est donc posée de savoir quelles normes des conventions, protocoles, chartes et statuts mentionnés ci-dessus étaient suffisamment reconnues pour pouvoir être incluses dans la liste des crimes de guerre. Ne sont entrées en considération que les infractions d'une certaine gravité permettant d'établir une responsabilité pénale individuelle. Les infractions sont souvent énumérées dans le statut sans autre forme de définition, car les instruments existants de lutte contre les crimes de guerre, à savoir le Statut du tribunal militaire international, (la loi sur) le statut du Conseil de contrôle n° 10⁶⁴, les Statuts des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ainsi que le projet de la Commission du droit international ne donnent pas non plus de définitions, mais reprennent les formulations contenues dans les conventions de La Haye et de Genève. Le statut de la Cour ne contient pas non plus de définitions des crimes de guerre, alors que les crimes contre l'humanité, eux, s'y trouvent définis. Des renseignements sur la teneur des crimes de guerre peuvent être trouvés dans les "éléments des

⁵¹ Convention de Genève (I) du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, RS 0.518.12; Convention de Genève (II) du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, RS 0.518.23; Convention de Genève (III) du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, RS 0.518.42; Convention de Genève (IV) du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, RS 0.518.51. Toutes ces conventions ont été conclues le 12 août 1949 et sont entrées en vigueur pour la Suisse le 21 octobre 1950.

⁵² Le 7 septembre 2000, 189 Etats ont ratifié les quatre conventions de Genève.

⁵³ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977 (PA I), RS 0.518.521, entré en vigueur pour la Suisse le 17 août 1982.

⁵⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, du 8 juin 1977 (PA II), RS 0.518.522, entré en vigueur pour la Suisse le 17 août 1982.

⁵⁵ Le 7 septembre 2000, 157 Etats ont ratifié le PA I, 150 Etats le PA II.

⁵⁶ RS 0.520.3, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 août 1962; cf. aussi le Règlement d'exécution et le Protocole du 14 mai 1954 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, RS 0.520.31 et RS 0.520.32, ainsi que la Loi fédérale du 6 octobre 1966 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, RS 520.3, et l'Ordonnance du 17 octobre 1984 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, RS 520.31.

⁵⁷ Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 26 mars 1999, signé par la Suisse le 17 mai 1999.

⁵⁸ Convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, RS 0.515.07, entrée en vigueur pour la Suisse le 5 mai 1976.

⁵⁹ Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, avec Protocole I relatif aux éclats non localisables, Protocole II sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs et Protocole III sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, RS 0.515.091, entrée en vigueur pour la Suisse le 2 décembre 1983. Le 13 octobre 1995, le Protocole IV relatif aux armes à laser aveuglantes était adopté et, le 3 mai 1996, le Protocole II était révisé (cf. FF 1997 IV 1). Ces nouveautés sont entrées en vigueur pour la Suisse le 24 septembre 1998 et le 3 décembre 1998.

⁶⁰ Convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, RS 0.515.08, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 avril 1997; cf. aussi l'Arrêté fédéral du 7 octobre 1994 concernant l'exécution de la Convention sur les armes chimiques, RS 515.080.

⁶¹ Convention du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage et de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, FF 1998, p. 537, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 1999.

⁶² Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0).

⁶³ Cf. Arrêté fédéral du 21 décembre 1995 relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (RS 351.20); cf. aussi le Message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention contre le génocide (FF 1999, p. 4915).

⁶⁴ Loi du 20 décembre 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, n° 3, p. 22.

crimes⁶⁵ ainsi que dans les nombreux jugements des différents tribunaux nationaux et internationaux⁶⁶. Par ailleurs, conformément à leurs obligations internationales, plusieurs Etats ont déjà traduit dans leur législation nationale les dispositions des conventions de Genève. Les législations nationales seront d'ailleurs soumises à divers processus de révision dans la perspective de l'adhésion au statut de la Cour pénale internationale.

...

Comme le génocide et les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre comptent parmi les infractions pénales au droit international qui sont reconnues par le droit coutumier. La grande majorité des agissements interdits par le droit international dans les conflits armés constitue d'ailleurs le corpus du droit international coutumier. Cela vaut non seulement pour l'interdiction de ces infractions par le droit international, mais aussi pour le déclenchement de la responsabilité pénale individuelle. Les conventions de Genève de 1949 et le premier protocole additionnel de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux disposent expressément que certaines violations particulièrement graves des règles du droit international humanitaire doivent être réprimées pénalement. Cela signifie qu'il existe pour ces actes un devoir des Etats d'appliquer le principe d'universalité. En outre, les Etats ont l'obligation de faire cesser toutes les autres violations des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels.

Pour ce qui est des crimes commis dans le cadre de conflits internes, certaines dispositions conventionnelles à l'origine ont également acquis aujourd'hui le caractère de règles du droit international coutumier. Cela vaut en premier lieu pour l'article commun aux quatre conventions de Genève, selon lequel les Etats Parties doivent, sur leur territoire, respecter des normes minimales en matière de traitement respectueux de la dignité humaine des personnes qui ne participent pas aux hostilités. Le caractère coutumier de cette disposition fondamentale a été confirmée aussi bien par la Cour internationale de Justice (CIJ) que par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁶⁷. Sa violation constitue une infraction au droit international contraignant (*jus cogens*)⁶⁸, comme précise également une note de la Direction du droit international public du 23 mars 1998⁶⁹. Par ailleurs, les dispositions de la convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels ainsi que des dispositions centrales du protocole additionnel II aux conventions de Genève possèdent également le statut de droit coutumier.

...

La délimitation des crimes de guerre par rapport aux éléments constitutifs du crime de génocide et des crimes contre l'humanité doit être examinée cas par cas. Si l'un des groupes de personnes protégées par les conventions de Genève est victime d'un génocide ou de crimes contre l'humanité, ces actes constituent également des crimes de guerre au sens de ces conventions (par exemple, massacre de la population civile ou de prisonniers de guerre). Le champ d'application de la notion de génocide et de crimes contre l'humanité s'étend toutefois au-delà des conventions de Genève, dont l'application se limite pour l'essentiel aux conflits armés. Le génocide et les crimes contre l'humanité sont également punissables lorsqu'ils sont commis en temps de paix. Les crimes de guerre, tout comme le génocide et les crimes contre l'humanité, peuvent en effet être commis non seulement par les militaires, mais aussi par des agents civils de l'Etat ou par des personnes sans relation avec la puissance publique. Il ressort ainsi des procédures engagées après la Seconde Guerre mondiale que des crimes de guerre pouvaient aussi être commis, par exemple, par des membres de gouvernements, des fonctionnaires, des industriels et des commerçants, des juges et des procureurs, des médecins et des infirmières. Ce qui est déterminant dans tous ces cas, c'est qu'il existe une relation évidente entre le délit examiné et le conflit armé (*nexus*), c'est-à-dire que les agissements de l'auteur viennent s'inscrire dans le contexte d'un conflit armé⁷⁰. Cela n'implique cependant pas que des hostilités aient eu lieu dans l'immédiate proximité de l'auteur; il suffit que les actes reprochés puissent être mis en relation avec le conflit armé⁷¹.

...

Il y a conflit armé international lorsque deux ou plusieurs Etats sont impliqués. Un conflit qui a un caractère interne au départ peut, plus tard, dégénérer en conflit international si un autre Etat intervient avec ses troupes ou si l'une des parties à la guerre civile agit en fait comme représentant d'un autre Etat. C'est ainsi, par exemple, que l'instance d'appel du Tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre a décidé dans l'affaire Tadic que les troupes des Serbes de Bosnie étaient contrôlées par la République fédérale de Yougoslavie, dans une mesure telle que les crimes de guerre commis par (leurs) membres devaient être imputés à la République fédérale de Yougoslavie⁷². Il en va de même dans le jugement Blaskic, selon lequel les actes des troupes des Croates de Bosnie sont attribués à la Croatie⁷³.

⁶⁵ Cf. l'énoncé des "éléments des crimes", Nations Unies, Document PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (état au 6 juillet 2000).

⁶⁶ Cf. récemment par exemple en Suisse le Tribunal de division 2, dans la cause Fulgence Nionter, jugement du 30 avril 1999 (non publié), confirmé à cet égard par le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 26 mai 2000 (pas encore définitif).

⁶⁷ Il est projeté par exemple en Allemagne de créer un nouveau code pénal international après l'adhésion au Statut; cf. le Mémoire du Gouvernement fédéral du 27 décembre 1999 sur la Loi concernant le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 ("IStGH-Statutgesetz").

⁶⁸ Cf. CIJ, affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), jugement du 27 juin 1986 (fond), CIJ, Recueil 1986, paragraphe 218; TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), Chambre d'appel, Le Procureur c. Dusko Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995, paragraphes 117 et ss; TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda), Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-94-4-T, jugement du 2 septembre 1998, paragraphes 606 et ss.

⁶⁹ Pratique suisse 1998, n° 10.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 708.

⁷⁰ Reproduit dans (Pratique suisse 1998, n° 10.1, RSDIE, vol. 9.) 1999, pp. 708 et ss.

⁷¹ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 572.

⁷² Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Zeynil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, paragraphes 193 et ss.

⁷³ TPIY, Chambre d'appel, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-A, jugement du 15 juillet 1999, paragraphes 68-171.

Pour la Cour pénale internationale, la question de l'existence d'un conflit armé international ou national est moins importante qu'elle ne l'est pour le Tribunal de l'ONU contre les crimes de guerre. Selon le statut, elle est en effet aussi compétente pour connaître de crimes commis dans une conflit armé non international, à condition que ces infractions aient été perpétrées en grand nombre. Etant donné que de nombreux crimes pros crits dans les conflits internationaux ne relèvent pas de la compétence de la Cour s'ils sont commis dans le contexte d'un conflit interne, cette disposition est tout de même loin d'être dénuée d'intérêt dans l'optique de la Cour. Tel est notamment le cas de certaines méthodes interdites de conduite des hostilités (par exemple, affamer sa propre population civile) ou pour le recours à des armes interdites (par exemple, attaques menées avec des gaz toxiques contre les minorités kurdes en Irak en 1988⁷⁴.

...

Lors de l'élaboration du statut de la Cour pénale internationale, il a longuement été discuté de la question de savoir si les crimes commis dans les conflits nationaux devaient être soumis à la compétence de la Cour. Pourquoi le droit international fait-il traditionnellement la distinction entre les conflits internes et les conflits internationaux? Cette question s'inscrit depuis toujours dans le contexte des frictions entre le domaine de relations internationales, que les Etats gèrent en se prévalant du droit international et en ayant, dans le pire des cas, recours à la guerre ou au conflit armé, et le domaine des "affaires intérieures", dans lequel les Etats entendent décider souverainement et sans immixtion de l'étranger. S'il y a bien longtemps que les conflits entre les Etats font l'objet de règles sur les méthodes de conduite de la guerre et sur la protection des victimes de ces conflits, ce n'est qu'au cours des dernières décennies que la communauté internationale a commencé à se donner des règles correspondantes s'appliquant aux conflits internes. Traditionnellement, ceux-ci étaient en effet considérés comme affaires intérieures et comme relevant, de ce fait, de la compétence exclusive de l'Etat concerné. Cette situation a commencé à changer en 1949 seulement, avec l'adoption de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève. C'était là la première fois que les Etats acceptaient un minimum de règles à respecter aussi en cas de conflits intérieurs. En 1954, la convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé prévoyait à son article 19 que ses dispositions relatives au respect des biens culturels s'appliquaient à tous les types de conflits, tant internationaux que nationaux. En 1977, finalement, la réglementation assez rudimentaire contenue à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève a été précisée et complétée par le deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève. Parallèlement, le champ d'application d'un grand nombre de normes relevant du droit coutumier international a été successivement étendu des conflits armés internationaux, auxquels il se limitait à l'origine, aux conflits armés non internationaux. Les instruments de droit international en question ne contenaient cependant eux-mêmes aucune disposition menaçant les contrevenants de poursuites pénales. Ce n'est qu'avec la mise sur pied des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda qu'une telle action pénale a pu être menée pour la première fois sur le plan international. Sur le plan national, en revanche, l'idée avait déjà fait son chemin: il était admis depuis un certain temps déjà que les tribunaux avaient compétence pour connaître de violations du droit humanitaire non seulement si celles-ci avaient été commises sur le territoire national ou à l'encontre d'un ressortissant national, mais aussi lorsque soit l'auteur, soit la victime sont des étrangers ou lorsque le crime a été commis hors du territoire national⁷⁵.

Cette évolution du droit international humanitaire doit aussi être mise en relation avec les développements dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme. Au cours des dernières décennies, il a en effet été reconnu que la violation des droits fondamentaux de l'être humain est une affaire qui ne concerne pas seulement l'Etat impliqué. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, par exemple, divers mécanismes de surveillance ont ainsi été instaurés. Un organe de contrôle judiciaire a en outre été créé avec la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle tant les Etats que les individus peuvent s'adresser en cas de violation de droits ou libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁶. Le complément logique de ces efforts de protection des droits de l'homme est constitué par les cours pénales internationales, qui ne sont pas compétentes en premier lieu pour les plaintes des victimes de violations des droits de l'homme, mais se consacrent à la punition de leurs auteurs. Etant donné que, depuis la Seconde Guerre mondiale, beaucoup de conflits armés n'ont pas eu un caractère international et qu'il est caractéristique de ce type de conflits que les institutions juridiques nationales des Etats en crise ne peuvent ou ne veulent souvent plus réagir de manière appropriée à la violation des droits de l'homme, une majorité des Etats se sont finalement prononcés, lors de l'élaboration du statut, en faveur d'une extension de son champ d'application aux crimes de guerre commis dans le cadre de conflits internes. Il a ainsi été reconnu que la différence entre conflits internationaux et conflits armés internes perd sa pertinence lorsqu'il s'agit de sanctionner la violation de dispositions du droit international humanitaire.

Rappelons enfin que le statut de combattant, tel que défini par le droit international des conflits armés pour les conflits armés internationaux, n'existe pas pour les conflits armés non internationaux. De ce fait, les personnes qui prennent les armes et qui ne sont pas de membres des forces armées régulières ne bénéficient pas de la protection que le droit international humanitaire confère aux combattants en matière de conflits armés internationaux et s'exposent aux sanctions prévues par les normes de droit pénal national applicables en la matière: meurtre, rébellion, résistance à l'autorité, haute trahison, etc.⁷⁷.

...

⁷⁴ TPIY, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Tihomir Blaskic, IT-95-14-T, jugement du 3 mars 2000, paragraphes 95 et ss.

⁷⁵ Cf. (FF 2001, p. 506) sur la situation en Suisse.

⁷⁶ Convention du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

⁷⁷ Voir par exemple articles 265 (crimes ou délits contre l'Etat, haute trahison), 266 (atteinte à l'indépendance de la Confédération) ou 275 du Code pénal (mise en danger de l'ordre constitutionnel).

L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 est le premier instrument de droit international humanitaire qui s'applique aux conflits armés "ne présentant pas un caractère international"⁷⁸ et qui les soumet à certaines règles. Au vu de la diversité des situations qui devaient être régies par cette disposition, les Etats n'ont pas pu se mettre d'accord sur une définition plus précise de son champ d'application. Il est toutefois généralement reconnu que l'application de l'article 3 commun est subordonnée à l'existence conjointe de deux critères: d'abord le critère de l'organisation (présence d'un ou de plusieurs groupes organisés dirigés par un ou plusieurs responsables); ensuite, le critère de l'intensité (capacité de ces groupes de mener des opérations de combat et autres actions militaires). Pour ce qui est des parties au conflit, il y a, selon l'article 3 commun, différentes constellations possibles: ses dispositions s'appliquent en effet tant aux hostilités opposant le gouvernement à des groupes rebelles qu'à celles qui ont lieu entre des groupes armés sans implication de troupes gouvernementales⁷⁹.

L'étape suivante dans l'application du droit international humanitaire aux conflits non internationaux a été franchie en 1954, avec la signature de la convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. L'article 19 de cette convention prévoit qu'en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, chacune des parties au conflit sera tenue "d'appliquer au moins les dispositions de la présente convention qui ont trait au respect des biens culturels". Le champ d'application de cette convention s'étend aux conflits armés non internationaux dans la même mesure que celui de l'article commun aux conventions de Genève. Il est aujourd'hui reconnu que les règles relatives à la protection des biens culturels ont acquis le statut de droit coutumier aussi dans le contexte des conflits non internationaux.

La formulation parfois très rudimentaire et incomplète de l'article 3 commun aux conventions de Genève de 1949 ainsi que la multiplication des conflits intérieurs ont rendu indispensable la création d'un instrument de droit international s'appliquant spécifiquement aux conflits armés à caractère non international. Le 8 juin 1977 a ainsi été signé le second protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Cet instrument est le pendant du premier protocole additionnel. Comparé au champ d'application de l'article 3 commun, le champ d'application du protocole additionnel II est à la fois plus restreint et défini de manière plus claire. Il est limité dans la mesure où le protocole additionnel II s'étend uniquement aux conflits armés opposant les rebelles aux troupes gouvernementales, à l'exclusion de ceux qui opposent différents groupes armés. De plus, les critères de l'organisation et de l'intensité exigés aux termes de l'article 3 commun s'y trouvent complétés par une troisième exigence: il faut, selon le protocole additionnel II, que les rebelles exercent sur une partie du territoire national un contrôle qui leur permette "de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole" (critère du contrôle territorial). Les trois critères sont clairement définis à l'article premier du protocole additionnel II. Si cet instrument de droit international fixe un plafond à son champ d'application, il en détermine aussi le seuil: "le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence, et aux autres actes analogues qui ne sont pas considérés comme des conflits armés". Le protocole additionnel II peut donc être considéré comme venant compléter et préciser l'article 3 commun, sans toutefois en modifier le contenu. Selon la situation qui prévaut dans un conflit armé, l'article 3 s'applique donc seul ou en combinaison avec le protocole additionnel II.

...

Annexe 1 au Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale FF 2001, p. 456 (483-488, 489, 490, 500-505). Pour d'autres extraits de ce message, voir les nos 1.2, 3.5, 3.7, 5.5 et 7.2.

3.7 Crimes internationaux commis par des individus: crimes contre l'humanité, notamment la torture. Droit international coutumier, règles avec effet erga omnes et jus cogens

Extrait de l'Annexe 1 au Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

Il est généralement reconnu que l'interdiction de perpétrer des crimes contre l'humanité a un caractère de droit international coutumier⁸⁰. C'est ainsi que le Comité préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale et la Conférence de Rome sont partis de l'idée que les crimes contre l'humanité prévus dans le Statut étaient en principe interdits en vertu du droit international coutumier, même si leurs profils devaient parfois être encore précisés⁸¹. La perpétration de crimes contre l'humanité contrevient simultanément aussi au droit international impératif (jus cogens)⁸²: un Etat qui pratique une politique axée sur la commission de crimes contre l'humanité est responsable en droit international pour violation du jus cogens. Dans un de ses jugements les plus significatifs, le Tribunal militaire de Nuremberg a relevé, il y a 50 ans déjà, que les crimes ne sont en définitive pas commis par les Etats, mais par des

⁷⁸ Article 3, alinéa premier.

⁷⁹ Cf., pour un cas d'examen du champ d'application de l'article 3 commun (en l'occurrence confirmé), le Rapport dans la cause Tablada de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 18 novembre 1997, cas n° 11.127, OEA Ser/L/V.II.97. Des extraits de ce Rapport sont reproduits dans Marco Sassoli/Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, CICR, Genève 1999, pp. 1042-1053.

⁸⁰ Cf. TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 622; TPIY, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Kupreskic et al., IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, paragraphes 545 et ss.

⁸¹ Cf. Herman von Hebel/Darryl Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in: Roy S. Lee (édit.), *The Making of the Rome Statute*, La Haye 1999, pp. 90 et ss.

⁸² TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Kupreskic et al., IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, paragraphe 520; cf. Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd., (La Haye...) 1999, pp. 210 et ss.

individus, et que ceux-ci ne peuvent pas se prévaloir de leur immunité et se cacher derrière leurs fonctions officielles⁸³. En outre, l'interdiction des crimes contre l'humanité impose des obligations erga omnes. Cela signifie qu'elle crée non pas des obligations dépendantes les unes des autres (synallagmatiques), mais des devoirs visant à protéger les valeurs fondamentales de l'humanité, qui doivent donc être remplis indépendamment du comportement des autres⁸⁴.

Par son inscription dans le statut, l'interdiction des crimes contre l'humanité a acquis, pour la première fois au niveau du droit international, une base conventionnelle largement étayée.

...

Tout comme le crime de génocide, les crimes contre l'humanité peuvent être commis aussi bien en temps de paix que dans le contexte de conflits armés de caractère international ou interne. L'infraction peut être commise par tout un chacun, par des représentants civils de l'Etat comme par des militaires ou des personnes qui n'ont aucun lien avec l'autorité publique.

En vertu de l'article 7, alinéa premier, des crimes tels que le meurtre, l'extermination ou la réduction en esclavage constituent de crimes uniquement s'ils sont commis "dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque". L'article 7, alinéa 2, définit la notion d'attaque comme un "comportement qui consiste à multiplier les actes visés à l'alinéa premier à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque". La commission des différents crimes contre l'humanité doit s'intégrer dans une action caractérisée par son ampleur ou par son degré d'organisation et dirigée contre les membres de la population civile. Ce contexte est indispensable pour que ces crimes soient qualifiés de crimes contre l'humanité et relèvent ainsi de la compétence de la Cour pénale. Les critères de massivité et de systématisme ne sont pas cumulatifs. Le fait qu'il s'agisse d'une alternative découle de la genèse des crimes contre l'humanité. Le caractère coutumier de cette exigence d'alternative a été confirmé aussi dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁸⁵. Au sein du Comité préparatoire pour la création de la Cour pénale, la majorité des Etats s'est également opposée à une formulation cumulative des deux caractéristiques contextuelles de ces crimes.

Il faut toutefois observer que, selon la définition de l'attaque donnée à l'article 7, alinéa 2, un crime isolé contre l'humanité doit être accompagné d'autres crimes contre l'humanité et que ces crimes doivent apparaître comme un soutien à la politique d'un Etat ou d'une organisation quelconque (qui peut être non gouvernementale⁸⁶). S'il n'est pas nécessaire que cette politique soit officiellement adoptée comme politique d'Etat ou soit expressément formulée⁸⁷, la mise en œuvre de moyens publics ou privés importants est cependant indispensable⁸⁸.

En résumé, pour atteindre le seuil d'un crime contre l'humanité, un acte doit être commis de manière "généralisée" ou "systématique", mais en tout cas plusieurs fois et dans le cadre d'une "politique". Ces exigences doivent permettre d'exclure que des actes isolés, sans rapport avec une attaque contre la population civile, puissent être qualifiés de crimes contre l'humanité⁸⁹.

(Suit un examen des caractéristiques des crimes contre l'humanité et des comportements qui peuvent constituer de tels actes. Parmi ces comportements figure la torture, mentionnée à l'article 7, alinéa premier, lettre f.)

C'est dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle instituée par les puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale en 1945⁹⁰ que la torture est prohibée pour la première fois au titre de crime contre l'humanité. Par la suite, la torture est interdite par différentes conventions sur les droits de l'homme, notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948⁹¹. Cette interdiction généralisée de la torture à l'échelle internationale permet, en 1949, de prononcer dans les Conventions de Genève une interdiction absolue de la torture dans les conflits tant internationaux qu'internes⁹². En 1984, la torture a fait l'objet d'une propre convention et les Etats contractants se sont engagés à sanctionner pénalement ce crime⁹³. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le Comité européen de prévention de la torture et des peines ou des traitements inhumains ou dégradants veille depuis 1987 au respect de la Convention

⁸³ TMI (Tribunal militaire international de Nuremberg), jugement du 30 septembre/1^{er} octobre 1946 contre les grands criminels de guerre, vol. I, p. 235.

⁸⁴ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Kupreskic et al., Decision on Defence Motion to Summon Witness (décision sur la requête de la défense d'assigner un témoin) ... du 3 février 1999, confirmée dans TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Kupreskic et al., IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, paragraphe 23.

⁸⁵ Cf. TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda), Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, paragraphe 579; TPIR, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Georges A. N. Rutaganda, ICTR-96-3-T, jugement du 6 décembre 1999, paragraphe 68.

⁸⁶ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 655; TPIR, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, paragraphes 125 et s.

⁸⁷ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Kupreskic et al., IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, paragraphe 551.

⁸⁸ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, paragraphe 580.

⁸⁹ Cf. TPIY, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 648; TPIR, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, paragraphe 123.

⁹⁰ Voir ci-dessus, note 64.

⁹¹ Déclaration du 10 décembre 1948 (voir par exemple Conseil de l'Europe (éd.), Droits de l'homme en droit international, Strasbourg 1992, p. 11).

⁹² Cf. par la suite aussi article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, RS 0.101, et article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, RS 0.103.2.

⁹³ Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987.

européenne sur la torture⁹⁴ en s'assurant que les Etats entreprennent tout ce qui est en leur pouvoir pour empêcher la torture de prisonniers se trouvant dans leur pouvoir de souveraineté.

Aujourd'hui, tout le monde s'accorde pour dire que (l'interdiction de) la torture fait partie du droit coutumier et constitue une norme impérative du droit international (jus cogens)⁹⁵. Les Statuts des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda interdisent la torture sans la définir. Le statut de la Cour pénale internationale contient en revanche une définition de ce crime: selon l'article 7, alinéa 2, lettre e, la torture consiste à infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personnes se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle. Contrairement à la notion de torture retenue par la convention sur la torture et à la définition, basée sur cette convention, qui en est donnée comme crime de guerre, celle qui figure dans le statut au titre de crime contre l'humanité ne présuppose pas que la torture ait été utilisée dans un but déterminé. Cet élément a sciemment été abandonné lors de l'élaboration du statut. A cet égard d'ailleurs, la convention sur la torture n'est pas impérative. Elle dispose en effet, à son article premier, que la définition de la torture est donnée uniquement "aux fins de la Convention". Les normes d'interdiction plus sévères prévues dans les traités internationaux et dans le droit national ne sont donc pas touchées. Selon le statut, il n'est pas nécessaire non plus que l'auteur ait agi à titre officiel. Le statut exclut de la notion de torture la douleur et les souffrances "résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles". En vertu du statut, le critère de l'admissibilité d'un acte est toutefois avant tout le droit des gens, ce qui permet de punir, dans le cadre de l'article 7, des pratiques admises par le droit national.

...

Annexe 1 au Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale ... FF 2001, p. 456 (470-471, 477-478). Pour d'autres extraits de ce message, voir les n^{os} 1.2, 3.5, 3.6, 5.5 et 7.2.

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

(Voir aussi les n^{os} 3.4, 3.6, 8.3 et 8.4)

4.1 Droit de l'Etat de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Expropriation et confiscation de biens appartenant à des étrangers. Contre-mesures. Sanctions

L'avis de droit reproduit ci-après émane de la DDIP.

1. Les interdictions d'entrée et les refus de visas dans la pratique des Etats et de la communauté internationale

C'est un principe généralement reconnu en droit international que les Etats peuvent décider souverainement de l'entrée sur leur territoire de ressortissants étrangers. En 1758 déjà, Emer de Vattel indiquait que "(le) souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'Etat"⁹⁶. Sous réserve de certaines obligations internationales pouvant découler de traités multilatéraux ou bilatéraux, ce principe n'a jamais été remis en question. Ainsi, on retrouve une formule assez proche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui déclare: "Les Etats ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris l'article 3 de la Convention⁹⁷, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux."⁹⁸

Sous l'angle du droit international public, des mesures visant à refuser l'entrée de non-nationaux sur le territoire d'un Etat ne sont pas en soi contestables. Du reste, l'Organisation des Nations Unies (ONU) adopte aussi des mesures visant à refuser un visa d'entrée aux responsables politiques de certains pays menaçant la paix, violant les droits de l'homme ou accusés de crimes de guerre⁹⁹. Lorsqu'elles sont décrétées par le Conseil de sécurité, ces sanctions sont contraignantes pour les Etats membres des Nations Unies. Bien qu'elle ne soit pas membre de l'ONU, la Suisse peut décider, pour des impératifs de solidarité internationale et après une pesée des intérêts, d'appliquer de manière autonome les sanctions non militaires adoptées par le Conseil de sécurité contre un Etat qui rompt la paix ou méprise gravement l'ordre international¹⁰⁰.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, le 1^{er} novembre 1993¹⁰¹, l'Union européenne (UE) s'est également donné les moyens de décréter des sanctions non militaires à l'égard d'Etats ou de groupes d'Etats qui se rendent coupables d'une violation du droit international ou ont troublé la paix. De telles sanctions sont ainsi considérées comme

⁹⁴ Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, RS 0.106, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1989.

⁹⁵ Cf. TPIY, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, paragraphe 454, Bassouini, loc. cit. (note 82), p. 337; S. R. Ratner/J. S. Abrams, (Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Part III: A Case Study - The Atrocities of the Khmer Rouge, Oxford 1997,) p. 111.

⁹⁶ Emer de Vattel, Le droit des gens, 1863, vol. II, chap. VII, paragraphe 94, cité en anglais par Luke T. Lee, Consular Law and Practice, 2^e éd., Oxford 1990, p. 224.

⁹⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101).

⁹⁸ Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), arrêt Nsona du 28 novembre 1996, Recueil des arrêts 1996-V, p. 1979, paragraphe 92.

⁹⁹ Pour l'ONU, voir, par exemple, les Résolutions 1504 (1996) pour le Soudan, 1137 (1997) pour l'Irak, 1127 (1997) pour l'Angola et 1132 (1997) pour la Sierra Leone.

¹⁰⁰ Rapport (du Cons. féd. à l'Ass. féd.) sur la neutralité, du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 223 (Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629 (637-638))).

¹⁰¹ Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (Journal Officiel des Communautés européennes C 191, 35^e année, 29 juillet 1992).

des moyens d'action légitimes, même au niveau régional, pour lutter contre les violations de la paix et du droit international public, pour sauvegarder les valeurs fondamentales de la démocratie, de l'Etat de droit et le plein respect des droits de l'homme¹⁰². L'UE fait régulièrement usage, parmi les sanctions qu'elle adopte, de mesures interdisant l'octroi de visas¹⁰³. La Suisse, quoique n'étant pas liée par ces décisions, peut décider, sur la base d'une pesée des intérêts, de s'associer à ces sanctions prises en dehors du système des Nations Unies¹⁰⁴.

Ainsi, aujourd'hui, la Suisse refuse la délivrance d'un visa et l'entrée sur son territoire pour un certain nombre de représentants officiels et de militaires provenant d'Etats faisant l'objet de sanctions décrétées par l'ONU ou par l'UE¹⁰⁵.

Du reste, les mesures unilatérales d'interdiction de séjour sont très courantes et pratiquées par la Suisse et les autres pays européens¹⁰⁶. Elles sont généralement prises à l'encontre d'étrangers menaçant la sécurité intérieure ou extérieure du pays.

2. Principes de droit international régissant les expropriations et les confiscations de biens étrangers

En droit international, "le droit d'un Etat de procéder à des expropriations/confiscations n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant le droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considérée comme étant l'exercice de sa souveraineté territoriale."¹⁰⁷

Tout en reconnaissant pleinement le droit d'exproprier ou de confisquer, le droit international subordonne toutefois la validité de son exercice à trois conditions: intérêt public, non-discrimination et versement d'une indemnité "équitable". Ainsi, pour qu'une mesure d'expropriation ou de confiscation soit considérée comme contraire au droit international, il faut que ces conditions n'aient pas été respectées, en particulier qu'elle n'ait pas donné lieu à une indemnité "équitable"¹⁰⁸.

3. La légitimité des interdictions d'entrée/refus de visas comme contre-mesures à des expropriations ou des confiscations illicites de biens étrangers

Les mesures prises par le pays X. s'apparentent plutôt à des contre-mesures en réaction à des expropriations ou des confiscations présumées contraires au droit international qu'à une interdiction de séjour motivée par des considérations de sécurité intérieure ou extérieure du pays. Avant qu'un Etat ne puisse légitimement adopter de telles contre-mesures, il nous paraît nécessaire que le particulier touché par les mesures confiscatoires ait épuisé toutes les voies de droit internes disponibles sans obtenir satisfaction. En outre, il conviendrait également que l'Etat qui envisage de réagir ait épuisé tous les moyens traditionnels de règlement des différends offerts par le droit international. Si tel est le cas, et pour autant que le principe de la proportionnalité soit respecté, les contre-mesures seront considérées comme conformes au droit international.

Quant à la proportionnalité des mesures, l'interdiction de séjour prononcée par l'Etat X. ne nous semble pas hors de proportion avec les actes reprochés (expropriations ou confiscations présumées contraires au droit international).

4. Conclusions

- Les Etats sont en principe libres de décider de l'entrée sur leur territoire de ressortissants étrangers.
- Les Etats peuvent adopter des contre-mesures pour sanctionner un comportement contraire au droit international.
- Une expropriation ou une confiscation peut être considérée comme contraire au droit international lorsqu'elle ne respecte pas les conditions de l'intérêt public, de la non-discrimination et de l'indemnité équitable.
- Pour que les contre-mesures soient légitimes, il convient de s'assurer que toutes les voies de droit internes et les

¹⁰² Rapport précité, p. 226 ((ibid.)).

¹⁰³ Par exemple, position commune 95/515/politique étrangère et de sécurité commune (PESC) du 4 décembre 1995 relative au Nigeria (Journal officiel des Communautés européennes (JOCE) n° L 298 du 11 décembre 1995, p. 1, abrogée au 1^{er} juin 1999), position commune 96/635/PESC du 28 octobre 1996 relative au Myanmar (JOCE n° L 287 du 8 novembre 1996, p. 1), position commune 97/193/PESC du 17 mars 1997 relative à des mesures à l'encontre de personnes ayant commis des actes de violence lors des incidents de Mostar (JOCE n° L 81 du 21 mars 1997, p. 1), position commune du 15 septembre 1997 concernant des mesures à l'encontre des personnes en Bosnie-Herzégovine agissant contre les accords de paix, décision 1999/424/PESC du Conseil du 28 juin 1999 appliquant la position commune à l'encontre de l'ex-Yougoslavie (JOCE n° L 163 du 29 juin 1999, p. 86).

¹⁰⁴ Sur la conformité avec la neutralité, voir (le) Rapport sur la neutralité précité, pp. 225-226 (Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, pp. 637-638).

¹⁰⁵ Ces mesures visent entre autres l'Afghanistan, l'Angola, le Burundi, le Congo (République démocratique du Congo (RDC)), l'Irak, le Myanmar, le Rwanda, la Sierra Leone, le Soudan, la République serbe de Bosnie ou récemment encore la République fédérale de Yougoslavie (directives de l'Office fédéral des étrangers (OFE) (du DFJP), état au 9 juillet 1999). Elles prennent la forme de mesures d'interdiction générale à l'égard des autorités de ces pays ou aussi, dans plusieurs cas, de listes nominatives.

¹⁰⁶ En droit suisse, l'Office fédéral des étrangers est habilité à prononcer une interdiction d'entrée de sa propre initiative ou sur requête d'une autre autorité (par exemple le Ministère public) pour les étrangers indésirables (article 13 de la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 142.20)). Pour l'année 1996, l'OFE totalisait 9794 interdictions d'entrée (Rapport sur les étrangers 1997). De même, pour des domaines relevant de sa compétence, le Ministère public peut prononcer de sa propre compétence une interdiction d'entrée à l'encontre de l'étranger qui met en danger la sécurité intérieure ou extérieure du pays (cf. article 70 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874(aCst.), ..., en liaison avec l'article 12, lettre b, de l'Ordonnance du 28 mars 1990 sur la délégation des compétences, RS 172.011). Dans le contexte de l'Union européenne, voir l'article 96 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (JOCE n° L 239 du 22 septembre 2000, p. 13), qui prévoit qu'une interdiction nationale transmise au Système d'information Schengen (SIS) lie tous les Etats Parties et équivaut ainsi à une interdiction d'entrée sur l'ensemble du territoire Schengen.

¹⁰⁷ Sentence arbitrale du 19 janvier 1977, rendue dans l'affaire Texaco-Calasiatic c. Lybie, par R.-J. Dupuy, Journal du droit international (JDI), t. 104, 1977, p. 367.

¹⁰⁸ Nguyen Quoc Dinh, Droit international public, 5^e éd., Paris 1994, pp. 669-670.

moyens traditionnels de règlement des différends aient été épuisés, et que ces contre-mesures soient proportionnées par rapport aux griefs évoqués.

Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159.

4.2 La souveraineté de l'Etat par rapport aux personnes se trouvant sur son territoire: un Etat peut-il confisquer des passeports émis par un autre Etat? Problème des faux passeports

L'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après examine deux questions pouvant surgir à propos de passeports étrangers: celle de la saisie de passeports étrangers par les autorités suisses, notamment dans les zones aéroportuaires, et celle de la communication de données sur de faux passeports aux autorités locales et étrangères concernées.

1. Saisie ou confiscation de passeports par les autorités suisses

1.1 Principes

De manière générale, la délivrance et le retrait d'un passeport relève de la compétence souveraine de l'Etat qui en définit les conditions dans sa législation nationale. Un passeport ne peut être retiré ou annulé que par l'Etat qui l'a délivré conformément à sa législation nationale.

De nombreux Etats considèrent que le passeport émis est la propriété de l'autorité publique qui l'a délivré. Ils en déduisent qu'une autorité étrangère ne peut pas, en principe, confisquer ou retenir le passeport d'un ressortissant d'un Etat tiers sans le notifier aux autorités de cet Etat¹⁰⁹. Même si le droit suisse ne prévoit pas cette notion de propriété, il semble être communément admis, en droit international coutumier, qu'un Etat n'est pas habilité à disposer du passeport d'un ressortissant étranger¹¹⁰. Pour ce qui est du passeport suisse, l'Office fédéral de la police (du DFJP) a précisé, dans un avis, que, selon le droit suisse, "gilt der Pass als res extra commercium, denn er ist als persönliche Dokument des Inhabers weder übertragbar, noch veräusserlich, noch pfändbar" ("le passeport est une res extra commercium et un document personnel. En tant que tel, il n'est ni transmissible, ni aliénable, ni saisissable"). Dans certains cas, une saisie provisoire aux fins de poursuites pénales apparaît cependant admissible¹¹¹. Même dans ces cas, il arrive que des ambassades étrangères exigent que le passeport leur soit remis en attendant la fin de la procédure.

1.2 Rôle des représentations suisses

De manière générale, les représentations suisses à l'étranger ne sont pas habilitées à saisir, confisquer, annuler ou détruire des passeports étrangers. De tels agissements pourraient être assimilés à des actes de puissance publique. La DDIP est d'avis que cela vaut également dans les zones aéroportuaires de l'Etat hôte. Elle ne voit pas comment les représentations diplomatiques ou consulaires pourraient se substituer aux autorités nationales de contrôle de l'immigration et agir à leur place dans les zones aéroportuaires, à moins qu'une telle procédure ne soit expressément autorisée par l'Etat hôte. Dans ce contexte, il serait intéressant de connaître plus en détail la position des représentations des Etats du groupe Schengen¹¹² et, le cas échéant, des autorités locales. En revanche, comme il découle de l'amendement 17 à l'Annexe 9 de la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale¹¹³, qui entrera en vigueur le 30 avril 1999¹¹⁴, les Etats contractants et les exploitants sont appelés à coopérer "pour établir la validité et l'authenticité des passeports et des visas". Il en découle que les représentants diplomatiques et consulaires peuvent aider, à la demande des exploitants, à établir la validité et l'authenticité des passeports et des visas.

1.3 Responsabilité des compagnies aériennes

En règle générale, les compagnies aériennes effectuent un contrôle des documents d'identité et de voyage avant l'embarquement sur un vol à destination de la Suisse ou d'un autre pays européen. Lorsqu'elles découvrent des documents falsifiés ou non valables, elles peuvent refuser l'embarquement et remettre, le cas échéant, les documents aux autorités localement compétentes. Cette tâche relève avant tout de la responsabilité des compagnies aériennes, qui doivent procéder à un contrôle des passeports¹¹⁵. Elles peuvent se faire assister, le cas échéant, par une société privée de sécurité. Lorsqu'elles constatent des falsifications et refusent l'embarquement, elles remettent un protocole aux représentations concernées contenant, si possible, des informations précises sur les auteurs et les modalités des falsifications (par exemple photocopies).

L'amendement 17 susmentionné encourage également les Etats contractants (point 3.40.2) "à prendre des dispositions avec d'autres Etats, comme des mémorandums d'entente, dans l'intention de permettre le détachement de "personnel

¹⁰⁹ Daniel C. Turack, *The Passport in International Law*, Lexington 1972, p. 226.

¹¹⁰ Ce point de vue est également exprimé par Klaus M. Merdert/Werner Süssmuth, *Pass und Passrecht*, vol. 2, Cologne 1992, p. 121, point 16 ((traduction): "Il en découle, selon des principes généralement admis du droit international, que les Etats ne peuvent disposer des passeports (émis par d'autres Etats).").

¹¹¹ Friedrich Loehr, *Passports*, in: *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam 1985, p. 429.

¹¹² Il s'agit des Etats Parties à l'Accord du 14 juin 1985 (Journal Officiel des Communautés européennes L 239, 22 septembre 2000, p. 13).

¹¹³ Convention de Chicago (RS 0.748.0).

¹¹⁴ Conformément à l'article 122, lettre f, de l'Ordonnance sur l'aviation du 14 novembre 1973 (OSAv, RS 748.01), les dispositions de l'Annexe 9 s'appliquent directement aux mesures de facilitation à mettre en oeuvre dans le transport aérien.

¹¹⁵ L'amendement 17 à l'Annexe 9 de la convention de Chicago, qui entrera en vigueur le 30 avril 1999, prévoit explicitement que "les exploitants prendront des précautions au point d'embarquement pour faire en sorte que les passagers soient en possession des documents prescrits par les Etats de transit et de destination aux fins de contrôle" (point 3.39).

de liaison aux aéroports" ou d'établir d'autres formes de coopération internationale afin d'aider les compagnies aériennes à établir la validité et l'authenticité des passeports et des visas des passagers à l'embarquement".

Au surplus, l'Ordonnance concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers du 14 janvier 1998¹¹⁶ prévoit, à son article 26, que l'Office fédéral des étrangers (du DFJP) collabore avec les entreprises de transport de passagers bénéficiant d'une concession en Suisse, entre autres pour la prévention et l'identification de pièces d'identité et de visas, soulignant ainsi la responsabilité des transporteurs aériens.

2. Transmission d'informations aux autorités localement compétentes

La deuxième question concerne la possibilité pour les représentations de transmettre aux autorités locales des informations relatives aux falsifications de passeports ou visas. Il convient de distinguer deux situations: d'une part, lorsque la représentation découvre la falsification lors d'une demande de visa pour la Suisse; d'autre part, lorsque la falsification est découverte postérieurement, par exemple par la compagnie aérienne au moment de l'embarquement.

2.1 Demandes de visas auprès de la représentation suisse

La première situation relève de l'ordonnance concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers précitée. Lors du traitement d'une demande de visa, la représentation a l'obligation légale de vérifier que toutes les conditions d'octroi soient remplies. A cet égard, elle peut recueillir des informations sur le demandeur et peut exiger des justificatifs ou des preuves. Il lui appartient de vérifier que les documents qui lui sont présentés sont exacts. Dans ce contexte, rien ne s'oppose à ce qu'elle soumette les documents douteux à l'Etat hôte aux fins de vérifier leur authenticité.

Des Directives internes pour les représentations suisses à l'étranger sur l'octroi des visas (ci-après les directives), il ressort qu'en cas de doute et avant de délivrer un visa, l'authenticité des pièces de légitimation devra être attestée par les autorités compétentes du pays qui ont délivré le document (office des passeports, ambassade, consulat, etc.).

2.2 Découvertes de falsification ou de contrefaçons ultérieures

La deuxième situation a trait aux découvertes de falsifications ou de contrefaçons postérieures, par exemple au moment de l'embarquement. De manière générale, lorsqu'une représentation est informée de telles irrégularités, entre autres par les compagnies aériennes, elle doit en informer l'Office fédéral des étrangers selon la procédure prévue au chiffre 425 des directives. Dans ce cas, "il appartient aux représentations de juger si, compte tenu des circonstances locales, les autorités du pays doivent le cas échéant être informées des falsifications découvertes". Dans son appréciation, elle devrait s'assurer qu'une telle communication n'ait pas pour conséquence une atteinte grave aux intérêts de l'individu (entre autres sous l'angle du respect des droits de l'homme) qui serait disproportionnée avec les intérêts publics en jeu. Quoi qu'il en soit, l'Office fédéral des étrangers devra être tenu au courant de ces démarches et de leurs résultats.

Dans le cas de la découverte d'une contrefaçon de visa suisse n'ayant été délivré ni par une représentation ni par un poste frontière, la représentation informera l'Office fédéral des étrangers selon la procédure prévue au chiffre 426 des directives. Elle apposera le timbre "annulé" sur la contrefaçon avant de rendre les pièces de légitimation. Dans cette situation, les directives ne prévoient pas l'éventualité de signaler la contrefaçon aux autorités localement compétentes. Toutefois, il semble à la DDIP que si des soupçons sérieux de contrefaçons de grande envergure existent, la représentation pourrait là aussi, en fonction des circonstances locales, signaler le problème aux autorités du pays hôte.

3. Résumé

Des considérations qui précèdent, la DDIP peut tirer les principes suivants:

- De manière générale, la délivrance et le retrait d'un passeport relève de la compétence souveraine de l'Etat qui en définit les conditions dans sa législation nationale. Une représentation diplomatique ne peut pas confisquer, séquestrer, annuler ou détruire le passeport d'un ressortissant étranger. Il ne peut être retiré ou annulé que par l'Etat qui l'a délivré conformément à sa législation nationale.
- Les représentations diplomatiques ne sont en principe pas habilitées à exercer des contrôles dans les zones aéroportuaires à la place des autorités localement compétentes, à moins qu'une telle procédure ne soit expressément autorisée par l'Etat hôte.
- Les contrôles des documents de voyage et d'identité à l'embarquement relèvent de la responsabilité des compagnies aériennes qui peuvent, le cas échéant, se faire assister par une société privée de sécurité. Dans tous les cas, elles peuvent faire appel aux représentations diplomatiques et consulaires pour se renseigner sur la validité et l'authenticité de documents douteux (par exemple, visas ou permis de séjour B et C).
- Lors de la procédure d'octroi des visas, si une représentation a des doutes sur l'authenticité des documents présentés, rien ne s'oppose à ce qu'elle soumette les documents douteux à l'Etat hôte aux fins d'en vérifier l'authenticité ou la validité.
- Lorsqu'une représentation est informée - par exemple par les compagnies aériennes - de falsifications ou de contrefaçons, elle doit en informer l'Office fédéral des étrangers et peut, compte tenu des circonstances locales et de son appréciation, en faire part aux autorités de l'Etat hôte.

Avis de droit de la DDIP du 17 février 1999. JAAC 2000, fasc. 64/I, n° 22.

4.3 La souveraineté de l'Etat par rapport aux personnes se trouvant sur son territoire: un Etat peut-il confisquer des passeports émis par un autre Etat?

¹¹⁶ OEA, RS 142.211.

Dans la note reproduite ci-après, la DDIP étudie à nouveau la question de savoir si les Etats sont habilités à saisir des passeports étrangers.

Pour ce qui est de la confiscation du passeport, il convient de souligner que la délivrance et le retrait d'un passeport relèvent de la compétence souveraine des Etats qui en définissent les conditions dans leur législation nationale. De nombreux Etats considèrent que le passeport émis est la propriété de l'autorité publique qui l'a délivré. Ils en déduisent qu'une autorité étrangère ne peut pas, en principe, confisquer ou retenir le passeport d'un ressortissant d'un Etat tiers sans en informer les autorités de cet Etat et, dans certains cas, déposer le document à la représentation diplomatique correspondante¹¹⁷. Une saisie provisoire aux fins de poursuites pénales apparaît cependant admissible dans certains cas¹¹⁸. En droit suisse, bien que la notion de propriété ne figure pas expressément dans la loi, on admet qu'une autorité étrangère ne devrait pas priver un ressortissant suisse de son passeport sans motifs valables. Cette règle découle aussi du droit international coutumier. A défaut de procédures pénales en cours, cas dans lequel des mesures conservatoires pourraient être admissibles, la confiscation du passeport de X. apparaît comme une mesure uniquement destinée à l'empêcher, sans aucune raison valable, de quitter le territoire du pays S. Elle doit dès lors être considérée comme illégitime au regard du droit international coutumier.

Note de la DDIP du 23 juillet 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 158.

4.4 Droits des réfugiés découlant directement de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés: non-refoulement. Droits dont l'existence dépend de l'admission du réfugié par le pays de refuge

Les extraits publiés ci-après d'une décision du DFJP portent sur la question de savoir si un réfugié, avant d'être admis en Suisse en cette qualité, a droit aux prestations d'assistance publique prévues à l'article 23 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

(Traduction:)

...

... la reconnaissance du statut de réfugié n'est pas constitutive de ce statut. Un étranger ne devient pas réfugié parce qu'il est reconnu comme tel, mais parce qu'il remplit les conditions énoncées à l'article 1A, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des réfugiés et à l'article 3 de la LA (Loi fédérale du 5 octobre 1979 sur l'asile, aujourd'hui remplacée par la Loi fédérale du 26 juin 1998, RS 142.31, qui traite du non-refoulement en son article 5)). En l'espèce, cependant, il ne s'agit pas de la qualité de réfugié comme telle, mais de la condition juridique d'un réfugié, condition qui n'est nullement réglée de manière uniforme, sur le plan du droit des gens, pour tous ceux qui sont des réfugiés au sens matériel du terme.

La convention sur le statut des réfugiés énonce quelques garanties de base que le réfugié peut invoquer directement, en raison de sa qualité de réfugié, et qui, par voie de conséquence, valent indépendamment de tout acte étatique de reconnaissance. Parmi ces garanties se trouve notamment le principe de non-refoulement vers l'Etat persécuteur (voir l'article 33 de la convention¹¹⁹, principe qui, cependant, dérive aussi du droit international général. Il s'ensuit que l'interdiction de refouler stipulée à l'article 45 LA ne dépend pas d'une reconnaissance formelle de la personne concernée en tant que réfugié (FF 1977 III 145¹²⁰). Cette catégorie de garanties revêt une importance particulière pour la condition des requérants d'asile et des réfugiés de fait. Lorsqu'un étranger invoque une telle garantie, l'autorité saisie est tenue d'examiner, à titre préliminaire, si l'étranger en cause entre dans le champ d'application de la convention. Elle devra le faire aussi longtemps qu'aucune décision, qui s'impose à toutes les autorités, n'aura été prise quant à la qualité de réfugié de l'individu (article 25 LA). En règle générale, les droits découlant de la convention dépendent toutefois de l'admission d'un réfugié au sens de la convention, question qui sera tranchée en toute liberté par l'Etat de refuge, conformément au principe de la territorialité reconnu par le droit des gens. La convention relative au statut des réfugiés ne touche en aucune manière à la compétence étatique en matière d'accueil. Ce n'est que lorsque l'Etat aura, sur la base de son propre droit, reconnu le statut de réfugié à un individu que ce dernier jouira pleinement de tous les droits prévus par la convention, notamment du droit de bénéficier d'une assistance publique accrue, de la sécurité sociale et de la protection de la législation du travail (articles 23 et 24 de la convention relative au statut de réfugiés ...).

Ainsi le droit à l'assistance publique d'un réfugié, au sens de l'article 23 de la convention, ne prendra naissance que lorsque l'autorité nationale aura reconnu la qualité de réfugié à la personne en cause. Un étranger obtient cette assistance, non pas en raison de sa qualité de réfugié, mais parce qu'il a été accueilli comme tel par l'Etat de refuge. Pour cette raison, on ne saurait déduire de la convention une obligation d'accorder aux réfugiés tels que définis par la convention la même assistance publique avant et après leur reconnaissance ou - ce qui revient au même - une obligation de les faire bénéficier de l'assistance publique avec effet rétroactif au moment de l'arrivée ou de la présentation de la requête. ...

...

¹¹⁷ Daniel C. Turack, *The Passport in International Law*, Lexington 1972, p. 226.

¹¹⁸ Friedrich Loehr, *Passports*, in: *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Amsterdam 1985, p. 429.

¹¹⁹ L'article 33 de la convention interdit l'expulsion et le refoulement d'un réfugié sur les frontières de territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

¹²⁰ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 31 août 1977, à l'appui d'une loi sur l'asile et d'un arrêté fédéral concernant une réserve à la convention sur le statut des réfugiés (FF 1977 III 113), *Pratique suisse* 1977, n° 4.4, ASDI, vol. XXXIV, 1978, p. 108 (109-110).

Décision du DFJP du 19 novembre 1998. JAAC 1999, fasc. 63/I, n° 3.

4.5 Droit des réfugiés: la qualité de réfugié et la protection y afférente cessent avec l'acquisition d'une nouvelle nationalité. Succession d'Etats et nationalité. Nature juridique du passeport

Les passages qui suivent sont tirés d'une décision de la Commission suisse de recours en matière d'asile. Ils se rapportent à un recourant serbe, originaire de la Bosnie-Herzégovine, qui avait obtenu l'asile en Suisse en raison de la persécution dont il aurait fait l'objet de la part des Musulmans de Bosnie. Ce requérant s'était fait remettre un passeport de la République fédérale de Yougoslavie valable pour cinq ans et s'était rendu dans ce pays à deux reprises, raisons pour lesquelles l'Office fédéral des réfugiés (du DFJP) lui retira l'asile. Cette décision fit l'objet du présent recours.

(Traduction:)

9. ...

a) ...

En fait, la protection internationale garantie par la Convention (du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, RS 0.142.30) est subsidiaire par rapport à celle qui découle du lien de nationalité. L'acquisition par l'effet de la loi, donc involontaire, d'une nationalité autre que celle que possédait le requérant au moment de l'octroi du statut de réfugié - hypothèse qui peut se réaliser dans des cas de succession d'Etats (voir notamment le démembrement d'un Etat et la création de nouveaux Etats sur son territoire) - peut ainsi être opposée à l'intéressé pour justifier la révocation de ce statut dans le sens de la règle conventionnelle en cause (cf. A. Grahl-Madsen, *(The Statut of Refugees in International Law, Leyde 1966, vol. I,)* p. 396, avec des renvois; J. C. Hathaway, *(The Law of Refugee Status, Londres 1991,)* pp. 210 et ss et les références pertinentes).

La doctrine admet cependant que la succession d'Etats est le cas-type de changements "involontaires" de nationalité (Eric Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international, Paris 1990, p. 115*).

S'il faut exclure, de manière générale, le changement automatique de nationalité dans de pareils cas - dans la pratique des Etats, un droit d'option entre l'ancienne et la nouvelle nationalité a souvent été reconnu dans l'hypothèse de modifications territoriales (la Cour fédérale allemande l'a également fait, cf. A. M. del Vecchio, *(Alcuni rilievi in tema di nazionalità e di cittadinanza nel contesto internazionale, Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, janvier-avril 1997,)* p. 19 n. 35) -, cela ne signifie pas pour autant qu'il faut garantir à un réfugié reconnu comme tel un droit d'option entre la protection subsidiaire fondée sur la convention relative au statut des réfugiés et celle découlant de l'acquisition par l'effet de la loi d'une nouvelle nationalité consécutivement à une succession d'Etats.

En fait, cette convention ne continue en aucune manière à accorder sa protection à un individu qui a acquis une nouvelle nationalité, dans la mesure évidemment où cet individu bénéficie de la protection résultant de la nouvelle nationalité (Hathaway, *op.cit.*, p. 209). Qui plus est, on ne saurait garantir - une telle solution ne peut être sérieusement envisagée - un droit d'option entre la protection découlant de la nationalité d'un pays que l'intéressé a abandonné en raison de sa crainte d'être persécuté et celle offerte par un Etat dont il a acquis la nationalité par l'effet de la loi et de la part duquel il ne subit aucune persécution. Cette solution reviendrait en fait à consacrer un droit d'option entre la protection subsidiaire accordée par la convention relative au statut des réfugiés et une protection nationale qu'il n'y a aucun motif sérieux de refuser, droit qui ne trouverait aucun fondement valable.

De ce qui précède, il résulte que la jurisprudence de la Commission de recours, qui s'est dégagée dans le cadre d'une révocation fondée sur l'article premier, (lettre C,) paragraphe premier, de la convention (voir JAAC 1997, fasc. 61/I, n° 13, c.6b) et qui a admis que le paragraphe 3 du même article présuppose un acte volontaire du réfugié, doit être modifiée en ce sens que, dans le cas particulier du démembrement d'un Etat, suivi de la création de nouveaux Etats, l'acquisition par l'effet de la loi de la nationalité d'un des nouveaux Etats, conformément au droit international, fournit un motif de révocation au sens de l'article premier, (lettre C,) paragraphe 3, de la convention, à la condition que soit également remplie la seconde condition posée par cette disposition (à savoir que l'intéressé puisse et veuille effectivement utiliser la protection de l'Etat dont il a acquis la nationalité).

...

10. ...

a) Le recourant allègue que l'émission ... d'un passeport en sa faveur par une représentation de la République fédérale de Yougoslavie n'emporte pas l'acquisition de la nationalité de celle-ci. Il prétend que le passeport lui-même ne fait nulle mention de nationalité et qu'il est notoire que la République fédérale de Yougoslavie a octroyé des passeports aux citoyens d'origine serbe de la "Republika Srpska"¹²¹, documents qui ne sont pas attributifs de nationalité et dont le seul but a été de permettre à leurs titulaires de voyager. Cela étant, conclut le recourant, il incombait à l'Office fédéral des réfugiés de prouver que le passeport en cause attribuait une nouvelle nationalité au recourant.

b) Le passeport est un document officiel émis par un Etat et internationalement reconnu qui, d'une part, permet d'identifier son titulaire et qui, d'autre part, établit la présomption que celui-ci possède sa nationalité (...) ... de même que l'existence ... d'un lien effectif avec l'Etat émetteur (...).

¹²¹ Voir sur ce point Pratique suisse 1998, n° 4.2, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 661.

...

c) On ne saurait, dans ce contexte, reprocher à l'Office fédéral des réfugiés de ne pas avoir examiné avec suffisamment de soin si l'octroi et la possession du passeport ont effectivement attribué la nationalité de la République fédérale de Yougoslavie au recourant. Celui-ci ne peut pas davantage prétendre qu'il incombait à l'Office fédéral des réfugiés, conformément à la règle de l'article 8 du Code civil¹²², applicable du moins par analogie aux rapports de droit public (voir ATF 99 Ib 359, c.2¹²³; 95 I 58, c. 2), de prouver que "l'émission d'un passeport implique l'octroi de la nationalité", preuve qui n'a pas été apportée.

En fait, du moment que l'émission et la possession du passeport attestent la nationalité du recourant, à défaut de preuve contraire, l'attitude de l'Office fédéral des réfugiés est pleinement justifiée.

...

Décision prise le 31 juillet 1998 par la Commission suisse de recours en matière d'asile. JAAC 1999, fasc. 63/I, n° 9.

4.6 Droit des étrangers et droit de la nationalité: naturalisation de membres de missions diplomatiques, de missions permanentes et de postes consulaires, ainsi que de fonctionnaires internationaux et de membres de leurs familles

L'avis de droit de la DDIP qui suit porte sur la mesure dans laquelle il est possible de prendre en compte, lors de l'examen de demandes de naturalisation, la période passée en Suisse par des membres de missions diplomatiques, de missions permanentes et de postes consulaires, ainsi que par des fonctionnaires internationaux et les membres de leur famille (ci-après: membres des missions).

A. Les dispositions relatives à la naturalisation des membres des missions

1. Le droit diplomatique et consulaire

Le droit diplomatique et consulaire n'aborde pas ce problème particulier. Il existe bien deux protocoles aux Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires¹²⁴ concernant l'acquisition de la nationalité, mais ceux-ci ne concernent pas le cas spécifique des naturalisations. Le but de ces protocoles est d'empêcher que les membres d'une mission puissent, sans avoir à engager de démarches particulières, se voir octroyer la nationalité de l'Etat de résidence (en cas de mariage avec un ressortissant de l'Etat de résidence par exemple). La naturalisation ne rentre pas dans ce cas de figure car son obtention n'est jamais automatique. La personne qui souhaite être naturalisée doit en effet effectuer un certain nombre de démarches. En Suisse, elle doit déposer une demande auprès du service cantonal compétent.

2. Le droit interne

a) Le droit fédéral

En ce qui le concerne, le droit fédéral relatif à la naturalisation¹²⁵ ne prend pas en compte le cas particulier des membres des missions.

b) Les droits cantonaux

A la connaissance de la DDIP, les droits cantonaux ne comportent pas non plus de dispositions particulières concernant la naturalisation des membres des missions.

B. Les dispositions du droit de la nationalité et du droit des étrangers sont-elles applicables aux membres des missions?

Les membres des missions ne sont pas soustraits à l'application du droit suisse et doivent donc respecter les lois et règlements en vigueur.

1. Le droit des étrangers

Cependant, le droit des étrangers ne s'appliquera pas aux membres des missions car l'établissement de ces personnes sur le territoire de l'Etat de résidence est régi par les conventions de Vienne¹²⁶ ou par les accords de siège conclus entre le Conseil fédéral et les organisations internationales situées sur le territoire suisse.

L'article 10, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose que: "Sont notifiés au Ministère des Affaires étrangères de l'Etat accréditaire ...: la nomination des membres de la mission, leur arrivée et

¹²² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210). L'article 8 dispose que "(c)haque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit".

¹²³ JdT 1975 I 587 (résumé).

¹²⁴ Le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 concernant l'acquisition de la nationalité (RS 0.191.012) et le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 concernant l'acquisition de la nationalité (RS 0.191.022). Ces deux protocoles sont entrés en vigueur pour la Suisse le 12 juillet 1992.

¹²⁵ Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952 (RS 141.0).

¹²⁶ La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01) et la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02). A noter qu'en vertu d'une décision du Conseil fédéral des 31 mars 1948/20 mai 1958, les missions permanentes et leurs membres à Genève sont régis par le même statut juridique que celui appliqué aux missions diplomatiques et leurs membres à Berne. Il s'ensuit que les dispositions de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 s'appliquent par analogie aux missions permanentes des Etats près les organisations internationales.

leur départ définitif ou la cessation de leurs fonctions dans la mission." L'article 19, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur les relations consulaires dispose, quant à lui, que "l'Etat d'envoi notifie à l'Etat de résidence les noms et prénoms, la catégorie et la classe de tous les fonctionnaires consulaires". En Suisse, les représentations diplomatiques, consulaires et les organisations internationales notifient l'arrivée du personnel, en donnant les informations personnelles, le rang et la fonction. Le DFAE remet alors aux intéressés une carte de légitimation qui leur permet de prouver le caractère légal de leur séjour en Suisse. Ils n'ont pas, pour ce faire, à se soumettre aux dispositions du droit des étrangers et notamment à l'obligation de se déclarer auprès des autorités cantonales compétentes.

2. Le droit de la nationalité

Le droit de la nationalité s'appliquera, par contre, aux membres des missions car le droit diplomatique et consulaire ne régit pas cette matière. Ainsi, les membres des missions se trouvant en Suisse et souhaitant obtenir la nationalité suisse devront présenter une demande conformément aux dispositions fédérales et cantonales en la matière.

C. Quelles conditions doivent remplir les membres des missions pour obtenir la nationalité suisse?

1. Le principe

Comme nous venons de le dire, ces personnes sont soumises, au même titre que n'importe quel autre étranger, aux dispositions du droit de la nationalité. (Elles) doivent donc faire leur demande auprès du service cantonal compétent et remplir les conditions requises par le droit fédéral et le droit cantonal.

2. La période pendant laquelle un étranger a résidé en Suisse sous carte de légitimation peut-elle être prise en compte dans le cadre d'une demande de naturalisation?

Pour qu'un étranger soit naturalisé, il doit, selon la Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952 (loi sur la nationalité (LN), RS 141.0), avoir résidé douze ans en Suisse. Les lois cantonales sur la naturalisation exigent également que le demandeur ait résidé un certain nombre d'années sur le territoire du canton. Dans le calcul de ces délais, peut-on ou non¹²⁷ prendre en compte la période pendant laquelle la personne était au bénéfice d'une carte de légitimation? En l'absence de règle écrite en la matière, il convient d'étudier la pratique de l'administration fédérale et des administrations cantonales à ce propos.

a) Le Département fédéral de justice et police

Le 20 novembre 1956, dans le cadre d'une demande de naturalisation formulée par une fonctionnaire de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le (DFJP) a pris une décision de principe en la matière¹²⁸: "Que l'étranger soit admis à séjourner en Suisse conformément à la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, modifiée le 8 octobre 1948 (RS 142.20), ou en vertu de dispositions spéciales (accords internationaux) ou de principes généraux du droit des gens, que son cas soit du ressort de telle autorité ou de telle autre, n'est pas déterminant. Il suit de là que la présence en Suisse de la recourante pendant les trois années au cours des cinq ans qui ont précédé sa requête a été conforme aux dispositions légales sur la police des étrangers quand bien même V. S., en sa qualité de fonctionnaires de l'OMS, n'a pas été mise au bénéfice d'autorisations de séjour délivrées par la police des étrangers."

b) Les autorités cantonales

A la connaissance de la DDIP, toutes les autorités cantonales confrontées à des demandes de naturalisation de la part de membres des missions ont repris l'interprétation du (DFJP). Ces autorités admettent en effet qu'à l'occasion d'une demande de naturalisation, les membres des missions puissent se prévaloir de la période pendant laquelle ils ont résidé sur le territoire du canton alors même qu'ils se trouvaient sous le couvert d'une carte de légitimation.

Toujours à la connaissance de la DDIP, seule la législation du canton de Vaud fait indirectement obstacle à la naturalisation des membres des missions. L'article 5 de la Loi cantonale du 29 novembre 1955 sur le droit de cité vaudois¹²⁹ fixe les conditions qui doivent être remplies par un étranger souhaitant obtenir le droit de cité vaudois. Parmi ces conditions, on trouve l'obligation "de remplir en Suisse ses obligations publiques", obligation qui inclut le paiement des impôts. Or, les membres des missions sont exemptés de tous impôts et taxes, personnels ou réels, nationaux, régionaux et communaux¹³⁰. Ainsi, tant que ces personnes bénéficient d'une exemption fiscale, elles ne peuvent pas remplir la condition particulière susmentionnée et en peuvent donc pas être naturalisées par les autorités vaudoises. Seuls les enfants mineurs des membres des missions pourront éventuellement être naturalisés dans ce canton puisque les mineurs ne sont pas assujettis au paiement des impôts.

D. Après une demande de naturalisation et surtout après l'obtention de la nationalité suisse, les membres des missions continuent-ils à bénéficier des privilèges et immunités que leur confère leur statut?

Après le dépôt d'une demande de naturalisation et jusqu'à ce que celle-ci soit acceptée, ces personnes continuent à bénéficier entièrement des privilèges et immunités que leur confère leur statut.

¹²⁷ En matière de droit d'établissement, l'Office fédéral des étrangers (du DFJP) considère que les séjours effectués dans notre pays sous le couvert d'une carte de légitimation ou d'une attestation du Département fédéral des affaires étrangères ne confèrent aucun droit en matière d'établissement.

¹²⁸ Publiée dans JAAC 1956, fasc. 26, n° 77, p. 174.

¹²⁹ Recueil systématique de la législation vaudoise, 1.2.A.

¹³⁰ Soit en vertu de l'article 49 de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02) et de l'article 34 de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), soit en vertu d'un accord de siège entre le Conseil fédéral et l'organisation intergouvernementale.

Par contre, après avoir obtenu la nationalité suisse, ils ne bénéficient plus de privilèges et immunités aussi étendus qu'auparavant. L'article 38, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose en effet que: "A moins que des privilèges et immunités supplémentaires n'aient été accordées par l'Etat accréditaire, l'agent diplomatique qui a la nationalité de l'Etat accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions."

L'article 71, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations consulaires reprend, mutatis mutandis, le contenu de cet article: "A moins que des facilités, privilèges et immunités supplémentaires n'aient été accordés par l'Etat de résidence, les fonctionnaires consulaires qui sont ressortissants ou résidents permanents de l'Etat de résidence ne bénéficient que de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité personnelle pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et du privilège prévu au paragraphe 3 de l'article 44 (refus possible de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leur fonction)."

La Suisse, pour sa part, n'a pas accordé de privilèges supplémentaires.

Avis de droit de la DDIP du 7 août 1998. JAAC 2001, fasc. 64/I, n° 23.

4.7 Interprétation des traités conclus par la Suisse en matière de séjour et d'établissement. Droit international conventionnel et droit interne suisse

Le 1^{er} octobre 1997, le ressortissant français P. C. se fit notifier une interdiction d'entrer en Suisse pour une durée de deux ans en raison d'une infraction grave aux prescriptions de police (suisse) des étrangers (travail sans autorisation).

Dans son recours contre cette décision adressé au DFJP, P. C. invoqua notamment les Traités de Paris (du 20 novembre 1815, Droit public de la Suisse, t. II, p. 99) et de Turin (du 16 mars 1816, *ibid.*, p. 157), ainsi que le Traité du 23 février 1882 sur l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France (RS 0.142.113.491), car selon lui ces instruments, en instituant les zones franches du pays de Gex et de Haute-Savoie, autorisaient les ressortissants français domiciliés à l'intérieur de ces zones à s'établir et à venir travailler en Suisse. S'il était vrai, selon le requérant, qu'un arrêt du TF du 12 février 1993 (ATF 119 IV 65, *Pratique suisse* 1993, n° 4.3, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 605) avait affirmé la priorité de la Loi fédérale du 26 mars 1931 relative au séjour et à l'établissement des étrangers (LSEE, RS 142.20) par rapport au traité franco-suisse précité de 1882, cette jurisprudence ne valait pas pour les employés "zoniens", dont la situation particulière était régie par les traités de Paris et de Turin, *leges speciales* par rapport à la LSEE.

Voici un extrait de la décision du DFJP rejetant le recours:

...

Selon l'interprétation dominante, il est vrai que le droit conventionnel doit en principe être préféré à la législation fédérale postérieure. Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas. Il résulte en effet du principe de la hiérarchie des ordres juridiques qu'une règle législative de droit interne doit être interprétée d'une manière conforme au droit international, sauf si le législateur a entendu déroger expressément à la règle internationale (Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle et Francfort-sur-le Main 1991, p. 60, n° 272 c, et les arrêts cités: ATF 94 I 669 Frigerio, 99 Ib 39 Schubert, 111 V 203 Caisse de compensation du canton du Jura, 112 II 13 Wohnbau Giswil AG in Liquidation¹³¹). S'agissant des traités cantonaux conclus avant 1848 et toujours en vigueur, ce même principe signifie qu'ils ne sont pas non plus annulés par les lois fédérales contraires adoptées ultérieurement, sauf si le législateur fédéral a adopté, de propos délibéré, des réglementations légales contraires à des traités en vigueur. Par ailleurs, les traités cantonaux sont annulés par les traités contraires, conclus ultérieurement par la Confédération avec les mêmes Etats; à noter au demeurant que le sort des traités cantonaux en vigueur est toujours réglé expressément dans de tels traités de la Confédération (Dietrich Schindler, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 29 mai 1874, article 9 (a)Cst., état juin 1988, n° 7, et la jurisprudence et doctrine citées). Etant donné qu'il appartient à l'administration et aux autorités judiciaires de décider si une loi fédérale doit être préférée à un traité, il convient dès lors de déterminer à titre préalable si les traités invoqués par le recourant l'emportent sur la législation fédérale actuelle, en particulier sur les dispositions prévues par la LSEE.

L'entrée des étrangers en Suisse, leur séjour et leur résidence ont été pendant longtemps régis exclusivement par le droit cantonal (cf. FF 1924 II 512). La seule exception était constituée par l'expulsion politique (article 70 (a)Cst.¹³², que la Confédération a pu prononcer elle-même dès 1848. En dehors de ce cas, la Confédération a cependant pu adopter depuis longtemps certaines mesures de police des étrangers en se fondant sur les traités internationaux d'établissement qu'elle avait conclus. Jusqu'à la Première Guerre mondiale, les cantons étaient relativement libéraux en matière d'immigration et le nombre d'étrangers, au début du siècle, était élevé. Les ressortissants d'Etats avec lesquels la Suisse n'avait pas conclu de tels traités pouvaient sans restriction s'établir en Suisse et y exercer l'activité professionnelle de leur choix. En pratique, même les ressortissants d'Etats avec lesquels la Suisse n'avait pas conclu de tels traités pouvaient venir librement en Suisse. Le séjour n'était refusé qu'aux étrangers qui avaient subi une condamnation pénale, tombaient à la charge de l'assistance ou étaient politiquement dangereux. L'éclatement du conflit

¹³¹ Ces arrêts sont reproduits dans *Pratique suisse* 1968-1969, n° 2.6, ASDI, vol. XXVI, 1969/1970, p. 118; *Pratique suisse* 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110; *Pratique suisse* 1985, n° 2.1, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 55; *Pratique suisse* 1986, n° 2.1, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 152.

¹³² "La Confédération a le droit de renvoyer de son territoire les étrangers qui compromettent la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse."

eut comme conséquence la fermeture des frontières. Afin d'assurer l'uniformité de cette fermeture, le Conseil fédéral édicta, le 21 novembre 1917, une ordonnance sur le contrôle des étrangers¹³³ qui subordonnait leur entrée en Suisse à l'obtention d'un visa fédéral. D'autres ordonnances instituèrent un système de veto fédéral aux permis délivrés par les cantons. Ces ordonnances, prises en vertu des pleins pouvoirs, et qui ne se limitaient pas à instaurer une surveillance des frontières, mais réglementaient également la résidence durable des étrangers en Suisse dans le but de lutter contre le chômage et la surpopulation étrangère, ne reposaient sur aucune base constitutionnelle. C'est pour en créer une que fut adopté, le 25 octobre 1925, l'article 69ter (a)Cst. Les ordonnances de pleins pouvoirs furent par la suite remplacées par la LSEE du 26 mars 1931, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1934 (Giorgio Malinverni, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, ad article 69ter, état mai 1995, n^{os} 1 à 6). A la fin du conflit se posa la question de l'application des traités d'établissement. On ne pouvait en effet envisager de revenir au régime de la libre circulation des personnes qui existait sur le plan international avant la guerre. Le Conseil fédéral décida de dénoncer à titre de précaution pour le 10 avril 1919 les Traités conclus avec l'Italie et l'Allemagne¹³⁴. La France avait, pour sa part, déjà dénoncé le Traité conclu avec la Suisse¹³⁵. Toutefois, en vertu d'un arrangement, les traités passés avec ces trois Etats restèrent en vigueur provisoirement. Finalement, il apparut qu'une refonte de ces conventions n'était guère réalisable et, en outre, n'était pas absolument nécessaire. Les Etats contractants prirent tacitement connaissance du fait que les nouveaux régimes nationaux de police des étrangers instaurés dans la plupart des pays soumettaient à une autorisation de police l'entrée, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative. Depuis lors, les traités d'établissement ont été interprétés compte tenu de cette réserve tacite quant à la fixation des conditions d'admission des étrangers. Cette interprétation a été expressément confirmée par (des) accords additionnels passés avec différents Etats. En outre, les traités d'établissement conclus depuis la Première Guerre mondiale réservent expressément l'application du droit national en ce qui concerne les conditions auxquelles est subordonnée l'admission des étrangers. Il en a résulté que seuls les étrangers admis à résider définitivement dans le pays en vertu du régime national de police peuvent se prévaloir sans aucune restriction des clauses d'un traité d'établissement (FF 1967 II 72¹³⁶).

Dans ATF 119 IV 65 et ss¹³⁷, le Tribunal fédéral a ainsi clairement exclu l'application de la convention sur l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France du 23 février 1882 aux ressortissants de ces Etats qui ne seraient pas aux bénéfices d'une autorisation d'établissement conforme au droit national. Il a relevé à cet égard que ce traité a été modifié par une pratique, conforme aux intentions des Chambres fédérales, consistant à donner la préférence à la LSEE. Citant la jurisprudence et la doctrine, il a par ailleurs rappelé que les ressortissants des Etats Parties à un traité sont soumis aux lois et règlements de police, par quoi il faut entendre que les lois nationales de police des étrangers sont réservées, ainsi qu'il résulte clairement des traités passés par la Suisse après la Première Guerre mondiale.

En l'occurrence, P. C. se prévaut de traités conclus avant la Première Guerre mondiale et affirme disposer d'un droit de travailler sur le territoire genevois, sans que soit nécessaire l'octroi préalable d'une autorisation de travail par les autorités de police des étrangers. Il résulte toutefois clairement de ce qui précède que, dès la fin de la Première Guerre mondiale, le législateur fédéral a expressément voulu réserver l'application des lois et règlements internes de police en ce qui concerne les conditions auxquelles est subordonnée l'admission des étrangers. Les Etats Parties à des conventions internationales avec la Suisse ont pris acte de cette volonté, que ce soit dans le cadre de traités d'établissement stricto sensu, comme le traité du 23 février 1882 sur l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France (cf. ATF 119 IV 65 et ss), ou dans le cadre de conventions prévoyant, par certaines dispositions, le droit de séjourner et/ou de travailler sur le territoire de chacun des Etats contractants. Il n'en va pas différemment pour les traités de Paris du 20 novembre 1815 et de Turin du 16 mars 1816, qui doivent ainsi être interprétés de manière restrictive en tant qu'ils concernent l'établissement de ressortissants étrangers sur territoire suisse. Les dispositions de ces traités se rapportant plus précisément au séjour sur territoire suisse de ressortissants étrangers, fussent-ils domiciliés dans une zone franche, ne sauraient ainsi primer la LSEE en vertu du principe *lex specialis derogat generali*. Une telle interprétation restrictive est d'ailleurs confirmée par le fait que la France et la Suisse ont conclu le 15 avril 1958 un Accord relatif à la prise d'emploi des travailleurs frontaliers sur leur territoire respectif, accord qu'ils ont entendu faire appliquer également aux personnes domiciliées dans les zones franches. Cet accord, qui a été approuvé par le Conseil fédéral le 13 juin 1958, règle le régime des travailleurs frontaliers suisses et français. Dans la mesure où il ne fait qu'appliquer les législations et les réglementations en vigueur dans les deux pays, il n'a pas été publié au Recueil officiel.

Au sens de cet accord (article premier), il y a lieu d'entendre, par travailleurs frontaliers, les ressortissants français et suisses, d'une honorabilité reconnue, domiciliés depuis six mois au moins dans la zone frontalière de l'un des deux pays où ils retournent régulièrement chaque jour, pour travailler en qualité de salariés dans la zone frontalière de l'autre pays. Selon l'article 2, sont considérées comme zones frontalières les zones définies par l'Accord du 1^{er} août 1946 entre la Suisse et la France relatif à la circulation frontalière¹³⁸, lequel spécifie en son article 5 que la "zone frontalière dans la limite de laquelle sera autorisée, dans les conditions ci-dessus, la circulation de petite frontière, aura une largeur de dix kilomètres de part et d'autre de la frontière, et comprendra également les communes de la zone franche du Pays de Gex et de la Haute-Savoie".

¹³³ RO 1917, p. 989.

¹³⁴ Traités des 22 juillet 1868 et 13 novembre 1909 (RS 0.142.114.541 et 0.142.111.361).

¹³⁵ Il s'agit du traité de 1882.

¹³⁶ Rapport du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 29 juin 1967, sur l'initiative populaire contre la pénétration étrangère (FF 1967 II 69, Pratique suisse 1967, n° 4.1, ASDI, vol. XXV, 1968, p. 250).

¹³⁷ Pratique suisse 1993, n° 4.3, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 605.

¹³⁸ Egalement dénommé "arrangement confidentiel", voir ATF 119 IV 65 ou Pratique suisse 1993, n° 4.3, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 605 (609).

Par l'adoption de l'accord du 15 avril 1958 relatif aux travailleurs frontaliers, la France et la Suisse ont ainsi clairement entendu soumettre au régime ordinaire de l'autorisation le travail des ressortissants français domiciliés dans les zones franches du Pays de Gex et de la Haute-Savoie.

...

Décision du DFJP du 18 novembre 1998. JAAC 1999, fasc. 63-II, n° 38.

4.8 Protection consulaire et diplomatique. Responsabilité internationale des Etats

Le texte reproduit ci-après fait le point sur la pratique suisse en matière de protection consulaire.

Résumé

Disposant d'un mécanisme souple, la protection consulaire permet de veiller au respect des droits des personnes détenues à l'étranger et de les assister. Ces droits sont repris à l'article 36, alinéa premier, lettre c, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (ci-après: la convention, ratifiée par la Suisse le 3 mai 1965, et entrée en vigueur pour la Suisse le 19 mars 1967, RS 0.191.02). Les pays signataires de la convention se sont engagés à cet effet à aviser sans retard l'Etat d'envoi de la volonté d'un de ses ressortissants de recevoir la visite d'un représentant de son consulat.

(La présente étude) aborde deux facettes de la protection consulaire: la visite (qui comprend le droit de s'entretenir avec la personne en détention et de pourvoir à sa représentation en justice) et le droit d'assister au procès d'un ressortissant suisse incarcéré à l'étranger. Ces deux aspects de la fonction consulaire ne s'exercent que si la personne détenue y consent et en conformité aux règles de procédure de l'Etat étranger.

S'agissant de la protection consulaire accordée aux binationaux, elle n'est accordée que de manière non officielle et dans des circonstances exceptionnelles.

Le propos de ce document est d'analyser les droits contenus dans l'article 36, alinéa premier, lettre c, de la convention de Vienne sur les relations consulaires consacrant le droit pour toute personne, détenue dans un pays étranger, de recevoir la visite du consul de l'Etat dont il est originaire s'il en fait la demande.

I. Définitions

En premier lieu, il convient de distinguer la protection diplomatique de la protection consulaire.

La protection diplomatique est un mécanisme qui permet à un Etat d'intervenir, pour son propre compte, afin d'obtenir la réparation du dommage résultant d'une violation du droit des gens, commise à l'endroit d'un de ses ressortissants¹³⁹, par les organes d'un autre Etat. Il s'agit d'une intervention formelle, fondée sur le droit international et destinée à mettre en œuvre les règles relatives à la responsabilité internationale. Ce caractère explique les conditions strictes auxquelles la protection diplomatique est assortie. L'Etat ne peut intervenir en faveur d'un de ses ressortissants (que) si deux conditions cumulatives sont remplies: la personne concernée doit avoir possédé et posséder encore la nationalité de l'Etat réclamant (s'agissant des doubles nationaux, cette nationalité doit être dominante, à moins que l'une des deux nationalités ne soit celle de l'Etat défendeur, cas dans lequel la protection a souvent été refusée); et elle doit avoir épuisé les voies de recours disponibles sur le plan interne¹⁴⁰. Signalons encore la théorie des "clean hands" (mains propres). En vertu de celle-ci un individu victime d'un dommage dans un pays étranger ne pourrait dans certains cas se prévaloir de la protection de son Etat s'il a eu une conduite illicite (violation des lois de l'Etat de résidence, participation à une manifestation interdite) ou inadaptée (imprudence dans une situation troublée et malgré les avertissements qui lui ont été adressés¹⁴¹ dans le pays où il séjournait¹⁴²). Son attitude peut entraîner: l'irrecevabilité de la demande, la réduction de l'indemnité qui aurait dû lui être allouée, l'exonération, totale ou partielle, de la responsabilité de l'Etat auquel on peut imputer le fait générateur.

La protection consulaire permet de faire valoir et de défendre les droits des personnes physiques et morales à l'étranger. L'Etat ne fait dans ce cas pas valoir son propre droit, tel que quand il exerce la protection diplomatique, mais il assiste ses ressortissants connaissant des difficultés dans un pays étranger.

Issue de l'article 5 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, elle est définie dans les Instructions du Département fédéral des affaires étrangères comme étant "le fait d'affirmer et de faire respecter les droits des personnes physiques et morales avec l'assistance d'une représentation étatique"¹⁴³. Il s'agit en somme, pour les postes consulaires, de venir en aide aux personnes qui relèvent de leur circonscription pour assurer que leurs droits fondamentaux ne seront pas bafoués. La protection consulaire se traduit aussi par une assistance aux proches de la personne détenue. Contrairement à la protection diplomatique, la protection consulaire n'exige pas la violation d'une règle de droit international et ne suppose pas l'engagement de la responsabilité internationale d'un Etat.

¹³⁹ La Cour permanente de Justice internationale donna, dans son arrêt en l'affaire Mavrommatis, compétence (Grèce c. Grande-Bretagne), une définition de la protection diplomatique exercée par un Etat: "En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international." CPJI, série A, n° 2, p. 12 (1924).

¹⁴⁰ Voir le courrier du 12 janvier 1995 de M. Lucius Cafilisch, juriste, à M. Jürg van Wijnkoop, auditeur en chef de l'Armée (Pratique suisse 1995, n° 4.4, RSDIE, vol. 6, 1996, p. 608(609)).

¹⁴¹ Nguyen Quoc Dinh, Droit international public, 6^e éd., Paris 1999, p. 758.

¹⁴² Jean Combacau/Serge Sur, Droit international public, Paris 1995, p. 553.

¹⁴³ DFAE, Instruction 702-f, point 2.1.

La protection consulaire peut intervenir en tout temps, même avant l'épuisement des recours internes. Si elle n'est pas destinée à influencer directement le déroulement d'une procédure judiciaire, elle devrait cependant, dans la mesure du possible, permettre à l'Etat de veiller au respect des règles de procédure, et du standard de traitement international minimum¹⁴⁴.

Cela étant, l'étendue de l'intervention étatique ne fait pas l'unité dans la pratique.

Trois théories s'affrontent quant au traitement devant être accordé à un étranger lorsqu'il séjourne dans un Etat tiers.

Selon la doctrine du traitement national, le consul ne pourrait protester si le ressortissant étranger est traité de la même façon qu'un indigène, quand bien même ce traitement serait dégradant ou le procès auquel il est partie, inéquitable. En d'autres termes, les étrangers ne pourraient bénéficier d'une protection plus élevée que les nationaux¹⁴⁵.

En revanche, la deuxième école introduit comme postulat que le traitement des étrangers doit se "mesurer au standard minimum international". Il s'agit là de règles minimales de protection. Elles comportent notamment:

- le droit d'être entendu et le droit à une procédure régulière;
- le fait que la peine prononcée ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction;
- le droit d'être jugé dans un délai raisonnable;
- le fait que la détention ou la détention préventive ne doit pas violer les droits fondamentaux de l'homme¹⁴⁶.

La troisième théorie, apparue ces dernières années, formule le respect des droits et des libertés fondamentales. Elle se base sur les articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies et se réfère à d'autres instruments de protection des droits de l'homme, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et les deux Pactes internationaux du 16 décembre 1966¹⁴⁷.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après: le pacte, RS 0.103.2) contient diverses dispositions relatives à la procédure pénale. Il garantit notamment le droit à un procès équitable (article 14) et interdit qu'une personne soit emprisonnée pour la seule raison qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle (article 11).

L'article 14 du pacte dispose qu'en matière pénale, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi.

Enfin, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) conclue à Rome le 4 novembre 1950 (RS 0.101) assure aux individus le respect de leurs droits de procédure dont notamment:

- le droit à la liberté et à la sûreté. L'article 5 de la convention interdit la privation arbitraire de liberté et garantit à toute personne le droit d'être traduite devant un juge, d'être jugée dans un délai raisonnable, et d'avoir accès aux voies de recours;
- le droit à un procès équitable (article 6) qui comprend le droit d'être entendu équitablement dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense;
- le droit à être condamné à une peine prévue par le droit national ou international au moment où l'infraction a été commise (article 7).

Conclusion

En conclusion, on constate que les Etats, dans le cadre du traitement qu'ils doivent accorder aux étrangers, doivent veiller au respect du standard minimum international et des droits fondamentaux et garanties procédurales contenus dans les principaux instruments des droits de l'homme (la CEDH et les deux pactes onusiens¹⁴⁸).

II. Etendue de la protection consulaire

a) Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi

Comme on l'a vu précédemment, le principal instrument traitant de la problématique du droit de visite consulaire d'une personne détenue à l'étranger est la convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁴⁹.

L'article 5 de la convention énonce les fonctions consulaires. Parmi celles-ci figurent celle de protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants (lettre a) et celle de prêter secours et assistance à ses ressortissants (lettre e)¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Lucius Caflisch, *Pratique suisse* 1996, (n° 4.1.) RSDIE, vol. 7, 1997, p. 662 (666).

¹⁴⁵ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2^e éd., Oxford 1991, pp. 129 et ss.

¹⁴⁶ Lucius Caflisch, *Pratique suisse* 1996, (n° 4.1.) RSDIE, vol. 7, 1997, p. 662 (663).

¹⁴⁷ Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1), et le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

¹⁴⁸ Pacte relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2); Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1). Les deux instruments datent du 16 décembre 1966.

¹⁴⁹ David W. Williams, *Consular Access to Detained Persons*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, 1980, pp. 238 et ss.

¹⁵⁰ Dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, les Etats-Unis ont déclaré dans leur mémoire: "l'une des fonctions principales des agents consulaires consiste à dispenser diverses formes d'assistance aux ressortissants de l'Etat d'envoi et, pour cette raison, les voies de communication entre les agents consulaires et les ressortissants doivent rester ouvertes de tout temps. Les communications sont même si nécessaires à l'exercice des fonctions consulaires que leur suppression priverait de toute signification l'ensemble du système des relations consulaires ... L'article 36 crée des droits au profit non seulement des fonctionnaires consulaires mais, ce qui compte peut-être encore plus, des ressortissants de l'Etat d'envoi auxquels la Convention garantit la liberté d'accès aux fonctionnaires consulaires et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à d'autres personnes." CIJ, 1979 et 1980.

L'article 36 de la convention définit les droits accordés au fonctionnaire consulaire afin de faciliter l'exercice des fonctions consulaires par rapport aux ressortissants de l'Etat d'envoi¹⁵¹.

Conformément à l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la convention, les autorités compétentes de l'Etat de résidence ont l'obligation d'informer, sans retard, l'intéressé de son droit de communiquer avec les fonctionnaires consulaires de l'Etat d'envoi¹⁵².

Si l'intéressé manifeste la volonté de recevoir la visite du consul de son pays, cet avis doit être fait sans retard¹⁵³.

Lors des débats de la Conférence des Nations Unies qui ont abouti à l'adoption de l'article 36 de la convention, les représentants de certains pays soulignèrent l'importance de respecter le souhait des intéressés de ne pas recevoir la visite de leur consul, ou de ne pas voir son consulat averti de sa détention¹⁵⁴. C'est uniquement s'il en fait la demande¹⁵⁵ que les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en détention préventive ou toute autre forme de détention¹⁵⁶. La Suisse a adopté cette position.

L'article 36, paragraphe premier, lettre c, dispose:

"Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi, qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément."¹⁵⁷

Ce droit énoncé à la lettre c (du paragraphe premier) de l'article 36 s'exerce conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence¹⁵⁸. C'est ainsi que les visites de personnes détenues ou incarcérées seront autorisées conformément aux dispositions des codes de procédure pénale et des règlements concernant le régime pénitentiaire¹⁵⁹.

L'Etat de résidence doit permettre au fonctionnaire consulaire de l'Etat d'envoi, sans retard injustifié, de visiter la personne détenue ou incarcérée dans sa circonscription consulaire, de s'entretenir avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Cette disposition vise aussi bien les cas où un ressortissant de l'Etat d'envoi a été mis en état de détention préventive et où l'instruction criminelle a été ouverte contre lui que les cas où il a été condamné, mais où il a encore le droit de se pourvoir en appel ou en cassation, et également le cas où la sentence condamnant le ressortissant est devenue définitive. Cette disposition vise également les autres formes de détention (quarantaine, internement dans un hôpital psychiatrique)¹⁶⁰.

b) Droit d'assister au procès

Le droit pour un fonctionnaire consulaire d'assister au procès auquel serait partie un ressortissant de son pays n'est pas spécifiquement prévu par l'article 36, paragraphe premier, lettre c, de la convention. Aucune référence n'y est faite dans les travaux préparatoires ayant abouti à l'adoption de cet article. La doctrine est en outre peu loquace sur ce sujet. Ce droit semble toutefois découler de la disposition précitée dès lors qu'elle tend notamment à assurer aux ressortissants de l'Etat d'envoi le respect de leurs droits.

¹⁵¹ Colin Warbrick, *Protection of Nationals Abroad*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 37, 1988, pp. 1002-1012.

¹⁵² A cet égard, il est intéressant de signaler une affaire LaGrand, opposant l'Allemagne aux Etats-Unis, actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice (ci-après: la CIJ). Les Etats-Unis sont accusés d'avoir violé la convention de Vienne sur les relations consulaires pour avoir omis d'avertir deux ressortissants allemands, jugés et condamnés à mort dans ce pays, de leur droit à recevoir une assistance consulaire garantie par l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la convention susmentionnée. Ce n'est qu'en 1992, soit dix ans après leur arrestation, que les fonctionnaires consulaires allemands furent informés de l'affaire. Suite à la requête de l'Allemagne (2 mars 1999), la CIJ ordonna les mesures conservatoires urgentes suivantes (ordonnance du 3 mars 1999): "a) Les Etats-Unis d'Amérique doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue, et doivent porter à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en application de la présente ordonnance; b) le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique doit transmettre la présente ordonnance au Gouverneur de l'Etat d'Arizona" (www.icj-cij.org). Karl LaGrand a été exécuté le 24 février 1999. Son frère Walter l'a été le 3 mars 1999, après que la Cour eut auparavant rendu une ordonnance indiquant des mesures conservatoires. Communiqué de presse 99/12 du 8 mars 1999 de la Cour internationale de Justice.

¹⁵³ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1995, (n° 7.6.) RSDIE, vol. 6, 1996, pp. 630-631.

¹⁵⁴ (Document) A/CONF.25/16, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. I, pp. 357-376.

¹⁵⁵ La Suisse proposa à cette occasion l'amendement suivant: "Ajouter un paragraphe 2 nouveau qui se lirait comme suit (le paragraphe 2 actuel devenant le paragraphe 3): L'application des dispositions visées sous lettres b) et c) ci-dessus reste toutefois subordonnée à la volonté librement exprimée du ressortissant incarcéré ou détenu de l'Etat d'envoi." (Document) A/CONF.25/16/Add.1, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. II, p. 83.

¹⁵⁶ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1997, (n° 7.4.) RSDIE, vol. 8, 1998, p. 671.

¹⁵⁷ L'Italie fit une réserve à l'article 36, paragraphe premier, lettre c, de la convention. Elle déclara que, s'agissant de cette disposition, "le Gouvernement italien considère que, consacré par le droit général, le droit qu'ont les fonctionnaires consulaires de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi détenu pour quelque raison que ce soit et d'intervenir en sa faveur ne se prête pas à renonciation. En conséquence, le Gouvernement italien agira sur une base de réciprocité." Le Gouvernement danois formula une objection à la réserve de l'Italie (RS 0.191.02 - Réserves et déclarations).

¹⁵⁸ Le droit de visite ne doit cependant pas entrer en conflit avec la nécessité objective de mettre le détenu au secret pour les besoins de l'instruction pénale. En conséquence, l'octroi de la permission peut être différé au gré des circonstances. Il faut cependant permettre au consul de pourvoir à la représentation en justice du détenu, conformément à l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. On ne saurait ainsi différer une permission de visite, dans le cadre d'une instruction pénale, de façon à entraver ou rendre impossible une bonne représentation en justice. Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1986, (n° 7.4.) ASDI, vol. XLIII, p. 181(183).

¹⁵⁹ (Document) A/CONF.25/16/Add.1, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. II, p. 25.

¹⁶⁰ (Document) A/CONF.25/16/Add.1, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. II, p. 25.

La possibilité donnée au consul d'être présent lors d'une audience devant les tribunaux est soumise aux règles de procédure de l'Etat de résidence. Les audiences dites de jugement sont en général publiques, sauf si le huis-clos est prononcé. La présence du consul n'est en outre pas admise lors des séances tenues devant le juge d'instruction.

Il conviendra dans chaque cas précis de se demander s'il est nécessaire ou désirable qu'un fonctionnaire consulaire assiste au procès. Sa présence sera importante lorsqu'il y a lieu de craindre que la personne réclamant la protection consulaire de son pays risque de faire l'objet d'une discrimination (au niveau procédural ou de la décision au fond) en raison de sa nationalité¹⁶¹.

La pratique suisse tend à assurer la présence d'un représentant consulaire au procès auquel est partie un ressortissant suisse.

III. La pratique suisse

a) Fonction des consulats

Les représentations consulaires ont en principe le devoir de prêter assistance aux ressortissants suisses qui en font la demande¹⁶². Elles peuvent par exemple servir d'intermédiaire dans le choix d'un avocat, qui pourra ensuite les renseigner sur les possibilités d'actions contre l'Etat selon le droit international¹⁶³.

Les autorités suisses sont également habilitées, dans ce cadre, à intervenir auprès des autorités locales compétentes ainsi que des autorités centrales de l'Etat accréditaire dans le but de veiller à ce que les Suisses soient traités par les organes étatiques d'une façon effectivement conforme au droit national et international¹⁶⁴. La Suisse peut ainsi entreprendre des démarches auprès des autorités compétentes pour demander le respect des règles de droit coutumier relatives à la protection des étrangers. Elle peut également invoquer le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques.

Il convient de noter que dans le cadre de la protection consulaire, c'est en général le ressortissant suisse qui doit rembourser la représentation pour les débours qu'elle a engagés en sa faveur¹⁶⁵. S'il n'est pas en mesure de les payer, la commune d'origine devra garantir les frais¹⁶⁶.

b) Cas particuliers

i. Doubles nationaux

La protection diplomatique des doubles nationaux ne peut pas s'exercer à l'encontre de l'Etat dont le citoyen suisse est également national, car la personne en question est considérée par cet Etat comme étant son propre national. A l'égard des Etats tiers, les droits des doubles nationaux peuvent être protégés lorsque la nationalité suisse est prépondérante en raison d'un lien de rattachement étroit avec la Suisse. Les critères retenus pour déterminer la nationalité effective¹⁶⁷ d'un individu sont: le lieu de sa résidence habituelle, le lieu où l'intéressé déploie son activité professionnelle et où il participe à la vie publique¹⁶⁸, le lieu où il a le centre de ses intérêts économiques, l'Etat à l'égard duquel il nourrit des attaches sentimentales, familiales et culturelles profondes¹⁶⁹.

La problématique des binationaux n'est pas réglée par la convention de Vienne sur les relations consulaires. Il ressort cependant de la pratique des Etats que la protection consulaire n'est accordée à une personne, possédant deux nationalités, dont celle du pays où il réside, que de manière non officielle ou dans des circonstances exceptionnelles. Cette protection n'est cependant souvent pas effective. L'Etat de résidence ne reconnaît en général pas à l'Etat d'envoi une légitimité pour agir dans ces cas.

D'un autre côté, lorsqu'une personne possédant une double nationalité mais séjournant dans un pays tiers recherche la protection consulaire d'un Etat dont elle est ressortissante, elle ne bénéficiera de la protection que d'un Etat¹⁷⁰.

¹⁶¹ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2^e éd., Oxford 1991, p. 171 (Instructions données en 1980 par le Département of State des Etats-Unis à tous les services à l'étranger - Fonction des services consulaires -).

¹⁶² Article 16 du Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 (RS 191.1).

¹⁶³ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1997, (n° 4.4.) RSDIE, vol. 8, 1998, p. 654 (656).

¹⁶⁴ L'article 17 du règlement du Service diplomatique et consulaire prévoit que "lorsque les représentations apprennent qu'un ressortissant suisse a été privé de sa liberté sans que les autorités de l'Etat accréditaire les en aient informées, elles s'enquerront auprès de ces autorités des motifs de la mesure. S'il paraît opportun ou si l'intéressé le demande, elles cherchent à entrer en communication avec lui ou à lui rendre visite; elles veillent à ce que sa défense soit assurée devant toute autorité."

¹⁶⁵ Ordonnance sur les émoluments à percevoir par les représentations diplomatiques et consulaires suisses, du 30 janvier 1985, RS 191.11.

¹⁶⁶ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1997, (n° 4.4.) RSDIE, vol. 8, 1998, p. 654 (657).

¹⁶⁷ Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a prétendu que l'effectivité de la nationalité devait résulter de l'ensemble des circonstances du cas et que des données tant objectives que subjectives intervenaient pour aider le juge à se forger une opinion. Elle indiquait: "la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée ... est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat ... Un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé au but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat ...". CIJ, Recueil 1955, p. 23.

¹⁶⁸ Affaire *Canevaro*, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, pp. 397-410.

¹⁶⁹ Eric Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris/Genève 1990, p. 127.

¹⁷⁰ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2^e éd., Oxford 1991, p. 159.

Dans le cadre de la protection consulaire, les Suisses doubles nationaux¹⁷¹ peuvent également être protégés à l'égard de leur second pays d'origine, notamment lorsque leur vie ou leur santé est en danger (par exemple à la suite de tortures ou de détention dans des conditions inhumaines)¹⁷².

ii. Etrangers

Les étrangers arrêtés en Suisse ou privés de leur liberté d'une autre manière peuvent solliciter l'assistance de leur consulat. Ce dernier doit être averti sans délai. Cette communication ne doit cependant être faite qu'à la demande expresse de l'intéressé. L'information peut être toutefois différée tant et aussi longtemps que les besoins de l'enquête l'exigent. Un report jusqu'à la fin de l'enquête pénale ne saurait cependant entrer en ligne de compte car il viderait ces droits de leur contenu. Un retard ne doit en tout cas pas avoir pour conséquence d'entraver, voire de compromettre la défense de l'intéressé devant le tribunal. Il ressort en outre des protocoles de la Conférence préparatoire de la convention de Vienne qu'un délai d'un mois seulement devrait déjà être considéré comme exagéré¹⁷³.

Enfin, les fonctionnaires consulaires ont de manière générale le droit de rendre visite à leurs concitoyens détenus, de s'entretenir et correspondre avec eux, d'organiser leur défense et de prendre des mesures de protection en leur faveur.

iii. Réfugiés¹⁷⁴

Pour terminer, relevons que la nature souple de la protection consulaire permet à l'Etat de résidence d'un réfugié d'assumer la protection de celui-ci vis-à-vis d'un Etat sur le territoire duquel ce réfugié séjourne temporairement si cet Etat ne s'y oppose pas¹⁷⁵. Cela signifie que, du moins dans certaines situations¹⁷⁶, la protection consulaire peut s'étendre à des personnes qui ont un lien avec l'Etat protégeant sans posséder sa nationalité. Le Protocole à la Convention européenne sur les fonctions consulaires relatif à la protection des réfugiés¹⁷⁷ prévoit à ce propos que

"le fonctionnaire consulaire de l'Etat où ce réfugié a sa résidence habituelle a le droit de protéger celui-ci et de défendre ses droits et intérêts, conformément à la Convention, en consultation, chaque fois que c'est possible, avec l'Office du Haut-Commissaire des Nations-Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations-Unies qui pourrait lui succéder" (article 2, paragraphe 2).

L'article 2, paragraphe premier, du protocole précise que

"les Etats signataires du présent Protocole reconnaissent le droit de chaque Partie contractante de ne pas admettre qu'un fonctionnaire consulaire puisse agir en faveur ou s'occuper de quelque autre manière d'un ressortissant de son Etat, si ce ressortissant est réfugié".

Bien qu'elle n'ait pas signé le protocole susmentionné, la Suisse ne reconnaît pas aux autorités de l'Etat d'origine la faculté de protéger une personne à qui la Suisse a reconnu la qualité de réfugié, car c'est précisément à elle qu'appartient ce droit¹⁷⁸.

¹⁷¹ Le Département politique fédéral (aujourd'hui: DFAE) donne les instructions nécessaires sur la défense des intérêts des doubles-nationaux et des personnes morales de caractère suisse (article 16, alinéa 2, du règlement du Service diplomatique et consulaire suisse).

¹⁷² Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1997, (n° 4.4.) RSDIE, vol. 8, 1998, p. 654 (655).

¹⁷³ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1986, (n° 7.4.) ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 181 (182-183), reprenant une circulaire élaborée en décembre 1985 par les Offices fédéraux de justice et de police, en collaboration avec la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères.

¹⁷⁴ La Convention relative au statut des réfugiés de 1951 (RS 0.142.30) et le Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés définissent le réfugié comme étant "toute personne (qui,) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas la nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner" (article premier).

¹⁷⁵ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1977, (n° 4.5.) ASDI, vol. XXXIV, 1978, p. 111 (119). La problématique des réfugiés a fait l'objet d'un vif débat lors de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires. La proposition de l'Argentine, l'Australie, la Belgique, la Colombie, le Danemark, l'Iran, le Nigeria, le Royaume-Uni et la Suède visant à insérer une disposition concernant les réfugiés dans la convention formulait que "(a)ucune disposition de la présente convention ne peut être interprétée comme imposant à l'Etat de résidence l'obligation de reconnaître à un fonctionnaire consulaire de l'Etat d'envoi la qualité pour agir en faveur, ou de s'occuper de quelque autre manière, d'un ressortissant de l'Etat d'envoi réfugié pour des considérations de race, de nationalité, d'opinion politique ou religieuse, ou cherchant asile dans l'Etat de résidence pour l'un de ces motifs" ((Document) A/CONF.25/16/Add.1, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. II, p. 68). Elle se heurta à l'opposition de certains pays craignant que l'intervention de l'Etat de résidence empêche le réfugié d'établir des contacts avec les autorités de son pays et, par conséquent, de retrouver un jour une situation régulière. Les opposants à ce nouvel article affirmèrent que cette sujétion allait à l'encontre du droit de tout Etat de protéger ses ressortissants où qu'ils se trouvent et n'entraîne pas dans le cadre de la convention. Elle devrait être abordée au sein d'autres organes tels que la Commission des droits de l'homme, ou la Commission du droit international ((Document) A/CONF.25/16, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. I, pp. 234 et ss). Aucune décision ne fut prise en la matière ((Document) A/CONF.25/16/Add.1, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. II, p. 168).

¹⁷⁶ Lorsque la question des réfugiés fut examinée au sein de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, les partisans de l'insertion d'un article tendant à assurer leur protection indiquèrent que dès lors que les réfugiés fuyaient leur foyer par crainte de persécutions, pour des questions de race, ou d'opinions politiques ou religieuses, ils avaient besoin d'être protégés contre les agissements de leur consulat. Les réfugiés refusaient en outre souvent tout contact et assistance du consulat de leur pays d'origine établi dans le pays d'accueil ((Document) A/CONF.25/16, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels, vol. I, pp. 234 et ss).

¹⁷⁷ Le Protocole n'est pas entré en vigueur. Seuls la Norvège et le Portugal ont ratifié cet instrument. Il nécessite cinq ratifications pour entrer en vigueur (état de ratifications, voir site Web du Conseil de l'Europe: www.coe.int).

¹⁷⁸ Lucius Cafilisch, *Pratique suisse* 1977, (n° 4.5.) ASDI, vol. XXXIV, 1978, p. 111 (113 et ss).

La Suisse peut en outre, si elle l'estime opportun, assumer la protection consulaire de personnes dont elle reconnaît le statut de réfugié et dont le domicile est en Suisse, mais qui séjournent temporairement à l'étranger¹⁷⁹.

La Convention européenne sur les fonctions consulaires du 11 décembre 1967 du Conseil de l'Europe¹⁸⁰ prévoit à son article 47 que "l'Etat de résidence ne sera pas tenu d'admettre qu'un fonctionnaire consulaire puisse exercer des fonctions consulaires ou agir en faveur ou s'occuper de quelque autre manière d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est devenu réfugié politique pour des raisons de race, de nationalité, d'opinions politiques ou de religion".

L'article 48 de la convention souligne qu'"aucune disposition de la présente Convention ne portera atteinte au statut spécial et à la protection internationale qui sont accordés, par des Parties à cette Convention, aux réfugiés conformément aux instrument présents ou à venir".

Note de la DDIP de mars 2000. Document inédit.

4.9 Protection diplomatique: nature juridique; moyens par lesquels cette protection ne peut pas être exercée; condition de nationalité. Menace de la force et recours à celle-ci. Protection consulaire

La déclaration dont le texte suit, faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, commente le projet d'articles préparé par la Commission du droit international (CDI) et relatif à la protection diplomatique (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 52^e session, du 1^{er} mai au 9 juin et du 10 juillet au 18 août 2000, Assemblée générale, Documents officiels, 55^e session, Supplément n° 10 (A/55/10), pp. 127-156).

...

Nous avons pris note avec beaucoup d'intérêt des projets d'articles de la Commission dont certains reflètent l'état du droit alors que d'autres sont novateurs. Dans la présente intervention, nous souhaitons réagir sur trois points qui ont particulièrement attiré notre attention, à savoir

1. le droit des Etats à exercer la protection diplomatique (articles 3 et 4);
2. la menace ou l'emploi de la force comme moyen de la protection diplomatique (article 2);
3. le critère de la nationalité des personnes physiques qui sollicitent la protection diplomatique (articles 5 à 8).

1. Le droit des Etats à exercer la protection diplomatique

Nous partageons le point de vue exprimée par la Commission dans son projet d'article 3 selon lequel les Etats disposent d'un pouvoir discrétionnaire d'exercer la protection diplomatique. Nous estimons en effet que les Etats peuvent, selon leur libre appréciation, qui est néanmoins limitée par (l'interdiction de) l'arbitraire, décider d'accorder la protection diplomatique ou de refuser de l'exercer lorsqu'elle va à l'encontre d'intérêts supérieurs. Le droit international actuel ne prévoit aucun droit subjectif de l'individu à l'exercice de la protection diplomatique et ce droit ne peut alors trouver sa source que dans le droit interne.

Nous constatons dans le projet d'article 3 que la Commission émet néanmoins des réserves à cette liberté discrétionnaire des Etats. Elle propose en effet à l'article 4 qu'à moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'Etat dont elle a la nationalité a l'obligation juridique, sous réserve de quelques exceptions, d'exercer la protection diplomatique en faveur de cette personne si celle-ci en fait la demande et si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de jus cogens imputable à un autre Etat. Nous prenons note avec intérêt de cette proposition qui reflète l'évolution du droit international et qui mérite alors réflexion.

2. La menace ou le recours à la force comme moyen de la protection diplomatique

Dans son projet d'article 2, la Commission suggère, tout en rappelant que la menace ou l'emploi de la force n'est pas un moyen de la protection diplomatique, que le recours à la force est néanmoins admissible dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'Etat de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques.

Il convient tout d'abord de s'interroger si, d'une manière générale, le recours à la force dans les circonstances décrites dans ce projet de disposition est légitime. En l'espèce, il nous paraît que cette question n'est pas pertinente dans la mesure où la menace ou l'emploi de la force ne constitue pas un instrument de la protection diplomatique. Cette dernière est en effet une forme de règlement des différends et elle exclut tout recours à la force.

3. Le critère de la nationalité des personnes physiques qui sollicitent la protection diplomatique

Nous avons pris note avec intérêt de la proposition de la Commission à l'article 5 de définir l'Etat de la nationalité comme étant celui dont l'individu a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi. Nous comprenons à la lecture de cette disposition qu'il appartiendrait toujours à chaque Etat de fixer ses propres conditions d'octroi de sa nationalité et que celui-ci n'accorderait sa protection diplomatique qu'à ses propres nationaux tels qu'ils sont définis dans sa loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité. Nous nous interrogeons en outre sur le bien-fondé de l'introduction du critère de la bonne foi, qui nous semble être trop vague. A notre avis,

¹⁷⁹ L'article 22, alinéa 3, du règlement du Service diplomatique et consulaire stipule que "si l'Etat accréditaire ne s'y oppose pas, le Département politique fédéral (DFAE) peut charger exceptionnellement les représentations d'intervenir en faveur d'apatrides ou de réfugiés résidant habituellement en Suisse. Dans les cas urgents, les représentations peuvent agir de leur propre chef."

¹⁸⁰ La convention n'est pas entrée en vigueur. En 1999, seuls la Grèce, la Norvège, le Portugal et l'Espagne l'avaient ratifiée. Elle nécessite cinq ratifications pour entrer en vigueur. La Suisse ne l'a pas signée.

l'application de ce principe pourrait poser problème en cas de maintien du critère du lien effectif, qui, pour les motifs que nous invoquerons dans nos commentaires sur le projet d'article 7, bénéficie toujours de notre soutien. En effet, un individu pourrait dans une telle éventualité être privé de la protection diplomatique d'un Etat avec lequel il entretient des liens étroits s'il venait à être établi qu'il a acquis la nationalité de cet Etat de mauvaise foi. Il nous intéresserait alors d'obtenir davantage d'informations afin de nous permettre de nous forger une opinion précise sur cette proposition.

S'agissant du projet d'article 6¹⁸¹, nous estimons qu'un Etat ne peut pas exercer la protection diplomatique en faveur d'un de ses ressortissants à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est également ressortissant, et ce quels que soient les liens de rattachement, car un Etat aura certainement des difficultés à reconnaître à un autre Etat le droit d'intervenir dans ses affaires au nom d'un individu qu'il considère lui-même comme l'un de ses sujets. Cette règle n'exclut cependant pas d'autres mesures de protection de l'Etat d'origine. Nous estimons en effet que les doubles-nationaux doivent également pouvoir être défendus dans le cadre de la protection consulaire par leur premier Etat d'origine à l'égard de leur second Etat d'origine dans certaines circonstances, notamment en cas de violations graves et répétées de principes fondamentaux du droit international.

Nous ne pouvons pas en l'état actuel de notre pratique soutenir le projet d'article 7 de la Commission¹⁸² dans la mesure où une personne double nationale ne doit, à notre avis, pouvoir bénéficier de la protection diplomatique d'un Etat dont elle est ressortissante à l'encontre d'un Etat tiers que si elle a un lien de rattachement étroit avec l'Etat qui envisage d'exercer la protection. En d'autres termes, il importe que la nationalité dont se prévaut le réclamant soit opposable à l'Etat à l'encontre duquel s'exerce la réclamation. Pour être opposable, la nationalité doit, selon nous, être effective, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*¹⁸³. Nous ne voyons pas pour quels motifs il y aurait lieu d'abandonner aujourd'hui ce principe qui, à notre avis, a fait ses preuves. Il découle alors de ce qui précède que le droit d'exercer la protection diplomatique n'appartient qu'au seul Etat qui jouit des liens les plus étroits avec l'individu lésé titulaire de plusieurs nationalités. Dans ces conditions, nous ne pouvons pas appuyer la proposition de la Commission de permettre à deux ou plusieurs Etats d'exercer conjointement la protection diplomatique en faveur d'un individu ressortissant de ces Etats à l'encontre d'un Etat tiers.

Enfin, nous avons pris note avec intérêt des propositions de la Commission relatives à l'exercice de la protection diplomatique en faveur des apatrides et des réfugiés (article 8). Nous comprenons que cette règle se justifie par le fait que ces personnes ne sont plus protégées effectivement par leur Etat d'origine, de sorte que leur protection dépend de leur pays d'accueil. Nous estimons toutefois que l'intervention d'un Etat en faveur des réfugiés et apatrides qu'il a reconnus comme tels et qui se trouvent temporairement à l'étranger devrait se limiter à la protection consulaire.

...

Déclaration faite le 31 octobre 2000 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 les n^{os} 1.2, 3.5 à 3.7, 4.1 à 4.4 et 8.1)

5.1 Souveraineté territoriale et application extraterritoriale du droit

Rédigé par la DDIP, le texte publié ci-après se rapporte à une proposition faite par les Etats-Unis à propos du Protocole relatif aux armes à feu dans le cadre de la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational, du 15 décembre 2000 (Nations Unies, Assemblée générale, document A/55/383, Annexe I, p. 25). L'article 18bis proposé par cet Etat devait enjoindre aux Parties de prescrire aux marchands d'armes de se faire enregistrer dans leur Etat national aussi bien que dans le pays de leurs activités (lettre i). De plus, il visait à introduire l'obligation de solliciter, pour chaque transaction, une licence ou autorisation (lettre ii).

(Traduction:)

...

S'agissant de la licéité des règles destinées à produire un effet extraterritorial, il faut d'abord distinguer entre celles qui sont purement nationales et celles qui trouvent leur origine dans le droit international public (particulièrement dans le droit des traités). Les premières sont des actes juridiques internes, dont la compatibilité avec le droit des gens peut, en partie, être extrêmement contestée (voir à titre d'exemple la Loi Helms-Burton américaine¹⁸⁴, tandis que les secondes, qui prescrivent une conduite à tenir à l'étranger par la voie conventionnelle, sont en principe moins problématiques sur le plan international.

L'article 18bis du Protocole relatif aux armes à feu proposé par les Etats-Unis enjoint aux Parties de s'assurer que les marchands d'armes se fassent enregistrer dans leur Etat national aussi bien que dans le pays de leurs activités (lettre i). De plus prévoit-il, pour chaque transaction, l'obligation d'obtenir une licence ou autorisation (lettre ii). Le champ

¹⁸¹ Aux termes de l'article 6, tel que proposé, un Etat pouvait protéger ses ressortissants même à l'encontre d'Etats dont les personnes en cause avaient également la nationalité, à condition que la première nationalité fût dominante ou effective.

¹⁸² D'après ce texte tel que proposé, en cas de double nationalité d'une personne, chacun des Etats nationaux pouvait protéger cette personne à l'égard d'un Etat dont l'individu n'avait pas la nationalité. Les deux Etats nationaux pouvaient aussi exercer une protection conjointe.

¹⁸³ Deuxième phase, CIJ, Recueil 1955, p. 4.

¹⁸⁴ U.S. Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, du 12 mars 1996, *International Legal Materials*, vol. 35, 1996, p. 357.

d'application *ratione personae* de cette disposition ne ressort pas des documents dont nous disposons ("brokers ... in their country of nationality ..." ("les intermédiaires ... dans le pays de leur nationalité")); mais il faut sans doute partir de l'idée que cette formule ne s'étend pas aux seuls marchands ayant la nationalité de la Partie contractante en cause, mais également à ceux qui résident sur le territoire de cette Partie.

Nous pensons que l'article 18bis peut être interprété de deux manières. La première consisterait à déduire de ce texte une obligation pour les Etats Parties d'introduire, sur leur propre territoire, un système qui s'applique non seulement à leurs propres commerçants d'armes, mais à l'ensemble des intermédiaires (même occasionnels) et à l'ensemble des transactions. Vue sous cet angle, la règle s'appliquerait exclusivement sur le territoire national, sans effet extraterritorial, et ne poserait aucun problème de droit international.

Il se pourrait, en second lieu, que l'article 18bis vise à enjoindre aux Etats contractants d'assurer que les marchands d'armes établis sur leur territoire se fassent également inscrire dans les Etats où ils accomplissent leurs transactions. S'il en était ainsi, il s'agirait indubitablement d'une règle à portée extraterritoriale. Du point de vue du droit des gens, une telle dispositions conventionnelle ne susciterait aucune difficulté aussi longtemps qu'elle ne s'applique qu'aux Parties à la convention, car ces Etats auront expressément approuvé la disposition en cause, y compris les effets de celle-ci sur leur propre territoire. Des problèmes juridiques ne surgiraient que dans la mesure où la disposition dont il s'agit déploierait des effets extraterritoriaux à l'égard d'Etats tiers, c'est-à-dire d'Etats qui ne sont pas devenus Parties à la convention.

Pour que des règles de portée extraterritoriale, applicables en territoire étranger, soient licites sur le plan international, on exige communément qu'il existe un intérêt général à assujettir à ces règles des situations localisées à l'étranger (exigence du "lien authentique" - "genuine link" - entre l'Etat légiférant et la situation extraterritoriale visée par l'acte législatif¹⁸⁵). Parmi les liens de rattachement classiques admis en droit international figure notamment la nationalité. C'est ainsi que le Code pénal suisse se réfère, conformément au droit des gens, au principe de la personnalité¹⁸⁶, et, s'agissant de la mise en œuvre de sanctions internationales, des règles ont été adoptées qui peuvent se rapporter à des situations exclusivement localisées à l'étranger¹⁸⁷. Ainsi n'y a-t-il, pour la pratique des Etats ou l'ordre juridique suisse, rien de nouveau dans l'idée que le législateur national soumet les personnes physiques et morales sur son territoire à certaines prescriptions visant leurs activités à l'étranger.

Pour ce qui est de la conformité au droit des gens de l'article 18bis ici examiné, il faut donc retenir que, sur le plan interne, le point de rattachement de la nationalité ou de l'établissement de l'intermédiaire en question existe dans l'ordre juridique de l'Etat contractant en cause et que, partant, cette disposition peut se déduire du principe de la personnalité active. L'on pourrait en outre songer à invoquer le principe de la protection, reconnu par le droit international¹⁸⁸. En l'espèce, le besoin de protection (de la Suisse, mais aussi des autres Etats) pourrait par exemple consister dans le désir de faire cesser, par de telles mesures, les transferts indésirables d'armes effectués avec une participation suisse et de restreindre les cas de fraude à la loi nationale. Les points de rattachement ici retenus peuvent ainsi être tenus pour suffisants pour régler de manière conforme au droit international la situation visée à l'article 18bis du protocole. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit international, à l'adoption de cette disposition.

...

Avis de la DDIP du 12 janvier 2000. Document inédit.

5.2 Compétence de l'Etat en matière pénale

La Fédération de Russie ayant demandé à la Suisse l'entraide judiciaire concernant les agissements de deux ressortissants biélorusses, accusés de malversations liées à des achats de tabac et d'alcool pour des troupes soviétiques en Allemagne, et la Suisse ayant consenti à coopérer, les intéressés recoururent au TF pour obtenir que, vu l'absence de compétence pénale de la Fédération de Russie, les actes d'entraide déjà accomplis soient rapportés et la demande d'entraide rejetée. Dans son arrêt rejetant le recours, le TF se prononça notamment sur la question de la compétence pénale de l'Etat requérant.

(Traduction:)

...

6. a) Les recourants excipent enfin du manque de compétence pénale de la Fédération de Russie: la prétendue infraction aurait été commise sur territoire allemand, et les prévenus seraient le recourant et sa sœur, tous les deux ressortissants de Bélarus et non de la Russie. A l'époque allant de 1991 à 1993, il n'était nullement certain, selon les

¹⁸⁵ Voir la jurisprudence des Cours internationales de La Haye dans les affaires du "Lotus" (arrêt du 7 septembre 1927), *Nottebohm* (CIJ, Recueil 1955, pp. 24 et ss) ou *Barcelona Traction* (CIJ, Recueil 1970, pp. 1 et ss).

¹⁸⁶ (Code pénal du 21 décembre 1937, RS 311.0, article 5: Crimes ou délits commis à l'étranger contre un Suisse ("principe de la personnalité passive"), et article 6: Crimes ou délits commis à l'étranger par un Suisse ("principe de la personnalité active").

¹⁸⁷ Voir à titre d'exemple l'article 6, alinéa premier, de l'Ordonnance du 23 juin 1999 concernant les mesures à prendre à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie (RO 1999, p. 2224): "La conclusion d'un contrat portant sur le commerce, le transport ou les activités d'intermédiaire ..., destinées à la République de Yougoslavie sans passer par le territoire suisse, doit être déclarée ... lorsqu'une personne physique ou morale ayant son domicile ou son siège en Suisse est partie au contrat ...". L'article 8, alinéa premier, de l'Ordonnance du 25 novembre 1998 concernant les mesures à prendre à l'encontre de l'UNITA (RS 946.204) va dans le même sens.

¹⁸⁸ Compris dans le sens d'un droit de l'Etat de légiférer à propos d'actes accomplis à l'étranger (même par des étrangers) lorsque ces actes lui sont préjudiciables et que l'Etat agit ainsi en vue de protéger ses intérêts essentiels (K. Hailbronner, in: W. Vitzthum, *Völkerrecht*, Berlin 1997, pp. 221 et s.).

requérants, que les forces soviétiques en Allemagne relevaient de la Russie et cette constatation valait, à plus forte raison, pour les administrations militaires.

b) L'octroi de l'entraide judiciaire présuppose, en principe, que l'Etat requérant soit compétent pour poursuivre les auteurs des infractions en cause. Autrement dit, l'acte qui motive la demande d'entraide doit relever de la compétence pénale de cet Etat (Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, n° 336, p. 256). C'est à chaque Etat qu'il appartient en principe de définir les limites de sa propre compétence pénale (Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^e éd., (Berlin 1996,) pp. 164 et s.; Zimmermann, loc. cit.; José Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale I*, 2^e éd., Zurich 1997, n° 346, p. 121); il doit toutefois veiller à ne pas transgresser certaines limites établies par le droit des gens. Mais le contenu et la portée de ces limites sont contestés (voir Jeschek/Wiegand, op. cit., p. 165; Hurtado Pozo, op. cit., n° 348, p. 122, selon lequel la seule limite est celle qui résulte de l'interdiction de l'abus de droit; le Conseil de l'Europe (édit.), *Compétence extraterritoriale en matière pénale* (Strasbourg 1990, en particulier pp. 18 et 21-31 et ss), va plus loin sur ce point). Il existe cependant une série de points de rattachement (ou "principes" du droit international pénal) qui sont d'application générale, dont l'utilisation est admise sur le plan international et qui, dans la règle, ne pose aucun problème sous l'angle du droit des gens: le principe de la territorialité (acte commis sur le territoire étatique); le principe du pavillon (acte perpétré à bord d'un navire ou aéronef enregistré dans l'Etat en cause); le principe de la personnalité active (nationalité de l'auteur de l'acte); le principe du domicile (auteur domicilié dans le territoire de l'Etat concerné); le principe de la protection (atteinte aux biens ou intérêts de cet Etat); et le principe de la compétence sur délégation. De manière générale sont également admis - quoique contestés dans les détails - le principe de la personnalité passive (actes dirigés contre des ressortissants de l'Etat en cause) et le principe de l'universalité, lorsqu'il s'agit d'atteintes à des biens juridiques de caractère international (voir sur ces principes: Conseil de l'Europe, op. cit., pp. 8 et ss; Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris 1998, pp. 8 et ss; Zimmermann, op. cit., n°s 337 et ss, pp. 256 et ss; Jeschek/Wiegand, op. cit., pp. 167 et ss). Le droit international public reconnaît en outre l'extension de la compétence pénale de l'Etat d'envoi sur ses troupes stationnées à l'étranger (cf. Dietrich Oehler, *Internationales Strafrecht. Geltungsbereich des Strafrechts, internationale Rechtshilfe, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht*, 2^e éd., Cologne 1983, pp. 403 et ss; La Rosa, op. cit., p. 8 in fine).

c) On doit en revanche se demander dans quelle mesure et à l'aide de quels critères l'Etat requis doit ou peut vérifier la compétence pénale ou la compétence de poursuivre de l'Etat requérant.

aa) Certains accords règlent expressément cette question. C'est ainsi que l'article premier, paragraphe 2, du Traité d'extradition entre la Suisse et les Etats-Unis du 14 novembre 1900 (...; RS 0.353.933.6) prévoit que, pour une infraction pénale commise hors du territoire de l'Etat requis, l'extradition n'est accordée que si la même infraction, commise dans les mêmes circonstances, serait également punissable selon le droit de l'Etat requis (lettre a) et si le prévenu est un ressortissant de l'Etat requérant ou est recherché pour une infraction commise à l'encontre de cet Etat (lettre b). Ce traité combine ainsi des critères autonomes (lettre b) et l'application du droit pénal de l'Etat requis sur une base de réciprocité. Une telle application du droit de l'Etat requis, fondée sur la réciprocité, est également admise à l'article 7, paragraphe 2, de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (CEEextr.; RS 0.353.1); il s'agit toutefois d'une règle potestative, car l'Etat requis peut refuser l'extradition mais n'est pas obligé à le faire.

En règle générale, l'Etat requis se voit reconnaître le droit de refuser l'extradition ou l'entraide lorsqu'il entend lui-même exercer la compétence de poursuivre l'auteur de l'acte en cause, notamment lorsqu'une procédure pénale est déjà ouverte ou lorsqu'une décision matérielle a déjà été prise dans cet Etat (voir les articles 7, paragraphe premier, 8 et 9 CEEextr.; réserve suisse à l'article 2, lettre a, CEEJ (Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 20 avril 1959, RS 0.351.1); cf. dans le même sens les articles 5, alinéa premier, lettres a et b, 35, alinéa premier, lettre b, et 66 de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1).

...

Arrêt du TF, du 3 mai 2000, en l'affaire M. X. et X. c. Ministère public de la Confédération. ATF 126 II 212, c.6 (213-215).

5.3 Droit en principe exclusif de l'Etat d'accomplir des actes de souveraineté sur son territoire, et interdiction de principe de procéder à de tels actes en territoire étranger. Interdiction pour l'Etat d'attirer un individu sur son territoire par la ruse, un tel agissement étant contraire à la bonne foi

Extrait d'un arrêt du TF concernant le sieur X. qui, lors d'un contrôle effectué par un poste douanier suisse localisé en territoire allemand, aurait été attiré sur le territoire suisse par des moyens déloyaux.

(Traduction:)

3. ...

a) D'après les principes du droit de gens, tout Etat doit respecter la souveraineté des autres Etats; les actes accomplis par un Etat en territoire étranger sont ainsi privés de validité. Tant qu'une personne poursuivie se trouve sur territoire étranger, la seule possibilité pour l'Etat poursuivant d'en obtenir la remise est au moyen d'un acte d'autorité accompli par l'Etat qui détient la compétence territoriale. Si des organes de l'Etat poursuivant agissent sur le territoire de ce dernier sans son autorisation, notamment en s'y emparant de l'individu poursuivi en recourant à la force, la ruse ou la menace, ils violent la souveraineté de l'Etat territorial (ATF du 15 juillet 1982, reproduit in extenso dans EuGRZ

(Europäische Grundrechte Zeitschrift, 10^e année,) 1983, p. 437, c. 3a, avec des références¹⁸⁹; Hans Schultz, *Male captus, bene deditus?*, ASDI, vol. XL, 1984, pp. 100 et s.; du même auteur, *Male captus, bene judicatus*, ASDI, vol. XXIV, 1967, pp. 70 et s.; pour une récente vue d'ensemble, cf. Stephan Wilske, *Die völkerrechtswidrige Entführung und ihre Rechtsfolgen*, Berlin 2000, pp. 33 et ss, 89 et ss).

L'interdiction de recourir à la ruse pour attirer des étrangers sur le territoire national résulte également du principe de la bonne foi, applicable en droit interne autant qu'international; "toute machination abusive" est interdite (ATF 117 Ib 337, c. 2a, à la p. 340, avec des références; voir également ATF 121 I 181, c. 2c/aa, avec des renvois; pour le droit fondamental de l'individu d'être traité de bonne foi dans ses rapports avec les autorités, cf. Jörg Paul Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 1999, pp. 488 et s.)

...

Arrêt du TF, du 5 décembre 2000, en l'affaire X. c. Ministère public du canton d'Argovie et Tribunal supérieur du canton d'Argovie (c. 3a). Arrêt non publié.

5.4 Mise en œuvre d'arrêtés des Tribunaux pénaux internationaux. Actes conventionnels informels: compétence pour les accomplir; interprétation

Dans une communication adressée à l'Office fédéral de la police du DFJP, la DDIP s'est exprimée sur l'exécution en Suisse des décisions rendues par les Tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

(Traduction:)

...

Pour satisfaire aux exigences des Statuts des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda¹⁹⁰, et pour pouvoir pleinement coopérer avec ces instances, l'Assemblée fédérale a adopté, le 21 décembre 1995, l'Arrêté fédéral sur la coopération avec les tribunaux internationaux chargé de juger des violations graves du droit international humanitaire¹⁹¹. Le chapitre 4 de cet arrêté se rapporte à l'exécution des peines privatives de liberté prononcées par les Tribunaux en cause. D'après le Message du Conseil fédéral¹⁹², ces dispositions ne se justifient que si la Suisse se déclare prête, vis-à-vis du Conseil de sécurité, à accueillir des condamnés conformément aux articles 27 du Statut pour l'ex-Yougoslavie et 26 du Statut pour le Rwanda. Dans ce sens, la déclaration commune (à émettre par la Suisse et les Tribunaux) dont il est question est une condition pour l'application de l'arrêté fédéral dans le domaine de la mise en œuvre des arrêtés des Tribunaux pénaux internationaux.

Etant donné qu'en l'espèce la Suisse a refusé de signer l'accord-cadre proposé par les Tribunaux de La Haye, nous estimons que la déclaration commune prévue est une solution de rechange constructive. Une telle déclaration permettrait à la Suisse de garantir aux Tribunaux pénaux internationaux la coopération prévue aux articles 27 du statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et 26 du statut du Tribunal pour le Rwanda, tout en respectant les limites établies par son droit national. Il s'agit ici de préciser la nature d'une telle déclaration en droit international. Les déclarations peuvent soit refléter des principes purement politiques, sans comporter de conséquences politiques, soit constituer des actes de volonté destinés à produire des droits et des devoirs. Pour déterminer la nature juridique d'une déclaration, les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁹³ relatives à l'interprétation attribuent une importance particulière au texte. Le projet de déclaration qui nous est soumis, d'après lequel "la Suisse se déclare prête à coopérer avec ledit Tribunal aux fins de l'exécution des peines", révèle selon nous une volonté de se lier sur le plan du droit international dans le sens d'un engagement conventionnel. Cette volonté ressort également du fait qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un acte juridique unilatéral mais d'une déclaration commune. Cela étant, il faudrait en affaiblir la teneur si la déclaration devait être dépourvue de contenu juridique.

...

La question de la compétence pour émettre une déclaration ou pour conclure un traité est étroitement liée à la nature juridique de la déclaration. La situation est claire s'il s'agit d'une déclaration unilatérale sans portée juridique: la compétence du Conseil fédéral découle de l'article 184 nCst.¹⁹⁴ L'Assemblée fédérale ne participe pas davantage, selon la pratique constante, à la préparation d'une déclaration exprimant l'intention d'instaurer une nouvelle forme de coopération (idée qui, selon nous, semble se trouver à l'origine du projet de déclaration ici examiné), à condition qu'il n'en découle ni de nouvelles obligations pour la Suisse ni de renonciation à des droits existants. En revanche, la question de la compétence surgit, en particulier, lorsqu'il s'agit de déclarations comportant des effets juridiques dans le sens d'un engagement conventionnel. L'arrêté fédéral précité n'attribue au Conseil fédéral aucune compétence explicite pour conclure un traité avec le Tribunal pénal international. En revanche, comme on l'a dit, le message présentant cet

¹⁸⁹ Pratique suisse 1982, n° 5.3, ASDI, vol. XXXIX, 1983, p. 228.

¹⁹⁰ Par arrêté du 2 février 1994, le Conseil fédéral, se fondant sur l'article 102, chiffre 8, aCst., a décidé d'appliquer de façon autonome la Résolution 827 du Conseil de sécurité et le Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (du 25 mai 1993, Nations Unies, Document S/RES/827, voir également Pratique suisse 1993, n° 9.3, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 627). Un arrêté analogue a été adopté par le Conseil fédéral le 20 février 1995 concernant la Résolution 955 et le Statut du Tribunal international pour le Rwanda (du 8 novembre 1994, Nations Unies, Document S/RES/955).

¹⁹¹ RS 351.20.

¹⁹² FF 1995 IV 1086.

¹⁹³ (Convention du 23 mai 1962,) RS 0.111.

¹⁹⁴ L'article 184, alinéa premier, dispose que "(l)e Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger".

arrêté part de l'idée que seule une communication dans laquelle la Suisse se déclare prête à accueillir des condamnés confèrera un sens aux dispositions du chapitre 4 (de l'arrêté fédéral). On peut en déduire que le Conseil fédéral est habilité, sur la base de ses pouvoirs de mise en œuvre (article 182 nCst.¹⁹⁵, à conclure cet accord. Alternativement, cette compétence peut être dérivée de l'article 184 nCst. en liaison avec l'article 47bis, lettre a, de la Loi fédérale sur les rapports entre les Conseils^{196 197}.

L'exigence de la double incrimination (prévue dans l'arrêté fédéral) nous suggère une autre remarque. La compétence des Tribunaux pénaux internationaux comprend les violations graves des Conventions de Genève de 1949¹⁹⁸, les infractions aux lois et coutumes de la guerre, les actes de génocide et les crimes contre l'humanité. Dans les trois premiers domaines, la répression sur le plan suisse résulte, soit du droit pénal militaire, soit de la ratification prévue de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁹⁹, jointe à la révision consécutive du droit pénal²⁰⁰. Les crimes contre l'humanité, en revanche, ne sont pas couverts par le droit pénal suisse actuel.

Compte tenu du fait que le Conseil fédéral souhaite ratifier le plus rapidement possible le Statut de la Cour pénale internationale ("Statut de Rome" adopté le 17 juillet 1998 à Rome par une conférence convoquée par les Nations Unies²⁰¹ et qu'il envisage, à ce propos, d'inclure, sous une nouvelle rubrique 12bis du Code pénal ("Délits contre les intérêts de la communauté internationale"), les crimes contre l'humanité, l'exigence de la double incrimination, malgré la lacune dans le droit actuel, ne nous paraît pas très problématique.

Qui plus est, nous estimons que cette condition, prévue dans le projet de déclaration, peut être considérée comme étant remplie dès lors que la punissabilité de l'acte est prévue en Suisse d'une manière quelconque; elle n'a pas à être liée à l'existence spécifique d'un "crime contre l'humanité".

...

Communication adressée le 12 avril 2000 par la DDIP à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit.

5.5 Notions d'extradition et de "remise" d'une personne à un Etat étranger, respectivement à un tribunal pénal international

Extrait du Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

Aux termes de l'article 102, on entend par "remise" le fait pour un Etat de livrer une personne à la Cour en application du Statut. Ainsi donc, la notion de "remise" se distingue clairement de celle d'"extradition" qui désigne le fait pour un Etat de livrer une personne à un autre Etat. Ce distinguo répond surtout à une exigence exprimée principalement par les membres du "groupe des Etats pilotes". La notion de remise n'a toutefois été introduite dans le Statut qu'après un débat nourri qui a eu lieu à la Conférence de Rome. La précision ainsi apportée vise à souligner la différence essentielle existant entre, d'une part, l'extradition, acte qui associe deux Etats, partenaires égaux et souverains et, d'autre part, la remise à la Cour, qui consiste à transférer une personne à cette instance internationale instituée par les Etats Parties. La distinction ne relève donc pas purement du "jeu" terminologique, mais se réfère au concept différencié sur lequel elle se fonde.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale FF 2001, p. 359 (402). Pour d'autres extraits de ce message, voir les n^{os} 1.2, 3.5 à 3.7 et 7.2.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir le n° 4.5)

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 4.6, 4.8 et 4.9)

¹⁹⁵ L'article 182, alinéa 2, prévoit que le Cons. féd. veille à la mise en oeuvre de la législation et des jugements rendus par les autorités judiciaires compétentes.

¹⁹⁶ (Loi du 23 mars 1962,) RS 171.11.

¹⁹⁷ Voir note 2. Pour le contenu de l'article 184 nCst, voir note 184. L'article 47bis, lettre a, de la Loi sur les rapports entre les Conseils porte sur le devoir du Cons. féd. d'informer et de consulter les présidents des deux Chambres et leurs Commissions des affaires étrangères lorsqu'il ouvre ou mène des négociations avec des Etats étrangers ou des organisations internationales.

¹⁹⁸ Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre (RS 0.158.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

¹⁹⁹ Voir note 35.

²⁰⁰ Voir à ce propos le Message (du Cons. féd. à l'Ass. féd.), du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal (FF 1999, p. 4911). Il est prévu d'insérer un nouveau titre 12bis: "Délits contre les intérêts de la communauté internationale", auquel serait intégré l'article 264, intitulé: "Génocide".

²⁰¹ FF 2001, p. 561; Nations Unies, Document A/CONF. 183/9.

7.1 Immunité de juridiction pénale et civile des chefs d'Etat, des ministres des affaires étrangères et d'autres personnalités de haut rang: règles générales; exception résultant des dispositions définissant les compétences des tribunaux pénaux internationaux. Immunité de juridiction des Etats

Avis de droit de la DDIP du 13 novembre 2000:

...

1. Immunité des chefs d'Etat

L'immunité des chefs d'Etats est régie par le droit international coutumier. Elle est fondée juridiquement sur l'assimilation du chef de l'Etat au pays qu'il représente et est respectée dans les relations entre Etats. Les chefs d'Etat qui séjournent à l'étranger bénéficient d'une immunité de juridiction pénale complète et absolue²⁰², c'est-à-dire tant pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions que pour les actes privés. Il est évidemment peu probable qu'une telle personne se rende coupable de crimes ou de délits. Toutefois, si cela devait se produire, non seulement elle ne saurait être arrêtée puisque cela violerait son inviolabilité²⁰³, mais encore elle ne pourrait faire l'objet d'une assignation devant un tribunal pénal²⁰⁴. Les chefs d'Etat étrangers jouissent également d'une immunité totale de juridiction de simple police et ils ne sauraient se voir infliger une amende, y compris pour violation des règles de la circulation. Ces règles connaissent néanmoins une exception: les Statuts des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda prévoient en effet que la qualité officielle d'un accusé, par exemple comme chef d'Etat, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale (article 7, alinéa 2, TPIY et article 6, alinéa 2, TPIR)²⁰⁵. Par exemple, le TPIY a utilisé cette possibilité en adoptant un acte d'accusation incriminant M. Milosevic, alors qu'il était encore Président de la République fédérale de Yougoslavie.

L'immunité de juridiction civile des chefs d'Etat ne fait pas la même unanimité que l'immunité de juridiction pénale. Alors que certains auteurs estiment que les chefs d'Etat bénéficient de l'immunité de juridiction civile tant pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions que pour les actes privés, d'autres auteurs sont d'avis que si l'immunité doit être accordée pour les actes officiels, il n'en va pas de même pour les actes privés²⁰⁶.

2. Immunité des personnalités de haut rang

2.1 Introduction

La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961²⁰⁷ stipule à l'article 31, alinéa premier, que l'agent diplomatique jouit d'une immunité de juridiction pénale complète dans l'Etat accréditaire. Cette règle applicable aux agents de missions diplomatiques permanentes a été confirmée dans la Convention de New-York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales²⁰⁸ pour les représentants d'Etats d'envoi en missions spéciales. Cette convention de New-York se penche également sur la situation particulière des personnalités de haut rang, telles que les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Elle précise que ces personnes, quand elles prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international²⁰⁹. En d'autres termes, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres personnalités de haut rang peuvent également prétendre aux immunités consacrées par le droit international coutumier et qui n'ont pas été codifiées dans les textes internationaux mentionnés ci-dessus.

2.2 Immunité des personnalités de haut rang en missions spéciales

Il découle de ce qui précède que les Premiers ministres et autres membres de son cabinet bénéficient, lorsqu'ils participent à une mission officielle à l'étranger, de l'inviolabilité de leur personne et de l'immunité de juridiction pénale totale dans l'Etat de réception de la mission comme dans les Etats de transit²¹⁰. Cette protection inclut l'inviolabilité de leurs biens et de leur correspondance officielle²¹¹.

2.3 Immunité des personnalités de haut rang pour les actes officiels accomplis en dehors de missions spéciales

Le droit international public ne définit pas avec précision la situation des personnalités de haut rang qui ne se trouvent pas en mission spéciale et qui ne sont pas non plus en visite privée. La pratique des Etats permet néanmoins d'observer divers cas d'application de l'immunité de ces personnalités. Cette pratique repose sur le principe que l'immunité dont bénéficient les Etats pour leurs actes officiels (*acta jure imperii*) s'étend également, jusqu'à un certain point, à l'immunité

²⁰² Arrêt du TF, du 2 novembre 1989, dans l'affaire Marcos, ATF 115 Ib 496 ... (Pratique suisse 1990, n° 7.1, RSDIE, vol. 1, 1991, p. 533); J. Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne 1998, pp. 90 et ss; A. Watts, *Heads of States, Foreign Ministers, Académie de droit international (de La Haye)*, Recueil des cours, t. 247, 1994-III, ... , p. 97.

²⁰³ L'inviolabilité des chefs d'Etat est sans doute le privilège le moins discuté. La doctrine reconnaît que le chef d'Etat en visite à l'étranger ne saurait faire l'objet d'aucune mesure d'arrestation ou ... mesure de contrainte. Cette inviolabilité s'étend à sa résidence, à ses biens, à ses bagages et à sa correspondance.

²⁰⁴ Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Genève 1962, pp. 338 et 339.

²⁰⁵ Statuts joints aux Résolutions 827 (1993) et 955 (1994) du Conseil de sécurité.

²⁰⁶ Watts, op. cit. note 202, pp. 54 et ss.

²⁰⁷ RS 0.191.01.

²⁰⁸ RS 0.191.2.

²⁰⁹ Article 21, paragraphe 2.

²¹⁰ Article 42 de la convention de New-York.

²¹¹ Articles 28, 29 et 31 de la convention de New-York; Watts, op. cit. note 202, pp. 105 et ss.

personnelle des représentants des Etats. Ainsi, les personnalités de haut rang doivent aussi jouir de l'immunité de juridiction pour les actes officiels accomplis en rapport direct avec l'exercice de leurs fonctions de représentants de l'Etat²¹². Cependant, alors que l'immunité accordée aux chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, il est à l'heure actuelle contesté si cette pratique en faveur des hautes personnalités constitue l'expression d'une obligation du droit international ou simplement l'observation d'une courtoisie entre Etats²¹³.

2.4 Immunité des personnalités de haut rang lors de visites privées

S'agissant des séjours à l'étranger effectués par des personnalités de haut rang à titre privé, la situation de ces dernières doit être clairement distinguée de celle des chefs d'Etat qui bénéficient d'une protection complète consacrée par le droit international public. En effet, les personnalités de haut rang ne jouissent en principe d'aucune immunité établie par le droit international public lors de telles visites.

...

Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit.

7.2 Immunité des agents étatiques et coopération avec les tribunaux pénaux internationaux

Extrait du Message du Cons. féd. relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (FF 2001, p. 561):

...

Dans les relations internationales, l'immunité des Etats ou l'immunité diplomatique d'une personne sont des motifs pouvant être invoqués pour refuser de coopérer ou restreindre la coopération demandée. Depuis quelque temps, notamment en relation avec les demandes d'extradition d'Augusto Pinochet²¹⁴, le bien-fondé de tels motifs est de plus en plus remis en cause dès lors qu'il s'agit de poursuivre l'auteur d'un crime de droit international public. Ce point délicat a été réglé à l'article 98 (du Statut) qui exige que la Cour obtienne la coopération de l'Etat tiers lorsque la demande d'assistance qu'elle a présentée contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec l'obligation qu'a celui-ci en droit international de respecter les immunités attachées à l'Etat tiers.

Le libellé ouvert de cette disposition et le lien que celle-ci a avec l'article 27, qui statue que la qualité officielle d'une personne n'exonère pas celle-ci de sa responsabilité pénale devant la Cour, ont conduit à des débats sur la portée exacte de l'article 98. Au sein du "groupe des Etats pilotes", on s'accorde à reconnaître, dans une large mesure, que la réserve des immunités à laquelle l'article 98 fait allusion n'a, finalement, plus aucune portée pratique, du moins dans le cadre des relations entre Etats Parties au statut²¹⁵. Dans le cadre des travaux de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale²¹⁶, la règle d'interprétation a été intégrée dans le Règlement de procédure et de preuve. Elle va dans le sens susmentionné sans pour autant figer prématurément à un certain stade le régime des immunités dans le cadre du droit pénal international, régime qui en est au début d'une évolution²¹⁷.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale FF 2001, p. 359 (401). Pour d'autres extraits de ce message, voir les n^{os} 1.2, 3.5 à 3.7 et 5.5.

7.3 Liberté de communication des représentations diplomatiques étrangères en Suisse. Immunité de juridiction et d'exécution forcée de l'Etat. Droit international conventionnel et droit interne. Responsabilité internationale: obligations de comportement et de résultat

L'article 27, paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) a la teneur suivante: "L'Etat accréditaire permet et protège la libre communication de la mission pour toutes fins officielles. En communiquant avec le gouvernement ainsi qu'avec les autres missions et consulats de l'Etat accréditant, où qu'ils se trouvent, la mission peut employer tous les moyens de communication appropriés, y compris les courriers diplomatiques et les messages en code ou en chiffre. Toutefois, la mission ne peut installer et utiliser un poste émetteur de radio qu'avec l'assentiment de l'Etat accréditaire."

Cette disposition est reprise, mutatis mutandis, à l'article 35, paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02).

²¹² Watts, op. cit., pp. 107 et ss.

²¹³ Une règle de droit international coutumier n'a pas été établie pour les personnalités de haut rang car en l'occurrence l'élément de l'opinio juris vel necessitatis fait défaut.

²¹⁴ Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, (1998) 4 All ER 897 et s., et Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (N° 2), (1999) 1 All ER 577 et s.

²¹⁵ Cf. aussi l'article 6 du projet de loi fédérale concernant la coopération avec la Cour pénale internationale (annexé au présent message (FF 2001, p. 539)).

²¹⁶ Commission établie après l'adoption du statut de Rome pour préparer la mise en oeuvre de celui-ci.

²¹⁷ Texte final du projet de règlement de procédure et de preuve. Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale du 30 juin 2000, Nations Unies, Document PCNICC/2000/INF/3/Add.1, règle 195.

Sur un plan plus général, on mentionnera l'article 25 de la Convention relative aux relations diplomatiques, qui dispose que "l'Etat accréditaire accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission" (voir dans le même sens l'article 28 de la Convention sur les relations consulaires), et l'article 41, paragraphe premier, de cet instrument, d'après lequel, "sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire".

Une disposition correspondante figure à l'article 55, paragraphe premier, de la Convention sur les relations consulaires.

Le présent texte, œuvre de la DDIP, donne un aperçu de l'étendue de la liberté des communications dont jouissent les représentations étrangères en Suisse. Il veut répondre à une question posée par la société Swisscom à l'Office fédéral des communications (OFCOM), à savoir si tous les fournisseurs de services de télécommunications se voient imposer les mêmes obligations, en particulier l'interdiction de couper l'ensemble des lignes de communication d'une représentation étrangère qui ne paie pas ses factures. Voici un large extrait de l'étude de la DDIP:

...

... Pratique suisse actuelle

Jusqu'à présent, le DFAE a exigé des PTT suisses (puis de Swisscom) qu'ils maintiennent au moins une ligne téléphonique en sortie lorsqu'une mission diplomatique ne s'acquittait pas de ses factures malgré plusieurs avertissements. Ainsi, les PTT (Swisscom) étaient autorisés à prendre des mesures à l'égard d'une mission, mais ne pouvaient pas aller jusqu'à supprimer tout moyen de communication. Ce faisant, le DFAE se fondait sur l'obligation découlant pour la Suisse de l'article 27, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de "garantir et protéger" la libre communication de la mission.

Il est intéressant de noter que cette pratique est en contradiction partielle avec l'avis du 1^{er} septembre 1980 de la Direction du droit international public du DFAE, qui était arrivé à la conclusion que la suppression de tous les raccordements téléphoniques et télégraphiques de l'Etat accréditant, mais également le blocage en sortie seulement de ces raccordements, seraient contraires aux obligations imposées à l'Etat accréditaire par l'article 27, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (...). En outre, il est utile de souligner que le maintien d'une ligne téléphonique en entrée uniquement pose des difficultés au vu des possibilités pour l'appelant de demander à ce que l'appel prenne en charge les frais de communication.

... Obligations de l'Etat accréditant

Lorsqu'un Etat, par l'intermédiaire de sa mission diplomatique, signe un contrat d'abonnement avec un fournisseur de services de télécommunications, il accomplit un acte de droit privé semblable à ceux des autres abonnés. Il s'agit d'un acte de gestion (*acta jure gestionis*) pour lequel l'Etat accréditant ne saurait invoquer l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. En conséquence, l'Etat concerné pourrait faire l'objet de poursuites en cas de non-paiement des factures de télécommunications et ses biens pourraient être saisis par les instances judiciaires compétentes, pour autant qu'il ne s'agisse pas de biens affectés au fonctionnement de la mission diplomatique.

L'Etat accréditant, respectivement la mission diplomatique et ses agents qui agissent en son nom, sont tenus de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Ils sont ainsi tenus, entre autres, de s'acquitter des factures découlant des contrats qu'ils ont conclus pour ce qui concerne l'acquisition de biens ou de services.

Dès lors, si l'on peut admettre, comme cela est fait dans l'avis de droit du 1^{er} septembre 1980 de la Direction du droit international public du DFAE, un droit de l'Etat accréditant à communiquer librement et avec les moyens de son choix, ce droit est lié à une contre-prestation, c'est-à-dire au paiement des coûts découlant de l'utilisation des moyens choisis. L'Etat accréditant qui ne respecte pas ses obligations en la matière ne saurait revendiquer de l'Etat accréditaire qu'il continue à lui assurer des lignes de communication.

... Obligations de l'Etat accréditaire

... Avis de droit de la DDIP du 1^{er} septembre 1980

Dans son avis du 1^{er} septembre 1980, la Direction du droit international public du DFAE a estimé que la suppression des raccordements téléphoniques d'une mission diplomatique qui ne paie pas les factures de communications violerait l'article 27, paragraphe premier, de la convention de Vienne de 1961. Ainsi, cet avis parvient aux conclusions suivantes:

- La conclusion d'un contrat avec les PTT est un acte *jure gestionis*: les PTT sont dès lors en droit de rendre une décision à l'encontre d'un Etat qui ne paie pas ses factures de communication.
- L'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques crée un véritable droit en faveur de la mission, qui doit ainsi être mise en mesure par l'Etat accréditaire d'utiliser le moyen de communication de son choix; comme le téléphone et le télégraphe constituent des "moyens de communication appropriés" au sens de la convention de Vienne, l'Etat accréditaire, à la lumière de l'obligation générale qui lui est faite à l'article 25 de la convention d'accorder toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission, ne saurait couper le téléphone et le télégraphe de ladite mission sans se voir reprocher un comportement contraire à l'article 27, paragraphe premier, de la convention. En conséquence, la suppression de tous les raccordements téléphoniques et télégraphiques de l'Etat accréditant serait

incompatible avec l'article 27 susmentionné.

- Le blocage en sortie seulement des raccordements téléphoniques et télégraphiques serait également contraire aux obligations imposées à l'Etat accréditaire par l'article 27, paragraphe premier, de la convention de Vienne car la mission ne pourrait plus communiquer de son propre mouvement avec son gouvernement, les autres missions et consulats, les autorités du pays accréditaire et les particuliers. L'Etat accréditaire empêcherait ainsi la libre communication de la mission et n'accorderait plus toutes les facilités permettant d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de la mission.

... Doctrine

Une partie de la doctrine estime que cette position devrait être nuancée. Tel est l'avis notamment de Jean Salmon, qui a commenté l'avis de droit de la Direction du droit international public du DFAE du 1^{er} septembre 1980 dans son Manuel de droit diplomatique (pages 241-242, chiffre 348, Bruxelles 1994) et mentionné notamment ce qui suit: "Les téléphones, télex, télécopieurs, etc. ne sont pas des services gratuits. L'interruption d'un service comme conséquence du non-paiement de la taxe n'est pas à proprement parler une sanction, mais l'application d'un principe général de droit: l'exception d'inexécution. Un service, fût-il public, n'a pas l'obligation de continuer à fournir des prestations si celles-ci ne sont plus rémunérées par le bénéficiaire du service."

... Commentaires

On peut se demander si l'avis émis en 1980 est toujours applicable comme tel ou s'il doit être révisé pour tenir compte de l'évolution de la situation dans le domaine des télécommunications.

En 1980, les PTT étaient au bénéfice d'un monopole d'Etat. Ils étaient les seuls opérateurs habilités à fournir des prestations de télécommunications. Dès lors, un refus de leur part - qui pouvait être assimilé à une décision de l'Etat accréditaire - de fournir ces prestations aurait abouti à empêcher absolument la mission diplomatique concernée de communiquer avec l'extérieur par des moyens appropriés.

Comme on l'a vu ci-dessus (...), la pratique suisse suivie en accord avec le DFAE se démarque déjà de l'avis de droit de 1980.

De nos jours, la situation s'est entièrement modifiée: le secteur des télécommunications s'est libéralisé et privatisé; les fournisseurs de services de télécommunications sont des entreprises privées qui peuvent se prévaloir de la liberté du commerce et qui sont tenues de rentabiliser leurs prestations. Ils ne bénéficient en effet pas de la garantie de déficit qui était accordée auparavant aux PTT. Les obligations légales de ces fournisseurs sont définies dans la Loi sur les télécommunications²¹⁸ (et les législations qui en découlent). Ainsi que l'OFCOM l'a souligné, la législation suisse sur les télécommunications ne comporte aucune obligation pour un fournisseur de services de télécommunications de maintenir en fonction des lignes lorsque le bénéficiaire ne s'acquitte pas de ses factures, que ce bénéficiaire soit un privé, une mission diplomatique ou un membre d'une telle mission. Dès lors, si le DFAE entend imposer aux fournisseurs de services de télécommunications une telle obligation, il lui appartient de déterminer si le droit international donne à l'Etat accréditaire une base suffisante ou, même, l'oblige à fixer des limites à la liberté des entreprises privées actives dans ce domaine.

A. Les obligations des fournisseurs privés au regard de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques

La Suisse connaît un régime moniste, ce qui signifie qu'un traité international ratifié par la Suisse fait partie intégrante, dès son entrée en vigueur, de l'ordre juridique suisse. Si la règle peut être invoquée telle quelle, elle est directement applicable en droit suisse. En revanche, si la règle se limite à énoncer un principe, elle doit faire l'objet, pour pouvoir être invoquée dans l'ordre juridique suisse, d'une disposition d'application.

Dans le cas particulier, l'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques impose à l'Etat accréditaire de permettre et protéger la libre communication de la mission pour toutes fins officielles. Les moyens nécessaires à l'exécution de ces obligations - très générales - ne sont pas spécifiés. L'article 27 se limite donc à énoncer un principe. Il en découle que cette norme nécessiterait des dispositions d'application dans le droit interne suisse pour que l'on puisse imposer une obligation aux fournisseurs de services de télécommunications. Comme on l'a vu plus haut, la législation suisse sur les télécommunications ne contient pas de telles dispositions.

B. Les obligations de l'Etat accréditaire découlant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques

L'avis de droit de 1980 mentionne des actes de l'Etat visant à couper les lignes de communication de la mission diplomatique et qui constitueraient une violation de la convention de Vienne. En l'état actuel de privatisation et de libération des télécommunications, la décision appartient dorénavant non plus à l'Etat accréditaire, mais au fournisseur. Dès lors, non seulement l'Etat accréditaire n'intervient pas dans la décision du fournisseur de suspendre l'exécution du contrat de prestations (en coupant les lignes de télécommunication), mais en plus l'Etat accréditaire n'aurait pas le moyen de fournir lui-même les services de communication, à moins de conclure le contrat à son nom et d'assumer les charges financière en découlant. Si l'Etat accréditaire interdisait aux fournisseurs de services de télécommunications de conclure des contrats de prestations, c'est alors qu'il commettrait une violation de ses obligations au regard de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. La loi sur les télécommunications n'autorise pas l'Etat à prendre une telle décision d'interdiction.

On peut se demander si la convention de Vienne impose à l'Etat accréditaire un devoir de s'abstenir de prendre des mesures étatiques coercitives à l'égard d'un Etat accréditant dans le but de l'empêcher de communiquer ou si la

²¹⁸ Loi fédérale du 30 avril 1997 (RS 784.10).

convention de Vienne impose au contraire un devoir de résultat. Dans le premier cas (devoir d'abstention), l'Etat respecte ses obligations internationales dès lors qu'il n'est pas responsable de la décision prise par le fournisseur de services de télécommunications pour autant que la décision du fournisseur soit conforme à ses obligations découlant de la loi sur les télécommunications et que la législation interne permette à l'Etat accréditant de conclure - pour les besoins de ses représentations diplomatiques dans l'Etat accréditaire - des contrats avec les fournisseurs de son choix aux mêmes conditions que les autres personnes établies légalement dans l'Etat accréditaire (égalité de traitement). Dans le second cas (devoir de résultat), l'Etat accréditaire doit rechercher activement une solution pour remédier à la décision du fournisseur de ne plus fournir ses prestations. Comme on l'a vu plus haut, le fournisseur ne peut se voir reprocher une mesure de sanction contre un débiteur récalcitrant pour autant qu'il ait agi dans le cadre défini par le droit interne suisse. L'Etat accréditaire n'a aucun moyen légal d'obliger un fournisseur à poursuivre la fourniture de ses prestations à l'égard d'un Etat qui n'assume pas ses obligations financières. Dès lors, le seul moyen à disposition de l'Etat accréditaire, s'il veut s'assurer que l'Etat accréditant dispose des moyens de communications adéquats, serait d'assumer lui-même, à l'égard du fournisseur, la responsabilité et les coûts du maintien des lignes de communication; il faudrait, dans cette hypothèse, se demander si l'Etat accréditaire aurait un droit de regard sur la définition de ce qu'il faut entendre par "moyens de communication appropriés" et s'il pourrait imposer un fournisseur particulier et un plafond de dépenses, ou si au contraire l'Etat accréditant pourrait poser des exigences, notamment quant au nombre et à la qualité des lignes disponibles, compte tenu de l'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques laissant à l'Etat accréditant le libre choix de ses moyens de communication.

C. L'Etat accréditaire n'a pas une obligation de résultat

On peut à notre sens faire un parallèle avec l'obligation de sécurité, pour laquelle tant la pratique suisse que la doctrine admettent que l'Etat accréditaire n'a pas d'obligation de résultat, mais seulement l'obligation de mettre en place les moyens de sécurité exigés par l'Etat accréditant. De même, s'agissant des télécommunications, l'Etat accréditaire qui assure la libre communication des représentations étrangères en favorisant la libre concurrence entre entreprises privées fournissant des services de télécommunications respecte ses obligations au regard de la convention de Vienne.

En ce sens, on ne peut comparer la situation actuelle à celle qui prévalait en 1980, au moment où la Direction du droit international public a émis son avis de droit car, à l'époque, les services de télécommunications fonctionnaient selon le principe du monopole étatique. Ce changement de circonstances peut justifier une modification de l'interprétation à donner à la portée juridique de l'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

En effet, la liberté de communication ne s'exprime pas seulement en fonction de la disponibilité de lignes de télécommunications. D'autres éléments sont également nécessaires, disponibles auprès de fournisseurs privés dans un système de liberté du commerce, pour lesquels on ne saurait envisager une responsabilité de l'Etat accréditaire à l'égard de l'Etat accréditant si ce dernier ne parvient pas à se les procurer parce qu'il ne paie pas ses factures. On peut prendre comme exemple la conclusion par l'Etat accréditant d'un contrat de fourniture de papier ou d'achat d'un télécopieur: le papier, de même que l'appareil de télécopieur, sont des éléments indispensables de nos jours pour permettre à l'Etat accréditant de communiquer. Personne ne prétend que l'Etat accréditaire assume une obligation à l'égard de l'Etat accréditant si le fournisseur suspend ses livraisons au motif que l'Etat accréditant ne paie pas les factures y relatives. Personne ne prétend non plus que l'Etat accréditaire doit tout faire pour que l'Etat accréditant puisse disposer d'un télécopieur s'il ne paie pas la facture y relative (leasing ou achat) alors même que l'Etat accréditant doit pouvoir avoir le libre choix, en vertu de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, des modes de télécommunications légaux.

De même, lorsqu'il s'agit de la valise diplomatique, la convention de Vienne autorise l'Etat accréditant à faire usage de ce moyen de communication. L'Etat accréditaire doit-il pour autant assumer une responsabilité si un transporteur privé refuse de prendre en charge la valise diplomatique de l'Etat accréditant au motif que ce dernier n'en assume pas les charges financières ou que le contenu de la valise représente un danger pour l'avion?

D. L'Etat accréditaire a l'obligation de favoriser la libéralisation des services de télécommunication

La libéralisation des services de télécommunications est une obligation internationale qui incombe à la Suisse en vertu des traités internationaux, notamment dans le cadre des arrangements pris au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Il ne s'agit donc pas d'une réglementation que la Suisse aurait introduite pour se soustraire à ses obligations découlant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

E. Conséquences

A notre avis, l'Etat accréditaire n'assume, en vertu de la Convention de Vienne, que l'obligation de ne pas empêcher l'Etat accréditant de pouvoir conclure un contrat avec le fournisseur de son choix (entreprise privée).

Enfin, il convient de mentionner que, si l'Etat accréditaire assumait, à la place de l'Etat accréditant déficient, les frais de télécommunications, il pourrait se voir reprocher, dans un régime privatisé soumis au principe de la liberté du commerce, une distorsion de la concurrence dans la mesure où il favoriserait le fournisseur de services de télécommunications concerné par rapport aux autres.

... Conclusions

Sur la base de l'analyse qui précède, nous sommes parvenus à la conclusion que l'on ne peut pas obliger les fournisseurs de services de télécommunications à maintenir des lignes ouvertes lorsque l'Etat accréditant ne respecte pas ses obligations contractuelles et, notamment, ne paie pas les factures y relatives. Ce faisant, l'Etat accréditant qui laisse agir un fournisseur en ce sens ne viole pas la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

- L'avis de droit de la DDIP de 1980 s'inscrivait dans le cadre d'une situation de monopole; la privatisation des services de télécommunications n'existait pas encore.

- L'avis de droit de la DDIP de 1980 reste pertinent dans la mesure où il arrive à la conclusion que l'Etat accréditant a un droit à la libre communication et au choix des moyens de communication. En revanche, ce droit est lié au paiement, par l'Etat accréditant, des frais découlant de l'utilisation des moyens choisis. En conséquence, l'Etat accréditant ne saurait revendiquer de l'Etat accréditaire qu'il continue à lui assurer des lignes de communications lorsque lui-même n'assume pas ses propres obligations.

- La convention de Vienne sur les relations diplomatiques se limite à énoncer un principe, à l'intention de l'Etat accréditaire, visant à permettre et à protéger la libre communication. L'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (article 35 de la convention de Vienne sur les relations consulaires) n'est donc pas directement opposable aux fournisseurs de services de télécommunications.

- En vertu de l'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (article 35 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), l'Etat accréditaire doit permettre la libre communication. Il respecte cette obligation dès lors qu'il ne met pas d'obstacle légal à la possibilité pour l'Etat accréditant de conclure - pour les besoins de ses représentations diplomatiques établies dans l'Etat accréditaire - un contrat avec le fournisseur de son choix aux mêmes conditions que les autres personnes établies dans le pays (égalité de traitement).

- En vertu de l'article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (article 35 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), l'Etat accréditaire doit protéger la libre communication. Il respecte cette obligation dès lors qu'il prend les mesures nécessaires que l'on peut raisonnablement exiger de lui au regard des circonstances pour éviter toute action illégale - de l'Etat accréditaire ou de tiers - tendant à porter atteinte à la libre communication. Dans la mesure où la loi autorise un fournisseur à suspendre ses prestations (ou à rompre un contrat) au motif de non-respect par l'autre partie (Etat accréditant ou autre personne) de ses obligations contractuelles, l'Etat accréditaire ne commet pas de violation de la convention de Vienne. Cette dernière n'impose en effet pas une obligation de résultat à charge de l'Etat accréditaire.

- La convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'impose aucune obligation directe au fournisseur de services de télécommunications de poursuivre ses prestations à l'égard d'un Etat accréditant qui n'assume pas ses obligations financières découlant du contrat conclu avec le fournisseur. La législation interne suisse ne contient pas non plus de telle obligation. En conséquence, l'Etat accréditaire n'a aucun moyen d'obliger un fournisseur à poursuivre l'exécution du contrat dans de telles conditions.

- Dans un système où prévaut la liberté du commerce et où les prestations demandées par l'Etat accréditant relèvent des relations commerciales privées (qu'il s'agisse des télécommunications ou de tout autre secteur commercial), l'Etat accréditant ne saurait faire valoir à l'égard de l'Etat accréditaire un droit aux communications pour obliger l'Etat accréditaire à fournir lui-même les prestations que des fournisseurs privés refusent de fournir (pour autant que ce refus soit conforme à la loi) parce que l'Etat accréditant n'assume pas sa part des obligations découlant du contrat, c'est-à-dire le paiement des factures.

- L'Etat accréditaire n'assume aucune obligation de fournir lui-même des prestations (qu'il s'agisse de télécommunications ou d'autres biens et prestations) à l'Etat accréditant qui, dans un marché libéralisé, ne parvient pas à trouver un fournisseur acceptant de conclure un contrat avec lui parce qu'il a une réputation de mauvais payeur. En revanche, l'Etat accréditaire doit porter assistance à l'Etat accréditant pour l'aider dans sa recherche d'un fournisseur (en vertu de l'article 25 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques: obligation d'accorder toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission), sans pour autant assumer une obligation de résultat.

"Notice" de la DDIP adressée le 7 juillet 2000 à l'Office fédéral des communications du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

7.4 Inviolabilité de la propriété de la représentation et de l'agent diplomatiques et responsabilité de l'Etat hôte en cas d'atteinte à cette propriété

Lors du "World Economic Forum" organisé à Davos (Grisons) en février 2000, des manifestations eurent lieu. Les manifestants s'en prirent aux voitures de représentants diplomatiques de certains pays accrédités en Suisse, dont ceux de l'Etat F. Ces voitures n'étant qu'insuffisamment assurées, F. demanda réparation à la Suisse, faisant état de l'inaction de la police grisonne, de l'absence de faute de la part de ses représentants, de l'inviolabilité des biens de la représentation et de l'agent diplomatiques, et de l'obligation spéciale faite à l'Etat accréditaire de prendre toutes mesures de protection appropriées.

Voici un large extrait d'une note de la DDIP consacrée à ce sujet:

...

... Principe de la protection spéciale

Le droit international garantit l'inviolabilité de certains biens et de certaines personnes dans l'intérêt de l'accomplissement efficace par ces dernières de leurs fonctions officielles²¹⁹. Les obligations qui en découlent pour les

²¹⁹ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. I, Genève 1953, pp. 496 et ss, en particulier pp. 502-504; A. Favre, *Principes du droit des gens*, Fribourg 1974, pp. 604-605.

Etats reposent sur le droit international coutumier. Elles ont été codifiées, en particulier, dans la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02). Ces conventions consacrent notamment le principe de l'inviolabilité des locaux et des archives de la mission diplomatique et du poste consulaire, ainsi que celle de la personne de l'agent diplomatique. Elles prévoient également l'inviolabilité de leurs biens.

Aux termes de l'article 22, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, "(l)'Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie". Par locaux de la mission, on entend non seulement les bâtiments utilisés aux fins de la mission, mais également la résidence du chef de mission. Une disposition analogue est prévue à l'article 31, paragraphe 3, de la convention de Vienne sur les relations consulaires s'agissant des locaux consulaires, c'est-à-dire des bâtiments utilisés aux fins du poste consulaire. En outre, selon l'article 30, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la demeure privée de l'agent diplomatique jouit de la même inviolabilité et de la même protection que les locaux de la mission. Ainsi, l'Etat accréditaire assume une obligation de protection spéciale en ce qui concerne les locaux de la mission, y compris la résidence du chef de mission, les locaux consulaires et la demeure privée des agents diplomatiques. Une protection spéciale est également due à l'agent diplomatique en vertu de l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui prévoit que "(l)a personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'Etat accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité."

En ce qui concerne les biens de la mission diplomatique, l'obligation de l'Etat accréditaire telle qu'elle ressort de l'article 22, paragraphe 3, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques semble se limiter en revanche à éviter toute perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution, c'est-à-dire à empêcher une action des organes étatiques. Pour les biens de l'agent diplomatique, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques mentionne uniquement à son article 30 qu'ils jouissent de l'inviolabilité. Ni la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ni celle sur les relations consulaires ne fait expressément état d'un devoir de l'Etat accréditaire, respectivement de l'Etat de résidence, de prendre des mesures particulières pour éviter que des tiers ne portent atteinte aux biens (autres que les locaux ou la résidence) de la mission ou de l'agent diplomatique. Il serait facile d'en déduire que l'Etat accréditaire ou de résidence ne peut se voir reprocher une violation desdites conventions que lorsqu'un acte d'un organe de l'Etat accréditaire ou de résidence (et non une omission) a porté atteinte à l'inviolabilité des biens de la mission ou de l'agent diplomatique. Toutefois, le fait même que les conventions de Vienne prévoient un régime spécial pour les biens en question implique de la part de l'Etat accréditaire ou de résidence (un devoir) de prendre des mesures particulières de protection.

Ainsi, Ph. Cahier souligne notamment l'obligation de l'Etat accréditaire de garantir que des particuliers ne pénétreront pas dans les locaux de la mission et ne s'empareront pas de ses biens ni de sa correspondance; il relève à ce propos que "(t)out Etat civilisé a, à l'égard de ses nationaux et étrangers qui se trouvent sur son territoire, un devoir de protection. Mais alors que, pour les simples particuliers, il s'agit d'une protection normale, cette protection doit être renforcée en ce qui concerne la mission diplomatique, d'une part pour une raison évidente de respect à l'égard de l'Etat qu'elle représente, d'autre part pour lui permettre de fonctionner librement."²²⁰

Il s'agit d'une protection spéciale qui revêt principalement deux aspects: l'Etat est tenu de prévenir d'éventuels actes dommageables et, lorsque ceux-ci ont été commis, de punir leurs auteurs. L'inexécution de ces obligations constitue un délit dit d'omission qui entraîne la responsabilité internationale de l'Etat²²¹. Ces obligations n'ont toutefois pas un caractère absolu. Elles ont été définies, dans un avis de droit du Département politique (fédéral: aujourd'hui DFAE) du 28 février 1955, dans les termes suivants²²²: "... ni l'obligation de prévention ni celle de punition n'ont un caractère absolu. La première ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'Etat doit faire preuve de "due diligence"; il n'est pas tenu d'empêcher n'importe quel incident d'une manière absolue, ce qui serait matériellement impossible. Quant à l'obligation de punir, elle est concrétisée dans le droit interne et plus spécialement dans le droit pénal. Le droit international a besoin d'être complété et il laisse au droit interne un large pouvoir discrétionnaire dans la fixation de la peine. Toutefois, lorsque l'Etat n'exécute pas ou n'exécute qu'incomplètement ses devoirs de prévention et de punition, il devient lui-même internationalement responsable ...".

Le droit international impose donc à l'Etat accréditaire une obligation de comportement mais non de résultat. L'obligation de prévention de l'Etat accréditaire s'apprécie selon le critère de la diligence.

... Principe de la diligence

La notion de diligence est généralement acceptée comme fondement de la responsabilité des Etats dans les délits d'omission. L'inaction d'un organe étatique n'est donc illicite que si elle est l'effet d'un manque de diligence, en d'autres termes, si elle constitue une négligence²²³. La responsabilité pour négligence des Etats est d'une autre nature que la responsabilité causale engagée par le simple manquement à l'obligation internationale. Elle repose en effet sur la

²²⁰ Ph. Cahier, (Le droit diplomatique contemporain, Genève 1962,) p. 216.

²²¹ G. Perrin, L'agression contre la Légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission, *Revue générale de droit international public*, (t. 28,) 1957, p. 419.

²²² JAAC 1955, (fasc. 25,) n° 1 (Pratique suisse 1958, ASDI, vol. XVI, 1959, p. 222).

²²³ Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats, R. Ago, Rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international* 1972, vol. II, pp. 105 et 133-134.

comparaison établie entre la conduite de l'organe étatique en cause et celle qu'aurait adoptée, dans des circonstances semblables, l'organe d'un Etat bien ordonné²²⁴.

Le droit international ne définit pas la diligence, mais elle doit se comprendre comme le degré d'attention et d'activité qu'exigent les circonstances. Et cette attention doit être particulièrement vive, cette activité particulièrement soutenue lorsqu'il s'agit de la protection de missions diplomatiques ou de postes consulaires, respectivement de la protection de leurs biens.

Il n'a toutefois jamais été soutenu que l'Etat accréditaire a l'obligation de surveiller en tous temps les alentours de toutes les missions diplomatiques et de tous les postes consulaires établis auprès de lui et encore moins l'obligation d'assurer en tous lieux et en toutes circonstances une protection rapprochée des biens des représentations étrangères ou de leurs agents. Ce serait matériellement impossible. En l'absence de disposition conventionnelle, une telle obligation ne pourrait avoir sa source que dans la coutume. Or, aucune règle n'établit un standard général et précis. Il incombe donc à l'Etat accréditaire d'apprécier les circonstances de chaque cas d'espèce, puis d'adopter les mesures de protection qui lui paraissent opportunes, sans quoi sa responsabilité internationale est engagée.

... Conclusions pour le cas d'espèce

Nous nous trouvons devant une situation nouvelle. Jusqu'à présent, nous avons essentiellement été confrontés à des attaques menées contre les locaux de représentations ou les résidences. De même, la doctrine mentionne en général des atteintes à des locaux ou à des biens et documents se trouvant à l'intérieur des locaux de la mission. Le seul cas où un dédommagement a été accordé par la Suisse pour des dégâts sur des véhicules concerne les événements qui ont eu lieu en marge de la Conférence de l'OMC (Organisation mondiale du commerce), organisation intergouvernementale dont le siège est à Genève. Nous avons alors estimé que la responsabilité de la Confédération n'était pas engagée, mais qu'un dédommagement était néanmoins politiquement opportun.

Le cas qui nous occupe ici concerne les véhicules de l'Ambassade de (F.), mis à disposition d'une délégation gouvernementale (de F.) venant participer au Forum de Davos, auquel F. - comme d'autres Etats - avait été invitée non pas par le Gouvernement suisse ou une organisation intergouvernementale établie en Suisse, mais par les organisateurs de ce Forum qui constitue un événement privé. Toutefois, ce Forum a pris au fil des ans un caractère particulier. Ainsi, le papier de discussion du 20 juin 2000 soumis au Conseil fédéral par le DFJP à propos de la sécurité du Forum de Davos a souligné qu'il s'agissait de l'un des événements marquants de la politique économique mondiale qui prenait toujours plus d'importance politique en raison notamment de la présence de nombreux chefs d'Etat et de gouvernement. Ces circonstances relèguent au second plan le caractère privé du Forum de Davos.

Nous devons en l'espèce nous demander si, d'une part, la Suisse assumait à l'égard des délégations officielles - et de leurs biens - un devoir de protection et si les mesures adéquates ont effectivement été prises.

En réponse à la première question, nous parvenons à la conclusion que l'Etat accréditaire a l'obligation de prendre des mesures particulières de protection non seulement pour les locaux des représentations et les résidences, mais également pour assurer la sécurité de leurs biens, y compris de leurs véhicules. Toutefois, l'obligation est plus limitée en ce qui concerne les biens qu'en ce qui concerne les locaux, du moins lorsqu'il s'agit de biens qui ne se trouvent pas dans l'enceinte des locaux de la mission ou de la résidence. Il faut, pour que l'on puisse considérer que la responsabilité de la Confédération est engagée dans le cas particulier, qu'il ait été objectivement possible et raisonnable de prendre des mesures de protection supplémentaires. En effet, il est beaucoup plus facile d'assurer la protection de locaux dont la localisation et l'environnement sont bien connus des forces de police que de veiller à la protection de biens où qu'ils se trouvent en Suisse. Dès lors, les exigences en la matière doivent clairement dépendre des circonstances. On ne saurait en particulier reconnaître une quelconque responsabilité de la Confédération lorsqu'un bien appartenant à une mission ou à un agent diplomatique a été endommagé par un tiers, volontairement ou non, en dehors de toute manifestation et sans que des éléments aient permis de prévoir l'acte en question.

S'agissant de la seconde question, c'est-à-dire de savoir si les mesures prises étaient adéquates en fonction des circonstances, nous constatons ce qui suit. Les manifestations contre la mondialisation qui se sont tenues en marge du Forum de Davos étaient annoncées et des violences étaient attendues. Les forces de police ont donc eu la possibilité de mettre au point un système de protection qui tienne compte de l'ampleur du risque et de la qualité des participants au Forum de Davos. Le papier de discussion du DFJP du 20 juin 2000 susmentionné démontre que des mesures importantes ont été prises pour assurer le maintien de l'ordre public et la sécurité des participants au Forum de Davos. Toutefois, le DFJP reconnaît dans ce document que les mesures de sécurité ont été prioritairement concentrées sur le centre des congrès où se tenait le Forum et que cela a eu pour conséquence que les mesures de protection personnelle ont parfois été insuffisantes.

Les forces de police ont pris des mesures pour canaliser les manifestants et éviter qu'ils ne s'éparpillent à travers toute la ville. Il s'agissait apparemment de garder ainsi un certain contrôle des événements. Toutefois, les policiers qui encadraient les manifestants n'ont rien tenté pour empêcher que ces derniers ne s'en prennent aux véhicules des délégations officielles au Forum de Davos et notamment à ceux de l'Ambassade de (F). Ces véhicules se trouvaient, selon les informations en notre possession, correctement parkés devant l'hôtel où résidait le chef de la délégation (de F.). Si l'on peut penser que les manifestants ne cherchaient pas a priori à attaquer systématiquement des véhicules officiels (étant donné que des véhicules privés ont également subi des dommages), il n'en demeure pas moins que des véhicules portant plaques diplomatiques constituaient pour eux une cible de choix.

²²⁴ Perrin, op. cit., pp. 420-428.

Il paraît évident que les policiers n'ont pas voulu intervenir lorsque les manifestants ont commencé à s'en prendre aux véhicules des délégations officielles au Forum de Davos afin de ne pas exciter davantage les manifestants et d'empêcher la création de petits groupes épars qui auraient été plus difficiles à contrôler. A notre avis, nous ne pouvons pas leur reprocher une certaine retenue au moment des faits qui a peut-être même permis de limiter les dégâts commis aux véhicules en question. Au vu des circonstances et de l'ampleur des mesures de sécurité mises en place, on ne saurait considérer qu'il y a eu manquement de la part des forces de police. Toutefois, il apparaît vraisemblable, et le DFJP semble l'admettre dans son papier de discussion susmentionné, que la police cantonale aurait pu, avant le début des manifestations, renforcer la présence policière aux alentours du lieu de séjour des délégations, notamment de l'hôtel "Meierhof" où séjournait la délégation (de F.), afin de prévenir des actes contre les membres de ces délégations ou contre leurs véhicules. En outre, il aurait à notre sens été possible de demander aux hôtels de la place et aux délégations officielles (par exemple par une note verbale aux ambassades étrangères en Suisse) de prendre certaines précautions minimales telles que d'éviter de laisser leur véhicule dans la rue et de préférer les parkings fermés (pour autant que de tels parkings aient été disponibles, ce que nous ignorons). Il convient toutefois de prendre en considération le fait que la manifestation du 29 janvier 2000 n'était pas autorisée.

En conclusion, nous sommes d'avis que la responsabilité internationale de la Confédération n'est en l'espèce pas engagée. Pour ce faire, nous nous fondons sur le fait que l'obligation de l'Etat accréditaire d'assurer la sécurité des biens des représentations étrangères est plus limitée qu'en ce qui concerne la protection des locaux officiels et que, s'agissant de la protection spéciale, il existe une obligation de comportement, mais non de résultat. Nous avons également pris en considération les mesures importantes qui ont été mises en place pour assurer la sécurité à Davos. Toutefois, il nous semble qu'un dédommagement en faveur de l'Ambassade de (F.) serait politiquement approprié, en raison du caractère particulier du Forum de Davos et de la reconnaissance par le DFJP de certaines lacunes dans le dispositif de sécurité.

Note adressée par la DDIP au Chef du Protocole du DFAE le 22 août 2000. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les nos 1.2, 3.5 à 3.7, 4.1, 5.5, 7.3 et 7.4)

8.1 Responsabilité internationale pour des dommages découlant d'activités non interdites par le droit des gens: règles de la non-discrimination dans les procédures internes ouvertes par des étrangers victimes d'un dommage transfrontière; caractère subsidiaire de la responsabilité de l'Etat

Le texte qui suit est extrait d'une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette déclaration portait sur le projet d'articles consacré par la Commission du droit international (CDI) à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 52^e session, du 1^{er} mai au 9 juin et du 10 juillet au 18 août 2000, Assemblée générale, Documents officiels, 55^e session, Supplément n° 10 (A/55/10), pp. 259-274).

...

L'article 15 (du projet) prévoit qu'en l'absence de convention entre les Etats intéressés qui stipulerait autrement, les Etats mettent à disposition de toute personne exposée au risque d'un dommage transfrontière leurs procédures judiciaires, administratives ou autres sans discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu où surviendrait le préjudice. Ce principe de non-discrimination nous paraît d'une importance primordiale dans le contexte de la prévention de ce genre de dommages. L'industrialisation croissante dans toutes les parties du monde, le maniement de produits toujours plus dangereux ou toxiques ainsi que le phénomène de la mondialisation, qui nous occupe tant ces derniers temps, justifieront de moins en moins qu'une personne - physique ou morale - potentiellement touchée par un dommage transfrontière significatif ne puisse faire valoir ses droits uniquement parce qu'elle habite de l'autre côté d'une frontière ou parce qu'elle ne possède pas la nationalité de l'Etat d'origine du dommage. C'est dans cet esprit que nous saluons l'inclusion de l'article 15 dans le projet d'articles. L'acceptation de ce principe par la communauté internationale constituerait à elle seule un progrès tout à fait remarquable.

Ma délégation a eu plusieurs occasions d'exposer les raisons pour lesquelles elle souscrit à l'idée d'introduire un régime de responsabilité internationale fondée essentiellement sur l'avènement d'un dommage transfrontalier résultant d'une activité dangereuse. Néanmoins, à nos yeux, un régime de responsabilité objective, c'est-à-dire un régime juridique dégagé de la notion d'illicéité, ne devrait pas aller jusqu'à mettre à la charge de l'Etat d'origine une obligation primaire de réparer. Ce dernier ne devrait être tenu que d'une obligation subsidiaire, dans la mesure où il incombe en premier lieu à l'auteur du préjudice de le réparer, conformément à la règle du pollueur-payeur. En d'autres termes, la responsabilité de l'Etat d'origine ne devrait pouvoir être mise en cause que lorsque l'auteur du dommage subi - ou, pour cette raison, toute autre entité à laquelle incomberait un tel devoir comme par exemple un fonds spécialement constitué à cette fin - ne satisfait pas, pour une raison donnée, à son obligation de réparer.

...

Déclaration faite le 3 novembre 2000 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

8.2 Obligation de l'Etat de réparer intégralement le préjudice causé par des faits internationalement illicites qui lui sont imputables: entorses possibles? Droit de la neutralité

Le passage publié ci-après est tiré d'une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il commente l'article 31 du projet d'articles préparé par la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des Etats (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 52^e session, du 1^{er} mai au 9 juin et du 10 juillet au 18 août 2000, Assemblée générale, Documents officiels, 55^e session, Supplément n° 10 (A/55/10), pp. 10-126).

...

Le premier point que ma délégation voudrait soulever concerne la réparation. L'article 31 du projet d'articles renuméroté fixe le principe de la réparation. Selon cet article, l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un Etat. Cet article pose le principe de la responsabilité de causalité: il suffit qu'il existe un rapport de cause à effet entre la violation du droit international par un Etat et un dommage pour que l'Etat en question soit tenu responsable du préjudice causé. S'il est vrai que cette forme de responsabilité particulièrement sévère est adaptée à bon nombre de situations, il se peut, cependant, qu'une violation mineure du droit international entraîne, par un concours de circonstances exceptionnelles, un dommage considérable sans que l'Etat responsable n'ait pu prévoir de telles conséquences. On peut se demander s'il ne serait pas judicieux, dans certaines situations, de prévoir une responsabilité limitée et atténuée en cas d'absence d'intention de nuire ou en cas d'impossibilité, pour l'Etat, de prévoir le dommage lors de la commission du fait internationalement illicite. Ma délégation note, dans ce contexte, que l'article 40 du projet d'articles introduit une distinction entre la contribution intentionnelle et la contribution par négligence au dommage par l'Etat lésé. Il nous semble peu conséquent d'établir une telle distinction en ce qui concerne l'Etat lésé seulement, alors que l'on en fait totalement abstraction dans le cas de l'Etat responsable de la violation du droit international.

...

Déclaration faite le 27 octobre 2000 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

8.3 Représailles non armées, individuelles et collectives. Protection internationale des droits de l'homme. Règles de jus cogens et règles produisant des effets erga omnes. Neutralité

Les passages qui suivent sont tirés d'un avis de droit de la DDIP relatif au gel, par un groupe d'Etats, dont la Suisse, des avoirs d'un pays coupable de violations massives des droits de l'homme.

(Traduction:)

...

On peut ... se demander, dans une situation de ce genre, si une telle mesure est licite selon le droit des gens. ...

Le gel d'avoirs d'un Etat limite le droit de celui-ci de disposer de ces avoirs à l'étranger. Il restreint ainsi sensiblement ses droits de propriété. Contrairement à d'autres sanctions économiques qui sont limitées à la coopération dans ce secteur et qui, en règle générale, sont licites en l'absence d'une obligation générale de non-discrimination dans le domaine économique, il faut admettre que le patrimoine de l'Etat est en principe mis à l'abri de mesures confiscatoires par le droit international général. Il s'ensuit que, de façon générale, les mesures étatiques qui sont prises en marge du système de sécurité collective des Nations Unies, tel le gel d'avoirs appartenant à un Etat tiers, et qui ôtent à cet Etat le droit d'en disposer - de manière permanente ou pour une période précise - doivent être qualifiées de contraires au droit des gens. A titre exceptionnel, des mesures économiques de ce type sont toutefois autorisées lorsqu'elles ont le caractère de sanctions, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une réaction de l'Etat - en soi illicite - au comportement illicite d'un autre Etat. Cela présuppose notamment que la représaille ait été préalablement notifiée, qu'elle soit proportionnelle et qu'elle ne soit pas elle-même en contradiction avec des règles impératives du droit international (jus cogens). La représaille doit inciter son destinataire à rétablir la légalité selon le droit des gens.

...

Une question qui se pose, notamment à propos des droits de l'homme fondamentaux, est celle de savoir si, en cas de violations massives de ces droits, chaque Etat est habilité à recourir aux représailles, les Etats comme tels n'étant pas, en règle générale, affectés par de telles violations. Bien que des controverses persistent à ce sujet, la doctrine contemporaine du droit international et la majorité des Etats, notamment ceux de l'Union européenne, estiment aujourd'hui que les infractions aux règles de jus cogens en matière de droits de l'homme touchent chaque Etat et, de ce fait, produisent des effets erga omnes. Ces infractions intéressent tous les Etats, ce qui signifie que, dans les cas de violation évidente et grave, chaque Etat peut s'estimer lésé dans ses droits propres. On peut ainsi admettre qu'en l'espèce ce n'est pas seulement la communauté internationale, agissant dans le cadre des Nations Unies, mais aussi chaque Etat individuel, y compris la Suisse, qui peut s'estimer habilité à prendre des représailles.

(La DDIP constate ensuite que la mesure adoptée par le groupe d'Etats concerné remplit le critère de la proportionnalité et qu'elle semble à la fois apte à et nécessaire pour rétablir une situation conforme au droit des gens et pour prévenir de futures violations massives.)

Au cas où la Suisse envisagerait de recourir à des représailles (contre l'Etat en cause), celles-ci devraient faire l'objet d'une notification préalable adressée aux autorités (de cet Etat). ...

Sous l'angle du droit de la neutralité, l'adoption par la Suisse de sanctions économiques, ou sa participation à de telles mesures, ... ne poserait aucun problème. D'une part, il est très douteux si, en l'espèce, il serait même possible d'opposer à ces mesures les règles du droit international relatives aux devoirs des neutres D'autre part, le droit de la neutralité ne fait apparaître aucune incompatibilité entre neutralité et sanctions économiques

Pour ce qui est de la politique de neutralité, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt, en principe, dans son Rapport sur la neutralité du 29 novembre 1993, de participer à des sanctions économiques même en marge des Nations Unies, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures prises par un groupe régional concerné contre un Etat qui a violé le droit ou mis en danger la paix²²⁵. ...

En résumé, on retiendra qu'en présence de violations évidentes et systématiques de règles de jus cogens dans le domaine des droits de l'homme..., la Suisse peut en principe, sous l'angle du droit des gens, et même en l'absence de décision du Conseil de sécurité des Nations Unies prise sur la base du chapitre VII de la Charte, geler les avoirs (d'un Etat), soit en agissant de façon autonome, soit de concert avec d'autres Etats, une telle mesure devant toutefois être préalablement annoncée aux autorités (de l'Etat concerné). Le droit de la neutralité ne s'oppose pas davantage à ce genre de mesures. En ce qui concerne les principes relatifs à la politique de neutralité que le Conseil fédéral a formulés en 1993 dans le Rapport sur la neutralité, ils ne s'opposent pas davantage à une participation à de telles sanctions par la Suisse lorsque celles-ci sont prises par un groupe d'Etats concernés.

Avis de droit de la DDIP du 8 mai 1998. Document inédit.

8.4 Responsabilité internationale de l'Etat en matière de droits de l'homme, notamment dans le domaine de la discrimination raciale: réparation. Principes généraux de droit. Jus cogens

Voici un large extrait d'une étude de la DDIP, intitulée "La réparation de violations des droits de l'homme, notamment en matière de discrimination raciale":

...

1. La nécessité de réparer les conséquences d'une violation des droits de l'homme trouve son origine dans un principe général de droit, selon lequel l'auteur d'un acte illicite doit réparation pour les conséquences dommageables de son acte.

2. S'agissant de droits consacrés par le droit international (droit à un traitement correspondant à un standard minimal et droit à réparation en cas de violation de ce dernier), les seuls bénéficiaires directs en étaient initialement les Etats, à l'exclusion des individus. C'est ainsi qu'à l'origine, seul un Etat pouvait intervenir auprès d'un autre Etat pour demander réparation d'un dommage causé à l'un de ses ressortissants (droit des étrangers classique). Ce n'est qu'avec la consécration des droits de l'homme par le droit des gens, essentiellement dans le cadre d'un certain nombre de conventions internationales, que les individus ont pu être reconnus comme bénéficiaires directs de droits sur le plan du droit international. Désormais, le principe est acquis qu'un individu peut prétendre, en vertu du droit international des droits de l'homme, à ce que ses droits fondamentaux soient respectés non seulement par un Etat étranger, mais aussi par son propre Etat national. Les conventions ... disposent également, encore qu'en termes très généraux, que les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer une réparation adéquate en cas de violation de tels droits²²⁶. Comme on le sait, elles prévoient en outre des mécanismes destinés à garantir le respect de ces derniers. Cependant, si ces mécanismes ont pu contribuer à un meilleur respect des droits de l'homme dans leur principe, on ne saurait en dire autant en ce qui concerne le problème de la réparation en cas de violation des droits de l'homme: dans ce domaine, les possibilités d'action pour les individus demeurent très restreintes, compte tenu notamment des pouvoirs limités des organes internationaux chargés de faire respecter les droits de l'homme et de la nécessité, pour obtenir l'exécution de leurs décisions, de passer généralement par les autorités nationales.

3. Au surplus, la question reste indécise de savoir si, au-delà du droit conventionnel, il existe en droit coutumier un droit des individus à réparation en cas de violation des droits de l'homme, et cela malgré le caractère impératif (jus cogens) que revêt souvent le droit protégé. A noter par ailleurs que malgré ce développement du droit des gens, le projet d'articles élaboré par la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats²²⁷ n'aborde pas le problème du point de vue des prétentions individuelles.

²²⁵ Rapport sur la neutralité joint au Rapport du Cons. féd., du 29 novembre 1993, sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90 (FF 1994 I 200, 224-227; Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629 (637-638)).

²²⁶ Parmi les conventions qui prévoient expressément une obligation de réparer, on citera en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (pacte II, du 16 décembre 1966, RS 0.103.2), article 2, paragraphe 3, lettre a; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (du 21 décembre 1965, RS 0.104,) article 6; la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, (du 10 décembre 1984, RS 0.105), article 14, paragraphe premier; la Convention relative aux droits de l'enfant (du 20 novembre 1989, RS 0.107); la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (du 4 novembre 1950, RS 0.101); et la Convention américaine des droits de l'homme, (du 20 novembre 1969, Conseil de l'Europe (édit.), Droits de l'homme en droit international, Strasbourg 1992, p. 304) (diverses dispositions). En ce qui concerne la terminologie, de très nombreux termes sont utilisés comme réparation, compensation, satisfaction, etc., qui sont en général vagues et largement interchangeables. Le terme "satisfaction" se réfère plutôt, à notre avis, à une réparation d'ordre moral et le terme "compensation" à une indemnité financière, alors que le mot "réparation" peut englober les deux éléments; mais il n'existe à notre connaissance aucune définition agréée de ces termes en droit international.

²²⁷ Voir le n° 8.2.

4. Le principe selon lequel une réparation est due en cas de violation des droits de l'homme n'est que peu reflété dans la pratique des Etats, qui généralement concentrent leurs interventions auprès d'autres Etats sur une demande de simple cessation des violations constatées. En revanche, ce principe est largement confirmé dans la jurisprudence des différents organes chargés du contrôle - politique ou juridictionnel - de la mise en œuvre des conventions relatives aux droits de l'homme. Il en va ainsi tout particulièrement du Comité des droits de l'homme institué par le pacte II relatif aux droits civils et politiques, de l'ancienne Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme de même que de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

5. Pour ce qui est toutefois du montant de la réparation et de ses modalités (restitution intégrale, satisfaction d'ordre moral, indemnité pécuniaire, etc.), la pratique est presque inexistante, si ce n'est sur le plan régional (Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme). On citera néanmoins dans ce contexte le projet de Principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations (flagrantes) des droits de l'homme et du droit international humanitaire (dites "Directives van Boven", du nom de leur rédacteur), que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a soumis à tous les Etats par sa Résolution 1997/29 adoptée le 11 avril 1997.

6. On notera pour terminer que dans le cadre des travaux en cours relatifs à la Convention de La Haye sur la compétence internationale et l'exécution de jugements en matière civile et commerciale²²⁸, il est prévu de limiter les possibilités de fors d'exception ("fors exorbitants"). Toutefois, à l'initiative de certaines ONG (organisations non gouvernementales), une exception à cette limitation devrait être introduite en faveur des procès (civils) portant sur l'indemnisation de violations graves des droits de l'homme. La Suisse a adopté à cet égard une position constructive.

...

Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit.

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

(Voir les n^{os} 3.6, 4.1 et 4.9)

10. Le droit des conflits armés

(Voir les n^{os} 3.4 et 3.6)

11. La neutralité

(Voir aussi les n^{os} 8.2 et 8.3)

11.1 Droit et politique de neutralité dans le contexte des opérations militaires au Kosovo et de la situation en Albanie et en Macédoine

Voici la réponse du Cons. féd. à une interpellation de M. Zysiadis, député au Conseil National, qui avait pour objet la décision du Cons. féd. d'interdire l'exportation d'armes vers la Yougoslavie et de geler au niveau actuel l'exportation de matériel de guerre vers les pays membres de l'Alliance de l'Atlantique Nord (OTAN), ainsi que la prétendue décision du Gouvernement suisse d'autoriser les recrues de l'Armée à recevoir leur formation à l'étranger - en Albanie et en Macédoine - dans le cadre d'un conflit armé.

... Le 19 avril 1999, lors d'une discussion sur le conflit au Kosovo, le Conseil fédéral a décidé de surveiller l'évolution des exportations de matériel de guerre, ainsi que la quantité et le genre de livraisons de la Suisse aux Etats de l'OTAN impliqués dans le conflit. Le Conseil fédéral se serait opposé à une augmentation de ces exportations en raison d'opérations militaires. Les considérations suivantes ont été à l'origine de cette décision:

Les opérations militaires entre l'OTAN, ses Etats membres et la République fédérale de Yougoslavie respectivement, effectuées de manière continue du 23 mars au 9 juin 1999, constituaient un conflit international, dans le cadre duquel le droit de la neutralité s'appliquait en principe. Conformément aux dispositions du droit international de la neutralité (Conventions de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime, RS 0.512.21 et 0.515.22; droit international coutumier), l'Etat neutre est habilité, également pendant le conflit, à permettre l'exportation privée de matériel de guerre aux belligérants. Cependant, si l'Etat neutre adopte des mesures restrictives, il doit respecter le principe de l'égalité de traitement des parties au conflit, conformément au droit de la neutralité.

Dans le cas d'espèce, le principe de l'égalité de traitement a été influencé par la Résolution n° 1160 du Conseil de sécurité de l'ONU, du 31 mars 1998, par laquelle un embargo sur les armes destinées à la République fédérale de Yougoslavie a été décidé. Selon la doctrine et la pratique dominantes, le droit de la neutralité ne s'applique pas aux sanctions adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (mesures pour la paix et la sécurité). Pour cette raison, la Suisse n'était, durant le conflit au Kosovo, pas tenue d'observer le principe d'égalité de traitement lors d'exportations de matériel de guerre vers la République fédérale de Yougoslavie. Dans le Rapport sur la neutralité du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 2000)²²⁹, le Conseil fédéral a aussi souligné la volonté de la Suisse de manifester sa solidarité avec les mesures adoptées par la communauté

²²⁸ Convention du 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

²²⁹ Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629 (636-638).

internationale contre un Etat violant le droit et la paix et, en règle générale, de participer de manière autonome aux sanctions non militaires de l'ONU.

La retenue de la Suisse par rapport aux nouvelles commandes de matériel de guerre par les Etats de l'OTAN ne reposait pas uniquement sur des considérations juridiques. Le Conseil fédéral avait également souligné la volonté de la Suisse de ne pas tirer profit du conflit au Kosovo. En outre, une pesée approfondie des intérêts relevant de la politique de neutralité a été effectuée. Le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'une interdiction générale d'exportations d'armes vers les pays de l'OTAN n'était pas nécessaire pour renforcer la neutralité de la Suisse dans le conflit au Kosovo. La crédibilité de notre neutralité lors du conflit au Kosovo n'a pas été remise en question. En effet, il peut être rappelé que la France et les Etats-Unis avaient demandé à la Suisse de représenter leurs intérêts en République fédérale de Yougoslavie et que cette dernière avait autorisé la Suisse à représenter les intérêts français.

... Par décision du 19 avril 1999, le Conseil fédéral a prolongé de trois mois l'engagement limité d'un détachement d'hélicoptères avec du personnel, dans le cadre des prestations d'assistance humanitaire en Albanie et en Macédoine. Il a également autorisé le (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports) à remplacer, respectivement à renforcer, le personnel professionnel engagé par des membres de milice de l'armée. Tous les membres du contingent se sont engagés à titre volontaire. En ce qui concerne le choix des membres de milice, seules les offres de personnes qui avaient terminé leur formation militaire de base et qui correspondaient au profil requis pour un tel engagement ont été sérieusement prises en considération. Il était d'entrée de jeu exclu que des recrues soient engagées dans le cadre de cette opération d'assistance.

Le droit de la neutralité ne limite en aucune manière, ni n'interdit, les prestations d'assistance humanitaire d'un pays neutre en faveur de populations civiles. Du point de vue de la politique de neutralité également, l'engagement de personnel militaire suisse à des fins humanitaires ne présente pas d'inconvénient, ces personnes ne participant pas aux actions militaires. En outre, il est manifeste que la présence suisse sert exclusivement des objectifs humanitaires. L'engagement réussi, au printemps 1999, de membres des forces armées suisses dans le cadre de l'aide d'urgence de la Suisse dans la région en crise demeure ainsi sans autre dans la tradition humanitaire de notre pays.

Réponse donnée le 23 février 2000 par le Cons. féd. à l'interpellation Zysiadis du 22 décembre 1999. BO CN 2000, pp. 419-420.

La pratique suisse en matière de droit international public 2001 - RSDIE 2002 p. 599

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 4.4, 5.2, 7.1 et 9.1)

1.1 Sources du droit des gens: traités, coutume, principes généraux de droit. Droit international du voisinage

Le texte qui suit, rédigé par la DDIP, expose les différents modes de création du droit international en matière de voisinage.

(Traduction:)

...

Le droit des gens peut naître de différentes manières. A son article 38, paragraphe premier, le Statut de la Cour internationale de Justice décrit ainsi les sources de ce droit: a) "les conventions internationales, soit générales, soit spéciales ..."; b) "la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit"; et c) "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées".

Aujourd'hui la source principale est celle des conventions internationales, mentionnée sous la lettre a, qui, en simplifiant, pourrait être décrite comme englobant les traités internationaux.

Le droit international coutumier, visé à la lettre b), n'est pas fixé par écrit dans des textes internationaux, mais est issu de la conduite des Etats. Cette conduite doit revêtir une certaine durée et uniformité, et disposer d'un certain champ d'application territorial, pour pouvoir être qualifiée comme étant le droit. Qui plus est, les Etats doivent estimer que la pratique en cause est de droit; cela signifie qu'ils doivent reconnaître que la conduite dont il s'agit a une portée juridique et qu'elle ne constitue pas un élément purement factuel. Des exemples peuvent être tirés du droit des cours d'eau internationaux. Les Etats admettent en général qu'un pays d'amont ne saurait utiliser les eaux d'un fleuve de façon à rendre impossible leur utilisation par les pays d'aval (par une pollution excessive, par exemple, ou une déviation complète). Le droit de communications maritimes fournit un autre exemple. Si l'Indonésie décidait de fermer ses eaux territoriales à toute circulation maritime, les navires marchands seraient contraints de faire d'énormes détours en passant au large de l'Australie. De même la Turquie ne saurait-elle entraver sans motifs le passage du Bosphore, bien que ce détroit soit située entièrement en territoire turc.

L'affaire de la Fonderie de Trail¹ ... revêt une importance fondamentale pour le droit international du voisinage. Décidée par un tribunal américano-canadien dans les années 1938/1941, cette affaire concernait une fonderie de zinc et de plomb exploitée au Canada. Les activités de l'usine causaient une forte pollution atmosphérique dans l'Etat américain de Washington et portaient ainsi préjudice à l'agriculture et la culture forestière. Donnant gain de cause aux Etats-Unis, le Tribunal constata ceci: "A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction"². Il considérait comme établi que les atteintes significatives à l'environnement d'un Etat voisin étaient prohibées par le droit international coutumier. La sentence en l'affaire de la Fonderie de Trail ne repose sur aucun texte conventionnel en matière de protection de l'environnement ou du territoire d'un autre Etat (de tels textes n'existaient pas à l'époque), mais sur la pratique des Etats.

Le principe du bon voisinage oblige les Etats voisins à tenir compte dûment de leurs intérêts mutuels. Ce principe n'est pas davantage codifié et relève du droit international coutumier; il facilite les tâches d'interprétation quand il s'agit de résoudre un problème juridique concret.

Pour être complet, il faut enfin mentionner les principes généraux de droit (mentionnés à la lettre c). Ce faisant, on commencera par préciser qu'à l'heure actuelle la notion de "nations civilisées" embrasse la totalité des Etats. Les principes généraux sont ceux qui se retrouvent dans tous les ordres juridiques: responsabilité, réparation, enrichissement illégitime, propriété, etc.

...

Communication de la DDIP, du 10 janvier 2001, à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

1.2 Accords entre cantons suisses et des Etats ou d'autres entités étrangers: compétence pour conclure de tels accords; nature juridique de ceux-ci; approbation par l'autorité fédérale ou devoir d'informer celle-ci? Personnalité internationale des cantons suisses

Le texte publié ci-après porte sur les relations des cantons suisses avec l'étranger telles qu'elles ont été réglées par la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999. Ce texte est tiré d'un exposé fait par M. Fabrizio Taschetta au cours d'une journée d'étude organisée par la DDIP.

¹ (Nations Unies,) Recueil des sentences arbitrales, vol. III, pp. 1905 et ss.

² Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1963. (Traduction:) "Un Etat a le devoir, à tout moment, de protéger les autres Etats contre les actes dommageables d'individus relevant de sa compétence". (En réalité, l'auteur de cette phrase était le professeur C. Eagleton, cité dans la sentence.)

...

La Constitution fédérale consacre la compétence générale de la Confédération en matière de politique étrangère. Ce principe figurait à l'article 8 de l'ancienne Constitution de 1874 (aCst.); il a été repris par l'article 54 de la nouvelle Constitution du 18 avril 1999 (n Cst.), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000. Avec ce nouveau texte constitutionnel, la position des cantons en matière de relations avec l'étranger se trouve renforcée. La Confédération se doit de tenir compte des compétences des cantons et d'en sauvegarder les intérêts (cf. alinéa 3)³.

Lors de la création de l'Etat fédéral, les compétences en matière de politique étrangère ont été attribuées à la Confédération tout en laissant aux cantons des compétences résiduelles. Les articles 9 et 10 de l'ancienne Constitution ont reflété cette exigence. Les cantons ont pu garder des compétences en matière de relations avec l'étranger, mais uniquement dans trois domaines: en matière d'économie publique, de rapports de voisinage et de police.

La nouvelle Constitution a réaffirmé la compétence des cantons pour conclure des traités. Elle recouvre désormais tous les domaines relevant de leur compétence, tout en restant subsidiaire et limitée (article 56, alinéa premier). Le constituant a donc voulu procéder à une adaptation à la pratique des autorités fédérales, lesquelles avaient toujours interprété lato sensu les dispositions de la Constitution, permettant ainsi aux cantons de conclure des traités dans toutes les matières relevant de leur compétence. Les traités conclus ne doivent toutefois être contraires ni aux droits et intérêts de la Confédération, ni aux droits d'autres cantons (article 56, alinéa 2, nouvelle Constitution; article 9 ancienne Constitution).

Cette disposition de nature matérielle est complétée par un critère de nature formelle: les cantons ne peuvent entrer directement en relation qu'avec les autorités étrangères infraétatiques. En ce qui concerne leurs relations avec des gouvernements étrangers, elles ne peuvent avoir lieu que par l'intermédiaire des autorités fédérales (article 56, alinéa 3, nouvelle Constitution; article 10 ancienne Constitution).

Il faut encore relever que les cantons ne peuvent pas se prévaloir de leur compétence propre lorsque la Confédération a conclu elle-même un traité dans un domaine donnée.

Sans examiner d'une façon exhaustive l'utilisation que les cantons ont fait des possibilités que la Constitution leur offrait, on dira simplement que lors de la naissance de l'Etat fédéral moderne, au milieu du 19^e siècle, les cantons avaient une large pratique des relations avec l'étranger. C'était le cas surtout avec les puissances avoisinantes, avec lesquelles bon nombre de traités fixant les frontières furent conclus. Encore jusqu'aux premières décennies du 20^e siècle, les cantons ont conclu des accords portant sur des matières aussi diverses que les liaisons ferroviaires, le séjour et l'établissement des étrangers, l'entraide judiciaire, l'exécution des jugements, la double imposition ou l'utilisation des forces hydrauliques en milieu frontalier.

Dans la période de 1946 jusqu'aux années 70, la quasi-totalité des cantons ont conclu avec l'Allemagne et la France des accords dans le domaine fiscal, concernant les impôts sur les successions et les donations. On dénombre également des accords réglant les mêmes aspects conclus par quelques cantons avec des Etats non limitrophes. Dans tous les cas, les autorités fédérales ont fait fonction d'intermédiaire pour mettre en vigueur les accords (échanges de notes diplomatiques). On dénombre aussi quelques accords conclus avec le Land allemand de Bade-Wurtemberg ainsi que le Land autrichien du Vorarlberg dans des domaines typiquement transfrontaliers, tels que la pêche, l'accès aux hôpitaux et aux écoles, et les eaux usées. De leur côté, les cantons frontaliers limitrophes de la France ont conclu avec les autorités départementales des arrangements administratifs concernant la procédure de délivrance, de renouvellement et du retrait des autorisations de travail pour les frontaliers (dans le cadre d'un accord franco-suisse de 1958).

C'est surtout à partir des années 70 et 80 que les cantons prennent véritablement conscience de l'importance de mener des activités de politique extérieure. Le processus d'intégration européenne, avec son regain d'intérêt pour les régions et l'émergence de l'idée de l'Europe des régions (avec comme corollaire la création, en 1975, de la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux, instituée au sein du Conseil de l'Europe⁴, suivie, en 1993, par l'institution du Comité des régions de l'Union Européenne), a été déterminant dans cette prise de conscience. Les cantons ont même envisagé, suite au rejet, en décembre 1992 en votation populaire, de l'Accord sur l'espace économique européen⁵, d'avoir recours à la coopération transfrontalière pour pallier aux inconvénients d'un isolement. Au niveau politique ce rejet a conduit le Conseil fédéral à rédiger le Rapport du 7 mars 1994 sur la coopération transfrontalière et la participation des cantons à la politique extérieure (FF 1994 II 604).

Il m'a paru utile de regrouper ces quelque quarante accords des cantons (conclus à partir des années 70 et 80) selon la typologie suivante (...):

- accords de coopération transnationale (relations entre régions situées dans un espace donné intéressant plusieurs Etats),
- accords de coopération transfrontalière avec ou sans création d'organisme permanent,
- accords portant sur des domaines spécifiques,
- accords portant sur la coopération dans tous les domaines relevant de la compétence des parties.

³ Parallèlement aux travaux de mise en oeuvre de la Constitution a été élaborée la Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (RS 138.1); la loi a été adoptée le 22 décembre 1999 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000. Dans son esprit, elle a été appliquée à compter du 1^{er} septembre 1996 déjà.

⁴ En 1994, la Conférence a été remplacée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe, doté de plus amples compétences.

⁵ Accord du 2 mai 1992 (FF 1992 IV 539).

Il importe ici de considérer la nature juridique des accords et des conventions conclus par les cantons. La règle voudrait en effet que seuls les accords relevant du droit international public - à l'exclusion des arrangements administratifs et des ententes de droit privé - tombent sous le coup de la Constitution⁶. En l'occurrence, la question de savoir s'ils relèvent ou non du droit international public ne peut être tranchée qu'au cas par cas, à la lumière du but de l'accord, de la matière visée, de la qualité des partenaires étrangers, du droit applicable (droit international ou droit interne), du mode prévu pour le règlement des litiges.

La pratique a néanmoins montré que les mécanismes constitutionnels relatifs à la conclusion des traités par les cantons devraient être applicables non seulement aux accords de droit international public, mais aussi aux autres activités internationales des cantons. Les accords revêtant une portée politique majeure ont fait l'objet d'une approbation par le Conseil fédéral indépendamment de la personnalité juridique internationale des partenaires des cantons (Länder allemands et autrichiens ou régions françaises et italiennes, pour ne prendre que des exemples des pays limitrophes). Cette règle découlait de l'article 102, chiffre 7, de l'ancienne Constitution (cf. ci-dessous).

Nous avons vu que dans certains cas les accords des cantons ne peuvent être conclus que par l'intermédiaire du Conseil fédéral (...). La question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si les accords conclus par la Confédération au nom des cantons font partie du seul droit cantonal ou également du droit fédéral. Dans le rapport du 7 mars 1994, la réponse avait été donnée dans les termes suivants: "Sur le plan juridique interne, les traités ainsi conclus font partie du droit cantonal. Le canton est responsable de leur exécution. Vis-à-vis de l'étranger, comme l'exige le droit international public, la responsabilité incombe à la Confédération."⁷

Il ressort de ce texte que la responsabilité au plan international incombe à la Confédération. S'il n'y a aucun doute sur ce point, la conclusion selon laquelle de tels accords font partie du droit cantonal seulement doit être à mon avis tempérée, car elle ne peut être valable dans tous les cas. On peut citer par exemple les accords sur la fiscalité des travailleurs frontaliers conclus avec la France en 1973 pour le canton de Genève, et en 1983 pour les autres cantons frontaliers limitrophes de la France, qui concernent en effet tous deux aussi bien les impôts cantonaux et communaux que l'impôt fédéral direct.

Revenons maintenant aux aspects formels de la conclusion des accords des cantons avec l'étranger. Aux termes de l'article 102, chiffre 7, de l'ancienne Constitution, le Conseil fédéral était appelé à examiner et, le cas échéant, à approuver les accords des cantons avec des autorités étrangères. Comme condition de validité à la conclusion de ces ententes, il fallait que les autorités étrangères infraétatiques impliquées disposent, selon l'ordre juridique interne de l'Etat dont elles (relevaient), d'une compétence dans ce sens. Dans certains cas, il n'a pas été nécessaire de soumettre les ententes ainsi conclues à l'approbation du Conseil fédéral. Il s'agit d'ententes qui s'inscrivent dans des accords interétatiques réglant la même matière (en sont un exemple surtout les accords sur l'aide mutuelle en cas de catastrophe ou bien les accords pour les vols et les atterrissages de secours et de sauvetage). A noter aussi que certains accords interétatiques contiennent une délégation de compétence en faveur des autorités cantonales et régionales: c'est ainsi que le canton de Vaud et la Préfecture du département du Jura ont conclu un accord réglant les heures d'ouverture d'un poste frontière. Ce dernier a été conclu en conformité à un accord franco-suisse de 1946 prévoyant expressément cette possibilité.

Or, avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la procédure a été modifiée dans le sens que les cantons sont tenus d'informer les autorités fédérales, mais qu'une approbation de la part du Conseil fédéral ne s'impose plus (article 56, alinéa 2, dernière phrase, de la nouvelle Constitution). Selon la nouvelle procédure, le Conseil fédéral n'est saisi d'une affaire que s'il y a lieu d'élever une réclamation (article 186, alinéa 3, nouvelle Constitution). Cette règle constitutionnelle a dû être concrétisée par une loi; la Loi (fédérale du 21 mars 1997) sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) a donc été complétée par un article, l'article 62, qui règle la procédure afin d'assurer l'information des autorités fédérales sur les accords et conventions que les cantons auront conclus avec l'étranger.

Dans le Message du Conseil fédéral au sujet de cette modification, il est précisé que le département compétent est le Département fédéral des affaires étrangères, auquel les cantons doivent s'adresser avant de conclure un accord. Ils doivent remettre le projet de texte au Département pour examen, lequel aura soin d'associer à cet examen les offices et services fédéraux concernés⁸.

Quelles sont les raisons de cette modification? Tout d'abord, sur le plan politique les cantons ont exprimé quelques doutes, pour ne pas dire ouvertement critiqué, l'obligation de faire approuver par le Conseil fédéral les traités internationaux. Cette procédure leur paraissait limiter leur possibilité d'action et ne prenait pas suffisamment en considération la valeur attribuée à leur "personnalité internationale". Peut-être les cantons ressentaient-ils également une certaine difficulté à définir quels traités, accords et conventions devaient être soumis à l'approbation du Conseil fédéral. A cela s'ajoute le fait que la doctrine a le plus souvent considéré l'approbation gouvernementale comme n'ayant qu'un effet déclaratoire et non pas constitutif. S'il est vrai que, dans le projet de 1996 sur la mise à jour de la Constitution,

⁶ Quant aux critères définissant si un accord relève du droit international public, je renvoie aux articles pertinents de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) et je me limiterai ici à citer un passage d'un avis commun établi par la DDIP et l'Office fédéral de la justice (du DFJP) en 1987: "Par traité international, il faut entendre tout acte de souveraineté par lequel deux ou plusieurs sujets du droit international manifestent de manière concordante leur volonté d'assumer des engagements régis par le droit international ou de renoncer à des prérogatives juridiques correspondantes." (JAAC (1987, fasc. 51-IV, n° 58 (, Pratique suisse 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178 (183)))

⁷ FF 1994 II 609.

⁸ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 11 août 1999 (FF 1999, p. 7145, à la p. 7167).

le Conseil fédéral avait envisagé le maintien de la règle prévoyant de soumettre à l'approbation du Gouvernement les accords des cantons avec l'étranger, cette condition n'a pas été retenue par l'Assemblée fédérale.

...

Exposé fait par M. Fabrizio Taschetta le 22 mai 2000 dans le cadre d'une journée d'étude consacrée à la nouvelle Constitution fédérale et organisée par la DDIP. Document inédit.

1.3 Déclarations communes d'intention: compétence, en droit suisse, d'émettre ce genre de déclarations

Extrait d'une note de la DDIP.

(Traduction:)

...

1. En principe les déclarations communes d'intention - tout comme les traités internationaux - relèvent du droit des gens même si elles n'ont pas d'effet juridiquement obligatoire. Elles n'entraînent pas d'obligations nouvelles ni la renonciation à des droits. C'est pourquoi, aux termes d'une pratique constante, l'Assemblée fédérale ne doit pas prendre part à leur élaboration. Ainsi les déclarations en cause se trouvent parmi les moyens qui permettent au Conseil fédéral d'agir de manière autonome dans la conduite des relations extérieures de la Confédération (voir la Prise de position commune de la DDIP et de l'Office fédéral de la justice du 14 décembre 1987, JAAC 1987, fasc. 51-IV, n° 58 (, p. 386, aux pp. 391 et ss.), pp. 370 et ss. (, Pratique suisse 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178 (183 et ss)). La signature ou l'approbation de telles déclarations relève donc en principe de la compétence (déléguable) du Conseil fédéral.

2. Les déclarations communes d'intention ainsi définies ont un caractère international. Elles revêtent ce caractère lorsque les entités dont elles émanent sont des Etats et, partant, des sujets du droit des gens. Si une ambassade et une entité composante d'un pays émettent une déclaration commune, des doutes peuvent surgir, en certaines circonstances, quant à son caractère international. On précisera toutefois, à ce propos, que l'ambassade, en tant que représentation officielle de l'Etat, s'exprime au nom de celui-ci. Elle n'a pas de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat. Ainsi, si c'est d'une ambassade de Suisse qu'il s'agit, elle engage la Confédération en tant que telle; cela étant, elle peut aussi, par exemple, procéder à un échange de notes obligatoire sur le plan international. La question de la compétence pour conclure des accords avec un Etat étranger peut également surgir pour les entités constitutives de pays organisés sur une base fédérative. Il se peut en particulier, lorsque ces entités ont une compétence exclusive dans un domaine donné sur le plan interne, que le droit national leur attribue aussi la faculté de souscrire à des instruments internationaux dans ce même domaine (il en va ainsi, par exemple, pour les cantons suisses en vertu de l'article 56 de la Constitution fédérale (nCst.)).

3. Quand il s'agit d'instruments d'une importance secondaire, ou lorsque ces textes n'ont pas un caractère exclusivement interétatique, ce ne sera pas nécessairement la Confédération comme telle qui devra y devenir Partie. Dans certaines conditions, un département, un office ou une autre autorité fédérale peut le faire en son nom, même si cette entité n'a pas de personnalité juridique propre. Dans cette éventualité, c'est à l'autorité matériellement compétente qu'il appartient de décider de souscrire à l'instrument en cause et de s'identifier ainsi aux buts ou principes qu'il énonce.

4. ...

Note adressée le 15 novembre 2001 par la DDIP à la Division politique II du DFAE. Document inédit.

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

(Voir le n° 4.4)

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n°s 1.2, 4.1 et 7.2)

3.1 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers

Il n'est pas indispensable d'exposer tous les faits de la cause à laquelle se rapporte l'arrêt partiellement reproduit ci-après, ni de relater tous les faits, sauf à préciser qu'il s'agissait d'une demande d'assistance judiciaire adressée par les Etats-Unis à la Suisse, demande entraînant la saisie de certains fonds de la recourante localisés en Suisse. La recourante excipa de son immunité d'exécution. A l'appui de ce moyen, elle alléguait que l'immunité couvrait tous les biens affectés à son service public, y compris ceux servant à développer le tourisme ou les ressources naturelles du pays. On n'était donc pas dans le cas où un Etat tentait d'invoquer son immunité pour se dérober à ses obligations financières mais, dans la mesure où il pouvait s'agir de fonds issus d'actes de corruption et de détournements, dans la situation où la recourante était elle-même la victime de ces actes et où, partant, la saisie des fonds en question ne se justifiait pas. Voici ce que le TF eut à dire à ce propos:

4. ...

a) Le Tribunal fédéral a déjà examiné ces arguments dans le cadre de recours de droit public formés, notamment par la recourante, à l'encontre des décisions de blocage des comptes détenus auprès de la banque B. Dans ses arrêts du 8 décembre 2000⁹, dont la teneur est reprise dans la décision attaquée, le Tribunal fédéral a rappelé que la distinction des actes *jure gestionis* et *jure imperii* ne saurait se faire sur la seule base de leur rattachement au droit public ou au droit privé, ni même au regard du but poursuivi, car ce but vise toujours un intérêt étatique. On recherchera donc prioritairement quelle est la nature intrinsèque de l'opération mise sur pied par l'Etat: il s'agit de déterminer si l'acte relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers (ATF 110 II 255, c. 3a, p. 259¹⁰; 104 Ia 367, c. 2c, p. 371¹¹). La jurisprudence range ainsi parmi les actes accomplis *jure imperii* les activités militaires et les actes analogues à une expropriation ou une nationalisation (ATF 113 Ia 172, c. 3, p. 176¹²); sont en revanche des actes accomplis *jure gestionis* les emprunts de l'Etat ou d'une banque centrale souscrits sur le marché monétaire (ATF 104 Ia 376) et les contrats, par exemple d'entreprise (ATF 112 Ia 148¹³; 111 Ia 62¹⁴). La jurisprudence recourt aussi à des critères extérieurs à l'acte en cause. Elle voit par exemple l'indice d'un acte accompli *jure gestionis* dans le fait que l'Etat est entré en relation avec un particulier sur le territoire d'un autre Etat, sans que ses relations avec ce dernier soient en cause (ATF 104 Ia 367, c. 2c, p. 371; 86 I 23, c. 2, p. 29). Ces activités commerciales, tels des accords de livraison de marchandises ou de prestations de service, ou des engagements financiers comme, en particulier, des contrats de prêt ou de garantie, ne sont évidemment pas couvertes par l'immunité diplomatique (*sic*).

Dans les arrêts précités, le Tribunal fédéral a estimé que le recours à des sociétés privées, dont l'Etat n'était d'ailleurs pas lui-même l'ayant droit, permettait de douter de l'existence d'une immunité diplomatique (*sic*), indépendamment de la prétendue affectation des fonds à des tâches publiques.

b) Ces considérations, émises au stade des mesures de blocage dans le cadre de la procédure pénale nationale, conservent leur pertinence dans la présente cause. Compte tenu de l'intervention de plus en plus fréquente des Etats dans des activités laissées jusque-là à la société marchande, et selon un mode de fonctionnement analogue à ceux qu'utilisent les acteurs privés, la conception restrictive de l'immunité d'Etat est aujourd'hui généralisée, tant dans les droits nationaux que dans les conventions régissant la matière, notamment la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats¹⁵, à laquelle la Suisse n'est pas Partie (J. Combacau/S. Sur, *Droit international public*, 3^e éd., Paris 1997, pp. 241-242). *Ratione materiae*, l'immunité n'est ainsi admise que pour un type restreint d'activités, soit les activités dites "souveraines", qui impliquent l'usage de prérogatives de la puissance publique. Elle est en revanche exclue lorsque l'action de l'Etat se rapporte à une transaction commerciale, ou au statut d'un bien immobilier ou d'un droit incorporel de l'Etat (*op. cit.*, p. 242). *Ratione personae*, seuls bénéficient de l'immunité l'Etat lui-même, ou les entités remplissant une mission de souveraineté, compte tenu de la nature de l'acte accompli et du statut de son auteur. Les sociétés contrôlées par l'Etat ne sauraient normalement en bénéficier (arrêt du 8 mars 1999, c. 4 in fine, non publié in SJ 1999 I 427).

c) Longtemps controversée, la question de l'immunité dont jouit l'Etat en matière commerciale est désormais résolue dans le sens du refus de tout privilège. L'exception d'activité commerciale ne se limite pas à une série d'actes; il doit en outre exister un lien suffisant entre le rapport en cause et le territoire suisse.

L'exception d'activité commerciale peut être reconnue indépendamment du fait que les activités commerciales concernées ont pour but ultime de favoriser le développement économique. Si l'exploitation des ressources naturelles est incontestablement une activité de service public, il n'en résulte pas que l'immunité doit être accordée dès qu'un litige se rattache à l'exercice d'une telle activité. Il se peut en effet que les contrats passés par une entité chargée de la mise en valeur des richesses d'un Etat ne soient nullement des actes de souveraineté (I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles 1997, pp. 348-349).

Arrêt du TF, du 25 juin 2001, en la cause République de Y. c. Office fédéral de la justice du DFJP (c. 4a à c). Arrêt non publié.

3.2 Statut juridique de l'Etat de la Cité du Vatican, du Saint-Siège et des nonces apostoliques

La note qui suit, œuvre de la DDIP, examine le statut juridique du Vatican, du Saint-Siège et des nonces apostoliques. Elle se termine par un aperçu de la pratique suisse.

1. L'Etat de la Cité du Vatican

Les Accords du Latran du 11 février 1929, signés entre le Pape et Mussolini, ratifiés le 7 juin 1929¹⁶, transfèrent au Saint-Siège non seulement la propriété de la Cité du Vatican mais encore une série d'immeubles, des basiliques patriarcales et du palais de Castel-Gandolfo, créant ainsi l'Etat de la Cité du Vatican. La raison d'être de cet Etat est d'assurer la liberté et l'indépendance du Saint-Siège face à l'Etat italien.

Il n'a pas été apporté de réponse définitive à la question de savoir si l'Etat de la Cité du Vatican dispose de tous les attributs d'un Etat au sens du droit international. En tout état de cause, la doctrine dominante considère l'Etat de la Cité

⁹ Pratique suisse 2000, n° 3.3, RSDIE, 11^e année, 2001, p. 589.

¹⁰ Pratique suisse 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

¹¹ Pratique suisse 1978, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 143.

¹² Pratique suisse 1987, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209.

¹³ Pratique suisse 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158.

¹⁴ Pratique suisse 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 60.

¹⁵ Convention du 16 mai 1973, ASDI, vol. XXXI, 1975, p. 273.

¹⁶ G.-F. De Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 3^e série, vol. 21, p. 18.

du Vatican comme une entité étatique relevant du droit international. La pratique suit cette doctrine. Par exemple, l'Etat de la Cité du Vatican est officiellement membre à part entière de l'Union postale universelle et de l'Union internationale des télécommunications. L'Etat de la Cité du Vatican est régi par une loi fondamentale de 1929, révisée en 2001. La gestion de l'Etat est de la compétence du Pape, qui jouit d'un pouvoir absolu. La Commission des Cardinaux et le Secrétariat général composé de huit directions assistent le Pape dans ses tâches. Le Président en fonction est le Cardinal Edmund Szoka et le Secrétaire général l'Evêque Gianni Danzi.

2. Le Saint-Siège

Le Saint-Siège est lui aussi un sujet du droit international, distinct de l'Etat de la Cité du Vatican. Il s'agit de l'entité qui se trouve à la tête de l'Eglise catholique, organisation transnationale confessionnelle. Le Saint-Siège n'est donc pas un Etat, mais est qualifié de "sujet du droit international sui generis".

Sa personnalité internationale se fonde surtout sur le fait que la communauté (chrétienne) des Etats a reconnu que le Pape exerce son autorité morale et spirituelle également dans les relations internationales. Un grand nombre d'Etats ont reconnu le Saint-Siège et entretiennent avec lui des relations diplomatiques.

Le Préambule des Accords du Latran du 11 février 1929 garantit "la souveraineté indiscutable même dans le domaine international" du Saint-Siège. En tant que sujet du droit international, il a le statut d'observateur auprès de nombreuses organisations internationales, par exemple ONU, UNESCO, OIT, OMS, FAO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture; Organisation internationale du travail; Organisation mondiale de la Santé; Organisation de l'alimentation et de l'agriculture), Conseil de l'Europe, Communautés européennes. Il est également Partie aux quatre Conventions de Genève de 1949¹⁷.

Même si le Saint-Siège peut être considéré comme étant "domicilié" à l'Etat du Vatican, sa personnalité sui generis en droit international ne dépend pas de celle de cet Etat. Preuve en est qu'elle était reconnue bien avant la création dudit Etat par les accords du Latran.

3. Les nonces apostoliques

Le nonce apostolique est le représentant diplomatique du Saint-Siège, évêque titulaire accrédité auprès d'un gouvernement étranger ou d'une organisation internationale. En pratique, il ne s'agit là que d'une dénomination spécifique qui distingue le représentant du Saint-Siège des représentants des Etats, à savoir des ambassadeurs.

Selon l'article 14 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques¹⁸, le statut du nonce apostolique est identique à celui des ambassadeurs et autres chefs de mission. Il bénéficie de l'ensemble des privilèges et immunités garantis par la convention de Vienne.

Sans y être obligés, certains Etats accordent au nonce apostolique un statut spécial en ce qui concerne sa préséance dans le corps diplomatique. De plus, il est souvent reconnu comme le doyen de la communauté diplomatique.

Sur le plan interne de l'Eglise, le nonce a en outre une deuxième fonction, car il est le représentant du Pape auprès de l'Eglise locale.

4. Pratique de la Suisse

La Confédération entretient des relations diplomatiques avec le Saint-Siège, mais pas avec l'Etat de la Cité du Vatican.

La Nonciature apostolique en Suisse est la plus ancienne représentation permanente du Saint-Siège au Nord des Alpes, établie en 1597 à Lucerne. A cette époque, le Nonce était accrédité auprès des cantons catholiques. A partir de 1803, il l'est auprès de la Confédération. Le Conseil fédéral a interrompu les relations diplomatiques entre la Suisse et le Saint-Siège suite aux événements du Kulturkampf en 1873. Elles ont été rétablies en 1920. Depuis le 28 mai 1999, c'est Son Excellence Monseigneur Pier Giacomo de Nicolo qui est investi de cette fonction.

En Suisse, le nonce apostolique bénéficie de la préséance sur les autres chefs de mission, et cela indépendamment de la date à laquelle il a présenté ses lettres de créance. De plus, il est considéré par le corps diplomatique comme le Doyen de ce dernier.

La Suisse s'est longtemps abstenue de dépêcher un ambassadeur auprès du Saint-Siège, créant ainsi une certaine anomalie dans les relations diplomatiques. Ce n'est qu'en 1991, suite à l'"affaire Haas", qu'il est apparu nécessaire de changer cette situation afin de mieux défendre les intérêts de la Confédération et des cantons auprès du Saint-Siège. Le Conseil fédéral a nommé un ambassadeur en mission spéciale près le Saint-Siège. L'institution de l'ambassadeur en mission spéciale - en opposition à l'ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire - est prévue par le droit international pour des tâches spécifiques limitées dans le temps. C'est aujourd'hui M. Claudio Caratsch qui représente la Suisse dans cette fonction, avec résidence à Vienne. Le Conseil fédéral a déclaré en 1994 qu'il déterminera, le moment venu, s'il y a lieu de lever complètement l'anomalie dans nos relations diplomatiques avec le Saint-Siège.

Le Conseil fédéral a conclu quelques accords internationaux avec le Saint-Siège, portant notamment sur l'organisation des évêchés. Il n'existe par contre pas de tels accords entre la Suisse et l'Etat de la Cité du Vatican.

Note du 8 mars 2001, préparée par la DDIP à l'intention du Chef du DFJP. Document inédit.

¹⁷ Conventions du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

¹⁸ RS 0.191.01.

3.3 Nature et statut juridiques du Comité international olympique (CIO)

Dans la note reproduite ci-dessous, la DDIP s'interroge sur le point de savoir si le CIO peut être assimilé à une organisation intergouvernementale aux fins d'appliquer la Convention de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), du 17 décembre 1997, sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (FF 1999 V 5108).

...

Vous nous avez demandé ... d'examiner si le CIO pouvait être soumis à l'application de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (ci-après: convention de l'OCDE). La question ... a été posée ... par (M.) Samaranch¹⁹, qui demande, en outre, à la Suisse d'intervenir auprès de l'OCDE pour ce faire. Cette affaire suscite les remarques suivantes de notre part:

1. La convention du 17 décembre 1997 de l'OCDE est entrée en vigueur le 15 février 1999. Elle a été ratifiée par 16 Etats. La convention n'est pas directement applicable. Elle demande aux Etats de prendre des mesures sur le plan pénal et aussi fiscal pour que constitue une infraction pénale "le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ... à un agent public étranger ... pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ... dans le commerce international" (cf. article premier).

La convention de l'OCDE se limite à un aspect de la corruption: elle ne concerne que la corruption active de fonctionnaires étrangers et seulement dans la mesure où un acte de corruption est commis dans le cadre de transactions commerciales. Par "corruption active", on entend l'acte par lequel une personne promet ou verse, par exemple, un pot-de-vin, par opposition à la "corruption passive", c'est-à-dire l'acte commis par l'agent public qui reçoit le pot-de-vin.

2. La Suisse a décidé de ratifier cette convention et le Conseil fédéral a déposé un message le 19 avril 1999 (FF 1999 V 5045-5162)²⁰. Il y propose en outre des modifications du code pénal et du code pénal militaire²¹, c'est-à-dire la révision des dispositions pénales applicables à la corruption.

3. Le CIO souhaiterait se voir appliquer la convention et demande surtout que ses membres soient assimilés à des "agents publics étrangers" au sens de la convention. A son avis, la corruption d'un membre pourrait alors constituer une infraction pénale en vertu de la législation des Etats Parties à cette convention.

Aux fins de la convention, la notion d'"agent public étranger" désigne "toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un Etat étranger, toute personne exerçant une fonction publique pour un Etat étranger ... et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique (cf. article premier, alinéa 4, lettre a)."

Les termes "fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique" s'appliquent, selon le Commentaire de l'OCDE de la convention, "à toute organisation internationale constituée par des Etats, des gouvernements ou d'autres organisations internationales publiques, quelles que soient sa forme et ses attributions, y compris, par exemple, une organisation d'intégration économique régionale comme les Communautés européennes".

Partant, le CIO voudrait se voir reconnaître le statut d'"organisation internationale publique" et souhaiterait que ses membres soient des fonctionnaires ou agents d'une organisation internationale. C'est dans ce sens que le CIO a écrit le 1^{er} octobre 1999 au Secrétaire général de l'OCDE.

4. Le CIO a saisi cette initiative à la suite des décisions prises par la Commission spéciale du Comité National Olympique des Etats-Unis présidée par le Sénateur Mitchell, recommandant au CIO de prendre des initiatives visant à obtenir qu'il soit reconnu comme "une organisation internationale publique". En ratifiant la convention, les Etats-Unis ont prévu pour le Président la possibilité par le biais d'un "Executive Order" ("Ordonnance présidentielle") d'étendre la portée de la Convention à "any other international organization" ("toute autre organisation internationale") et ce, pour que la corruption d'un membre du CIO puisse constituer, dans ce pays, une infraction pénale en vertu de la législation américaine. Selon le Rapport Mitchell, une action du Président des Etats-Unis devrait intervenir en étroite collaboration avec "d'autres gouvernements".

Cela explique la raison pour laquelle le Président Samaranch a ... demandé à la Suisse, d'une part, de soutenir ses efforts en vue de cette reconnaissance et, d'autre part, de s'associer avec les Etats-Unis à cet effet.

5. Or, la Suisse a repris la définition de l'OCDE. C'est ainsi que les termes du nouvel article 322 (septies) du Code pénal doivent être compris dans le sens qui leur est donné par la convention de l'OCDE, c'est-à-dire s'appliquant "aux organisations intergouvernementales et à celles qui sont constituées par d'autres collectivités de droit public" ou aux "organisations pour la promotion de l'intégration économique régionale" (cf. message, FF 1999 V 5088).

Il suit de ce qui précède que la Suisse ne pourrait pas s'associer aux Etats-Unis pour demander à l'OCDE que le CIO soit reconnu comme une "organisation internationale publique" en vue de son adhésion à la convention. C'est d'ailleurs aussi dans ce sens que l'OCDE a répondu le 6 décembre 1999 à M. Samaranch, en lui disant que le CIO ne pouvait pas être considéré comme une organisation internationale publique au sens de la convention de l'OCDE et que les

¹⁹ M. Samaranch était, à l'époque, le Président du CIO.

²⁰ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 19 avril 1999, concernant la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

²¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0); Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0).

membres du CIO ne pouvaient pas être considérés comme des agents publics étrangers. Le Secrétaire général de l'OCDE a toutefois assuré le Président du CIO qu'il avait transmis sa lettre au Groupe de travail de l'OCDE - qui réexamine la convention de manière continue - pour qu'il étudie "la question de la couverture éventuelle par la convention de fonctionnaires des organisations internationales non-gouvernementales".

C'est peut-être dans ce sens que notre représentation auprès de l'OCDE pourrait intervenir auprès du Secrétaire général ...

6. Cela étant, quand bien même satisfaction serait donnée au CIO de pouvoir adhérer à la convention de l'OCDE, cette dernière ne semble pas être l'instrument adéquat pour couvrir la situation du CIO. La convention de l'OCDE sanctionne seulement la corruption active, c'est-à-dire le cas où le CIO verserait des pots-de-vin à des fonctionnaires étrangers, alors que, dans le cas présent du CIO, il s'agit de corruption passive, puisque ce sont les membres du CIO qui ont été en l'occurrence corrompus.

Nous ne nions pas que la soumission du CIO à la convention de l'OCDE pourrait avoir un effet psychologique bénéfique, mais cela n'irait pas vraiment au-delà.

En revanche, la Convention pénale du 4 novembre 1998 sur la corruption (, conclue sous les auspices) du Conseil de l'Europe²², serait, dans une certaine mesure, un instrument plus approprié pour le CIO. Cette convention va beaucoup plus loin que la convention de l'OCDE. Non seulement elle réprime la corruption active et passive d'agents publics étrangers et la corruption de fonctionnaires internationaux, mais surtout elle prévoit l'obligation de poursuivre la corruption active et passive dans le secteur privé. Quatorze ratifications sont nécessaires pour l'entrée en vigueur de la convention. Jusqu'ici, seul un Etat, la Macédoine, l'a ratifiée. La Suisse n'envisage pas, pour le moment, de proposer au Parlement les modifications nécessaires à sa ratification. La priorité est clairement accordée à la convention de l'OCDE.

7. Dans le domaine de la lutte contre la corruption, le CIO a entrepris des réformes. C'est ainsi que la Règle 25 de la Charte (du CIO) charge une commission d'éthique du CIO de définir et de mettre à jour un cadre de principes éthiques comprenant un code d'éthique. La Commission est en outre compétente pour enquêter sur les plaintes déposées en relation avec la méconnaissance de ces principes éthiques, y compris les cas de violation du code d'éthique, et pour proposer éventuellement des sanctions à la Commission exécutive du CIO.

Le CIO devrait s'inspirer des principes qui régissent les deux conventions précitées et ainsi les appliquer d'une manière autonome. De surcroît, il devrait mettre sur pied une procédure d'information des mesures qu'il a prises dans ce domaine.

Note de la DDIP du 19 janvier 2000. Document inédit.

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

(Voir aussi les nos 7.4 et 9.1)

4.1 Droit des étrangers: droit des époux ou épouses étrangers de citoyennes ou citoyens suisses de s'établir sur le territoire de la Confédération. Les cantons peuvent-ils donner des instructions aux représentations diplomatiques ou consulaires suisses à l'étranger?

L'avis de droit de la DDIP qui suit examine dans quelle mesure les cantons peuvent donner des instructions aux représentations suisses à l'étranger dans le domaine de la lutte contre les mariages abusifs et, notamment, leur demander d'interroger systématiquement les nouveaux époux ou épouses.

...

Au regard de la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 142.20), un mariage juridiquement valable avec un ressortissant suisse donne droit à un titre de séjour (article 7, alinéa premier, LSEE). Les autorités de police des étrangers sont en principe tenues d'accorder un titre de séjour ou le prolongement d'un titre de séjour à l'épouse étrangère d'un ressortissant suisse, aussi longtemps que le mariage est juridiquement valable. Toutefois, la loi prévoit aussi une disposition pour lutter contre les abus. Ainsi, le droit de séjour n'existe plus lorsqu'il peut être prouvé au moyen d'indices sérieux et concrets que le mariage n'a été conclu que pour détourner la loi (article 7, alinéa 2, LSEE). Le but de cette disposition n'est pas d'empêcher le mariage de ressortissants suisses avec des ressortissantes étrangères (ou vice-versa), mais de permettre aux autorités de police des étrangers de sanctionner les abus en retirant le droit de séjour obtenu grâce au mariage de complaisance. La question se pose de savoir si cette disposition est également applicable à des fins préventives, avant le mariage, avec la conséquence d'empêcher la venue de la future épouse en Suisse. Une telle interprétation paraît dépasser l'objectif de cette disposition. Le Rapport sur les étrangers de l'Office fédéral des étrangers (OFE) (du DFJP) de 1997 contient certaines indications allant dans le même sens. On peut y lire que les procédures (ouvertes sur la base de l'article 7, alinéa 2, LSEE) donnent souvent lieu à des difficultés de preuve et que les abus sont dès lors difficiles à sanctionner. Ces dispositions amènent à penser qu'une procédure de type préventif ne correspondrait pas à une pratique reconnue.

Conformément à la loi, le pouvoir d'instruction aux représentations diplomatiques suisses relève de l'OFE, le cas échéant en coordination avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE, article 18 LSEE). Dans le cadre de l'application de la LSEE, la DDIP n'a pas connaissance de dispositions chargeant les représentations diplomatiques

²² Traités européens, n° 173. En réalité, cet instrument date du 27 janvier 1999.

suisses de procéder, à la demande des cantons, à des interrogatoires accompagnés d'un procès-verbal pour les cas de demandes d'entrée aux fins de mariage. La DDIP estime que les cantons ne jouissent pas de la liberté de donner des instructions de manière autonome aux représentations suisses. En outre, des interrogatoires fondés sur des listes de questions préparées par l'autorité cantonale peuvent aussi, dans certains cas, soulever des problèmes sous l'angle du respect de la vie privée des individus.

Avis de droit de la DDIP du 19 novembre 1999. JAAC 2001, fasc. 65-I, n° 32.

4.2 Droit des étrangers: reconnaissance des passeports étrangers par la Suisse

Les questions de la reconnaissance des passeports étrangers par la Suisse, de l'obligation, pour l'étranger, de présenter un passeport en vue du renouvellement de son permis B, et de la valeur, au niveau international, des documents de voyage remis par les autorités suisses aux étrangers sans papiers sont examinées dans l'avis de la DDIP qui suit:

...

1. Reconnaissance, par les autorités suisses, des passeports émis par d'autres Etats

De manière générale, la faculté d'émettre un passeport à des ressortissants nationaux relève de la compétence exclusive des Etats, selon les procédures et les modalités fixées par leur droit interne. Le corollaire de cette compétence exclusive est la faculté des autres Etats de reconnaître librement ou non la validité des passeports émis en tant que titre de voyage valable.

Ainsi, en l'absence de conventions multilatérales ou bilatérales, les Etats restent libres de reconnaître les passeports émis par d'autres Etats. Alors que cette reconnaissance ne pose en principe pas de difficultés, les documents émis par les autorités de certains Etats en situation de guerre civile, ou par des mouvements de libération, font l'objet de mesures restrictives de la part de la communauté internationale. Tel est le cas dans le pays X. Alors que la Suisse continue, sur la base des directives internes du Département fédéral de justice et police, de reconnaître les passeports du pays X. comme documents de voyage valables, sous réserve de l'obligation de visa, les Etats participant à la Convention de Schengen, devenue partie intégrante de l'Union Européenne depuis le 1^{er} mai 1999²³, ont adopté une pratique restrictive vis-à-vis des ressortissants de ce pays, puisqu'ils ne reconnaissent comme titres de voyage valables que les passeports délivrés avant le début des troubles.

2. Obligation de présenter un passeport pour obtenir le renouvellement d'un permis B

En ce qui concerne la condition du passeport pour le renouvellement du permis B, la loi impose la présentation d'une pièce de légitimation en cours de validité pour l'établissement et le renouvellement des titres de séjour (article 3 de la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, LSEE, RS 142.20). Les autorités suisses exigent la présentation d'un passeport valable pour des raisons formelles liées au renouvellement des autorisations de séjour. Dans ce contexte, du point de vue du droit suisse, le livret pour étrangers B en cours de validité garantit le retour en Suisse. Certes, le livret pour étrangers B n'a pas vocation à remplacer un document de voyage, mais il pourrait éventuellement, en fonction de la marge de manœuvre des représentations consulaires étrangères, faciliter l'obtention d'un visa, puisqu'il constitue la preuve d'un séjour légal en Suisse avec la garantie d'être réadmis sur le territoire suisse à la fin du voyage.

3. Délivrance d'un document de voyage pour les étrangers sans papiers comme alternative à un passeport

Enfin, même si les conditions de délivrance d'un passeport pour étrangers au sens de l'article 3, alinéa 2, de l'Ordonnance du 11 août 1999 sur la remise de documents de voyage à des étrangers (ODV, RS 143.5) étaient remplies, ce document ne permettrait pas de faciliter le passage des frontières, puisqu'il ne bénéficie en principe pas d'une reconnaissance généralisée. Ainsi, les documents délivrés par les autorités suisses pour les étrangers sans papiers, à l'exception des réfugiés et des apatrides couverts par d'autres conventions, n'offrent pas d'alternative à un passeport valable reconnu par la communauté internationale.

Avis de droit de la DDIP du 17 juin 1999. JAAC 2001, fasc. 65-II, n° 70.

4.3 Droit des étrangers: fonctions des représentations suisses à l'étranger en matière de délivrance de visas

L'avis de droit de la DDIP qui suit porte sur deux questions: 1) Les représentations diplomatiques et consulaires suisses à l'étranger peuvent-elles, lorsqu'elles examinent les conditions de l'entrée d'étrangers en Suisse, vérifier l'authenticité des pièces présentées par le demandeur de visa en se tournant vers les autorités de l'Etat de résidence? 2) Ces représentations, lorsqu'elles découvrent elles-mêmes que les documents présentés sont des faux, peuvent-elles et doivent-elles dénoncer les auteurs de ces faux à l'Etat de résidence?

...

Lors de l'examen d'une demande d'entrée en Suisse, la représentation suisse a l'obligation légale, au sens de l'Ordonnance concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers du 14 janvier 1998 (RS 142.211), de rassembler les pièces nécessaires en vue de décider de l'octroi du visa, le cas échéant en consultant l'Office fédéral

²³ Accord du 14 juin 1985 (Journal Officiel des Communautés Européennes n° L 239, 22 septembre 2000, p. 13).

des étrangers (OFE) (du DFJP). Il lui appartient de vérifier que les déclarations qui lui sont faites et que les documents qui lui sont présentés sont exacts. A cet égard, elle peut recueillir des informations sur le demandeur et peut exiger des justificatifs ou des preuves. Dans ce contexte, rien ne s'oppose à ce qu'elle soumette les documents douteux à l'Etat de résidence aux fins de vérifier leur authenticité. On peut appliquer par analogie à ce sujet les Directives pour les représentations suisses à l'étranger sur l'octroi de visas (ci-après: les directives), chiffre 424.3, d'où il ressort qu' "en cas de doute et avant de délivrer un visa, l'authenticité des pièces de légitimation devra être attestée par les autorités compétentes du pays qui ont délivré le document (office des passeports, ambassade, consulat, etc.)".

La deuxième situation a trait aux fausses déclarations ou fausses attestations découvertes par l'ambassade ou dont l'ambassade est informée. La DDIP applique également par analogie à cette situation les directives précitées. De manière générale, on peut dire que lorsqu'une représentation suisse découvre de telles irrégularités, elle doit en informer l'OFE. Dans ce cas, "il appartient aux représentations de juger si, compte tenu des circonstances légales, les autorités du pays doivent le cas échéant être informées des falsifications découvertes" (chiffre 425 des directives). En matière de falsification de visas, la représentation suisse devra, dans son appréciation, s'assurer qu'une telle communication n'a pas pour conséquence une atteinte grave aux intérêts de l'individu concerné (entre autres sous l'angle du respect des droits de l'homme) qui serait disproportionnée avec les intérêts publics en jeu.

En principe, les représentations suisses peuvent, dans certains cas, dénoncer des agissements frauduleux aux autorités locales. La DDIP est toutefois d'avis qu'il convient d'agir avec prudence et que des dénonciations ne devraient avoir lieu que pour des cas d'une certaine gravité. Il conviendrait à cet égard de se renseigner sur les conséquences de telles dénonciations, en prenant en considération tous les éléments pertinents relevant du droit du pays d'accueil (déroulement des procédures, sanctions encourues). En dernier lieu, en cas de poursuite judiciaire déclenchée sur dénonciation de l'ambassade, la Suisse, représentée par un membre de l'ambassade, pourrait être appelée à témoigner. Il serait dès lors possible que la Suisse soit impliquée dans une procédure pénale, ce qui nécessiterait le cas échéant qu'elle accepte de lever son immunité de juridiction.

Avis de droit de la DDIP du 1^{er} juillet 1999. JAAC 2001, fasc. 65-I, n° 33.

4.4 Interprétation des traités d'établissement conclus par la Suisse: ces traités s'appliquent-ils aux réfugiés? Protection diplomatique. Droit international conventionnel et droit interne suisse: incorporation automatique

Dans l'arrêt ci-après reproduit en extrait, le TF eut à examiner le point de savoir si un recourant turc bénéficiant du droit d'asile, donc du droit de s'établir en Suisse, pouvait changer de canton de résidence. Le Tribunal commença par constater que si, en général, l'étranger ne disposait pas de cette faculté, il en allait différemment dans le cas d'espèce en raison de la Convention d'établissement conclue entre la Suisse et la Turquie le 13 décembre 1930 (RS 0.142.117.632). En effet, aux termes de l'article 14, alinéa 4, du Règlement d'exécution du 1^{er} mars 1949 de la Loi fédérale du 26 mars 1931 relative au séjour et à l'établissement des étrangers en Suisse (LSEE, RS 142.201), le droit de transférer son domicile d'un canton à l'autre ne peut être refusé à un étranger muni d'une autorisation d'établissement et de papiers d'identité de son état d'origine, avec qui la Suisse a conclu un traité d'établissement, sauf s'il existe un motif de révocation ou d'extinction selon l'article 9, alinéas 3 et 4, de la LSEE (RS 142.20). Qui plus est, le TF a décidé, en se fondant sur l'article 26 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), lu conjointement avec l'article 6 de cette même convention, que la condition suivant laquelle l'intéressé doit être en possession de papiers de son Etat d'origine ne vaut pas pour les réfugiés, car il s'agit d'une condition qu'un réfugié, vu la nature même de sa situation, n'est pas en mesure de remplir (ATF 123 II 145, c. 2c, p. 151).

Dans les arguments qu'il présenta au TF, l'Office fédéral des étrangers du DFJP émit toutefois des doutes sur l'idée même d'appliquer les traités d'établissement aux réfugiés. Il était en effet inconvenant, selon l'Office, qu'un intéressé puisse se prévaloir simultanément de sa qualité de réfugié et de ses droits en tant que citoyen d'un Etat dont il s'est enfui. Le texte qui suit porte sur cette argumentation.

(Traduction:)

2. ...

c) Les traités internationaux engagent en première ligne un Etat contractant vis-à-vis d'un autre. C'est donc à l'Etat national que revient le droit d'exiger que ses ressortissants soient traités de manière conforme à une convention d'établissement (Georges J. Perrin, *Droit international public*, Zurich 1999, p. 640, n° 4; I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 9^e éd., Cologne 1997, p. 305, n° 1602). Il semble évident qu'en règle générale cet Etat n'aura guère intérêt à exercer la protection diplomatique d'un national qui a fui son territoire et à revendiquer les droits découlant de la convention. Qui plus est, une personne qui se replace volontairement sous la protection de son Etat national n'est plus considérée comme réfugiée (article premier, lettre C, chiffre premier, de la Convention relative au statut des réfugiés).

Cette manière de voir, cependant, méconnaît deux éléments. En premier lieu, l'absence de protection diplomatique ne change rien à l'existence, en principe, d'une obligation à la charge de la Suisse qui découle des traités d'établissement (Walter Kälin, *Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg*, Berne 1999, p. 147). Deuxièmement, la question ne se pose pas à ce niveau-là. Les règles du droit international, une fois qu'elles ont acquis force de loi sur le plan interne, deviennent partie intégrante du droit suisse et doivent être respectées et appliquées par

l'ensemble des organes étatiques (ATF 124 II 293, c. 4b, pp. 307 et s.²⁴. Aucun acte particulier n'est requis pour que la règle de droit international se mue en règle du droit interne (ATF 120 Ib 360, c. 2c, p. 366²⁵. En devenant contraignant sur le plan international, le traité prend également effet sur le plan interne (TF 122 II 234, c. 4a, p. 237²⁶. Ainsi le ressortissant étranger devient, au niveau interne, titulaire des droits découlant de la convention et peut les faire valoir devant les tribunaux internes (Perrin, op. cit., p. 639, n° 2). Pour ce faire, il ne doit ni bénéficier de la protection diplomatique de son Etat national, ni solliciter cette protection, ce qui serait incompatible avec son statut de réfugié. La convention est appliquée par le Tribunal fédéral à titre de droit national. La doctrine admet du reste que les règles du droit international relatives à la condition des étrangers, y compris notamment celles figurant dans les conventions bilatérales d'établissement, s'appliquent aussi aux réfugiés (Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, Cologne 1962, p. 157; Kälin, op. cit., pp. 147, 151). On ne saurait donc suivre l'Office fédéral des étrangers lorsqu'il affirme que le recourant, en raison de sa condition de réfugié, ne peut se réclamer de la convention d'établissement avec la Turquie. Ainsi le recours ... est recevable.

Arrêt du TF, du 1^{er} mai 2001, en la cause K. c. Département de police et militaire et Cour d'appel du canton de Bâle-Ville. ATF 127 II 177, c. 2c (180-182).

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n°s 1.1 et 7.1)

5.1 Accomplissement d'actes officiels sur le territoire d'un Etat étranger: notification de documents officiels

L'avis de droit de la DDIP qui va suivre porte sur la notification d'actes de procédure judiciaire à des destinataires domiciliés en Suisse, en particulier à des filiales ou établissements de sociétés étrangères en Suisse.

(Traduction:)

...

En droit international public, chaque Etat a droit au respect de son intégrité territoriale. Cette règle interdit tous les actes officiels à l'étranger, car de tels actes porteraient atteinte à la souveraineté territoriale d'un autre Etat en l'absence d'autorisation donnée par celui-ci et d'une autre justification tirée du droit des gens²⁷. Font partie de ces actes, en principe, la notification postale de pièces de procédure à des particuliers ainsi que les demandes officielles de renseignements²⁸. Dans le cadre de cette définition large, chaque Etat pourra s'opposer à de telles notifications ou, au contraire, les tolérer. C'est pourquoi aucune affirmation générale sur la pratique des Etats n'est possible. Il faut au contraire adapter les réponses à la question juridique qui se pose et à l'Etat qui est en cause²⁹.

Pour ce qui est de la souveraineté suisse, les autorités se fondent sur la nature et le but de la notification³⁰, l'élément décisif étant de savoir si la démarche sert à accomplir une tâche étatique. En revanche, pour définir l'acte de puissance publique, on ne se fonde pas sur les inconvénients directs que pourrait comporter pour le destinataire une notification par la voie postale, ni sur le point de savoir si la notification recèle une menace - expresse ou implicite - de mesures de contrainte. On admet toutefois qu'on peut en règle générale, sur le plan du droit des gens, tolérer la notification postale d'avis donnés à titre de simple information, sans entraîner des effets juridiques pour leurs destinataires³¹.

Dans les relations entre la Suisse et un Etat étranger (et dans le cadre de la définition précitée, tirée du droit international), ce sont donc l'attitude de cet Etat et l'existence (ou l'absence) de règles conventionnelles³² qui comptent. En revanche, la réciprocité ... au sens étroit du terme n'intervient pas: en l'absence de règles conventionnelles, la Suisse n'accorde, en matière de notifications, aucune facilité sur une base de réciprocité, ce qui fait qu'elle ne peut en revendiquer sur cette base. Au niveau politique, en revanche, l'idée de la réciprocité joue un certain rôle: La Suisse ne devrait pas demander qu'il soit procédé, à l'étranger, à des types de notification qu'elle ne serait pas elle-même prête à tolérer dans le domaine juridique dont il s'agit.

L'accomplissement d'actes officiels à l'étranger

L'accomplissement d'actes officiels à l'étranger dépend d'une autorisation générale de l'Etat intéressé (donnée par traité) ou d'une permission accordée pour le cas d'espèce. Suivant les circonstances, une telle permission peut aussi être déduite de la tolérance montrée à l'égard de certains types de notification, cette tolérance pouvant être révoquée

²⁴ Pratique suisse 1998, n° 2.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 652.

²⁵ Pratique suisse 1994, n° 1.1, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 590.

²⁶ JdT 1997 I 556.

²⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford 1990, p. 307.

²⁸ A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht - Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin 1984, paragraphe 456. Les auteurs exceptent les simples avis sans portée juridique (p. 277 n. 13).

²⁹ En général, les milieux juridiques anglo-saxons tendent à définir moins strictement la notion d'actes officiels, en tout cas dans la mesure où il n'y a aucune menace de contrainte (cf. par exemple ATF 109 III 97, c. 2: notification aux Etats-Unis, par la voie postale, de pièces concernant une poursuite pour dettes).

³⁰ Th. Bischof, *Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen*, Zurich 1997, p. 174 (*Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung*, vol. 31).

³¹ Bischof, op.cit. note 30, p. 190; Verdross/Simma, loc.cit. note 28.

³² Dans ce sens voir les Conventions pertinentes de La Haye en matière civile et commerciale (, du 17 juillet 1905) (RS 0.274.11), (du 1^{er} mars 1954) (RS 0.274.12) et (du 15 novembre 1965) (RS.0.274.131).

à tout moment. La tolérance, de plus, présuppose que l'Etat étranger soit informé du type de notification choisi et qu'il n'ait pas protesté contre le recours à celui-ci.

L'existence d'une menace - expresse ou implicite - de sanction n'entre pas dans la définition de l'acte officiel. Elle pourrait toutefois intervenir quand il s'agit d'apprécier la gravité de l'atteinte portée à la souveraineté étrangère.

Les remarques introductives qui précèdent font ressortir que la Suisse peut elle-même décider quelles notifications elle entend accepter et quelles notifications elle refuse de tolérer. Dans ce contexte, la DDIP rappelle qu'en principe les demandes de renseignements sont elles aussi rangées parmi les actes officiels. Quant au point de savoir si la tolérance, dans la pratique suisse, devrait dépendre d'une référence à des règles étrangères de procédure, il conviendra de le résoudre, d'après la DDIP, en faisant appel à la discrétion de l'autorité compétente³³.

Quant à savoir si une demande de renseignements non assortie d'une menace expresse ou implicite de sanctions doit être admise, tout dépend de l'idée que l'Etat intéressé se fait de sa souveraineté. En l'absence de règles conventionnelles, cet Etat est libre, sur le plan international, de s'opposer à toute demande officielle de renseignements présentée par un Etat étranger. Il en va ainsi même dans le cas où le destinataire de la demande lui donne suite volontairement, car ce sont en principe les seules autorités, à l'exclusion des individus, qui peuvent disposer de la souveraineté étatique.

Une simple information suivant laquelle une enquête a été ouverte en Suisse et que l'entreprise visée est invitée à participer à la procédure, notamment en élisant domicile en Suisse pour recevoir des notifications, ne constitue toutefois pas, selon la DDIP, une atteinte internationalement illicite à la souveraineté de l'Etat étranger. Elle peut donc être transmise par la voie postale.

D'après la DDIP, l'admissibilité d'une notification postale ne dépend pas du point de savoir si le service postal utilisé est organisé selon les règles du droit privé ou public. Même la notification d'un document officiel par un particulier peut porter atteinte à la souveraineté territoriale d'un Etat étranger.

De l'inadmissibilité (éventuelle) d'une notification postale directe, on ne saurait déduire que seule la notification par la voie diplomatique reste ouverte. Ce qui, selon la DDIP, semblerait correct, ce serait soit la notification par voie de publication, soit une information, envoyée par la poste à l'entreprise concernée, dont il ressort qu'une enquête a été ouverte en Suisse et que l'entreprise est invitée à y participer, notamment en élisant domicile en Suisse en vue de recevoir des notifications.

Sous l'angle du droit des gens, aucun motif ne s'oppose à l'ouverture d'une procédure par voie de publication. Cette ouverture ne nécessite aucune notification diplomatique. Aussi longtemps que les actes d'exécution qui suivent sont limités au territoire suisse, la DDIP ne voit aucun obstacle à commencer la procédure au moyen de la publication.

Démarche à suivre à l'encontre de filiales ou établissements domiciliés en Suisse

La transmission d'actes de procédure au domicile suisse de sociétés étrangères ne rencontre aucune objection aussi longtemps qu'elle n'entraîne pas des effets de souveraineté transcendant le territoire suisse. De cette question il convient de séparer celle de savoir si et dans quelle mesure le droit de la procédure (suisse ou étranger) admet que la notification soit faite à une personne juridiquement différente de celle qui est visée. Si le véritable objet de l'enquête est la société mère à l'étranger, seul le droit étranger permet de résoudre la question de savoir si les notifications effectuées en Suisse déploient des effets juridiques à l'étranger.

Nous pensons qu'en principe la notification de pièces de procédure à une entreprise étrangère ayant un domicile en Suisse, aux fins d'une enquête en Suisse, est permise. Ce qui pourrait faire problème, toutefois, c'est la mise en cause des filiales suisses d'entreprises étrangères dans le domaine de la concurrence, lorsque ces filiales ne sont de toute évidence en rien concernées par l'objet de l'enquête. Autrement dit, si l'enquête ouverte par les autorités suisses en matière de concurrence se rapporte à des éléments qui concernent exclusivement l'entreprise mère domiciliée à l'étranger, et si l'on n'en essaie pas moins d'impliquer la filiale suisse, on se demandera si, en procédant ainsi, on ne contourne pas de façon inadmissible la voie de l'assistance judiciaire. La DDIP ne peut prendre, à l'avance, une attitude générale en cette matière, car il convient de considérer les circonstances de l'espèce et de différencier. En l'espèce, il faudrait examiner, par exemple, si l'Etat étranger concerné a refusé l'assistance judiciaire, la conséquence étant que la Suisse ne pourrait exercer les prérogatives qui lui sont internationalement attribuées en matière de compétition³⁴ à l'encontre d'une entreprise étrangère qu'en ouvrant une enquête contre sa filiale suisse.

Le point de savoir qui, parmi les composantes d'entreprises liées entre elles, est censé détenir les renseignements recherchés n'est pas principalement, à notre sens, un problème de droit international public, mais une question d'identification du droit matériel et procédural applicable. Ce qui pourrait en revanche soulever des difficultés sur le plan international, ce serait une présomption que telle entité ou telle autre détient l'information recherchée, si cette présomption a été établie dans le but de produire des effets extraterritoriaux du genre de ceux mentionnés plus haut.

³³ La DDIP estime que l'on peut, en matière de compétence, faire référence à l'Arrêté pertinent du Conseil fédéral, du 7 juillet 1971, sur la permission donnée aux départements et à la Chancellerie fédérale de décider de façon autonome des autorisations visées à l'article 271, chiffre premier, du Code pénal suisse (du 21 décembre 1937, RS 311.0), du 7 juillet 1971 (RO 1971, p. 1053), même lorsqu'il s'agit de la pratique d'admission en général plutôt que d'une autorisation spécifique.

³⁴ Sur ces questions en général, voir J. Schwarze, *Die Jurisdiktionsabgrenzung im Völkerrecht. Neue Entwicklungen im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1^e éd., Baden-Baden 1996 (cf. en particulier le chapitre premier, qui porte sur le critère de l'effet et sur la nécessité d'en limiter la portée, en choisissant comme modèle le droit de la concurrence de la Communauté Européenne (pp. 43 et ss et p. 45 sur l'arrêt *Ahlström c. Commission de la Cour de Justice des Communautés Européennes* (, affaire n° 89/85, CJCE, Recueil 1988, p. 5193).

Sur le plan des principes, la DDIP ne voit aucun obstacle relevant du droit des gens se dresser contre des enquêtes en matière de compétition (même si elles impliquent des contraintes procédurales) lorsque ces enquêtes ont lieu au domicile suisse d'entreprises étrangères. En effet, seul le résultat de l'enquête montrera, en général, si des preuves peuvent être obtenues en Suisse. En revanche, des doutes pourraient éventuellement être de mise, sur le plan international, lorsqu'une filiale est menacée de mesures de contrainte dans l'unique but d'obtenir, par ce biais, des preuves de la part de la société mère à l'étranger.

Démarche à suivre à l'encontre de sociétés mères domiciliées en Suisse

En principe les développements qui précèdent valent également pour l'hypothèse ici envisagée. Cependant, l'exercice d'une contrainte (indirecte) tendant à obtenir des documents détenus par un établissement ou une filiale à l'étranger semble, en règle générale, plus facile à justifier que dans la situation inverse: la société mère porte une responsabilité d'ensemble, tant sur le plan du droit des entreprises que sur celui du droit des gens (si l'on se fonde sur le principe du contrôle³⁵, pour l'entreprise, qui opère sur un plan multinational. Le droit de l'Etat du siège revêt ainsi une importance particulière.

La notion d'entraide internationale et la coopération internationale entre autorités nationales en matière de compétition

La notion d'entraide internationale n'a pas fait l'objet d'une définition générale en droit international public et, en l'absence de base conventionnelle, il n'existe aucun droit, sur le plan international, de l'obtenir. (Ce n'est qu'en se prévalant de la "courtoisie" internationale³⁶ qu'on l'a parfois réclamée, sur la base de considérations extrajuridiques.) On consultera donc en premier lieu le droit national pour établir si les autorités suisses peuvent (ou doivent), de leur propre initiative ou sur demande, fournir des informations à des autorités étrangères. Dans cet ordre d'idées, on rappellera que l'entraide judiciaire est organisée sur la base de principes judiciaires et que les intérêts des personnes concernées bénéficient d'une protection particulière, notamment par des moyens juridictionnels. Ce n'est qu'en empruntant la voie de l'assistance judiciaire que l'on peut demander et obtenir l'emploi de moyens de contrainte procéduraux (par exemple pour la collecte de preuves). En revanche, l'assistance administrative ("Amtshilfe") peut être accordée pour des informations dont l'autorité requise dispose déjà.

Avis de droit de la DDIP du 12 mars 1998. JAAC 2001, fasc. 65/II, n° 71.

5.2 Droit des cours d'eau internationaux: participation équitable et raisonnable des communautés riveraines à l'utilisation d'un cours d'eau. Application des règles du droit international aux relations entre communautés riveraines nationales

Le texte qui suit est extrait d'un arrêt du TF. Cet arrêt porte sur une concession permettant à une entreprise de produire de l'énergie hydroélectrique en aval d'un cours d'eau situé dans le canton des Grisons, suivie de la permission accordée à une autre entreprise d'utiliser une partie des eaux d'amont du même cours d'eau pour fabriquer de la neige artificielle.

(Traduction:)

5. ...

d) ...

cc) ... Les droits d'utilisation d'un cours d'eau par des entités riveraines différentes sont déterminés par les règles constitutionnelles et internationales applicables. Une communauté riveraine localisée en amont n'a pas le droit d'exploiter les eaux sans tenir compte des intérêts des communautés riveraines d'aval; celles-ci ne peuvent, à leur tour, exiger de la communauté d'amont qu'elle renonce à toute utilisation des eaux. Ce qu'il s'agit de rechercher, c'est un partage aussi équitable et raisonnable que possible ("equitable utilization", cf. Patricia Buirette, Genèse d'un droit fluvial international (Utilisation à des fins autres que la navigation), Revue générale de droit international public (t. XCV,) 1991, pp. 35 et ss; Lucius Cafilisch, Sic utere tuo ut alienum non laedas: Règle prioritaire ou élément servant à mesurer le droit de participation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international? Festschrift Walter Müller, Zurich 1993, pp. 27 et ss; X. Fuentes, The Criteria for the Equitable Utilization of International Rivers, British Year Book of International Law (, vol. 62,) 1996, pp. 337 et ss; Knut Ipsen, Völkerrecht, 4^e éd., Munich 1999, p. 914, n° 19). En attribuant une concession, la communauté d'aval ne peut concéder plus de droits que ceux qui lui reviennent dans le cadre des rapports entre riverains d'amont et d'aval. Le riverain d'amont doit, en faisant usage de sa part des eaux, tenir compte des utilisations existantes des riverains d'aval, encore qu'il n'y ait aucune priorité absolue et inconditionnelle en faveur de l'utilisation existante (Fuentes, op. cit., pp. 356 et ss). Ainsi le titulaire d'une concession octroyée par le riverain d'aval ne peut déduire de cet octroi que le riverain d'amont a renoncé à toute utilisation.

Arrêt du TF, du 1^{er} mai 2000, en l'affaire Patvag Usines motrices SA (c. 5d, cc). Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 102^e année, 2001, p. 530 (533).

6. Identité, continuité et succession d'Etats

--

³⁵ La théorie du contrôle n'est toutefois pas généralement admise (voir par exemple I. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 6^e éd., Cologne 1987, n°s 1345-1348 et 1707 et s.).

³⁶ Cela correspond à peu près à la notion de "bon voisinage". Sur la courtoisie internationale, consulter Brownlie, op. cit. note 27, pp. 29 et ss.

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 4.1 et 4.3)

7.1 Fonctions des représentations diplomatiques et consulaires: légalisation de déclarations. Bonne foi et réciprocité

L'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après examine la situation du Consulat de l'Etat X. à Genève, appelé à légaliser une déclaration faite en Suisse par un ressortissant suisse. Voici comment la DDIP a analysé la situation:

...

Une définition est donnée par deux conventions multilatérales relatives à la suppression de la légalisation pour certains types d'actes publics³⁷: "la législation (...) ne recouvre que la formalité destinée à attester la véracité de la signature apposée sur un acte (...)."

La question doit être examinée, d'une part, sous l'angle des privilèges et immunités que confèrent, au Consulat du pays X. à Genève, le droit international général et le droit consulaire et, d'autre part, sous l'angle du droit interne suisse.

S'il est vrai qu'aucune disposition de droit interne n'interdit, en tant que telle, à des représentations étrangères de légaliser des actes de personnes suisses physiques ou morales, l'article 271 du Code pénal du 21 décembre 1937 (CP)³⁸ punit "(c)elui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics". On peut considérer que la légalisation de déclarations de ressortissants suisses, telle qu'elle est définie ci-dessus, est un acte qui relève des pouvoirs publics³⁹. Ainsi, en vertu de l'article 271 CP, le Consulat du pays X. à Genève ne semble pas pouvoir procéder sur le territoire suisse, sauf s'il y est autorisé par les autorités suisses, à la légalisation d'une telle déclaration.

Mais la Suisse a adhéré à la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963⁴⁰. Ce faisant, elle est liée par la lettre f de l'article 5 de la convention qui dispose: "Les fonctions consulaires consistent à ... f. Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas."

La question est donc de savoir si rien ne s'oppose, en droit suisse, à ce que les consulats étrangers exercent une fonction d'authentification des actes. Un élément essentiel pour répondre à cette question est de savoir si la Suisse elle-même procède à de tels actes à l'étranger.

A cet égard, il convient de se référer au Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967⁴¹ et notamment à son article 28, chiffre 2, qui prévoit que: "les représentations (suisse) à l'étranger sont habilités à légaliser ..., à moins que les lois de l'Etat accréditaire ne s'y opposent, les signatures apposées par des étrangers sur des actes sous seing privé destinés à être utilisés en Suisse ou en faveur d'intérêts suisses".

De plus, un arrêté du Conseil fédéral confère les attributions d'officier d'état civil aux légations de Suisse dans le pays X. A la connaissance de la DDIP, ce pays ne s'est pas opposé à la mise en oeuvre des dispositions précitées. Ainsi, en vertu de ces deux textes, les représentations suisses dans le pays X. peuvent non seulement légaliser des actes sous seing privé de ressortissants de ce pays destinés à être utilisés en Suisse, mais également effectuer des tâches d'officier d'état civil qui entraînent souvent des conséquences juridiques beaucoup plus grandes (comme par exemple une reconnaissance d'enfant par un ressortissant du pays X.). En vertu de ces textes et au regard des principes de réciprocité et de bonne foi qui président aux relations internationales, les représentations du pays X. en Suisse doivent pouvoir bénéficier des mêmes prérogatives.

En conséquence, on doit admettre, en l'absence de dispositions contraires, que le droit international, le droit consulaire et le droit interne suisse, à la lumière des principes de bonne foi et de réciprocité qui président aux relations internationales, permettent au Consulat général du pays X. de légaliser la déclaration de la société Y. exigée par les autorités du pays X.

Avis de droit de la DDIP du 5 mai 1998. JAAC 2001, fasc. 65-I, n° 34.

7.2 Privilèges et immunités des organisations internationales non gouvernementales (ONG)

³⁷ Article premier de la Convention européenne du 7 juin 1968 relative à la suppression de la légalisation des actes établis par les agents diplomatiques et consulaires (RS 0.172.030.3) et article 2, alinéa 2, de la Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (RS 0.172.030.4).

³⁸ RS 311.0.

³⁹ La légalisation des actes est en effet une des attributions reconnues aux notaires genevois par l'article 21 de la Loi sur le notariat du canton de Genève du 25 novembre 1988 (Législation genevoise E 6 05): "La légalisation d'une signature consiste, pour le notaire, à attester que la signature est celle d'une personne identifiée." L'article 22 de la Loi d'application du Code civil et du Code des obligations du canton de Genève (du 7 mai 1981, *ibid.*, E 1 05) attribue le monopole de l'authentification des actes aux notaires: "Les actes revêtant la forme authentique sont dressés par un notaire sous réserve des alinéas 2 et 3 (qui ne concernent pas les consulats)." Les notaires peuvent sans doute être considérés comme faisant partie des pouvoirs publics au sens où l'entend l'article 172 du CP, car l'article premier de la loi sur le notariat du canton de Genève leur confère une fonction publique: "Les notaires sont des officiers publics chargés de recevoir les actes, déclarations et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité ...".

⁴⁰ RS 0.191.02.

⁴¹ RS 191.1. Ce règlement est en cours de révision mais le projet d'ordonnance (au 19 décembre 1997) n'apporte pas de modifications substantielles à la disposition susmentionnée.

Les passages qui suivent sont tirés d'un avis de droit de la DDIP. Ils ont trait à l'octroi éventuel de privilèges et d'immunités au Fonds international de solidarité des villes contre la pauvreté et au Secrétariat de la future Organisation mondiale des villes et des pouvoirs locaux.

...

... conformément aux bases juridiques en vigueur et à la pratique actuelle, seules les organisations intergouvernementales peuvent conclure avec la Suisse des accords de siège. Des accords de nature fiscale peuvent à titre exceptionnel être conclus avec des ONG à caractère intergouvernemental prédominant (organisations quasi gouvernementales). Pour ce faire, les cinq conditions cumulatives suivantes doivent être remplies, conditions définies dans (une) décision du Conseil fédéral du 27 juin 1984:

- 1) les membres de l'organisation sont majoritairement des Etats ou des entités étatiques;
- 2) sa structure interne est calquée sur celle d'une organisation intergouvernementale;
- 3) les ressources financières sont en majorité d'origine publique;
- 4) son champ d'activité porte sur un domaine important des relations interétatiques; et
- 5) la Suisse a un intérêt particulier à ce que l'organisation ait son siège sur son territoire.

...

... il convient donc d'examiner si les deux organismes visés peuvent entrer dans la catégorie d'ONG à caractère intergouvernemental prédominant et, le cas échéant, se voir octroyer des privilèges et immunités à la lumière de la pratique actuelle.

Le Fonds international de solidarité des villes contre la pauvreté est une ONG, créée sous la forme d'une association de droit suisse. Il est composé de "collectivités territoriales et pouvoirs locaux" souscrivant au Fonds et des "associations de collectivités territoriales engagées dans la coopération internationale" (article 5 des Statuts de l'association Fonds de solidarité des villes). Il soutient des projets de coopération émanant exclusivement d'un ou plusieurs de ses membres. Les membres du Fonds sont donc des corporations de droit public, en l'occurrence essentiellement des communes.

Le premier critère fixé par le Conseil fédéral en 1984, soit le caractère majoritairement étatique des membres composant l'organisation, a été établi afin de permettre à des organisations non exclusivement composées d'Etats de bénéficier d'un statut fiscal analogue à celui des organisations intergouvernementales. Les cas sur lesquels le Conseil fédéral s'est prononcé favorablement à ce sujet concernent tous des organisations comportant un élément fortement étatique dans la composition, dans la décision de fondation et dans la conduite de l'organisation. Par entité étatique, il faut comprendre l'Etat "central" ou "fédéral" comme sujet du droit international, respectivement les organes de celui-ci qui disposent des compétences internationales ou des entités dépendantes de cet Etat. Or, dans le cas du Fonds international de solidarité des villes contre la pauvreté, les membres doivent être exclusivement qualifiés d'entités régionales et locales, de rang inférieur par rapport à l'Etat en tant que sujet du droit international.

De notre point de vue, le Fonds ne remplit ainsi pas le premier critère tel que décrit ci-dessus.

...

... la nouvelle organisation issue de la fusion de la Fédération mondiale des cités unies et de l'Union des villes et des pouvoirs locaux sera également composée de villes et entités locales. L'ensemble des considérations faites ci-dessus sont donc également valables pour elle.

Il suit de l'analyse qui précède que ces deux organismes ne peuvent être considérés que comme des organisations non gouvernementales. ...

Avis de droit adressé le 18 décembre 2001 par la DDIP à la Division politique III du DFAE. Document inédit.

7.3 Exemption fiscale des représentations d'Etats étrangers et des organisations internationales

Extrait d'une communication de la DDIP à l'Administration fédérale des douanes.

Le 26 avril 2000, vous nous aviez demandé de prendre position sur la question de savoir si le CERN (Centre européen de recherche nucléaire) devait être exonéré de la redevance sur le trafic des poids lourds liée aux prestations prévue par la LRPL (Loi fédérale relative à une redevance sur le trafic des poids lourds, du 19 décembre 1997, RS 641.81), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Par lettre du 9 mai 2000 (...), nous vous avons informés que la redevance instituée par la LRPL devait être considérée comme un impôt. En effet, le produit de la redevance vise, d'une part, à assurer la couverture à long terme des coûts d'infrastructure et des coûts occasionnés à la collectivité par ce trafic et, d'autre part, à améliorer les conditions-cadre du chemin de fer sur le marché des transports et à acheminer davantage de marchandises par le rail (article premier LRPL). En conséquence, cette redevance a un caractère fiscal évident et l'on ne peut pas la considérer comme une taxe pour services rendus dans la mesure où il n'y a pas de contre-prestation liée à la perception de la redevance.

Nous étions ainsi parvenus à la conclusion que les représentations étrangères en Suisse (mission diplomatiques, missions permanentes et postes consulaires), les organisations internationales avec lesquelles la Suisse a conclu un accord de siège ou un accord de nature fiscale prévoyant l'exonération des impôts directs et indirects, ainsi que toutes les personnes qui bénéficient de l'exonération des impôts directs et indirects en application de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations

consulaires⁴² et des accords de siège conclu par la Suisse avec les organisations internationales établies dans notre pays doivent être exonérées de la redevance prévue par la LRPL.

Vous avez accepté cette interprétation puisque vous avez écrit au CERN le 5 juin 2000 pour l'informer que ses véhicules sont exonérés de cette redevance.

...

Communication faite le 2 mars 2001 par la DDIP à l'Administration fédérale des douanes du Département fédéral des finances. Document inédit.

7.4 Privilèges et immunités des membres de missions permanentes auprès des organisations internationales: relations de travail. Privilèges et immunités diplomatiques et droit d'accès aux tribunaux internes

La lettre partiellement reproduite ci-après, adressée par la DDIP au Greffier adjoint de la Juridiction des prud'hommes de Genève, a pour objet la relation de travail entre M. C., représentant permanent adjoint de l'Etat U. à Genève, et Mme B., engagée par M. C. comme domestique privée. Mme B., qui avait été recrutée dans l'Etat U., se tourna vers la Juridiction des prud'hommes de Genève pour obtenir des arriérés de salaire ainsi que le paiement d'heures supplémentaires et de dommages-intérêts pour non-affiliation à l'Assurance-vieillesse et survivants/Assurance-invalidité suisse. Pour faire échec aux privilèges et immunités qui couvriraient M. C. en raison de son statut diplomatique, et invoquant la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), applicable par analogie aux missions permanentes à Genève, l'avocat de la demanderesse prétendit que l'immunité en cause devait s'effacer devant le droit de sa cliente d'accéder aux tribunaux internes, droit garanti à l'article 6, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).

Voici la position de la DDIP à ce sujet:

...

Le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6, paragraphe premier, CEDH, n'est pas absolu. De l'avis même de la Cour européenne des droits de l'homme, il se prête à certaines limitations. Nous relevons à cet égard que la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, codifiant le droit coutumier, confère des privilèges et immunités aux membres des représentations diplomatiques. Il est de tous temps reconnu que l'octroi de privilèges et immunités est un moyen indispensable au bon fonctionnement des relations interétatiques, afin notamment d'assurer aux Etats que leurs agents pourront assumer leurs tâches de représentation en toute indépendance, sans ingérence de l'Etat dans lequel ils exercent leurs fonctions diplomatiques. Les privilèges et immunités prévus par la convention de Vienne susmentionnée tendent ainsi à un but légitime.

La convention de Vienne sur les relations diplomatiques vise à sauvegarder les intérêts de l'Etat accréditant (Etat d'envoi). C'est la raison pour laquelle l'agent diplomatique ne peut pas renoncer de lui-même à ses privilèges et immunités: l'article 32 de la convention de Vienne accorde en effet cette prérogative au seul Etat d'envoi. Cette possibilité de lever l'immunité est un moyen de faciliter l'exercice de la justice et l'accès aux tribunaux ordinaires lorsqu'une affaire concerne un membre d'une représentation diplomatique. Un tribunal ne saurait convoquer un agent diplomatique par la voie ordinaire, à son domicile, sans procéder au préalable à une demande de levée de l'immunité de ce dernier. A défaut d'une levée de l'immunité, tous les actes judiciaires seraient nuls ab ovo. On ne saurait par ailleurs prétendre que le refus d'adresser une convocation au domicile d'un agent diplomatique constitue une violation de l'article 6, paragraphe premier, CEDH. En effet, la nécessité de demander au préalable la levée de l'immunité de l'intéressé n'empêche pas a priori le demandeur de faire valoir ses droits. Il s'agit uniquement d'un acte de procédure préalable indispensable qui doit permettre la poursuite de la procédure engagée.

A supposer que, comme résultat de cette procédure, l'Etat d'envoi refuse de lever l'immunité de l'agent diplomatique en cause, le demandeur conserve la possibilité de faire valoir ses droits devant un tribunal de l'Etat d'envoi, conformément à l'article 31, paragraphe 4, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui prévoit que "l'immunité de juridiction d'un agent diplomatique dans l'Etat accréditaire ne saurait exempter cet agent de la juridiction de l'Etat accréditant". Dans le cas d'espèce, l'utilisation d'une telle possibilité est d'autant plus raisonnable que le litige oppose deux ressortissants (de l'Etat U.) et que Mme (B.) a été recrutée (dans l'Etat U.). Par ailleurs, cette dernière, étant actuellement domiciliée (dans l'Etat Z.), doit de toute façon élire domicile chez un avocat, que ce soit en Suisse ou (dans l'Etat U.). Dès lors que, (dans l'Etat U.), M. (C.) ne bénéficie pas de privilèges et immunités au regard de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, il serait plus aisé et plus rapide pour Mme (B.) de saisir les tribunaux de cet Etat, dans lequel existe dès lors un *for naturel*. Dans un arrêt du 25 janvier 1999 concernant un litige de travail opposant A. au Bureau d'observation de la Ligue des Etats arabes auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, le Tribunal fédéral a retenu que A. ne pouvait pas faire valoir un déni de justice alors qu'il n'avait pas entrepris, comme le Tribunal cantonal l'y avait invité, de démarches pour saisir le Tribunal administratif institué par la Ligue des Etats arabes afin de traiter des litiges avec son personnel. Le Tribunal fédéral admet ainsi l'obligation pour le

⁴² RS 0.191.01 et RS 0.191.02.

demandeur, avant d'invoquer un déni de justice, de rechercher les autres voies de droit disponibles lorsque les tribunaux suisses ne peuvent se saisir d'un dossier en raison de l'immunité de juridiction du défendeur⁴³.

Au vu de ce qui précède, on ne saurait considérer que le respect, par la Juridiction des prud'hommes, de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité de la demeure privée dont M. (C.) bénéficie en vertu de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques constitue une violation de l'article 6, paragraphe premier, de la convention européenne des droits de l'homme. La poursuite de la procédure engagée devant la Juridiction des prud'hommes par Mme (B.) dépend maintenant d'une demande formelle de levée de l'immunité de juridiction de M. (C.) et d'une réponse positive de l'Etat d'envoi (U.). Il appartient à Mme (B.) de déterminer si elle entend demander au Département fédéral des affaires étrangères de soumettre une telle requête au Ministère des affaires étrangères (de U.) ou si elle préfère ouvrir action (dans l'Etat U.) contre M. (C.).

...

Lettre adressée le 27 mars 2001 par la DDIP au Greffier adjoint de la Juridiction des prud'hommes de Genève. Document inédit.

7.5 Statut des chefs de missions diplomatiques: exemption fiscale

La note qui suit a trait à la résidence du chef de la mission diplomatique suisse dans la capitale de l'Etat R. Elle examine le point de savoir si le chef de cette mission doit acquitter une facture reçue de la part d'une entreprise privée chargée de la réfection des trois routes bordant la résidence. La DDIP commence par rappeler que l'entretien des routes incombe aux pouvoirs publics et qu'il est financé par les contribuables; puis elle constate que la mission n'a confié aucun mandat à l'entreprise, de sorte qu'aucun rapport contractuel n'a pu s'établir. La DDIP s'attache ensuite à examiner le problème sous l'angle de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01).

...

Cette affaire mérite ... d'être examinée sous l'angle de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, à laquelle (l'Etat R.) est Partie depuis Pour ce faire, il faut tenir compte du paramètre suivant: l'entretien des routes et, en particulier, l'asphaltage sont des travaux d'utilité publique pour lesquels la Municipalité (de la capitale de R.) est responsable. Tout au plus pouvait-elle réclamer une contribution aux propriétaires des immeubles bordant les rues asphaltées. Partant, il s'agit d'examiner, en se fondant sur l'article 23, paragraphe premier, de ladite convention, si une telle contribution réclamée aux propriétaires fonciers serait un impôt dont la Suisse serait exonérée ou au contraire une taxe perçue en rémunération de services particuliers rendus, qui serait due.

En 1977, notre Direction a traité un cas similaire. La ville de Berne a demandé à l'Union postale universelle (UPU) une participation à l'aménagement de la Weltpoststrasse, où l'immeuble de l'Organisation est situé. En se basant sur la disposition pertinente de l'Accord de siège conclu entre le Conseil fédéral et l'ONU⁴⁴ - applicable également à l'UPU - qui reprend mutatis mutandis l'article 23, paragraphe premier, de la convention de Vienne susmentionnée, notre Direction est parvenue à la conclusion qu'une telle taxe réclamée par la ville de Berne était un impôt dont l'UPU était exemptée. Il n'existait ainsi pas d'obligation pour l'UPU de payer des contributions, comme propriétaire foncière, pour les voies publiques.

Sous l'angle du droit international public et de la pratique suisse, nous sommes de l'avis que la demande de participation que pourrait envoyer la Municipalité (de la capitale de R.) devrait être comprise comme un impôt dont la Suisse devrait être exemptée. Nous excluons qu'il puisse s'agir d'une taxe perçue en rémunération de services particuliers rendus parce que la contribution foncière n'est pas, à notre sens, une taxe corrélatrice d'une contre-prestation précise et spéciale de l'administration à la personne qui paie. Par "taxe pour services particuliers rendus", on entend, par exemple, en Suisse, la vignette autoroutière et la taxe pour l'enlèvement des ordures ménagères.

Cela étant, rien ne s'oppose à ce que la Suisse fasse à bien plaisir un geste financier en faveur de la Municipalité (de la capitale de R.) et paie tout ou partie des frais encourus pour l'asphaltage des rues bordant la résidence du chef de mission.

...

Note de la DDIP adressée le 25 avril 2001 au Secrétariat général du DFAE. Document inédit.

7.6 Condition des partenaires de diplomates étrangers sur le territoire de l'Etat hôte

La note de la DDIP partiellement reproduite ci-après, partant d'une situation concrète, expose les principes applicables aux partenaires de diplomates étrangers en poste en Suisse.

...

Le droit suisse ne reconnaît pas, à l'heure actuelle, la situation particulière des couples non mariés. C'est ainsi que les personnes de nationalité étrangère qui souhaitent prendre un emploi en Suisse en application de la Loi sur le séjour et

⁴³ Pratique suisse 2000, n° 3.3, RSDIE, 11^e année, 2001, p. 642.

⁴⁴ Accord des 11 juin/1^{er} juillet 1946 (RS 0.192.120.1).

l'établissement des étrangers⁴⁵, respectivement de l'Ordonnance sur la limitation des étrangers⁴⁶, ne peuvent faire valoir le droit au regroupement familial en faveur du conjoint que s'il s'agit de personnes dont le mariage peut être reconnu selon le droit suisse. En l'absence d'un mariage en bonne et due forme entre personnes de sexe opposé, il n'est en principe pas possible d'obtenir le regroupement familial. Un éventuel compagnon non marié doit dès lors, s'il souhaite suivre son partenaire en Suisse, présenter aux autorités suisses une demande individuelle d'autorisation de séjour; s'il entend exercer une activité lucrative, il doit obtenir du canton concerné l'attribution d'une unité du contingent (alloué à ce canton).

S'agissant des membres des représentations étrangères en Suisse, le DFAE a cependant tenu compte de l'évolution juridique intervenue dans certains Etats, afin d'assurer au moins aux personnes concernées la possibilité de séjourner en Suisse auprès de leur (compagne ou compagnon) pour la durée des fonctions officielles de (celle-ci ou de celui-ci). C'est ainsi que le DFAE accepte la présence en Suisse des compagnons non mariés de membres des missions diplomatiques, des missions permanentes et des postes consulaires si la relation de couple peut être prouvée, aux conditions suivantes.

Lorsque l'Etat d'envoi ne reconnaît pas le compagnon comme partenaire officiel, mais que la mission ... de l'Etat d'envoi présente en sa faveur une demande de carte de légitimation et marque ainsi son intérêt à ce que ce dernier réside auprès de son collaborateur, et si les intéressés peuvent fournir la preuve d'une relation de longue durée, le compagnon est mis au bénéfice de la carte de légitimation du DFAE de type H. Cette dernière permet à l'intéressé de séjourner en Suisse pour la durée des fonctions du titulaire principal, mais ne lui confère aucun privilège ou immunité. Il n'a pas non plus accès au marché suisse du travail.

Lorsque le compagnon est considéré par l'Etat d'envoi comme partenaire officiel et que la demande est présentée par la mission ... de l'Etat d'envoi, le compagnon peut bénéficier de la même carte de légitimation que le titulaire principal. Il bénéficie ainsi des mêmes privilèges et immunités que ce dernier. Toutefois, l'octroi d'une carte de légitimation ne permet pas au (partenaire) d'accéder au marché suisse du travail selon les procédures spéciales simplifiées qui ont été prévues pour les conjoints mariés des membres des représentations étrangères en Suisse (permis Ci).

Il convient de préciser à cet égard que la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, applicable par analogie aux membres des missions permanentes auprès des organisations internationales à Genève, ne prévoit aucune obligation à charge de l'Etat accréditaire (Etat hôte) d'accorder l'accès à son marché national du travail aux personnes autorisées à accompagner les membres desdites missions, quelle que soit leur position au sein de la famille du titulaire principal (époux, compagnon, enfants, autres). Néanmoins, les autorités suisses ont décidé d'accorder aux conjoints mariés (au sens du droit suisse) des membres des missions diplomatiques, des missions permanentes et des postes consulaires (ainsi qu'à leurs enfants, à certaines conditions) un accès facilité au marché suisse du travail. Cet avantage particulier, octroyé à bien plaisir, ne peut pas être étendu à d'autres personnes accompagnantes, quels que soient par ailleurs les privilèges et immunités que les autorités suisses ont accepté de leur accorder.

...

Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse à F., du 1^{er} juin 2001. Document inédit.

7.7 Statut des consuls honoraires

Une communication adressée par la DDIP au Département de la justice du canton des Grisons examine les limites à l'immunité de juridiction des consuls honoraires.

(Traduction:)

...

Selon le préambule de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), les privilèges et immunités consulaires ne visent pas à avantager des individus mais à assurer l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs Etats respectifs. Le chapitre III de la convention établit le régime applicable aux fonctionnaires consulaires honoraires et aux postes consulaires dirigés par eux. Selon l'article 58, paragraphe 2, de la convention, qui renvoie à l'article 43 de celle-ci, les fonctionnaires et employés consulaires ne sont pas assujettis aux autorités judiciaires de l'Etat de résidence pour les actes qu'ils ont accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires. D'après l'article 45, paragraphe premier, l'Etat d'envoi peut renoncer, à l'égard d'un membre du poste consulaire, aux privilèges et immunités stipulés à l'article 43. De plus, l'article 71 prévoit que les membres du poste consulaire ressortissants ou résidents permanents de l'Etat hôte ne bénéficient de l'immunité de juridiction que pour les actes officiels relevant de l'exercice de leurs fonctions.

Lorsqu'un fonctionnaire consulaire commet une infraction, l'Etat de résidence est tenu de vérifier, auprès de l'Etat d'envoi, si l'acte entre dans le cadre de ses fonctions consulaires. Si tel n'est pas le cas, l'Etat de résidence peut poursuivre le fonctionnaire devant les juridictions suisses. Dans le cas contraire, il peut demander à l'Etat d'envoi la levée de l'immunité s'il entend poursuivre cette personne devant ses tribunaux.

En l'espèce, c'est un consul honoraire qui est en cause. Pour décider de son immunité de juridiction, le tribunal, qui n'est pas compétent pour trancher cette question, doit donc s'adresser au Service du protocole (du DFAE) pour solliciter la levée de l'immunité. Ce Service transmettra la demande à l'Ambassade de l'Etat d'envoi dans le pays de résidence

⁴⁵ Loi fédérale du 26 mars 1931 (RS 142.20).

⁴⁶ Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (RS 823.21).

du consul honoraire ou, s'il s'agit d'une infraction grave, par l'intermédiaire de cette même Ambassade, au Ministère des affaires étrangères de l'Etat d'envoi.

Nous n'avons pas, à ce jour, dû examiner beaucoup de demandes de levée d'immunité concernant des consuls honoraires. En général, ce sont les représentants diplomatiques qui font problème. Les Etats d'envoi n'accordent que rarement la levée de l'immunité de juridiction de leurs représentants. En cas de refus, nous demandons le rappel de l'intéressé, surtout lorsqu'il s'agit d'infractions graves ou répétées. Dans le cas d'un consul honoraire, la Suisse pourrait inviter l'Etat d'envoi à retirer à ce consul la faculté d'accomplir des actes officiels.

...

Communication de la DDIP au Département de la justice, de la police et de la santé du canton des Grisons, du 18 mai 2001. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

--

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

(Voir aussi les nos 11.1 et 11.3)

9.1 Non-intervention et interdiction du recours à la force; principes; licéité des interventions pour faire cesser des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Eléments de la coutume internationale

La note de la DDIP partiellement reproduite ci-après a été rédigée à l'occasion d'un conflit concret.

...

1. Les principes de non-intervention et de non-recours à la force

a) Exposé des principes

- Le principe de non-intervention

Le principe de non-intervention est un principe de droit international coutumier qui interdit aux Etats, sauf en cas de légitime défense, de violer, de quelque manière que ce soit, l'intégrité territoriale d'un autre Etat. Dans son arrêt de 1949, *Détroit de Corfou*⁴⁷, la Cour internationale de Justice précise: "Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux." La Cour observe par ailleurs que:

"Le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé ... que comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international."

Ce principe a été réaffirmé par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Bien que ces résolutions n'aient pas de caractère contraignant, elles montrent que les Etats nient l'existence d'un quelconque droit d'intervention:

- "... non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont condamnées⁴⁸ ... la pratique de l'intervention, sous quelque forme que ce soit, non seulement constitue une violation de l'esprit et de la lettre de la Charte des Nations Unies, mais encore tend à créer des situations qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales"⁴⁹.

- "Le principe de la non-intervention et de la non-ingérence dans les affaires intérieures et extérieures des Etats comprend les droits et devoirs suivants: ... Le devoir des Etats de s'abstenir dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force sous quelque forme que ce soit pour violer les frontières internationalement reconnues d'un Etat..."⁵⁰.

- Le principe du non-recours à la force

L'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies prohibe l'emploi de la force:

"Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies."

⁴⁷ Cour internationale de Justice, Recueil 1949, p. 34.

⁴⁸ Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625 (XXV) adoptée le 24 octobre 1970, sans vote.

⁴⁹ Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté. Résolution 2131 (XX) adoptée le 21 décembre 1965 par 109 voix contre zéro, avec une abstention.

⁵⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration de l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat, Résolution 36/103 adoptée le 9 décembre 1981 par 120 voix contre 22, avec six abstentions.

Le principe du non-recours à la force est régulièrement réaffirmé par les Etats notamment lorsqu'ils prennent position sur des interventions armées menées par d'autres Etats. Par exemple, le Gouvernement français a critiqué clairement l'intervention américaine à la Grenade (1983) au motif qu' "(a)ucun Etat ou aucun groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir militairement sur le territoire d'un autre Etat sans y avoir été invité expressément par les autorités légitimes de ce dernier ou sans que le Conseil de sécurité l'y ait formellement et explicitement autorisé"⁵¹.

b) Les exceptions aux principes

Deux exceptions à ces principes sont envisagées par la Charte des Nations Unies: une intervention armée décidée par le Conseil de sécurité (article 42) et une intervention armée dans le cadre de la légitime défense (article 51).

- Une intervention armée décidée par le Conseil de sécurité

L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies précise en effet que le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures (auquel est rattaché le principe de non-intervention) "ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII (articles 39 à 51)".

L'article 42 de la Charte, quant à lui, habilite le Conseil de sécurité à "entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales". Ainsi, une intervention armée autorisée par le Conseil de sécurité constitue, en vertu des articles 2, paragraphe 7, et 42, une exception aux principes de non-intervention et de non-recours à la force.

- Une intervention armée dans le cadre de la légitime défense

L'article 51 de la Charte des Nations Unies dispose:

"Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales."

2. La question de la licéité des interventions militaires ayant pour but de faire cesser des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire

Depuis la fin du XIXe siècle, certaines formes d'interventions armées ont été qualifiées d'interventions humanitaires (ou d'humanité) car elles avaient pour but de faire cesser des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire ou encore de soustraire les populations civiles des Etats en conflit à ces violations. Sont-elles des résidus du colonialisme ou des opérations de police internationale? Quelles justifications juridiques peut-on leur donner en dehors de considérations morales?

Notons, avant tout, qu'aucune disposition de la Charte des Nations Unies n'autorise les Etats à recourir à la force pour faire cesser des violations du droit humanitaire ou des droits de l'homme.

Nous analyserons donc la pratique des Etats en la matière afin de savoir si une coutume internationale a pu s'en dégager (a). Ensuite, nous nous pencherons sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans ce domaine (b). Enfin, nous verrons que la doctrine a cherché, de tout temps, à justifier ce type d'interventions (c).

a) La question de l'existence d'une coutume en la matière

Existe-t-il une coutume internationale autorisant les Etats à intervenir militairement sur le territoire d'un autre Etat afin d'y faire respecter les droits de l'homme ou le droit humanitaire? Pour qu'une coutume se forme, deux éléments doivent être réunis: une pratique générale (une accumulation de comportements identiques) et une *opinio juris* (la croyance, chez l'Etat qui adopte ce comportement, qu'il se conforme à une règle de droit).

- La pratique des Etats

Comme le font remarquer Patrick Daillier et Alain Pellet, "la question de la licéité des interventions unilatérales pour la défense d'un droit est délicate et controversée". Ils ajoutent: "le débat serait plus serein s'il n'était pas fait usage aussi fréquent de l'argument de la défense de droit pour justifier des interventions armées proches de l'agression armée"⁵². En effet, les cas où des Etats agissent dans un intérêt collectif, qui va au delà de la seule protection de leurs ressortissants ou de leurs intérêts politiques ou économiques, sont rares. En dehors des cinq cas que nous allons passer en revue, les Etats sont principalement intervenus à l'étranger pour des raisons économiques ou politiques (Etats-Unis à la Grenade en 1983 et à Panama en 1989) ou pour protéger et évacuer leurs ressortissants (opération franco-belge à Kolwezi en 1978 et américaine en République dominicaine en 1964). Il ne s'agissait donc pas d'opérations qui, en tant que telles, visaient à faire respecter les droits de l'homme ou le droit humanitaire.

On cite traditionnellement deux interventions unilatérales qui auraient eu pour but de sauvegarder les droits de l'homme ou le droit humanitaire: l'intervention française à Beyrouth pour sauver les Chrétiens des massacres perpétrés par les Turcs (août 1861) et l'intervention des Etats européens pour faire cesser les massacres des Chrétiens en Chine (août 1900). Deux interventions de ce type ne sont pas suffisantes pour pouvoir parler de l'existence d'une pratique en la matière et ceci d'autant moins que la règle interdisant aux Etats de recourir à la force (article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies) est postérieure à ces deux interventions.

⁵¹ La Politique étrangère de la France, septembre-octobre 1983, p. 109.

⁵² Patrick Daillier/Alain Pellet, *Droit international public*, Paris 1994, p. 891.

Trois autres interventions, plus récentes, ont été considérées par un certain nombre d'Etats comme des interventions altruistes: l'intervention de l'Inde au Pakistan pour stopper le génocide du peuple Bengali (1971); l'intervention vietnamienne au Cambodge pour empêcher la continuation des massacres perpétrés par les Khmers rouges (1979); l'intervention des troupes tanzaniennes en Ouganda (1979) qui a mis fin à la dictature sanglante d'Amin Dada. Trois précédents ne sont certainement pas suffisants pour parler d'une pratique des Etats en la matière, surtout si cette pratique remet en cause l'un des principes fondateurs des relations entre Etats: le principe de non-intervention.

- L'opinio juris

La Chine, la Tunisie, l'Arabie Saoudite et les Etats-Unis se sont opposés à l'intervention indienne. L'ensemble des pays occidentaux ont dénié au Vietnam le droit d'agir au Cambodge. Quant à l'opération tanzanienne, elle n'a pas été évoquée dans le cadre onusien. Par contre, lors d'une réunion de l'OUA (Organisation de l'unité africaine), le Soudan et le Nigéria s'y sont opposés.

Par ces réactions, les Etats ont montré qu'ils refusaient d'admettre l'existence d'un droit coutumier qui autoriserait les Etats à intervenir militairement pour faire respecter les droits fondamentaux.

b) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice

La Cour internationale de Justice n'a jamais reconnu la légalité des interventions armées ayant pour but de faire respecter les droits de l'homme ou le droit humanitaire. La Cour, dans son arrêt du 27 juin 1986⁵³, réproouve au contraire l'emploi de la force armée pour faire respecter les droits de l'homme: "De toute manière, si les Etats-Unis peuvent certes porter leur propre appréciation sur la situation des droits de l'homme au Nicaragua, l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits."

c) Les justifications doctrinales

Sans ignorer la doctrine théologique de la guerre juste (St-Thomas D'Aquin, Vitoria, Suarez et Grotius), les auteurs ont tour à tour avancé trois types d'arguments pour justifier ces interventions: l'existence d'une loi de solidarité, un souci d'ordre public international, une forme de légitime défense.

- La loi de solidarité (fin du XIXe siècle)

Pour Antoine Rougier, un des représentants les plus actifs de ce courant de doctrine: "Les actes de puissance publique interne accomplis par un gouvernement contrairement aux lois de l'humanité donnent ouverture à un droit d'intervention en faveur d'un ou de plusieurs Etats et se trouvent ainsi soumis à un contrôle international."⁵⁴

La valeur juridique de cette affirmation est à relativiser car le recours à la force n'était pas encore interdit à cette époque.

- Un souci d'ordre public international (début du XXe siècle)

Le juriste français Georges Scelle défend cette approche. Il considère l'intervention comme légitime et même légale "car les gouvernements intervenants agissent alors pour assurer le respect d'un certain nombre de règles du droit international commun: respect de la personne humaine, de sa vie, de ses libertés, de sa propriété"⁵⁵.

Pour la même raison que précédemment, la valeur de ce courant de doctrine est à relativiser.

- La légitime défense à usage externe (milieu du XXe siècle)

Pour ce courant, les principes fondamentaux des droits de l'homme et du droit humanitaire font partie du patrimoine commun de la communauté internationale. Lorsqu'un Etat prend des mesures qui violent ces droits fondamentaux - même si ces mesures ne touchent que les nationaux de cet Etat -, il porte atteinte au patrimoine de la communauté internationale. Celle-ci peut donc, en vertu du droit de légitime défense, faire cesser cette atteinte en ayant recours à la force si cela s'avère nécessaire.

En premier lieu, cette conception doctrinale ne tient pas compte du principe de non-ingérence (auquel se rattache le principe de non-intervention). Mario Bettati, pourtant l'un des chantres de l'interventionnisme humanitaire, le reconnaît lui-même: "Dans ce cas, l'Etat intervenant n'est ni agressé ... ni fondé à dire que son intervention, parce qu'elle est limitée, ne porte pas atteinte à l'indépendance politique de l'Etat cible puisque précisément c'est la politique de celui-ci à l'égard de ses propres nationaux qui est en question."⁵⁶

De plus, ce courant de doctrine a une conception très fantaisiste du droit à la légitime défense. En effet, selon la Charte des Nations Unies, le droit à la légitime défense ne peut être invoqué par un Etat que lorsqu'il subit une agression armée⁵⁷.

Ainsi, ni la pratique des Etats, ni la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, ni la doctrine ne permettent de conclure à l'existence d'un tel droit. Par contre, comme nous l'avons vu, il existe des principes coutumiers établis et reconnus (à la fois par la Charte et par tous les Etats) qui nient l'existence d'un tel droit d'intervention. Il s'agit du principe de non-intervention et de l'interdiction du recours à la force.

⁵³ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Cour internationale de Justice, Recueil 1986, pp. 106-110.

⁵⁴ Antoine Rougier, La théorie de l'intervention d'humanité, Revue générale de droit international public (, t. XVII,) 1910, p. 1.

⁵⁵ Georges Scelle, Droit international public. Manuel élémentaire, Paris 1944, p. 622.

⁵⁶ Mario Bettati, Le droit d'ingérence, Paris 1996, pp. 222-223.

⁵⁷ Article 51 de la Charte des Nations Unies: "Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée."

3. Le droit d'ingérence humanitaire

Ce sont les Résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU n° 43/131⁵⁸ et n° 45/100⁵⁹ qui sont à la base de ce concept. Les résolutions, après avoir pris soin de réaffirmer "la souveraineté des Etats affectés et le rôle premier qui leur revient dans l'initiative, l'organisation, la coordination et la mise en œuvre de l'assistance humanitaire sur leurs territoires respectifs", invitent "tous les Etats dont les populations ont besoin d'une assistance à faciliter la mise en œuvre par ces organisations (intergouvernementales et non-gouvernementales) de l'assistance humanitaire, notamment l'apport de nourriture, de médicaments et de soins médicaux, pour lesquels un accès aux victimes est indispensable".

Le terme "droit d'ingérence humanitaire" a été utilisé pour la première fois à la fin des années 80 par Bernard Kouchner, alors Secrétaire d'Etat français à l'action humanitaire et auteur des deux résolutions susmentionnées. Pour lui, ces deux résolutions ont créé un "droit d'ingérence humanitaire" au bénéfice des organisations humanitaires intergouvernementales et non-gouvernementales. M. Kouchner considère en effet que ces deux résolutions donnent le droit aux organisations humanitaires de porter secours aux victimes sans autorisation de l'Etat sur le territoire duquel les victimes se trouvent.

Cette interprétation, si elle a la morale pour elle, manque singulièrement de rigueur juridique. Tout d'abord, puisque ces deux résolutions réaffirment l'importance de la souveraineté des Etats et le rôle premier qui leur revient "dans l'initiative, l'organisation, la coordination et la mise en œuvre de l'assistance humanitaire sur leurs territoires respectifs", elles ne peuvent pas conférer aux organisations humanitaires intergouvernementales et non-gouvernementales le droit d'accéder aux victimes sans l'autorisation de l'Etat sur le territoire duquel elles se trouvent. Tout au plus peut-on admettre que ces résolutions donnent la possibilité aux organisations humanitaires d'offrir leur aide à un pays qui doit faire face à une crise humanitaire sans que cela puisse être considéré par ce dernier comme une ingérence dans ses affaires intérieures. Ces résolutions ne font donc que réaffirmer un principe bien connu en droit international humanitaire selon lequel: "Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit".

De plus, ces résolutions ne font mention à aucun moment d'un quelconque "droit d'ingérence humanitaire".

Enfin, les résolutions de l'Assemblée générale ne sont pas de nature contraignante. Elles constituent seulement des recommandations et ne peuvent, à ce titre, créer des droits ou des obligations.

Pour toutes ces raisons, les deux résolutions susmentionnées ne peuvent avoir créé un quelconque "droit d'ingérence humanitaire". En réalité, elles se contentent de rappeler le principe de droit humanitaire qui se dégage de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève⁶⁰ et selon lequel un organisme humanitaire impartial peut, sans que cela soit considéré comme une ingérence dans les affaires intérieures, proposer une assistance humanitaire à un Etat.

Une chose est certaine, le droit, pour les organismes humanitaires, de proposer leurs services ne peut pas être invoqué par un Etat pour justifier un quelconque usage de la force sur le territoire d'un autre Etat. Ce droit ne peut avoir pour objet que la fourniture d'assistance humanitaire pure, à savoir une assistance alimentaire, médicale ou sanitaire. La définition que donne la Cour internationale de Justice⁶¹ de la notion d'assistance humanitaire est d'ailleurs très éclairante à cet égard: "pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre Etat ... "l'assistance humanitaire" doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir "prévenir et alléger les souffrances de l'homme" et "protéger la vie et la santé (et) faire respecter la personne humaine" ...".

Quant à l'acheminement de l'assistance humanitaire, il ne peut se faire qu'avec le consentement de l'Etat concerné et en utilisant seulement des moyens pacifiques. Ce droit est donc de nature strictement humanitaire et ne peut, en aucune manière, justifier ou servir de prétexte à une intervention armée d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat.

...

Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit.

9.2 Interdiction du recours à la force et légitime défense

La note qui suit, émanant de la DDIP, avait pour but d'informer le Chef du Département fédéral de l'intérieur, Mme Ruth Dreifuss, sur la notion de légitime défense en droit international public.

(Traduction:)

1. Le principe de l'interdiction du recours à la force

Selon le droit international public contemporain, le principe de l'interdiction du recours à la force est de caractère contraignant. Il figure explicitement à la Charte des Nations Unies (article 2, paragraphe 4). L'interdiction du recours à la force ne prohibe non seulement la guerre, mais, d'une manière générale, tout recours à la force militaire ou toute menace de recourir à celle-ci à l'endroit d'un Etat souverain. Peu importe que les mesures militaires soient dirigées directement contre un Etat ou contre des groupements déterminés (par exemple des terroristes) opérant dans le territoire de cet Etat.

⁵⁸ Du 8 décembre 1988.

⁵⁹ Du 14 décembre 1990.

⁶⁰ Conventions de Genève du 12 août 1949 (voir la note 17).

⁶¹ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Cour internationale de Justice, Recueil 1986, pp. 106-110.

L'interdiction en question est absolue et ne souffre que deux exceptions: les mesures prises dans le cadre du système de sécurité collective des Nations Unies (chapitre VII de la Charte des Nations Unies), et la légitime défense (article 51 de la Charte).

Le système de la sécurité collective permet au Conseil de sécurité de décider, sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (article 42), d'entreprendre des opérations militaires pour maintenir ou rétablir la sécurité et la paix internationales. A l'inverse, le droit de légitime défense permet à chaque Etat de se défendre par des moyens militaires contre une attaque armée, soit individuellement (légitime défense individuelle), soit avec l'assistance d'autres Etats (légitime défense collective).

2. Les conditions pour exercer la légitime défense

Le droit de légitime défense ne peut être invoqué et exercé, en droit international public, que si les conditions suivantes sont réunies: 1) "attaque armée"; 2) proportionnalité; 3) prise en compte du rôle attribué au Conseil de sécurité.

a) "Attaque armée"

Selon la conception traditionnelle, une "attaque armée" au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies consiste en des opérations militaires d'une certaine envergure, conduites par les forces armées d'un Etat contre le territoire d'un autre Etat. Si l'attaque émane d'acteurs non étatiques (résistants ou terroristes, par exemple), des mesures de légitime défense contre un Etat ne sont admissibles que si l'attaque peut effectivement être attribuée à cet Etat (c'est-à-dire lorsque celui-ci a participé "de manière significative" à l'attaque). Dans sa Résolution 1368 du 12 septembre 2001, le Conseil de sécurité a constaté qu'un acte massif de terrorisme, comme celui exécuté le 11 septembre 2001 contre les Etats-Unis, peut également être qualifié d'"attaque armée" justifiant l'exercice du droit de légitime défense prévue à l'article 51. Dans une déclaration commune, les Etats de l'Union Européenne ont expressément qualifiées de "légitimes dans le sens de la Charte des Nations Unies et de la Résolution 1368" les opérations militaires entreprises par les Nations Unies.

A partir de quel moment peut-on recourir aux mesures de légitime défense et pour combien de temps? Il n'est pas possible de donner une réponse catégorique à ces questions. On admet généralement qu'il doit y avoir un rapport direct entre l'attaque et la mesure de défense; mais l'agressé n'est pas tenu de réagir immédiatement par des moyens militaires à l'attaque si l'attente est justifiable (par exemple lorsque des négociations sont en cours ou un ultimatum n'est pas encore parvenu à expiration).

La justification de la légitime défense préventive (c'est-à-dire préalable à l'attaque armée) est contestée. Si le droit des gens exclut l'idée d'un droit illimité à la légitime défense préventive, on ne peut en revanche guère exiger d'un Etat, vu les menaces et armes modernes auxquelles il peut être exposé, qu'il retarde ses mesures défensives jusqu'au moment où l'attaque a effectivement lieu. Pour pouvoir recourir à de telles mesures, il faut toutefois établir sans équivoque la réalité d'un danger grave et immédiat (c'est-à-dire l'imminence d'une attaque); il ne suffit pas que la menace ou la prévisibilité d'une attaque se soit simplement précisée.

b) Proportionnalité

Les buts de la défense et les moyens utilisés doivent être proportionnés à l'attaque. Les moyens militaires employés doivent se limiter à la légitime défense; ainsi les buts poursuivis par l'action militaire revêtent une importance capitale. Ne sont donc permises que les mesures servant à repousser l'attaque (déjà intervenue ou imminente) et indispensables à cet effet (pas de représailles ou d'actions punitives!). L'ampleur des mesures prises, et les moyens utilisés, doivent toujours être raisonnablement proportionnés à l'importance de l'attaque.

c) Rôle du Conseil de sécurité

Chaque Etat victime d'une attaque armée au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies a le droit de se défendre tant qu'il se conforme au principe de la proportionnalité. Une autorisation expresse des Nations Unies n'est pas requise.

L'article 51 dispose toutefois que l'Etat attaqué doit porter les mesures prises par lui à la connaissance du Conseil de sécurité (ce qui a été fait, par exemple, pour les opérations des Etats-Unis contre l'Afghanistan et les Taliban). De plus, le texte de la Charte précise que le droit de légitime défense ne peut être exercé qu'aussi longtemps que le Conseil n'aura pas pris ses propres mesures (ou qu'il n'aura pas constaté, par exemple, que l'article 51 a été invoqué à tort). Jusqu'à présent, cette "primauté" des mesures du Conseil par rapport au droit de légitime défense de l'Etat attaqué n'a cependant guère joué de rôle en pratique; sur le plan concret, le Conseil de sécurité s'est borné à examiner la justification du recours à l'article 51. C'est ainsi que dans sa Résolution 1368 du 12 septembre 2001, le Conseil a constaté que dans le conflit actuel entre les Etats-Unis et l'Afghanistan, le recours des Etats-Unis au droit de légitime défense prévu à l'article 51 était justifié. Par la suite, après le 12 septembre, le Conseil de sécurité a confirmé cette constatation à plusieurs reprises, d'une part dans sa Résolution 1373 du 28 septembre 2001, d'autre part en acceptant sans commentaires les notifications américaine et britannique adressées au Conseil de sécurité conformément à l'article 51.

Note de la DDIP du 8 novembre 2001. Document inédit.

10. Droit des conflits armés et droit international humanitaire

(Voir aussi le n° 9.1)

10.1 Droit international humanitaire: mise en œuvre des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre

Une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies dans le cadre du débat sur l'établissement de la Cour pénale internationale contient le passage suivant relatif à la mise en œuvre des quatre Conventions de Genève, du 12 août 1949, pour la protection des victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51):

...

L'article premier commun aux quatre Conventions de Genève, dont la Suisse est dépositaire, exige des Etats Parties qu'elles respectent et fassent respecter ces conventions en toutes circonstances. Le Statut de Rome⁶² ne soulagera pas les Etats de cette obligation. Bien au contraire: le principe de la complémentarité, sur lequel la future Cour est fondée, a pour conséquence que les Etats restent, en premier lieu, responsables de poursuivre ceux qui commettent les crimes les plus atroces, tels le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Ainsi, la Cour contribuera de manière efficace à ce que tous les Etats mettent en œuvre leur obligation de respecter et de faire respecter non seulement les règles des conventions de Genève, mais aussi celles de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide de 1948⁶³. En outre, il incombera toujours en premier lieu aux Etats de poursuivre également les crimes contre l'humanité, qui sont, pour la première fois au niveau international, définis de manière universelle et agréée dans le statut de Rome.

...

Déclaration faite le 13 novembre 2001 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

10.2 Droit international humanitaire: armes, projectiles et matériel interdits

La Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse ayant envisagé d'équiper les agents de police de munitions déformantes, la DDIP fut amenée à étudier cette idée sous l'angle du droit international humanitaire.

(Traduction:)

...

La Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 concernant l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain⁶⁴ interdit aux Etats contractants, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre eux, d'utiliser des balles "qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain", comme c'est le cas des "balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvre pas entièrement le noyau du projectile ou serait pourvue d'incisions". Cette interdiction exprime des balles qui se déforment à été généralisée par l'article 23, lettre e, des Règlements de La Haye (du 29 juillet) 1899 et (du 18 octobre) 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre⁶⁵, qui engagent également la Suisse et qui étendent l'interdiction à l'"emploi des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus". Ce principe est confirmé à l'article 35, paragraphe 2, du Protocole (du 18 juin) 1977 additionnel aux Conventions de Genève (du 29 août) 1949⁶⁶ et relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I⁶⁷, de même que dans le préambule de la Convention (du 10 octobre) 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination⁶⁸.

Le type de balles envisagé par la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse est sans aucun doute compris dans l'interdiction des projectiles qui se déforment prononcée par la déclaration de La Haye de 1899 puisque, selon les renseignements donnés par les fabricants, elles s'épanouissent dans le corps humain. Invoquant un avis de droit émanant de ... (l')Office fédéral de la justice, du 27 octobre 2000, la Conférence prétend toutefois que les règles précitées du droit international humanitaire, en particulier la déclaration de La Haye de 1899, ne valent que pour les conflits armés entre Etats contractants et qu'en conséquence elles "ne s'opposent pas, d'un point de vue formel", à l'utilisation de ce type de balles par les forces de police sur le plan interne.

Cet argument ne saurait être retenu, car il ne tient pas compte de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Celle-ci, dans l'affaire du Détroit de Corfou de 1949 (CIJ, Recueil 1949, p. 22), a déclaré que les principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, sont plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre. Il s'agissait en l'espèce de l'obligation pour l'Etat d'avertir les navires étrangers de la présence de champs de mines dans ses eaux, obligation stipulée par la Convention VIII de La Haye⁶⁹. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt Nicaragua de 1986 (CIJ, Recueil 1986, pp. 112 et s.; voir également A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., (Berlin 1984,) paragraphes 616 et 645). Il semble évident que le principe, confirmé par

⁶² Il s'agit du Statut de Rome, du 17 juillet 1998, relatif à l'établissement de la Cour pénale internationale (FF 2001, p. 561).

⁶³ Convention du 9 décembre 1948 (FF 1999, p. 4942).

⁶⁴ RS 0.515.103.

⁶⁵ RS 0.515.111 (et 0.515.112).

⁶⁶ Voir la note 17.

⁶⁷ RS 0.515.521.

⁶⁸ RS 0.515.091.

⁶⁹ Convention du 18 octobre 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (RS 0.515.124).

le protocole I de 1977 additionnel aux conventions de Genève et par la convention de 1980 sur l'interdiction de certaines armes conventionnelles, de l'interdiction de l'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus peut être qualifié de principe élémentaire d'humanité, ce qui lui confère une force plus considérable encore en temps de paix. Pour concrétiser ce principe élémentaire, il est nécessaire de comparer la nature des maux causés à la nécessité militaire ou, en temps de paix, à l'intérêt de préserver la sécurité et l'ordre publics.

Pour ce qui est du point de savoir si la déclaration de La Haye de 1899 (interdiction d'utiliser des balles déformantes) fait partie des principes élémentaires d'humanité, il est nécessaire d'approfondir la réflexion. Il est vrai que dans de nombreux pays - y compris la Suisse - des unités spéciales de police utilisent ce type de projectiles dans des situations exceptionnelles ou d'urgence. Mais le fait qu'en 1899 déjà l'interdiction d'employer des balles qui se déforment (munitions "dum-dum") en temps de conflit armé était réputée concrétiser l'interdiction de projectiles causant des maux superflus doit être sérieusement pris en compte lorsqu'on examine la proportionnalité de l'emploi régulier de ce type de balles par les forces de police.

En résumé, on peut affirmer que le principe de droit international humanitaire interdisant l'emploi de projectiles causant des maux excessifs, principe élémentaire d'humanité, s'applique également - et à plus forte raison - en temps de paix. Faisant application de ce principe, l'on doit tenir compte de manière appropriée du fait que les balles déformantes dont on entend se servir tombent sous l'interdiction de tels projectiles prononcée par la déclaration de La Haye de 1899. L'importance de ces deux règles humanitaires fondamentales permet de conclure qu'en temps de paix l'emploi de projectiles de ce type par des forces de police n'est toléré que dans des situations exceptionnelles.

...

Extrait d'une note de la DDIP du 19 juillet 2001. Document inédit.

11. La neutralité

11.1 Droit de la neutralité, politique de neutralité et sanctions collectives

Dans le cadre des sanctions décrétées le 10 mai 1999 par l'Union Européenne à l'égard de la République fédérative de Yougoslavie (RFY) à propos du conflit du Kosovo, la DDIP prit position, sous l'angle de la neutralité, sur une participation de la Suisse à ces sanctions.

(Traduction:)

...

Sous l'angle du droit de la neutralité, on commencera par relever qu'en principe ce droit s'applique au conflit du Kosovo et que la Suisse, en raison de sa neutralité permanente, doit se conformer aux devoirs de neutralité découlant des conventions pertinentes de La Haye⁷⁰. Le droit de la neutralité n'exclut pas par principe, il est vrai, la participation des Etats neutres aux sanctions économiques. En particulier, les mesures économiques même unilatérales n'enfreignent pas nécessairement la règle du traitement paritaire qui découle du droit de la neutralité. Le champ d'application de cette règle est en principe limité aux biens qui, en raison de leur nature, sont affectés exclusivement ou principalement à des fins militaires (les armes et munitions ainsi que les pièces détachées correspondantes, mais également les combustibles comme par exemple l'essence, voir les articles 7 et 8 des Conventions de La Haye concernant la neutralité. Hormis cette catégorie de biens ayant une utilité directe pour la conduite des hostilités, l'Etat neutre est libre, dans le cadre du droit de la neutralité, de prendre des mesures restrictives vis-à-vis d'une ou plusieurs parties au conflit ou de s'associer à de telles mesures.

En l'état des connaissances actuelles, les sanctions additionnelles que l'Union Européenne a en principe décidé de prendre, le 10 mai 1999, à l'encontre de la République fédérative de Yougoslavie ne sont pas visées par la règle du traitement paritaire qu'impose le droit de la neutralité. En particulier, les extensions des interdictions d'entrée, le gel d'avoirs, l'interdiction de procéder à des investissements, de même que l'interdiction du financement privé des exportations et le gel des liaisons aériennes sont permis sous l'angle du droit de la neutralité puisque ce dernier ne renferme des règles ni sur l'utilisation du territoire neutre à des fins civiles, ni sur le contenu des règles relatives à l'entrée dans le territoire d'un Etat neutre, ni enfin sur les relations financières d'un tel Etat avec les parties au conflit. Ce qui est moins évident, en revanche, c'est la compatibilité avec le droit de la neutralité de l'interdiction élargie des exportations vers la Yougoslavie décidée par l'Union Européenne. Cette mesure comprend "les biens, les services, les techniques ou les appareils ... qui peuvent servir à réparer les dommages causés au matériel, à l'infrastructure et aux appareils par les attaques aériennes"⁷¹; elle est, partant, liée directement à la stratégie suivie par l'OTAN à ce jour et visant notamment à réduire de façon durable la capacité des forces yougoslaves de s'approvisionner et de communiquer. Pourtant ce lien entre la sanction et les opérations militaires spécifiques d'une partie au conflit, et le fait que cette sanction a un effet médiat sur ces opérations, ne suffisent pas pour conclure que la prise de position en cause est contraire au droit de la neutralité. L'élément décisif est le point de savoir si les biens touchés par l'interdiction d'exportation font partie des marchandises soumises à la règle du traitement paritaire posée par le droit de la neutralité. Il est vrai que l'ordonnance devant spécifier les biens visés par l'interdiction d'exportation n'est pas encore connue, de sorte qu'il n'est pas possible, à l'heure actuelle, d'affirmer de manière définitive qu'aucun des biens touchés par

⁷⁰ Conventions (V et XIII de La Haye) du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime, RS 0.515.21 et 0.515.22.

⁷¹ Article 5 de la Prise de position commune, du 10 mai 1999, concernant la prise de mesures restrictives supplémentaires à l'égard de la République fédérative de Yougoslavie (1999/318/GASP), Journal Officiel n° L 123 du 13 mai 1999, p. 1.

l'interdiction n'est effectivement visé par les conventions de La Haye concernant la neutralité. On peut cependant partir de l'idée, au vu des informations actuellement disponibles, que les biens visés par l'Union

Européenne n'ont aucun rapport direct avec la conduite des hostilités et ne sont pas indispensables pour les opérations militaires. De ce fait, ils ne relèvent pas du droit de la neutralité. Ce droit ne devrait donc pas davantage s'opposer à une participation de la Suisse également à cette mesure particulière.

Une participation aux sanctions qui ne sont pas interdites par le droit de la neutralité est du reste conforme à la politique de neutralité esquissée par le Conseil fédéral dans son Rapport de 1993 sur la neutralité, politique qui a été appliquée par la suite⁷². Vu les violations évidentes et graves de règles fondamentales du droit des gens que la République fédérative de Yougoslavie a commises, et vu le large consensus au sein de la communauté des Etats sur ce point, il n'est pas à craindre que la participation à des sanctions autorisées par le droit de la neutralité ne nuise à la crédibilité de la neutralité suisse, même au vu de l'escalade du conflit sur le plan militaire.

Compte tenu du déroulement, à ce jour, du conflit armé opposant la République fédérative de Yougoslavie aux membres de l'OTAN, et du front largement uni que présentent les Etats du continent européen en matière d'embargo, il n'est pas à craindre, enfin, qu'en élargissant ses sanctions, la Suisse court un danger particulier de se faire engouffrer dans le conflit armé entre l'OTAN et la République fédérative.

...

Texte préparé par la DDIP et daté du 17 mai 1999. Document inédit.

11.2 Droit de la neutralité et neutralité permanente de la Suisse

Le document ici reproduit, élaboré par la DDIP, expose les principes fondant la pratique suisse en matière de neutralité.

(Traduction:)

...

La neutralité concerne les conflits armés entre Etats. Elle se rapporte à l'attitude d'un Etat face à une guerre entre deux autres pays et ne s'applique pas aux conflits à l'intérieur d'un Etat. La neutralité vise à empêcher que la Suisse soit impliquée dans un conflit armé entre Etats. Illustration: Parmi les cent conflits environ qui ont éclaté au cours de la dernière décennie, plus de 90 étaient des crises purement internes (surtout des guerres civiles); en pratique, la neutralité n'a pu s'appliquer qu'à de rares conflits en dehors de l'Europe (par exemple, le conflit frontalier entre l'Ethiopie et l'Erythrée).

La neutralité ne peut trouver application dans des situations opposant les Nations Unies à celui qui a violé le droit des gens. Si les Nations Unies décident de prendre des mesures coercitives à l'encontre d'un Etat qui a gravement enfreint les règles du droit international, on n'est pas en présence d'un conflit interétatique, de sorte que le droit international de la neutralité est inapplicable. Comme tous les Etats neutres, la Suisse assiste elle aussi l'Organisation des Nations Unies lorsque celle-ci prend des mesures pour le maintien de la paix et de la sécurité et pour la sauvegarde des droits de l'homme. En effet, celui qui, dans ce genre de situation, refuse d'aider la communauté des Etats, agissant solidairement, prend automatiquement le parti de celui qui a violé le droit des gens. Illustration: Après la conclusion, en 1995, de l'Accord de paix de Dayton pour la Bosnie-Herzégovine⁷³, les Nations Unies ont chargé la force internationale IFOR/SFOR (Force internationale de stabilisation) de mettre en oeuvre l'accord et d'en surveiller l'exécution. La Suisse accorde des droits de transit et de survol à l'IFOR/SFOR, car ses opérations reposent sur un mandat des Nations Unies. Il en va de même pour la force internationale au Kosovo (KFOR (Force multinationale de maintien de la paix au Kosovo), depuis 1999) dont l'action est fondée elle aussi sur un mandat des Nations Unies et qui, de ce fait, bénéficie d'un appui actif de la part de la Suisse (droits de transit et de survol; participation du contingent suisse SWISSCOY).

La neutralité ne permet pas l'octroi d'un appui militaire à une partie au conflit. Le droit international de la neutralité interdit aux neutres d'assister militairement une des parties au conflit. La Suisse se conforme à cette interdiction et évite toute prise de parti militaire. Elle empêche notamment les parties au conflit d'utiliser le territoire suisse à des fins militaires. Illustration: Au cours des opérations militaires de l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord) contre la Yougoslavie dans le cadre du conflit du Kosovo, en 1999, le droit de la neutralité s'appliquait, car les mesures prises ne faisaient pas l'objet d'une autorisation expresse des Nations Unies. La Suisse a interdit l'utilisation de l'espace aérien suisse à l'OTAN.

La Suisse conserve son statut de neutralité permanente. Elle évite tout comportement qui, en temps de guerre, pourrait l'empêcher de respecter sa neutralité. Ainsi la Suisse ne peut participer à une alliance militaire, ni permettre l'établissement de bases militaires sur son sol. Illustration: L'OTAN oblige ses membres à s'assister militairement en cas d'agression. Pour la Suisse neutre, une adhésion à l'OTAN n'entre donc pas en ligne de compte.

Note de la DDIP du 26 avril 2001. Document inédit.

11.3 Neutralité de la Suisse et appartenance à l'Organisation des Nations Unies

⁷² Rapport sur la neutralité joint au Rapport du Cons. féd., du 29 novembre 1993, sur la politique étrangère de la Suisse (FF 1994 I 200, 224-227, Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629, aux pp. 637-638).

⁷³ International Legal Materials, vol. 35, 1995, p. 170.

Dans son Message relatif à l'initiative populaire "Pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies", dont il recommandait l'approbation à l'Ass.féd., le Cons. féd. s'exprima ainsi sur la neutralité permanente d'une Suisse membre de l'Organisation.

...

La Suisse restera un Etat neutre même une fois membre de l'ONU. Dans son Rapport de 1993 sur la neutralité⁷⁴, le Conseil fédéral a expliqué de façon circonstanciée qu'en adhérant à l'ONU la Suisse ne contreviendrait pas aux engagements de droit international que lui impose sa qualité d'Etat neutre. Le Conseil fédéral a confirmé cette position le 22 novembre 2000 lors d'une discussion sur des aspects d'actualité de la pratique de la Suisse en matière de neutralité⁷⁵.

Depuis le début des années 90, la Suisse applique les sanctions de l'ONU sans qu'il lui ait été reproché de violer son devoir de neutralité et sans que sa neutralité soit remise en cause. Le statut de membre de l'ONU est compatible avec la neutralité. Le Conseil fédéral prévoit de faire expressément référence au maintien de la neutralité de la Suisse dans la demande d'adhésion à l'ONU qui sera présentée au Secrétaire général. Cette position sera à nouveau exprimée lors de la première participation de la Suisse à l'Assemblée générale des Nations Unies en tant que membre de l'ONU.

Cela signifie que la stricte application du droit de la neutralité continue d'empêcher la Suisse de prendre part à des conflits entre Etats ou groupes d'Etats. Elle respecte strictement les règles de la non-participation aux conflits armés.

L'engagement général des Etats à renoncer à l'usage de la force pour faire valoir leurs intérêts de politique étrangère ou autre (exception faite du droit de légitime défense expressément mentionné à l'article 51 de la Charte des Nations Unies) est conforme aux principes de la politique de neutralité que la Suisse pratique depuis longtemps. Ce même principe incite la motivation de la Suisse à s'engager en faveur de la paix à l'échelle internationale. La Suisse pratique une neutralité qui allie les maximes de la non-ingérence à celles d'une politique active en faveur de la paix. De nombreux conflits entre Etats étant portés devant les Nations Unies, la Suisse pourrait, si elle en était membre, renforcer sa position de médiateur.

Mise en œuvre de mesures ayant des composantes militaires

Concernant l'application des mesures ayant des composantes militaires décidées par le Conseil de sécurité, les Nations Unies prévoient une participation différenciée des Etats membres. Pour mettre des moyens militaires à la disposition de l'ONU, les Etats intéressés doivent signer un accord spécial avec le Conseil de sécurité⁷⁶. Aucun accord de ce type n'a été conclu: selon l'usage qui s'est développé, un Etat peut proposer de mettre volontairement du personnel à disposition selon ses possibilités, dans les délais et aux conditions de son choix. Les offres faites dans ce cadre peuvent être unilatérales ou faire l'objet d'accords informels (Memorandum of Understanding⁷⁷). En conséquence, la situation se présente ainsi pour la Suisse:

- Les opérations de maintien de la paix de l'ONU (normalement les opérations de "casques bleus") sont financées par un budget spécial. Dans la pratique, le personnel nécessaire est mis à disposition par les Etats qui le souhaitent. Ainsi, la Suisse devrait participer financièrement à ces opérations mais, sur la base de cette pratique, ne serait pas obligée de fournir du personnel ou du matériel.
- Les mesures coercitives autorisées par l'ONU (fondées sur le chapitre VII de la Charte) sont financées et mises en œuvre par une coalition d'Etats volontaires (par exemple l'opération "Desert Storm" pour libérer le Koweït). La Suisse peut décider librement de participer directement ou non à ces opérations, que ce soit par la mise à disposition de personnel ou de matériel.
- Concernant les droits de traversée et de survol, la Charte des Nations Unies prévoit que les Etats membres les octroient en vertu d'accords spéciaux (article 43, paragraphe premier, de la Charte). A ce jour, aucun accord de ce type n'a été élaboré. Dans la pratique, les Etats membres qui ont accordé un droit de traversée ou de survol l'ont fait sans obligation juridique particulière. Même si cette pratique devait changer, les Etats conserveraient la prérogative de décider s'ils veulent conclure un accord. Le Conseil fédéral a accordé à plusieurs reprises un droit de transit lors d'opérations de l'ONU dans lesquelles l'Organisation a fait usage de l'autorisation de recourir à la force militaire en vertu du chapitre VII de la Charte (par exemple droit de survol de la SFOR (Force de stabilisation) pour la Bosnie et de la KFOR (Force multinationale de maintien de la paix au Kosovo) pour le Kosovo). En tant que membre de l'ONU, la Suisse serait tenue d'appliquer, en vertu de l'article 25, les décisions du Conseil de sécurité prises conformément à la Charte. Par conséquent, après son adhésion à l'ONU, la Suisse maintiendrait sa politique consistant au moins à ne pas entraver ces opérations.

Tant le soutien des opérations de l'ONU que la participation active à ces opérations sont compatibles avec notre neutralité. Le droit de la neutralité s'applique uniquement aux conflits militaires entre Etats. Si l'ONU intervient dans un conflit, la situation est fondamentalement différente. En effet, l'ONU n'agit pas en tant que partie au conflit, mais en tant qu'autorité habilitée par le droit international public à rétablir l'ordre. Elle agit exclusivement sur la base de décisions du Conseil de sécurité ou, exceptionnellement, de l'Assemblée générale⁷⁸, lesquels sont habilités à prendre ces décisions

⁷⁴ Annexe au "Rapport sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90" ... (pour un extrait de cette annexe, dénommée "Rapport sur la neutralité" et datée du 29 novembre 1993, FF 1994 I 2000, cf. Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 629).

⁷⁵ Cette discussion reposait sur le Rapport du Groupe interdépartemental du 30 août 2000, intitulé: "Pratique suisse de la neutralité - aspects actuels".

⁷⁶ Charte, chapitre VII, article 43.

⁷⁷ Début 2000, 87 Etats avaient présenté des offres dans ce cadre, dont 31 sous la forme d'accords informels, mettant à disposition 147 000 personnes environ pour les missions les plus variées (par exemple troupes, logistique, expertises, police civile).

⁷⁸ En gros, la Résolution "Unis pour la paix" (A/Rés. 377(V)) du 13 novembre 1950 donne à l'Assemblée générale le droit d'agir dans des affaires de paix et de sécurité lorsque les désaccords entre les membres permanents du Conseil de sécurité empêchent toute action.

par les membres de l'ONU en vertu de la Charte. C'est donc sur mandat de la communauté des peuples que l'ONU intervient contre ceux qui rompent ou mettent en danger la paix mondiale: il est impossible que naisse, entre l'ONU et les parties à un conflit dans lequel elle intervient, une situation qui soit incompatible avec la neutralité de la Suisse. Qui ne soutient pas l'autorité chargée de rétablir l'ordre se met du côté de l'agresseur. Le soutien de la Suisse à ces actions de l'ONU, qu'elle soit ou non formellement membre de l'Organisation, apparaît comme légitime dans la perspective de la politique de neutralité car ces missions ont une fonction de rétablissement de l'ordre au service de la paix qui est conforme à l'esprit de la neutralité.

Même une participation armée de la Suisse à une mission de paix de l'ONU est conforme à la neutralité de la Suisse. Le Parlement a créé les bases de cette possibilité de principe dans la révision de la loi sur l'armée⁷⁹. Celle-ci prévoit que les troupes suisses à l'étranger qui agissent dans le cadre d'une opération de soutien de la paix sur mandat de l'ONU ou de l'OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe) peuvent être armées pour assurer leur propre sécurité et mener à bien leur mission. Une participation de soldats suisses à des combats lors d'opérations d'imposition de la paix n'en reste pas moins clairement exclue⁸⁰. La décision en la matière est indépendante de l'adhésion à l'ONU, qui n'en préjuge d'ailleurs pas. Il n'est pas prévu de mettre sur pied un bataillon suisse de casques bleus suite à l'adhésion. L'adhésion à l'ONU ne changera rien non plus aux relations entre la Suisse et l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord) qui est totalement indépendante de l'ONU.

Des membres de l'armée suisse (en mission de soutien ou d'observation militaire) ou des civils (policiers civils, administrateurs ou personnel d'aide humanitaire) sont déjà engagés dans des missions de paix de l'ONU ou dans des opérations mandatées par l'ONU. Ces engagements, qui sont pratiqués depuis des décennies, font partie intégrante de notre politique étrangère et de notre politique de sécurité et constituent un outil éprouvé.

Mise en œuvre de mesures non militaires

La Suisse applique de fait les sanctions économiques de l'ONU depuis 1965 (décision du Conseil de sécurité à l'encontre de la Rhodésie). Depuis 1990, une pratique d'application intégrale des sanctions économiques de l'ONU s'est établie. Avec la nouvelle loi sur les embargos qui sera traitée par le Parlement en 2001⁸¹, le Conseil fédéral crée en outre une base légale formelle pour l'application de ces sanctions, qui reposait jusqu'ici sur des ordonnances directement fondées sur la Constitution. En appliquant les sanctions de l'ONU, la Suisse ne contrevient pas à sa neutralité car, comme expliqué plus haut, l'ONU n'est pas partie aux conflits mais intervient dans des conflits au nom de l'ensemble de la communauté des Etats pour rétablir le droit, la paix et l'ordre. C'est pour cette raison que le Conseil fédéral considère d'ores et déjà que la participation de la Suisse aux sanctions non militaires de l'ONU est conforme à sa neutralité, se ralliant en cela à la doctrine dominante et à la pratique des Etats en matière de droit international public. En tant que membre de l'ONU, la Suisse devrait obligatoirement appliquer les sanctions non militaires contraignantes de l'ONU.

La position de l'ONU concernant la neutralité

Il y a longtemps que l'ONU accepte la neutralité de ses Etats membres. Aucun Etat européen neutre (Autriche, Suède, Finlande, Irlande) n'a vu sa neutralité remise en cause par son adhésion à l'ONU. L'Assemblée générale de l'ONU a même expressément accordé à la neutralité, en 1995, la qualité de concept de politique de sécurité, confirmant ainsi sa valeur (Résolution A/Res/50/80A relative à la neutralité du Turkménistan). Les Etats neutres peuvent même siéger au Conseil de sécurité et, ainsi, prendre leur part de responsabilité dans la paix et la sécurité dans le monde, comme l'ont montré les exemples de l'Autriche (pendant la guerre du Golfe), de la Suède, de la Finlande et de l'Irlande.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 4 décembre 2000, relatif à l'initiative populaire "Pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies". FF 2001, p. 1117 (1147-1150). (Le 3 mars 2002, le peuple et les cantons suisses ont accepté l'initiative évoquée ci-dessus. Voir FF 2002, p. 3452.)

⁷⁹ Projet de révision partielle (du 6 octobre 2000) de la Loi fédérale (du 3 février 1995, RS 510.10) sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) (Armement), FF 2000, p. 4758.

⁸⁰ Au moment où le présent message est adressé aux Chambres (fédérales), l'Arrêté fédéral sur ce sujet, approuvé par le Parlement le 6 octobre 2000, est soumis au référendum facultatif.

⁸¹ Projet de loi fédérale sur l'application de sanctions internationales, soumis aux Chambres fédérales par le Message du Cons. féd. à l'Ass. féd. du 20 octobre 2000. Le projet fut accepté par les Chambres les 27 septembre et 4 décembre 2001 (BO CN 2001, p. 1341 et BO CE 2001, p. 841).

La pratique suisse en matière de droit international public 2002 - RSDIE 2003 p. 439

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les nos 3.2, 5.1, 5.5, 5.6 et 6.1)

1.1 Non-rétroactivité des traités: le principe et les exceptions à celui-ci. Interprétation des traités: bonne foi

Dans le cadre d'un litige ayant trait à l'interprétation d'une disposition de la Convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis, du 2 octobre 1996 (RS 0.672.933.61), le TF s'exprima ainsi sur la règle de la non-rétroactivité des traités internationaux figurant à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111):

Le principe de non-rétroactivité dans les traités, comme il ressort de l'article 28 de la Convention de Vienne, n'est pas absolu. Il n'est pas interdit aux pays contractants de limiter expressément ou implicitement le principe de non-rétroactivité. Le principe de la bonne foi requiert aussi que l'introduction du droit international ne soit pas retardée outre mesure (voir aussi Nguyen Quoc Dinh/P. Daillier/A. Pellet, *Droit international public*, 4^e éd., Paris 1992, pp. 214 et s.). Du fait de leur nature et d'après la coutume internationale, les normes d'entraide administrative et judiciaire sont en général applicables immédiatement (pour l'entraide judiciaire, cf. ATF 117 IV 169, c. 4c (?)). Il n'existe pas de motif pour qu'il en aille différemment en ce qui concerne l'entraide administrative de la Convention de double imposition avec les Etats-Unis. Si l'entraide administrative n'était pas accordée pour des impôts des années précédentes, les dispositions sur l'entraide administrative ne seraient pas appliquées encore durant de longues années après leur entrée en vigueur. Ce n'était manifestement pas le sens de la conclusion d'une nouvelle convention avec les Etats-Unis.

X. et Y. Inc. c. Administration fédérale des contributions (c. 2a). *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 58^e année, 2002, p. 303 (307).

1.2 Règlement pacifique des différends internationaux en Europe: application d'une convention portant sur ce sujet en raison du fait que cette convention a été incorporée à un autre instrument conventionnel

Une interpellation déposée par M. Fulvio Pelli, député au Conseil national, avait pour objet le Neuvième Protocole additionnel de la Convention sur la protection des Alpes du 7 novembre 1991 (RS 0.700.1). Ce protocole, que le Conseil fédéral a présenté au Parlement par Message du 19 décembre 2001 (FF 2002, p. 2740), mais qui n'a pas été ratifié par la Suisse, se réfère explicitement à la Convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends (RS 0.193.231). D'après l'interpellant, la France n'avait pas ratifié cet instrument du tout, alors que l'Italie n'avait souscrit qu'à certaines parties de celui-ci, ce qui soulevait la question de l'effet du neuvième protocole additionnel vis-à-vis des deux pays. Les questions spécifiques posées par M. Pelli étaient les suivantes:

"1. Est-il vrai que la France n'a pas ratifié la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957 et que l'Italie n'a pas ratifié les second et troisième chapitres de celle-ci?

2. Le protocole "règlement des différends" d'application de la convention alpine est-il juridiquement lié à cette convention et, si oui, dans quelle mesure?

3. Si tous les pays de l'Arc alpin ratifient ces protocoles d'application de la convention alpine et que la France et l'Italie n'ont effectivement pas intégré cette procédure européenne de règlement pacifique des différends dans leur ordonnancement juridique, une application éventuelle des dispositions du protocole "règlement des différends" serait-elle opposable à deux de nos principaux partenaires, à savoir l'Italie et la France?

4. S'il existe des incompatibilités entre le protocole "règlement des différends" et la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957, quelles garanties peut-il (le Cons. féd.) donner quant au bon fonctionnement de la procédure arbitrale proposée dans ces textes?"

Voici la réponse du Cons. féd.:

Au niveau international, la Suisse a constamment défendu la position de doter les obligations découlant d'accords de droit international public de mécanismes d'exécution efficaces. Pour la Convention alpine, l'existence d'une procédure susceptible de régler les différends contribuera assurément à mieux concrétiser les objectifs et les exigences de la convention et de ses protocoles d'application, et cela aussi de façon plus uniforme. Il est dans l'intérêt de la Suisse que ses partenaires s'en tiennent à une application et une interprétation uniformes des engagements pris. Les dispositions du protocole "règlement des différends" s'inspirent fortement de la réglementation en vigueur qui régit les accords de droit international public dans le domaine de l'environnement, et que la Suisse applique déjà (Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique, RS 0.451.43; Accord de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle de l'acheminement transfrontalier des déchets dangereux et leur élimination, RS 0.814.05; Convention du 25 février 1991 relative à l'étude d'impact sur l'environnement dans le contexte transfrontalier, FF 1995 IV 397).

Réponses détaillées

1. La France a signé la Convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends (... ci-après: "convention européenne"), mais ne l'a pas encore ratifiée. En Italie, cette convention est entrée en vigueur en 1960, après l'adjonction d'une réserve concernant les chapitres II et III qui ne sont donc pas applicables. En Italie, les

dispositions sur la procédure de comparaison et la procédure arbitrale n'ont aucune validité. Cependant, l'Italie a adhéré aux dispositions sur le règlement juridictionnel des litiges et aux dispositions générales. La Suisse a ratifié la convention européenne en 1965 sans émettre de réserves.

2. Il n'y a pas de lien juridique entre le protocole de règlement des différends et la convention européenne. Les deux traités sont des instruments juridiques indépendants servant à régler des litiges entre les Parties contractantes. Si la convention européenne porte de façon générale sur les litiges entre les Parties, le protocole de règlement des différends est applicable exclusivement aux litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention alpine ou d'un de ses protocoles. Théoriquement, une Partie contractante pourrait, en cas de litige se rapportant à la convention alpine ou à un protocole d'application, invoquer aussi bien la convention européenne que le protocole de règlement des différends. Selon l'article 28 de la convention européenne, toutefois, le protocole de règlement des différends a, en raison de sa spécificité, la primauté sur la convention plus générale. Par rapport à la France et l'Italie (en matière de procédure arbitrale), seul le protocole de règlement des différends pourrait donc entrer en ligne de compte. Sur le fond, la convention européenne et le protocole de règlement des différends se rejoignent sur le fait qu'ils aboutissent à des décisions ayant force obligatoire du tribunal arbitral. Comme le mentionne le Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 relatif à la ratification des protocoles de la convention sur la protection des Alpes (convention alpine), la compétence du tribunal arbitral de prononcer les sentences obligatoires et définitives, prévue dans le protocole sur le règlement des différends, n'est pas une nouveauté pour la Suisse. Si ce protocole prévoit seulement un règlement des différends par l'intermédiaire d'un tribunal arbitral, la convention européenne prévoit en outre la possibilité de porter des différends devant la Cour internationale de Justice.

3. Comme nous l'avons constaté précédemment, l'applicabilité du protocole de règlement des différends ne dépend pas de la ratification de la convention européenne. Compte tenu des dispositions de la convention européenne sur la primauté des accords spécifiques sur le règlement des litiges, les Parties contractantes appliqueront uniquement le protocole de règlement des différends. En ce qui concerne la France et l'Italie, cette unique possibilité découle déjà du fait que ces pays n'ont pas ratifié ou ont formulé des réserves à la convention européenne. En d'autres termes, la ratification du protocole de règlement des différends par toutes les Parties contractantes de la convention alpine améliorerait la situation de départ en ce sens que sans cet instrument, seule la convention européenne serait applicable, mais n'aurait aucune portée vis-à-vis de la France et de l'Italie.

4. Selon l'article 28 de la convention européenne, mentionné précédemment, il n'existe pas d'incompatibilité entre cette même convention et le protocole de règlement des différends.

Réponse donnée le 15 mai 2002 par le Cons. féd. à l'interpellation Pelli du 12 mars 2002. BO CN 2002, Annexes, été, pp. 292-294.

1.3 Fonction des dépositaires de traités, notamment en matière de réserves. Constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle

Le passage qui suit est tiré d'une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il commente des directives élaborées par la Commission du droit international (CDI) et portant sur les réserves aux traités (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 54^e session, du 29 avril au 7 juin et du 22 juillet au 16 août 2002, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 57^e session, Supplément n° 10 (A/57/10), p. 25).

...

La Suisse, dépositaire d'un certain nombre de traités, suit avec le plus grand intérêt les débats au sein de la CDI à ce sujet. Ma délégation est d'avis que le dépositaire joue un rôle important pour le fonctionnement de l'institution d'un traité, rôle qu'il doit exercer en toute impartialité et neutralité. A cet égard, le projet de directive 2.1.7 nous semble être rédigé de manière appropriée. D'après cette disposition, le dépositaire se voit confier la tâche d'examiner si une réserve est "formulée ... en bonne et due forme", et, le cas échéant, de porter la question à l'attention de l'Etat ou de l'organisation réservataire. A nos yeux, cette formulation est bien fondée en droit international et dans la pratique des dépositaires. Il est important de noter qu'il s'agit d'un examen préliminaire seulement, qui porte sur la "forme" et non sur la substance. Ainsi, d'une part, le dépositaire joue un rôle qui va au-delà de celui d'une simple "boîte aux lettres"; le dépositaire ne peut pas être tenu de communiquer n'importe quoi n'importe comment. D'autre part, il n'appartient, à nos yeux, en aucun cas au dépositaire de trancher des questions de substance. En particulier, il n'incombe pas au dépositaire d'examiner la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité. Cet examen relève de la responsabilité des Etats Parties au traité, et, le cas échéant, des organes de contrôle institués par le traité.

...

... il nous semble inévitable de bien distinguer selon la nature juridiquement contraignante ou non du mécanisme de contrôle. S'il s'agit d'un organe de contrôle qui est compétent pour faire des suggestions, recommandations et avis non contraignants, un constat d'illicéité totale ou partielle d'une réserve ne constitue qu'une invitation à l'Etat ou à l'organisation en question de réexaminer l'utilité et le bien-fondé de la réserve.

S'il s'agit, par contre, d'un mécanisme de contrôle juridiquement contraignant, le constat d'illicéité d'une réserve comporte le constat de son invalidité. Avec la force juridique du constat, la réserve est entièrement ou partiellement invalide. Dans une telle situation, il appartient à l'Etat ou l'organisation internationale réservataire de tirer les conséquences. Une conséquence possible serait la dénonciation du traité. Une autre - moins radicale - peut consister dans le retrait de la réserve. Cette solution doit être encouragée afin que les apparences soient mises en accord avec

le droit en vigueur. C'est par un souci de transparence que l'on peut attendre de l'Etat ou de l'organisation internationale qu'une réserve soit retirée totalement ou, le cas échéant, partiellement.

...

Déclaration faite le 4 novembre 2002 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 déclaration, voir le n° 8.2.

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

(Voir aussi le n° 3.3)

2.1 Droit international conventionnel et droit suisse: primauté; interprétation du droit interne conforme au droit international; applicabilité directe des règles conventionnelles sur le plan interne. L'inexécution d'une obligation conventionnelle ne saurait se justifier en invoquant des obstacles d'ordre interne

Le passage traduit et reproduit ci-après est extrait d'un arrêt du TF.

(Traduction:)

3. ...

b) ... Sous le régime de l'aCst., le Tribunal fédéral a rappelé plus d'une fois que la Confédération ne saurait échapper à ses obligations internationales en se prévalant de son droit interne; ce dernier doit être interprété, avant tout, de manière conforme aux règles du droit international (ATF 125 II 417, c. 4c)¹.

En cas de conflit, les règles en cause prévalent donc, en principe, sur le droit interne, et les règles non conformes au droit des gens sont inapplicables. Cette solution se justifie tout particulièrement lorsque la règle vise à protéger les droits de l'homme. Le point de savoir si et dans quelle mesure cette solution s'étend à d'autres domaines (ATF 125 II 417, c. 4d) est toutefois demeurée ouverte. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'examiner si et dans quelle mesure les traités peuvent "corriger" une disposition du Code civil (ATF 125 III 209, c. 6e². Le 12 mars 2000 une modification de la Constitution relative à la réforme de la justice a été approuvée. Contrairement à ce qu'avait préconisé le Conseil fédéral, cette modification ne comporte pas l'introduction de la juridiction constitutionnelle. Ainsi la question de savoir si la décision politique doit se répercuter sur la jurisprudence peut, pour le moment, demeurer ouverte. Il faut enfin rappeler que, dans le domaine pénal, le principe *Nullum crimen sine lege*, à défaut de règle contraire spécifique du droit interne, interdit de sanctionner une conduite dont la punissabilité ne découle que d'un texte international, du moins lorsque ce dernier n'est pas directement applicable (voir, d'une manière générale, ATF 127 IV 198, c. 3b³).

Arrêt de la Cour de cassation pénale, du 29 avril 2002, en l'affaire Ministère public du canton du Tessin c. A. et B. ATF 128 IV 117, c. 3b (122).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les nos 5.3 et 7.2)

3.1 Personnalité juridique internationale d'organismes conventionnels

Dans le cadre d'un traité multilatéral, la Suisse, Partie à celui-ci et prête à accueillir sur son territoire le secrétariat prévue par le traité, s'est interrogée sur la personnalité internationale du futur organisme, notamment dans la perspective de l'éventuelle conclusion d'un accord de siège. Voici un extrait d'un texte préparé par la DDIP sur cette question:

... Il n'existe pas de règle écrite en droit international qui fixe à quelles conditions et selon quelles modalités peut être reconnue la personnalité juridique internationale d'une institution internationale. Il est donc nécessaire d'examiner la position adoptée en la matière par la doctrine.

De manière générale, les organisations intergouvernementales disposent de la personnalité juridique internationale. Elles sont titulaires de droits et d'obligations en droit international.

A l'opposé, les organisations internationales non gouvernementales (ONG) ne jouissent pas de la personnalité juridique internationale.

Entre l'organisation intergouvernementale et l'ONG se trouve une zone grise d'institutions à caractère international qui remplissent seulement certains des critères constitutifs d'une organisation intergouvernementale.

... Les organisations intergouvernementales conjuguent les éléments principaux suivants:

¹ Pratique suisse 1991, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 654.

² JdT 1999 I 321. Pour le Code civil suisse du 10 décembre 1907, voir RS 210.

³ SJ 2002 I 107.

- elles doivent être créées par un traité international;
- leurs membres doivent être des sujets du droit international (Etats ou organisations intergouvernementales);
- elles doivent posséder des organes particuliers distincts de ceux des Etats membres;
- elles doivent être dotées d'une volonté propre, indépendante de celle des Etats membres.

... La doctrine s'accorde pour affirmer que la personnalité juridique internationale est déterminée par le traité constitutif.

Le traité constitutif contient parfois une clause explicite qui reconnaît la personnalité juridique internationale de l'institution qu'il crée, mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, par exemple, la Charte des Nations Unies (article 104) reconnaît la capacité juridique de l'ONU sur le territoire de chacun des Etats membres, mais elle ne fait pas état de la personnalité juridique internationale de l'Organisation. Cela n'a pas empêché la Cour internationale de Justice de reconnaître la personnalité juridique internationale de l'ONU en s'appuyant sur différents critères tels que les caractères généraux de l'ONU, les buts et principes qui lui ont été assignés, ainsi que la structure interne de l'Organisation et les compétences propres de ses organes⁴.

Ainsi, si le traité constitutif ne reconnaît pas explicitement la personnalité juridique internationale de l'organisation, il est possible de présumer l'existence d'une personnalité juridique internationale implicite lorsque certains critères sont réunis.

Note de la DDIP du 29 janvier 2002. Document inédit.

3.2 Personnalité internationale et organisations intergouvernementales. Conclusion de traités internationaux par la Suisse

Voici une note de la DDIP sur le point de savoir si le projet de convention sur la personnalité juridique internationale, sur la capacité juridique, ainsi que sur les privilèges et immunités conférées à l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), devrait être soumis au référendum facultatif en application de l'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 2, de la nCst. qui dispose que sont assujettis à ce référendum "les traités internationaux qui... prévoient l'adhésion à une organisation internationale".

1. N'ayant pas été créée par un traité multilatéral constitutif, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) n'est pas une organisation intergouvernementale au sens strict du terme. Elle a pris exclusivement des engagements de nature politique.

Comme elle n'a pas de "treaty-making power", elle ne peut pas conclure des accords sur les privilèges et immunités destinés à accorder une protection adéquate, notamment aux missions de l'OSCE sur le terrain.

2. Le groupe de travail, chargé au sein de l'OSCE d'examiner la manière d'accorder la personnalité juridique internationale à l'OSCE, a élaboré un projet de convention qui s'intitulerait "convention portant sur la personnalité juridique internationale, sur la capacité juridique, ainsi que sur les privilèges et immunités conférés à l'OSCE".

Le projet de convention prévoit un même régime pour les différentes catégories d'entités de l'OSCE, à savoir le Secrétariat, les institutions et les missions (la question d'y inclure l'Assemblée parlementaire de l'OSCE devra faire l'objet de discussions ultérieures). Compte tenu de la corrélation très forte entre les entités de l'OSCE, ce concept forme un tout très homogène et d'application facile.

La voie de la convention multilatérale, telle qu'elle a été choisie en dernier ressort, aura un effet dynamisant et favorisera l'adhésion multiple à ce traité. Une telle voie a aussi l'avantage que les mêmes privilèges et immunités, conformes à la pratique internationale, seront garantis par tous les Etats Parties à la convention.

3. Avant d'aboutir à la solution de la convention multilatérale, d'autres voies avaient été sondées.

- En 1993, le Conseil des Ministres de l'OSCE adoptait une décision aux termes de laquelle les Etats participants à l'OSCE devaient accorder unilatéralement certains privilèges et immunités et la capacité juridique interne. Cette voie ne recueillit pas le succès escompté.

- La voie de l'accord bilatéral, à savoir Etat-OSCE, n'a pas eu plus de succès. L'inconvénient de cette formule est que le pays qui doit accorder des privilèges et immunités pour l'exercice des activités de l'OSCE sur son territoire n'est en général pas prêt à conclure un tel accord bilatéral ou, s'il le fait, il n'accorde pas les privilèges et immunités véritablement adéquats pour une mission de l'OSCE dans une situation difficile.

A noter que l'absence de personnalité juridique internationale n'empêche pas la Suisse d'accorder des privilèges et immunités à un organisme de l'OSCE. S'agissant de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE, dont le siège est à Genève, la Suisse a conclu avec tous les Etats Parties à la Convention établissant cette Cour⁵ un accord de siège, et cela dans le but de pallier l'absence de personnalité juridique internationale⁶. Lorsque l'OSCE décide de tenir une conférence sur territoire suisse, le Conseil fédéral accorde de manière unilatérale les privilèges et immunités nécessaires.

4. L'octroi de la personnalité juridique internationale à l'OSCE n'en fait pas encore une organisation intergouvernementale. Certes, cette personnalité juridique internationale en constitue un des éléments importants

⁴ Avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, CIJ, Recueil 1949, p. 174 (178-179).

⁵ Convention du 15 décembre 1992 relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la CSCE (RS 0.193.235).

⁶ Accord du 17 novembre 1997 (pas encore publié).

comme tant d'autres, à savoir la structure des organes, le financement étatique, la volonté de s'exprimer d'une manière indépendante des Etats, etc. Ce qui continue de faire défaut à nos yeux pour être en présence d'une véritable organisation intergouvernementale demeure l'élaboration d'un traité constitutif érigeant l'OSCE en organisation intergouvernementale. C'est précisément cette absence de traité constitutif qui fait que la Fédération de Russie s'oppose au projet de convention sur la personnalité juridique internationale, la capacité juridique et les privilèges et immunités. Cet Etat assure que l'on ne peut pas accorder la personnalité juridique internationale à une entité qui n'est pas à proprement parler une organisation intergouvernementale fondée par traité. C'est pourquoi la Fédération de Russie a pour postulat l'élaboration d'un traité multilatéral créant ou transformant l'OSCE en une organisation intergouvernementale.

5. Par le passé, la Suisse a déjà été confrontée à deux reprises au problème de l'octroi de la personnalité juridique internationale à des organisations qui ne sont pas intergouvernementales. En effet, la Suisse a conclu des accords de siège avec deux associations qui ont été assimilées à des organisations internationales: il s'agit du Comité international de la Croix-Rouge, auquel la doctrine reconnaît une personnalité juridique internationale, et de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, à qui le Conseil fédéral a reconnu une personnalité juridique limitée aux fins de la conclusion de l'accord de siège.

Lorsque le Conseil fédéral a passé ces deux accords de siège, il n'a jamais soulevé la question de savoir si les deux traités prévoyaient l'adhésion à une organisation internationale. S'il l'avait fait, il serait sans conteste parvenu à la conclusion que la conclusion d'un accord de siège conférant des privilèges et immunités ne constitue pas l'adhésion à une organisation intergouvernementale. Cette conclusion vaut également dans le cas de l'OSCE.

6. La crainte a été émise que, par le biais de la convention dont il s'agit, l'OSCE ne devienne une organisation intergouvernementale et que, de ce fait, il soit nécessaire de prévoir que l'approbation de la convention soit soumise au référendum facultatif.

Or, l'analyse qui précède nous amène à préciser que l'OSCE ne saurait être considérée comme une organisation internationale au sens du droit des gens. Il s'ensuit que l'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 2, nCst. (soumission au référendum facultatif de traités internationaux prévoyant l'adhésion à une organisation internationale) ne trouve pas d'application en l'occurrence. Le projet de "convention sur la personnalité juridique internationale, la capacité juridique, ainsi que les privilèges et immunités conférées à l'OSCE" ne sera pas soumis au référendum facultatif. La compétence d'approuver un tel accord demeure au Conseil fédéral, compétence qui découle, conformément à la pratique, de l'article 47bis b, alinéa 3, lettre d, de la Loi sur les rapports entre les conseils (du 23 mai 1962) (RS 171.11).

Note de la DDIP du 15 août 2002. Document inédit.

3.3 Droit international pénal: Nullum crimen sine lege. Droit international conventionnel et droit suisse: primauté; applicabilité directe sur le plan interne

L'arrêt du TF partiellement reproduit ci-après porte sur l'acquittement, par le Tribunal d'appel du canton du Tessin, de l'individu B. accusé de s'être livré à la traite d'êtres humains au sens de l'article 196 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0). L'individu en cause, avec l'accord des femmes étrangères concernées, avait fait venir celles-ci en Suisse pour ensuite les exploiter comme prostituées. Le Ministère public du Tessin recourut en cassation auprès du TF, qui accueillit le recours.

Dans le passage qui suit, le Tribunal se penche sur l'argument du Ministère public suivant lequel l'article 196 du Code pénal doit être interprété à la lumière d'une série de traités internationaux, dont en particulier la Convention du 11 octobre 1933 relative à la répression de la traite des femmes majeures (RS 0.311.34), pour lesquels l'absence de consentement des victimes n'est pas un élément constitutif de l'infraction.

(Traduction:)

3. ...

b) Les conventions citées ne sont pas directement applicables (sur cette notion, cf. Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000, pp. 452-454), mais elles demandent au législateur suisse de concrétiser les principes généraux posés par elles (FF 1924 III 1067⁷ et articles 2 et 3 de la Convention du 30 septembre 1921 (pour la répression de la traite des femmes et des enfants, RS 0.311.33)). L'interprétation des règles et principes du droit pénal doit, autant que possible, être conforme au droit constitutionnel et au droit international conventionnel (ATF 127 IV 66, c. 2g; 126 IV 236, c. 4; 118 V 153, c. 4c(?); 106 la 33, c. 2 et 3⁸). Du temps de l'aCst., le Tribunal fédéral affirma à plusieurs reprises que la Confédération ne pouvait se soustraire à ses obligations internationales en invoquant son droit interne, ce dernier devant être interprété, avant tout, en conformité avec les règles du droit international (ATF 125 II 417, c. 4c⁹). S'il y a conflit, ces dernières prévalent en tout état de cause sur le droit interne, et la règle interne contraire ne sera pas appliquée. Cette solution se justifie davantage encore si c'est d'une règle internationale protégeant les droits de l'homme qu'il s'agit. La question de savoir si cette solution doit être étendue à d'autres domaines reste cependant ouverte (ATF 125 II 417, c. 4d). Le Tribunal fédéral n'a pas

⁷ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 25 novembre 1924, concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches et la ratification de la Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la suppression de la traite des femmes et enfants (FF 1924 III 1059).

⁸ JdT 1982 I 575.

⁹ SJ 2000 I 202.

davantage décidé si et dans quelle mesure le droit conventionnel peut "corriger" une règle du Code civil (suisse du 10 décembre 1907, RS 210) (ATF 125 III 209, c. 6e). Le 12 mars 2000 la modification de la Constitution fédérale a été approuvée. Contrairement à ce que le Conseil fédéral avait proposé, le nouveau texte ne consacre pas l'introduction de la juridiction constitutionnelle. Le point de savoir si la décision politique doit affecter la jurisprudence actuelle en matière de conflits entre le droit interne et le droit international peut, pour le moment, demeurer indécise. On rappellera enfin que, sur le plan du droit pénal, le principe *Nullum crimen sine lege* prohibe, à défaut de règle contraire spécifique du droit interne, la répression d'un comportement interdit exclusivement par un texte international, en tout cas lorsque ce texte n'est pas directement applicable (voir, d'une manière générale, ATF 127 IV 198, c. 3b¹⁰).

Arrêt du TF, du 29 avril 2002, dans la cause Ministère public du canton du Tessin c. A. et B. (c. 3b). Arrêt non publié; résumé dans SJ 2002 I 450.

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

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 3.3 et 5.6)

4.1 Compétence de l'Etat d'émettre des passeports d'application limitée. Droits de l'homme: libre circulation

Dans la note qui suit la DDIP examine la question de savoir si la pratique du Gouvernement de l'Etat A. en matière d'émission de passeports à l'étranger par ses représentations diplomatiques ou consulaires est conforme au droit des gens. Cette pratique consiste à octroyer des passeports "limités" ne valant que pour le pays de séjour et l'Etat A., les individus en cause devant rentrer dans leur pays pour obtenir un passeport régulier d'application générale. La DDIP parvient à la conclusion que la pratique en cause ne comporte, en principe, rien de contraire au droit des gens.

(Traduction:)

1. L'émission de passeports, attribut de la souveraineté étatique

Il est admis que l'émission des passeports relève des pouvoirs souverains de chaque Etat (Friedrich LOEHR, *Passports*, in: (R. Bernhardt (éd.),) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam ... 1997, p. 905; Daniel C. TURACK, *The Passport in International Law*, Lexington, Mass. ... 1972, p. 225; voir également la note de la DDIP du 17 juin 1999, in: Lucius CAFLISCH, *Pratique suisse en matière de droit international public 2001*, (RSDIE,) 12^e année, 2002, pp. 616 et ss). Tout comme l'Etat, en vertu de sa souveraineté, est libre d'octroyer sa nationalité à un individu ou de la lui retirer, il a, en principe, la compétence de fixer, dans le cadre de son ordre juridique, les critères de l'attribution d'un passeport.

On relèvera aussi, dans ce contexte, qu'en Suisse comme ailleurs, le droit à l'octroi et au prolongement d'un passeport est relatif. Selon l'article 8 de l'Ordonnance relative aux passeports (du 17 juillet 1959, RO 1959, p. 603, plus en vigueur), un tel droit existe dans la mesure où il n'y a aucun motif de refus ou de retrait. L'ordonnance permet en outre, dans certaines conditions, de limiter la validité temporelle ou spatiale des passeports. Il est vrai que les refus, retraits ou restrictions ne peuvent intervenir que dans des circonstances exceptionnelles bien précises. Il n'en est pas moins vrai que l'absence d'un droit absolu à l'attribution d'un passeport est l'expression d'une compétence en principe souveraine de l'Etat en cette matière.

2. Limites à la compétence souveraine en matière de passeports a) Coutume et traités multilatéraux

Il n'existe aucun traité international de caractère universel qui réglerait l'octroi des passeports (LOEHR, *op.cit.*, p. 907). Il n'existe pas davantage de règles coutumières dans ce domaine. Il faut en revanche se demander si la pratique restrictive (de l'Etat A.) ne limite pas de manière excessive le droit à la libre circulation (LOEHR, *loc.cit.*). Ce droit de l'homme figure à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (du 10 décembre) 1948¹¹ et à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (pacte ONU II, (du 16 décembre 1966,) RS 0.103.2), auquel (l'Etat A.) a accédé ... Selon l'article 12 du pacte ONU II, "(quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence", ainsi que "de quitter n'importe quel pays, y compris le sien". "Nul", enfin, "ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays." Dans certaines conditions, des restrictions sont toutefois possibles. S'agissant du droit de quitter n'importe quel pays, on retiendra l'Observation générale formulée le 2 novembre 1992 par le Comité des droits de l'homme ((document) CCPR/C/21/Rév.1/Add.9). Selon le Comité, l'exercice de ce droit dépend du droit de solliciter l'octroi d'un passeport. D'après lui, le refus d'un Etat d'attribuer un passeport à un citoyen ou une citoyenne est incompatible avec l'article 12 (cet avis est partagé par TURACK, *op.cit.*, pp. 1 et ss). Cette observation générale du Comité n'a, il est vrai, aucun effet contraignant, mais il faut en tenir compte pour l'interprétation de l'article 12.

En l'espèce on retiendra toutefois que (l'Etat A.) ne refuse pas l'émission de passeports de façon générale. Le "passeport limité" permet de quitter l'Etat de résidence et de retourner au pays d'origine. De plus, les citoyens et citoyennes (de l'Etat A.) peuvent solliciter un passeport "régulier" dans leur patrie. Même si cette pratique peut poser des problèmes, on doit admettre semble-t-il qu'elle n'enfreint pas l'article 12 du pacte ONU II. On ne doit pas davantage

¹⁰ SJ 2000 I 107.

¹¹ Pour le texte, voir par exemple CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits de l'homme en droit international. Textes de base*, 2^e éd., Strasbourg 2002, p. 83.

oublier, dans ce contexte, que les Etats tiers sont libres de laisser entrer des titulaires de "passeports limités", conjointement, le cas échéant, avec un autre document officiel (un permis de séjour suisse, par exemple).

De plus, on rappellera que, dans la présente situation, il pourrait exister à la charge de la Suisse, en vertu de l'article 12 du pacte ONU II, une obligation de fournir aux citoyens et citoyennes en question des documents de voyage de remplacement. Il en irait ainsi notamment s'il y a impossibilité de se procurer des documents (de l'Etat A.) valables, en particulier dans le cas de porteurs de permis F, pour qui l'impossibilité d'un renvoi a été constatée et pour qui la pratique (de l'Etat A.) équivaut en fait au refus d'accorder un passeport régulier. La Suisse dispose des bases légales nécessaires pour émettre des documents de voyage provisoires dans ce genre de cas (Ordonnance du 11 août 1999 sur la remise de documents de voyage à des étrangers, RS 143.5).

b) Accords bilatéraux entre la Suisse et (l'Etat A).

...

3. Conclusion

En principe, (l'Etat A.) peut souverainement décider, dans le cadre de son ordre juridique, de limiter l'émission de passeports dont la validité est restreinte dans le temps ou quant au champ d'application territorial. C'est ce qui découle de la souveraineté étatique, et aucune règle coutumière ou conventionnelle ne s'y oppose. Dans certains cas ce pouvoir peut toutefois être limité par la règle de droit international garantissant la libre circulation.

La pratique (de l'Etat A.), qui consiste à n'accorder à ses citoyens et citoyennes que des "passeports limités", valables dans leurs pays de séjour et d'origine seulement, comporte sans doute des inconvénients pour les intéressés. Mais, étant donné qu'un passeport régulier peut être obtenu dans le pays d'origine, cette pratique semble compatible avec la règle garantissant la libre circulation et ne saurait être qualifiée sans autre de contraire au droit international.

Communication de la DDIP à la Division politique II du DFAE, du 22 mars 2002. Document inédit.

4.2 L'expropriation des étrangers en droit international public

Le passage reproduit ci-après, extrait d'une note de la DDIP, définit l'expropriation et en expose les modalités.

(Traduction:)

...

... Qu'est-ce que l'expropriation?

L'expropriation se définit comme étant le transfert de la propriété privée à l'Etat. Elle n'est permise que si certaines conditions sont réalisées: elle doit répondre à un but d'intérêt public; elle doit reposer sur une base légale, ne pas être discriminatoire et suivre une procédure régulière ("rechtsstaatliches Verfahren", "due process of law"). Elle doit donner lieu à une indemnité qui, selon la formule dite de Hull, généralement admise aujourd'hui, doit être immédiate, complète et effective.

Les standards minimum qui viennent d'être évoqués découlent du droit international coutumier et ont été codifiés dans le cadre d'accords bilatéraux de protection des investissements.

...

... Modalités d'expropriation

Expropriation formelle: Un acte de puissance publique peut priver l'investisseur de biens protégés par la garantie de la propriété privée, ou limiter l'investisseur dans ses droits. Ces droits sont transférés à un tiers, en général l'expropriant.

...

Expropriation matérielle: Le propriétaire se voit interdire ou radicalement limiter l'utilisation actuelle ou future de son bien, ce qui le prive d'une faculté essentielle inhérente à la propriété. Contrairement à l'expropriation formelle, l'identité du propriétaire ne change pas. Il n'y a ni appropriation du bien ni transfert de celui-ci. Ici l'indemnité est la conséquence d'une restriction du droit de propriété équivalant à une expropriation. Tel est le cas lorsque des fermiers ... sont empêchés de travailler sur leurs fermes. Si aucune indemnité n'est prévue pour les expropriations qui ont eu lieu ou si l'Etat n'intervient pas pour protéger les propriétaires, ou s'il favorise même l'expulsion de ceux-ci, on peut également parler d'expropriation contraire au droit des gens.

Note de la DDIP du 20 août 2002, adressée à la Division politique II du DFAE. Document inédit. Pour un autre extrait de ce document, voir le n° 4.3.

4.3 Protection diplomatique et consulaire: nature et conditions

Le passage reproduit ci-après, extrait d'une note de la DDIP, résume les notions de protection diplomatique et consulaire.

(Traduction:)

...

L'exercice de la protection diplomatique présuppose notamment qu'un autre Etat ait enfreint une règle du droit des gens. Le comportement en cause violera, en plus d'un droit attribué à une personne physique ou morale, un droit propre de la Suisse (exemple: expropriations sans indemnisation). En exerçant la protection diplomatique, la Suisse fait donc valoir ce droit-là et non celui de la personne en cause. Les ressortissants ou entreprises suisses n'ont ainsi aucun droit à l'octroi de la protection diplomatique. Une autre condition à remplir en vue d'exercer cette protection est que la personne physique dont il s'agit doit posséder la seule nationalité suisse, au moment du fait illicite autant qu'à celui où la réclamation est présentée. Pour établir le caractère suisse d'une entreprise, c'est le contrôle effectif (par des ressortissants ou entreprises suisses) qui sera déterminant. En outre, les personnes physiques ou morales en cause doivent avoir épuisé les recours disponibles dans l'autre Etat avant que la Suisse puisse exercer la protection diplomatique.

Les conditions de l'exercice de la protection consulaire sont moins strictes que les principes exposés ci-dessus en matière de protection diplomatique. La protection consulaire consiste à faire valoir et mettre en oeuvre des droits de personnes physiques et morales en se faisant aider par une représentation de l'Etat. Ici, contrairement à ce qui se produit pour la protection diplomatique, l'Etat ne fait pas valoir un droit propre, mais protège les droits des personnes mentionnées dans l'Etat de séjour et dans l'ordre juridique de celui-ci. Ainsi l'exercice de la protection consulaire ne présuppose pas de violation du droit des gens. L'Etat n'intervient pas pour son propre compte mais pour appuyer les efforts d'une personne physique ou morale. La protection consulaire consiste d'abord à intervenir auprès des autorités locales compétentes dans la circonscription consulaire ainsi qu'auprès des autorités centrales de l'Etat de résidence, dans le but d'obtenir, pour les Suisses, un traitement conforme au droit interne et international de la part des organes étatiques. Dans un sens plus large, la protection consulaire comprend toutes les mesures indirectes qui n'ont pas le caractère d'interventions.

...

Note de la DDIP du 20 août 2002, adressée à la Division politique II du DFAE. Document inédit. Pour un autre extrait de ce document, voir le n° 4.2.

4.4 Protection diplomatique: définition; caractère discrétionnaire; protection des réfugiés; épuisement des recours internes

Empruntés à une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, les passages qui suivent portent sur les articles 7, paragraphe 3 (protection diplomatique des réfugiés), et 10 (épuisement des recours internes), du projet d'articles relatif à la protection diplomatique élaboré par la Commission du droit international (CDI) (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 54^e session, du 29 avril au 7 juin et du 22 juillet au 16 août 2002, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 57^e session, Supplément n° 10 (A/57/10), p. 132).

Selon (l'article 7, paragraphe 3, du projet), un Etat ne peut pas exercer la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié à l'encontre de son Etat de nationalité. Nous appuyons cette approche. Ce que nous ne pouvons pas appuyer, par contre, c'est le raisonnement qui figure au paragraphe 10 des commentaires sur l'article 7 du Rapport (de la CDI). On y parle de la crainte que les réfugiés ne pressent les Etats d'intenter une action en leur nom, ce qui "risquerait de dissuader les Etats d'accepter des réfugiés sur le territoire". Nous ne sommes pas convaincu que l'argument soit pertinent, d'abord parce que les Etats acceptent des réfugiés sur leur territoire puisqu'ils sont - pour la plupart des cas - tenus de le faire à raison de leur propre législation et par le droit international. Puis, vu le caractère complètement discrétionnaire de l'exercice de la protection diplomatique, on voit mal comment il pourrait y avoir "pression" d'intenter action de la part des réfugiés. Ce qui nous paraît mieux expliquer la raison d'être du paragraphe 3 de l'article 7, c'est le "lien prédominant" qui, en cas de multiple nationalité décrite à l'article 6, doit exister entre l'Etat qui exerce la protection diplomatique et la personne qui en bénéficie.

La Commission s'est penchée de manière extensive sur les conditions d'épuisement des voies de recours. Il nous semble important de souligner d'emblée que les conditions d'épuisement des voies de recours internes, comprises dans l'article 10 - article qui est devant le Comité de rédaction - ne s'appliquent qu'en cas de formulation d'une réclamation internationale par un Etat, ce qui peut être distingué de l'exercice de la protection diplomatique. Cette dernière est définie de manière plus large à l'article premier du projet d'articles. Elle comprend "l'action diplomatique" et les "autres moyens de règlement de différend" et alors non seulement la formulation d'une réclamation internationale au sens strict. Font partie de la protection diplomatique un nombre d'autres moyens employés par un Etat pour protéger un national et obtenir réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite, y compris par une protestation, par négociation ou médiation.

...

Déclaration faite le 28 octobre 2002 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° 11.1)

5.1 Cours d'eau internationaux: règles matérielles (interdiction de causer un dommage significatif; principe de l'utilisation équitable et raisonnable) et de procédure (information et consultation

mutuelles). Notion d'"accord international". Interprétation des traités internationaux: texte, contexte, travaux préparatoires

Dans le cadre d'un litige avec le Conseil d'Etat du canton de Zurich, qui avait augmenté les redevances pour l'exploitation des forces hydrauliques du Rhin international, la Société des Forces motrices de Reckingen SA recourut au TF. La décision du Conseil d'Etat, confirmée par la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), avait été fondée sur l'article 49, alinéa premier, troisième phrase, de la Loi fédérale du 22 décembre 1916, modifiée le 13 décembre 1996, sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80). Cette disposition, qui se rapporte aux augmentations des redevances, prévoit que "(s)i les rapports internationaux sont touchés, la Confédération veille à ce que chaque modification du taux maximal de la redevance hydraulique fasse l'objet d'un accord international" (texte allemand en traduction littérale: "S'agissant des rapports internationaux, toute modification de la redevance hydraulique rend nécessaire un ajustement préalable au niveau international"). D'après la recourante, cette disposition n'avait pas été respectée, argument contestée par les intimés qui estimaient qu'une telle démarche ne s'imposait que si elle était "nécessaire". Le TF admit le recours.

Dans son arrêt, le Tribunal examine d'abord la teneur de la disposition litigieuse à la lumière du contexte et de son but, éléments auxquels on ajoutera les travaux préparatoires lorsque le texte n'est pas tout à fait clair et permet plusieurs interprétations. Ce faisant, il parvient à la conclusion que les textes français et italien reflètent bien l'intention initiale du législateur, le mot "nécessaire" n'ayant pas la portée spéciale que lui attribuaient les autorités intimées (c. 3.2).

Concernant l'"accord international" exigé par la loi (texte allemand: "ajustement au niveau international"), le TF examine cette condition au considérant 3.3 de son arrêt.

(Traduction:)

Le texte allemand exige un "ajustement sur le plan international", tandis que les textes français et italien parlent d'un "accord" ou "accordo". Ces termes ne désignent pas nécessairement un traité international. Ils englobent aussi les arrangements oraux, voire la simple constatation de vues identiques (Georges J. Perrin, *Droit international public*, Zurich 1999, pp. 86, note 31, et 90). En l'espèce, il semble donc nécessaire mais également suffisant d'aboutir à une identité de vues au sujet de l'augmentation des redevances en ce sens que l'autre Etat n'ait en tout cas pas d'objection à faire valoir contre l'augmentation et qu'il la tolère.

D'après le TF, cette interprétation peut également s'appuyer sur les conceptions suisses en matière d'obligations incombant aux Etats de cours d'eau internationaux. Voici la description qu'en fait le Tribunal (c. 4.1):

La situation juridique telle qu'elle résulte des règles du droit suisse en matière de cours d'eau reflète la conception suisse des obligations étatiques en matière de cours d'eau internationaux. Les Etats d'un tel cours d'eau sont tenus de ne pas causer un dommage significatif ("erheblich") ("no-harm rule") à un autre Etat du même cours d'eau et, en cas d'exploitation, de trouver une solution équitable et raisonnable ("équitable and reasonable utilization"). Ces principes de droit matériel, qui se rapportent, il est vrai, surtout à l'utilisation physique de l'eau, ont aujourd'hui rang de règles coutumières (Stephen C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, Oxford 2001, pp. 324 et ss; Lucius Caflisch, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, Recueil des cours (de l'Académie de droit international de La Haye), vol. 219, 1989-VII, pp. 133 et ss). Ils ont été récemment codifiées dans la Convention sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹², approuvée en 1997 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Tribunal fédéral avait pour sa part affirmé, en 1878 déjà, dans le cadre d'un litige opposant le canton de Zurich à celui d'Argovie (ATF, vol. 4, pp. 34 et ss), que, s'agissant de cours d'eau s'étendant à plusieurs cantons, il fallait partir de l'idée de l'égalité de droits entre riverains. Selon le Tribunal, cette égalité emportait la conséquence qu'un canton ne pouvait prendre, au détriment d'un autre, des mesures qui refuseraient à ce dernier l'exercice des prérogatives qui lui revenaient en raison de sa souveraineté sur un cours d'eau, et qui empêcheraient une utilisation commune (ATF, vol. 4, p. 34, à la p. 46). D'après le TF, chaque canton riverain d'un cours d'eau public a le droit de prendre les mesures nécessaires à une utilisation rationnelle et adaptée à ses besoins tant que ces mesures permettent une utilisation similaire par les autres cantons (ATF, vol. 4, p. 34, à la p. 47). L'équilibre des intérêts recherché en matière d'utilisation des cours d'eau présuppose le respect de certaines obligations procédurales. Sur ce point, le droit international coutumier reconnaît en tout cas que les Etats ont un devoir d'information et de consultation mutuelle (McCaffrey, *op.cit.*, pp. 397 et ss; Astrid Epiney, *Nachbarrechtliche Pflichten im internationalen Wasserrecht*, Archiv des Völkerrechts, vol. 39, 2001, pp. 35 et ss), ce devoir étant lié à celui d'être prêt à tenir compte, en principe, des objections formulées (Epiney, *op.cit.*, p. 17).

Arrêt du TF, du 10 octobre 2002, en l'affaire Forces motrices de Reckingen S.A. c. Conseil d'Etat du canton de Zurich et d'autres. ATF 129 II 114, c. 3.3 et 4.1 (119-121).

5.2 Accomplissement d'actes officiels sur le territoire d'un Etat étranger: notification de documents officiels

¹² Pour le texte de cette convention, voir Nations Unies, Assemblée générale, Résolution A/51/229 du 21 mai 1997.

La lettre reproduite ci-après, adressée par la DDIP à l'Ambassade de Suisse en l'Etat A., porte sur la notification, par simple envoi postal, d'une plainte civile à la société suisse Z. avec siège en Suisse. La société renvoya à l'expéditeur le pli sans l'avoir ouvert. Ce type de notification directe par la voie postale est-il admissible? Voilà la question examinée.

1. Selon la conception suisse, la notification directe à l'étranger, par voie postale, d'un document officiel doit être assimilée à l'accomplissement d'un acte officiel sur territoire étranger. La Suisse considère l'exécution non autorisée de tels actes sur son territoire comme une violation de sa souveraineté territoriale et, partant, comme contraire au droit international public. La Convention de La Haye de 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale¹³, à laquelle tant la Suisse que (l'Etat A.) sont Parties, n'affecte en rien la position de la Suisse, cette dernière ayant formulé une réserve à la disposition (article 10) prévoyant la communication directe par la voie postale d'actes judiciaires. Ainsi, conformément à l'article 2 de la convention susmentionnée, la notification doit suivre les canaux habituels de l'entraide judiciaire et être adressée à l'autorité centrale de l'Etat requis. D'après la réserve suisse à cette disposition, il existe dans notre pays une Autorité centrale par canton et une Autorité centrale fédérale.

2. D'après l'article 5, alinéa 3, de la convention susmentionnée, l'Autorité centrale de l'Etat requis peut, si l'acte officiel doit être signifié ou notifié conformément à l'alinéa premier de cette disposition, ce qui est le cas en l'espèce, demander que l'acte soit rédigé ou traduit dans la langue ou une des langues officielles de son pays. Lors de la ratification de la convention, la Suisse a émis une réserve à cette disposition en précisant que si le destinataire n'accepte pas volontairement la remise de l'acte, celui-ci ne pourra être signifié ou notifié formellement, selon le premier alinéa de l'article 5, que s'il est rédigé dans la langue de l'autorité requise, c'est-à-dire en langue allemande, française ou italienne, ou accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues, selon les régions de la Suisse dans lesquelles il doit être signifié ou notifié.

Vu que l'autorité centrale compétente suisse demandera probablement une traduction de l'acte officiel lorsque les autorités (de A.) procéderont à sa notification conformément à la convention, nous proposons de rendre les autorités (de cet Etat) d'ores et déjà attentives à cette éventualité et de les inviter à traduire l'acte dans la langue parlée au domicile de la société (Z.), c'est-à-dire en allemand.

...

Lettre de la DDIP à l'Ambassade de Suisse en l'Etat A., du 15 août 2002. Document inédit.

5.3 Actes de souveraineté accomplis sur le territoire d'un Etat étranger: notification d'actes judiciaires en matière administrative. Pratique suisse relative à la remise de documents à leurs propres nationaux par les représentations diplomatiques ou consulaires. Egalité des Etats et réciprocité

Dans le cadre d'une procédure devant la Commission fédérale de recours en matière de concurrence, la DDIP fut invitée à examiner les conditions à respecter lors de la notification d'actes de procédure dans le domaine administratif.

(Traduction:)

1. Contrairement à ce qui se passe en droit pénal et civil, domaines où la Suisse a conclu divers accords avec des pays étrangers en matière de notification d'actes judiciaires, il n'existe aucun accord de ce genre dans le domaine administratif. Ni la Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative¹⁴, ni la Convention européenne du 15 mars 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative¹⁵ - qui, en l'espèce, seraient certainement pertinentes - n'ont été ratifiées à ce jour par la Suisse.

Quant à la question de savoir si la notification directe est tolérée par les Etats concernés en l'absence de textes conventionnels, il convient de se référer à la doctrine et la pratique suisses. Selon le principe de l'exclusivité de la souveraineté territoriale en droit des gens, il est interdit aux Etats étrangers d'accomplir un quelconque acte de souveraineté sur le territoire national. Or la notification d'actes judiciaires est un acte de puissance publique. Ainsi, conformément à ce principe du droit international, la pratique suisse part de l'idée que la notification directe (par la poste, etc.) d'actes judiciaires en Suisse, par une autorité ou représentation étrangère, à des ressortissants suisses ou des nationaux d'Etat tiers porte atteinte à la souveraineté territoriale de la Suisse. En l'absence de traité sur ce point, la notification doit, pour être valable, être effectuée par la voie diplomatique.

Cependant, les autorités suisses ne s'opposent pas à ce que les représentations diplomatiques des pays étrangers, en application de l'article 5, lettre i, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), fassent parvenir directement ou remettent des documents à leurs propres ressortissants, pour autant qu'aucune contrainte ne soit exercée. Les représentations suisses à l'étranger en font de même et communiquent directement des décisions intervenues en Suisse aux ressortissants suisses à l'étranger.

¹³ Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (RS 0.274.131).

¹⁴ Série des traités européens, n° 94.

¹⁵ Ibid., n° 100.

Compte tenu de cette pratique et des principes de l'égalité des Etats et de la réciprocité, on ne peut s'attendre à ce que les autorités d'un Etat étranger tolèrent la remise directe d'actes judiciaires par les autorités suisses à des personnes domiciliées à l'étranger qui ne seraient pas de nationalité suisse.

Il est vrai que la voie diplomatique implique des efforts non négligeables. La ratification des accords précités, conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe, faciliterait sensiblement la remise des actes judiciaires dans le domaine administratif, du moins vis-à-vis des Etats Parties à ces accords (à l'heure actuelle ce sont: l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie et le Luxembourg).

(2. Considérations sur la procédure devant la Commission fédérale de recours en matière de concurrence, plus précisément sur les articles 36, lettre b, et 71, lettre a, de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 relative à la procédure administrative (RS 172.021) et l'article 29, alinéa 4, de la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110).)

3. Comme on l'a dit, la notification des décisions et actes judiciaires doit, en l'absence d'accord à ce sujet, être effectuée par la voie diplomatique. ...

...

4. Parmi les actes de puissance publique qui, faute d'autorisation de l'Etat concerné ou d'un traité allant dans ce sens, portent atteinte à la souveraineté territoriale de l'Etat concerné se trouve la notification de documents officiels à des personnes à l'étranger, sauf lorsqu'il s'agit de pièces dépourvues d'effet juridique constitutif (voir à ce propos A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin 1984, paragraphe 456.3). Là où la notification se rapporte à une communication sans effet juridique, l'Etat sur le territoire duquel la notification se produit n'a en effet aucune raison d'intervenir. Dans ce sens-là, une distinction peut être faite entre décisions et ordonnances interlocutoires, d'une part, et ordonnances et communications de procédure, d'autre part. Il faut toutefois rappeler que les ordonnances appartenant à la seconde catégorie peuvent elles aussi emporter des effets juridiques (par exemple en cas de non-respect d'un délai) et doivent, de ce fait, être notifiées par la voie ordinaire (diplomatique).

(5. et 6. Considérations sur le droit de la partie étrangère à l'instance de consulter le dossier.)

Pour conclure, il convient de rappeler les articles 271 et 299 du Code pénal suisse (du 21 décembre 1937; RS 311.0), pertinents en l'espèce. D'après l'article 299 est punissable celui qui aura violé la souveraineté territoriale d'un Etat étranger, notamment en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire de cet Etat. A l'inverse, l'article 271 interdit de procéder, sur le territoire suisse, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics. Par "acte officiel" on entend, selon la doctrine et la jurisprudence, tout acte qui, de par sa nature et son objet, doit être qualifié d'"officiel", que son auteur ait été un fonctionnaire ou non (ATF 114 IV 128, JdT 1990 IV 15). A titre d'exemples on mentionnera les enquêtes policières, les arrestations, les auditions, les descentes sur les lieux, les actes d'exécution et les enquêtes menées pour le compte d'autorités étrangères douanières ou de contrôle des devises, etc. En pratique, cependant, il s'agit avant tout de la notification d'ordonnances de procédure de tribunaux étrangers et de la collecte de preuves pour des procédures à l'étranger (Cf. G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*, partie spéciale II, 4^e éd., Berne 1995, paragraphe 44, n° 14.6).

Même si la portée des dispositions pénales précitées a pu changer au cours des temps, on ne saurait oublier qu'elles continuent à refléter le point de vue de la Suisse en ce qui concerne les violations de la souveraineté territoriale.

Avis de droit de la DDIP du 10 avril 2000. JAAC 2002, fasc. 66/IV, n° 128.

5.4 Application extraterritoriale du droit national

Dans une interpellation, M. H. Raggenbass, député au Conseil national, s'inquiéta de l'application extraterritoriale du droit américain, de plus en plus fréquente, et demanda au Cons. féd. ce qu'il fallait en penser. Voici une partie de la réponse du Gouvernement:

...

La notion d'extraterritorialité englobe des situations dans lesquelles une loi tient compte d'états de faits qui se sont déroulés ou qui exercent des effets sur le territoire d'un autre Etat. Le droit international confère aux Etats une grande liberté pour appréhender de tels états de faits. Pour qu'une loi déploie des effets juridiques sur le territoire d'un autre Etat, il exige toutefois l'existence d'un lien de rattachement suffisant entre un bien, une personne ou une situation et l'Etat qui a édicté la norme.

Le droit international prévoit trois principes alternatifs pouvant justifier un effet extraterritorial: les principes de territorialité, de nationalité et de sécurité. Il est incontestable qu'un Etat est compétent sur le plan législatif pour les biens et les personnes situés sur son territoire. Sa compétence est également donnée pour régler des états de faits qui se déroulent hors de son territoire, mais dont les effets se produisent aussi en son sein (principe de territorialité). Il n'est pas non plus contesté que l'Etat est habilité à légiférer à l'égard de ses nationaux, et ce, indépendamment du lieu où ils se trouvent (principe de nationalité). La compétence normative extraterritoriale peut également être exercée à l'égard de tout fait menaçant directement l'existence ou la sécurité de l'Etat (principe de sécurité). Il peut être ajouté que les Etats-Unis interprètent de manière extensive ce dernier principe. L'effet extraterritorial des lois américaines est souvent justifié par la prise en considération des intérêts sécuritaires de l'Etat. Ceci peut entraîner des tensions entre les Etats dont le droit national serait violé lors de la mise en œuvre du droit américain.

Par conséquent, il peut être constaté que toutes les lois ayant un rapport avec l'étranger ne violent pas a priori le droit international. Au contraire, une analyse au cas par cas doit être faite pour déterminer s'il existe un rapport suffisant entre l'Etat qui adopte les normes et les états de fait ayant un lien avec l'étranger auxquels ces normes se réfèrent. Cette analyse consiste à déterminer si l'un des trois principes évoqués ci-dessus est applicable.

Il est difficile d'estimer de manière exacte le développement de la législation américaine ayant un effet extraterritorial, car il doit être tenu compte non seulement de la teneur des lois, mais également de leur application dans la pratique.

En raison de la globalisation croissante et de la convergence des marchés, il est incontestable que le droit économique américain exerce à l'échelle mondiale une influence importante sur toutes les entreprises qui participent directement ou indirectement à l'économie américaine. Cette tendance peut être observée dans plusieurs domaines (par exemple droit de la concurrence et des cartels, régimes de sanction, contrôles à l'exportation, surveillance des marchés financiers, droit de l'environnement, législation relative aux droits de l'homme, trafic aérien, lutte contre le terrorisme, etc.).

En outre, le processus législatif renforce cette tendance. L'indépendance dont jouit le Congrès américain lors de l'adoption des lois ne peut être limitée qu'à certaines conditions par les intérêts étrangers, respectivement par les règles internationales. En pratique, les conflits de lois de nature extraterritoriale peuvent être considérablement réduits grâce à une application modérée du droit par l'Exécutif américain.

...

Réponse donnée le 20 novembre 2002 par le Cons. féd. à l'interpellation de M.H. Raggenbass, député au Conseil national, du 3 octobre 2000. BO CN 2002, Annexes, hiver, pp. 263-264.

5.5 Extradition en vertu d'une obligation conventionnelle, sauf en cas de mauvaise foi de l'Etat demandeur. Principes généraux de droit (ou du droit international?)

Dans le cadre d'un recours de droit administratif dirigé contre l'extradition vers l'Allemagne d'un ressortissant allemand accusé d'escroquerie, et après avoir constaté que la Suisse ne pouvait refuser l'extradition en invoquant son propre ordre public, le TF analysa la situation telle qu'elle se présentait sur le plan de l'ordre public international (c. 3.2).

(Traduction:)

Les principes généraux du droit des gens ainsi que des motifs tirés de l'ordre public international peuvent, en revanche, s'opposer à une extradition même lorsque les conditions prévues pour l'extradition par la (Convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, RS 0.353.1) sont remplies. Parmi les principes généraux du droit international se trouve celui de la bonne foi, dont le recourant peut se prévaloir pour s'opposer à son extradition (ATF 117 Ib 337, c. 2a, avec des renvois¹⁶; Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, pp. 66-67, n° 86).

Selon la jurisprudence, le principe de la bonne foi interdit à l'Etat de recourir à la contrainte ou à la ruse pour s'emparer de la personne recherchée lorsque celle-ci se trouve sur le territoire d'un Etat où cette personne jouit de l'immunité en matière d'extradition. Il interdit toute manœuvre abusive pour soustraire cette personne à son immunité ou pour l'inciter à venir sur le territoire de l'Etat qui la recherche ou sur celui d'un Etat tiers qui, lui, serait en principe tenu de l'extrader. L'Etat sur le territoire duquel l'individu recherché s'est rendu à la suite de telles manœuvres doit refuser les demandes d'extradition émanant de l'Etat coupable des manœuvres en question (ATF 117 Ib 337, c. 2a, avec des renvois).

Dans son arrêt ATF 117 Ib 337 le TF avait à examiner le cas d'un ressortissant des Etats-Unis arrêté en Suisse sur la base d'un mandat d'arrêt italien. L'Office fédéral (de la justice du DFJP) accorda l'extradition. Devant le TF, l'intéressé alléguait que la demande d'extradition formulée par l'Italie était contraire à la bonne foi parce que la délégation italienne qui avait participé à son audition aux Etats-Unis aurait définitivement renoncé à son extradition au nom de l'Italie, quel que fût son pays de séjour. Cette version des faits fut contestée par les fonctionnaires italiens qui avaient participé à l'audition. Ceux-ci firent valoir que, n'ayant pas été en mesure de renoncer à une poursuite pénale en Italie, ils s'étaient limités à s'engager vis-à-vis des autorités américaines à saisir le Ministère italien de la justice, seul habilité à retirer des demandes d'extradition. En examinant la présente affaire, le TF a présumé la bonne foi de l'Etat demandeur. Il n'était en effet pas exclu, selon lui, que le juge d'instruction italien qui avait assisté à l'audition se fût limité à annoncer qu'il allait saisir l'autorité italienne compétente. Ce comportement ne pouvait être qualifié de ruse destinée à convaincre l'intéressé qu'il ne serait pas recherché par les autorités italiennes s'il voyageait à l'étranger. La mauvaise foi de l'Etat requérant n'était pas établie à un point qui empêcherait la Suisse de remplir les obligations internationales contractées envers l'Etat en question. Le TF expliqua ensuite que la Suisse était tenue d'extrader une personne à un Etat avec qui elle avait conclu un traité d'extradition. Elle ne pouvait se soustraire à ce devoir en invoquant un arrangement excluant l'extradition auquel elle n'était pas Partie. Sauf dans un cas de mauvaise foi patente de l'Etat requérant, ce type d'arrangement était, pour la Suisse, une *res inter alios acta* qui ne saurait l'emporter sur un traité dont l'exécution était demandée à la Suisse (ATF 117 Ib 337, c. 2, avec des renvois).

A la lumière de cette jurisprudence, la question à résoudre en l'espèce est celle de savoir si, en requérant l'extradition du recourant, les autorités allemandes ont manifestement agi de mauvaise foi. Ce n'est que si la réponse est affirmative

¹⁶ Pratique suisse 1991, n° 2.3, RSDIE, 2^e année, 1992, p. 569.

qu'un refus d'extrader entrerait en ligne de compte. (Par la suite, le TF aboutit à la conclusion que tel n'est pas le cas et rejette le recours.)

Arrêt du TF, du 21 janvier 2002, en la cause R. c. Office fédéral de la justice du DFJP (c. 3.2). Arrêt non publié.

5.6 Extradition et peine de mort. Droits de l'homme et droit international humanitaire. Jus cogens. Responsabilité internationale pour violation des droits de l'homme

Le texte qui va suivre, intitulé: "Extradition et peine de mort", émane de la Section des droits de l'homme et du droit international humanitaire de la DDIP. Il devait contribuer à élaborer la réponse suisse à un questionnaire du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (ODIHR) de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). Voici la question spécifique faisant l'objet de ce texte (traduite de l'anglais): "Vous êtes prié de décrire des cas où des individus ont été expulsés ou extradés vers des pays où ils auraient couru un risque effectif de se voir imposer la peine de mort. Veuillez donner ces renseignements en envisageant des cas d'extradition aussi bien que d'expulsion, que ce soit vers des Etats participants de l'OSCE ou des pays tiers. Vous êtes également prié de fournir des renseignements sur la législation en cette matière."

Le texte élaboré par la Section des droits de l'homme et du droit international humanitaire a la teneur suivante:

...

... Interdiction d'extrader une personne vers un Etat où elle risque la peine capitale

Sur le plan interne, l'article 37, alinéa 3, de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983, RS 351.1) prévoit expressément que l'extradition doit être refusée si l'Etat requérant ne donne pas la garantie que la personne poursuivie ne sera pas condamnée à mort ou, si une telle condamnation a été prononcée, qu'elle ne sera pas exécutée.

Sur le plan international, il est vrai que la prohibition de la peine de mort ne constitue pas (encore) une norme impérative du droit international général (jus cogens). De même, l'interdiction d'extrader une personne vers un Etat où elle risque la peine capitale n'est pas considérée par la communauté internationale dans son ensemble comme norme à laquelle aucune dérogation n'est permise (cf. article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (du 23 mai 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990, RS 0.111).

Cela n'empêche toutefois pas les instruments internationaux visant à abolir la peine de mort - à savoir les Protocoles additionnels n° 6 (Protocole additionnel n° 6 à la CEDH, concernant l'abolition de la peine de mort, du 28 avril 1983, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1987, RS 0.101.06) et 13 (Protocole additionnel n° 13 à la CEDH, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, signé et ratifié par la Suisse le 3 mai 2002, jour de l'ouverture de cet instrument à la signature) à la CEDH¹⁷, ainsi que le deuxième Protocole facultatif au Pacte II (visant à abolir la peine de mort, du 15 décembre 1989, entré en vigueur pour la Suisse le 16 septembre 1994, RS 0.103.22) - de lier les Etats qui les ont ratifiés. Les Etats Parties ont ainsi l'interdiction de prononcer des condamnations à mort ou de procéder à des exécutions. Cette interdiction vaut à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction (Rappelons ici que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers. Ces instruments débordent ainsi le cadre de la réciprocité entre Etats contractants. Les obligations souscrites par les Etats Parties valent à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction, qu'il s'agisse de leurs propres nationaux, des ressortissants des autres Etats contractants, des ressortissants d'Etats non (Parties) auxdits instruments ou des apatrides. Cf. article premier de la CEDH; article premier du Deuxième Protocole facultatif au Pacte II).

A notre sens, l'interdiction de la peine de mort contenue dans ces instruments internationaux implique l'interdiction d'extrader une personne vers un Etat tiers où elle risque d'être condamnée à la peine de mort ou exécutée. En effet, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, "quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un Etat contractant au titre de la disposition correspondante" (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A, n° 151, paragraphe 85). Relevons toutefois que cette "responsabilité par ricochet" a généralement été analysée à la lumière de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (et non pas directement sous l'angle de l'interdiction de la peine de mort).

L'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacrée notamment à l'article 3 de la CEDH, implique l'interdiction d'expulser, de refouler ou d'extrader une personne vers un Etat où elle risque de subir de tels actes (Dans ce sens, voir: Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A, n° 151, paragraphe 88. Voir également arrêt Cruz Varas et autres c. Suède du 20 mars 1991, série A, n° 101, paragraphes 67-70; arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 26 octobre 1996, paragraphe 74.15). Or, la Cour européenne des droits de l'homme, tout en observant que la CEDH elle-même n'interdit pas la peine de mort (cf. article

¹⁷ Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.101). Pour les Protocoles n°s 3 et 13, des 6 mai 1963 et 3 mai 2002, voir Série des traités européens, n°s 45 et 187.

2), a jugé que les circonstances entourant une sentence capitale peuvent soulever un problème sur le terrain de l'article 3 de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A, n° 151, paragraphes 100 et ss). En l'espèce, la Cour a considéré que l'attente dans le "couloir de la mort" constituait une mesure dont la cruauté dépasse le seuil toléré par l'article 3 de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A, n° 151, paragraphe 11).

Relevons que l'article 3 de la CEDH prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants en des termes absolus. Contrairement à d'autres dispositions de la convention, l'article 3 de la CEDH ne prévoit en effet aucune limitation ou exception. De plus, l'article 15, alinéa 2, de la CEDH précise qu'il ne peut être dérogé à l'article 3 en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. Il en découle que l'interdiction d'expulser, d'extrader ou de refouler une personne vers un Etat où elle risque de subir des traitements prohibés par l'article 3 revêt également un caractère absolu. A notre sens, si la Suisse venait à extraditer un individu vers un Etat où il risque la peine capitale, elle pourrait voir sa responsabilité engagée pour violation de l'article 3 de la CEDH, peu importe qu'elle ait agi en application d'un traité d'extradition.

Note de la Section des droits de l'homme et du droit international humanitaire de la DDIP, du 16 juillet 2002, adressée à la Division politique IV du DFAE. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

6.1 Succession d'Etats en matière de traités et de résolutions du Conseil de sécurité. Traités et Etats tiers

Dans un accord du 14 mars 2002, les Républiques de Serbie et du Monténégro ont établi les principes devant régir leurs rapports à l'intérieur de la Fédération "Serbie et Monténégro". Une dissolution de cette Fédération ne sera possible qu'à l'issue d'une période de trois ans. Pour le cas où le Monténégro quitterait la Fédération, l'Accord prévoit ceci (traduction de l'auteur): "Si le Monténégro se retire de la Fédération, les documents internationaux relatifs à la République fédérale de la Yougoslavie (RFY), en particulier la Résolution 1244 du Conseil de sécurité (des Nations Unies (1999)), se rapporteront et s'appliqueront intégralement à la Serbie en tant que successeur." (L'accord peut être consulté sur le site Internet http://www.balkans.eu.org/print_article.php?id_article=795 [lien plus actif]).

Dans la note qui suit, la DDIP commence par constater que l'accord de 2002 omet de définir les "documents internationaux" en cause. Le renvoi explicite à la résolution 1244 du Conseil de sécurité permet toutefois de conclure que sont visées, d'une part, toutes les résolutions de ce Conseil relatives à la RFY et, d'autre part, les résolutions et recommandations d'autres organes des Nations Unies concernant la RFY (Voir à titre d'exemple la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 14 décembre 2001, sur l'assistance humanitaire à la République fédérative de Yougoslavie (A/RES/56/101)). Les développements ci-après portent essentiellement sur la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité.

On doit se demander, d'après la DDIP, si l'accord du 14 mars 2002 est valable sur le plan du droit international et quel pourrait être, le cas échéant, son incidence sur les résolutions des Nations Unies, en particulier la résolution 1244. La Direction se propose de traiter la question en deux volets: 1) en commentant la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités (Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités. Le texte peut être consulté sur le site Internet <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201946/v1946.pdf>) notamment l'applicabilité de cette convention aux résolutions du Conseil de sécurité; 2) en appliquant cette convention à la résolution 1244.

(Traduction:)

... La succession d'Etats en matière de traités: la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités

a) Applicabilité de la convention

La succession d'Etats en matière de traités internationaux est régie par la convention de Vienne de 1978 relative à ce sujet (ci-après: la convention), entrée en vigueur le 6 novembre 1996. La République socialiste fédérative de Yougoslavie l'avait signée le 6 février 1979 et ratifiée le 28 avril 1980. Le 12 mars 2001 la RFY a expressément admis avoir succédé à cette convention (Cf. site Internet <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/part1/chapterXXIII/treaty2.asp>).

Il est vrai que, formellement, cet instrument ne parle que de traités alors qu'en l'espèce, c'est de résolutions des Nations Unies qu'il s'agit. Mais l'extension de la convention de 1978 à des résolutions des Nations Unies peut être justifiée en rappelant que l'application des résolutions de l'ONU résulte d'un traité multilatéral, la Charte des Nations Unies. Selon l'article 4 de la convention, celle-ci est également applicable aux traités établissant des organisations internationales. Il s'ensuit que la convention de 1978 est applicable lorsqu'il s'agit de déterminer de quelle manière la Serbie et le Monténégro sont assujettis aux résolutions des Nations Unies (Pour la pratique de la RFY et des Nations Unies relative à la qualité de membre de l'Organisation et à la reprise de traités internationaux lors de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, voir Vladimir-Djuro DEGAN, *Création et disparition de l'Etat* (à la lumière du

démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe), Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (, t. 279,) 1999, pp. 195-375 (326 et ss)).

b) La succession d'Etats aux traités dans les cas de sécession

L'article 34 de la convention règle la succession aux traités en cas de sécession d'une partie de l'Etat, que ce dernier continue à exister ou non ("Article 34 de la convention: Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat 1. Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister; a) Tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé; b) Tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'Etat prédécesseur qui est devenue un Etat successeur reste en vigueur à l'égard de cet Etat successeur seul. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas: a) Si les Etats intéressés n'en conviennent autrement; ou b) S'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que l'application du traité à l'égard de l'Etat successeur serait incompatible avec l'objet et le but du traité ou changerait radicalement les conditions d'exécution du traité.").

En principe, tous les Etats successeurs héritent automatiquement les traités de leur prédécesseur lorsque ceux-ci étaient en vigueur par rapport à l'ensemble du territoire du prédécesseur (article 34, paragraphe premier, lettre a) (Les règles concernant les "Etats nouvellement indépendants" dans le sens de l'article 2, lettre f, de la convention sont différentes et s'appliquent au cas classique de la décolonisation. Selon l'article 16, les Etats nouvellement indépendants ne sont, en principe, pas tenus de maintenir en vigueur les traités conclus par leur Etat prédécesseur, mais peuvent, par une notification de succession, établir leur qualité de Partie. Le Monténégro ne semble pas être un "Etat nouvellement indépendant" au sens de l'article 2, lettre f, de la convention. Même s'il en allait autrement, cela ne changerait rien au résultat tel qu'il va être annoncé. Dans cette hypothèse aussi, le Monténégro, en tant que nouveau membre des Nations Unies, serait lié par les obligations découlant de la résolution 1244).

Si le traité n'était en vigueur qu'à l'égard de la partie du territoire de l'Etat prédécesseur qui est devenue un Etat successeur, il reste en vigueur à l'égard de ce dernier seul (article 34, paragraphe premier, lettre b).

L'article 34, paragraphe 2, lettre a, de la convention prévoit que les Etats intéressés (les Etats prédécesseurs et successeurs) peuvent s'écarter de ces règles. Ils peuvent donc convenir, dans le cas de traités applicables à l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur, que ces accords s'appliqueront à un seul Etat successeur (s'écarter ainsi du principe de la succession automatique).

c) Obligations découlant d'autres sources du droit international

D'après l'article 5 de la convention, le fait que celle-ci ne considère pas un traité comme étant en vigueur à l'égard d'un Etat successeur n'affecte en aucune manière les obligations qui découlent pour cet Etat du droit international indépendamment du traité en question. Si les Etats intéressés conviennent, conformément à l'article 34, paragraphe 2, lettre a, de la convention, que le traité doit s'appliquer à un seul Etat successeur, une obligation pour un Etat non lié par le traité peut cependant découler d'autres sources du droit des gens.

A ce propos on songera, d'une part, aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies qui, selon l'article 2, paragraphe 6, de la Charte des Nations Unies, peuvent également lier des Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation¹⁸. On pensera d'autre part aux conventions relatives aux droits de l'homme, dont les obligations, vu leur nature particulière, devraient se transmettre ipso jure à tous les Etats successeurs (Menno T. Kamminga, *State Succession in Respect of Human Rights Treaties*, (Journal européen de droit international,) vol. 7, n° 4, 1996, pp. 469-484).

... Application de ces principes à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité

La résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 10 juin 1999 (S/RES/1244 (1999)) sert de base à la mise en place du dispositif de sécurité et de présence civile (KFOR/UNMIK) au Kosovo, ce dispositif devant aider le Kosovo à se gérer de manière essentiellement autonome dans le cadre de la RFY. Le champ d'application de la résolution est limité au territoire kosovar: les compétences des organisations internationales (voir les paragraphes 5 à 11 de la résolution) et les obligations de la RFY (voir les paragraphes 2, 3 et 12 de la résolution) se rapportent exclusivement au Kosovo.

Géographiquement le Kosovo fait partie de la République de Serbie. Si le Monténégro quitte la Fédération, la résolution 1244 ne visera donc plus qu'un territoire à l'intérieur de la Serbie. On se trouve ainsi dans la situation réglée par l'article 34, paragraphe premier, lettre b, de la convention, la conséquence étant que la résolution 1244, qui ne se rapporte qu'à une partie de la RFY, ne vaut que pour la Serbie, Etat successeur au sein duquel est situé le territoire en cause. Ainsi l'accord entre le Monténégro et la Serbie est conforme à l'article 34, paragraphe premier, lettre b, de la convention.

Mais même si une résolution se rapportait à l'ensemble du territoire de la RFY et s'appliquait ainsi, conformément au principe de la succession automatique, à tous les Etats successeurs, la Serbie et le Monténégro seraient en droit, conformément à l'article 34, paragraphe 2, de la convention, de limiter à la Serbie le champ des droits et obligations découlant de la résolution. Il faut cependant réserver les situations, déjà mentionnées, où il existe des devoirs internationaux indépendamment des règles relatives à la succession des Etats aux traités visées par la convention.

¹⁸ Cette disposition a la teneur suivante: "L'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément (aux principes énoncés aux paragraphes premier à 5 de l'article 2) dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales." Il résulte de ce texte que, contrairement à ce que prétend la DDIP, l'obligation pèse sur l'Organisation et non sur l'Etat qui n'en est pas membre.

Pour la résolution 1244 cela signifierait que la Serbie se substituerait à la RFY et qu'elle aurait à exécuter toutes les obligations de la RFY relatives au Kosovo. Si l'on part de l'idée que le nouvel Etat du Monténégro deviendrait membre des Nations Unies après avoir quitté la Fédération, cet Etat, comme tous les autres membres de l'Organisation et conformément au paragraphe 2 de la résolution, ne demeurerait lié que par les principes touchant à la solution politique de la crise du Kosovo, principes mentionnés dans les Annexes 1 et 2 (Cf. également le paragraphe 13 de la Résolution) ainsi que, en tant qu'Etat de la région au sens du paragraphe 18 de la résolution, par l'obligation de coopérer à la mise en œuvre de celle-ci (Selon l'article 25 de la Charte des Nations Unies, les membres de l'Organisation sont tenus d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité). Si le Monténégro ne devient pas membre des Nations Unies, la résolution n'aura aucun effet contraignant pour lui, à moins que l'on admette qu'en vertu de l'article 2, paragraphe 6, de la Charte des Nations Unies, la résolution produit un tel effet à l'égard des Etats non membres.

... Conclusion

L'accord intervenu entre le Monténégro et la Serbie selon lequel, en cas de sécession du Monténégro, les résolutions des Nations Unies, notamment la résolution 1244 (1999), demeureraient applicable à la seule Serbie en sa qualité de successeur de la RFY est conforme à la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Pour ce qui est de la résolution 1244, l'accord entre les deux pays correspond à l'article 34, paragraphe premier, lettre b, de la convention de 1978, tandis que, pour les résolutions applicables à l'ensemble du territoire de la RFY, l'accord de 2002 déroge au principe de la succession automatique, dérogation autorisée par l'article 34, paragraphe 2, de la convention de 1978.

Cela signifie, pour la résolution 1244 (1999), que la Serbie prendra, le cas échéant, la place de la RFY, alors que les devoirs du Monténégro, devenu membre des Nations Unies, seraient limités au respect des principes énoncés dans la résolution relative à la solution politique du conflit du Kosovo et de ceux concernant la coopération en tant qu'Etat de la région.

Note de la DDIP adressée à la Division politique I le 18 avril 2002. Document inédit.

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 5.3 et 8.1)

7.1 Fonctions des postes consulaires: visites aux nationaux détenus (obligations de l'Etat de résidence)

De l'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après il ressort que l'initiative des visites consulaires au sens de l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la Convention du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02) appartient aux détenus et non aux fonctionnaires consulaires.

L'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (...) fait peser sur l'autorité de l'Etat de résidence, chargée de l'instruction pénale ou de l'exécution de la peine, une double obligation. En premier lieu, le ressortissant de l'Etat d'envoi, qui est arrêté, mis en détention préventive ou détenu, doit être informé sans retard de son droit de pouvoir communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son Etat. Deuxièmement, à la demande expresse de l'intéressé, ladite autorité compétente de l'Etat de résidence doit avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, mis en détention préventive ou détenu.

Il résulte de cette réglementation que les autorités de l'Etat de résidence ne sont pas tenues de communiquer automatiquement aux postes consulaires les noms des ressortissants de l'Etat d'envoi arrêtés, mis en détention préventive ou détenus sur le territoire de l'Etat de résidence. Elles sont, en revanche, obligées d'informer sans retard les détenus étrangers de leurs droits aux termes de l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la convention susmentionnée.

Partant, les autorités suisses s'en tiennent strictement, en ce qui concerne le droit des fonctionnaires consulaires de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi, aux dispositions de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

C'est donc le détenu lui-même qui déclenche la procédure de la visite consulaire et non l'Etat d'envoi qui peut la demander. Une telle disposition a été voulue ainsi pour tenir compte du respect de la personnalité et de celui de la protection des données.

Avis de droit de la DDIP du 4 mai 2000. JACC 2002, fasc. 66/IV, n° 129.

7.2 Fonctions consulaires: participation des représentations consulaires ou diplomatiques à des procédures dans l'Etat d'accueil. Immunité des représentations diplomatiques et consulaires en matière d'exécution forcée

Le texte qui suit porte sur des questions qui surgissent, en Suisse, dans le cadre de procédures de renvoi de requérants d'asile. Voici, à ce propos, un avis de droit rendu par la DDIP à la requête de l'Office fédéral des réfugiés (ODR) du DFJP.

...

1. Point de départ

Les questions que vous soulevez s'inscrivent dans le cadre de l'exécution du renvoi de requérants d'asile déboutés. Les cantons sont les autorités chargées d'exécuter le renvoi; l'ODR les aide dans cette tâche par différentes mesures dont celles qui visent à obtenir les documents de voyage (article 22a LSEE¹⁹. Pour l'établissement de tels documents, l'ODR, respectivement la Division rapatriements, vérifie l'identité et la nationalité des étrangers frappés d'une décision de renvoi. A cet effet, une audition de la personne en cause auprès des représentations diplomatiques ou consulaires peut être organisée. De telles invitations à se présenter sont adressées par les autorités cantonales d'exécution compétentes.

En règle générale, ces entretiens se déroulent dans les locaux de la mission ou du consulat. Pour certains pays toutefois, l'ODR a organisé ces réunions dans ses propres locaux, voire dans ceux de l'Hôtel-de-Ville de Berne. Récemment, les auditions effectuées dans les locaux mêmes de l'ODR ont été critiquées par les personnes concernées, par leurs représentants, ainsi que par l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR) et la section suisse d'"Amnesty International".

2. Analyse fondée sur le droit diplomatique et consulaire

L'établissement de passeports et de documents de voyage fait partie des fonctions consulaires (article 5, lettre d, Convention de Vienne sur les relations consulaires²⁰. Pour ce faire, l'agent consulaire doit établir l'identité et la nationalité de la personne concernée.

Les actes ainsi accomplis s'inscrivent dans l'exercice des fonctions consulaires. Parmi celles-ci, on peut distinguer:

- 1) Les fonctions qui constituent l'exercice extraterritorial d'activités internes, soit des activités qui sont du ressort des pouvoirs et des devoirs dépendant proprement de la législation interne de l'Etat d'envoi, lequel exerce ses fonctions en dehors de son propre territoire, et
- 2) les fonctions qui se déroulent sur le plan des relations internationales et qui ne se réfèrent donc pas qu'à la législation de l'Etat d'envoi mais se reflètent aussi dans l'ordre juridique local et qui, par leur nature même, demandent que l'agent consulaire agisse vis-à-vis de l'autorité de l'Etat de résidence.

Pour l'accomplissement des actes tombant dans la première catégorie de fonctions, l'agent consulaire applique la législation de l'Etat d'envoi. Ceux qui entrent dans la seconde catégorie tiennent compte de l'ordre juridique de l'Etat de résidence. Et, dans tous les cas, les règles de l'ordre juridique international doivent être respectées.

Quant aux modalités d'exercice de ces fonctions, il convient également de vérifier si l'acte demandé fait partie du groupe de fonctions qui reviennent à l'agent consulaire indépendamment de la législation locale (par exemple l'établissement de visas) ou s'il s'agit de fonctions qui lui sont attribuées dans la mesure où la législation locale le permet (par exemple certaines fonctions d'état civil) ou, enfin, de fonctions qu'il exerce de toute façon mais exclusivement selon les modalités et dans les limites établies par les lois et usages locaux (par exemple représentation d'un ressortissant de son pays devant un tribunal du pays hôte). Ainsi, l'agent consulaire peut être amené à exécuter l'acte en cause considérant exclusivement la législation de son pays ou alors dans le respect des modalités établies par les normes locales.

En l'espèce, il apparaît que la tâche qui est requise des agents consulaires relève des deux catégories de fonctions consulaires susmentionnées. En effet, a) l'établissement de passeports et de documents de voyage est par excellence une fonction consulaire qui constitue l'exercice extraterritorial d'activités internes, b) tandis que le recours à l'aide des ambassades et consulats en vue d'établir la nationalité d'un requérant débouté intervient dans le cadre d'une procédure définie par notre droit et qui touche nécessairement aux relations internationales.

Nous pouvons en déduire que l'agent consulaire peut et doit même appliquer la législation de l'Etat d'envoi pour établir la nationalité d'une personne et, le cas échéant, lui délivrer un passeport et un document de voyage. Toutefois, il nous paraît justifié que, dans cette tâche, l'agent consulaire respecte les principes de notre droit et, bien sûr, ceux du droit international.

3. Examen de questions spécifiques

1. Sous l'angle du droit des gens, aucune différence ne doit être faite entre les entrevues qui ont lieu dans les locaux d'une représentation diplomatique ou consulaire et celles tenues à un autre endroit. La notion d'extraterritorialité des représentations étrangères, théorie qui remonte à GROTIUS, veut que les locaux en question soient considérés, fictivement, être situés en dehors du territoire de l'Etat de résidence. Mais cette théorie ne correspond pas aux conceptions actuelles. Il découle notamment de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01, CV 1961) que les représentations diplomatiques d'Etats étrangers ne peuvent être qualifiées d'extraterritoriales. Ainsi le terrain sur lequel se trouve une ambassade ou un consulat fait partie du territoire suisse et le droit suisse s'y applique. C'est ce qu'a implicitement retenu la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (CIJ, Recueil 1979, p. 19, et 1980, p. 43; voir aussi, sur l'ensemble de la question, Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 4^e éd., Munich 1999, § 35, n^{os} 34 et ss).

On mentionnera d'ailleurs que le personnel diplomatique et consulaire doit, selon l'article 41 CV 1961 et l'article 55 de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (... CV 1963), exercer ses fonctions en respectant le droit de l'Etat de résidence. Il jouit cependant d'immunités. C'est pourquoi l'Etat de résidence ne peut - sauf dans des situations de légitime défense - recourir à la contrainte, pour assurer l'application de son droit national par exemple.

¹⁹ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20).

²⁰ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

2. A de rares exceptions près, un Etat ne peut accomplir des actes officiels sur le territoire d'un autre Etat, sauf là où le droit des gens prévoit expressément le contraire ou si l'Etat visé a donné son accord. En dernière analyse, cette règle découle de la souveraineté étatique.

Comme on l'a dit au point 2, il faut distinguer entre: 1) l'octroi de documents de voyage; et 2) l'audition organisée, pour le compte de l'ODR, dans le cadre d'une procédure nationale visant à établir l'identité ou la nationalité de l'individu en cause. La première activité correspond à une fonction consulaire classique entrant dans le contexte de la CV 1963. Elle est donc licite sur le plan du droit des gens tel qu'il ressort de cet instrument. Il s'ensuit qu'une autorisation du côté suisse n'est pas requise, ni sous la forme d'un accord international ni sous celle d'une permission donnée ad hoc. Tant que les actes dont il s'agit ont lieu à l'intérieur d'une circonscription consulaire agréée par l'Etat de résidence, il importe peu si l'accomplissement de cette tâche, à l'intérieur ou à l'extérieur des locaux de la représentation, est confié au personnel consulaire ou diplomatique.

Pour ce qui est de l'assistance prêtée à l'ODR par le personnel diplomatique ou consulaire étranger en vue d'établir l'identité ou nationalité d'une personne, elle ne doit pas être qualifiée d'acte officiel accompli par un Etat étranger; elle intervient dans le cadre d'une procédure nationale, donc, en dernière analyse, d'un acte officiel des autorités suisses. En accordant son assistance, le personnel consulaire ou diplomatique agit, de fait, en tant qu'auxiliaire, comme le font également, par exemple, les experts externes à l'administration lorsqu'ils aident les autorités suisses dans l'accomplissement de leurs tâches. C'est pourquoi, à notre avis, la question d'une autorisation ne se pose pas.

3.a) ... Le personnel consulaire ou diplomatique applique le droit de l'Etat d'envoi là où il s'agit d'établir des documents de voyage ou d'entendre une personne pour établir son identité et sa nationalité. Etant donné que l'audition a lieu dans le cadre d'une procédure suisse, le respect des règles du droit suisse applicables à cette procédure paraît nécessaire.

b) Ici il faut admettre qu'il s'agit en principe d'une procédure suisse qui requiert l'assistance d'une autorité étrangère lorsqu'il faut entendre une personne pour déterminer son identité ou sa nationalité. Il en résulte que la responsabilité principale pour cette procédure incombe aux autorités suisses compétentes. Comme cela a été expliqué, l'autorité étrangère doit, en procédant à des auditions de ce type, respecter l'ordre juridique suisse. Si l'ODR souhaite solliciter l'aide d'une autorité étrangère, le personnel consulaire et diplomatique étranger doit être informé qu'il s'agit d'une audition qui relève d'une procédure suisse et qu'il faut, partant, respecter les règles du droit suisse. Le personnel en question a naturellement le droit de refuser sa participation. La manière dont l'autorité suisse assume ses responsabilités dépend notamment des règles juridiques applicables à la procédure.

c) Si la présence d'un représentant juridique ou d'une personne accompagnante s'avère nécessaire lors d'une audition conduite dans le cadre de l'exécution de décisions d'expulsion conformément au droit suisse, cette exigence doit également être remplie, en raison du devoir exposé au point 3.a) ci-dessus, quand l'interrogatoire est conduit par des représentants diplomatiques ou consulaires. Dans cette hypothèse, le respect du droit suisse ne peut toutefois, on l'a dit, faire l'objet de mesures étatiques de contrainte. Cette restriction résulte de l'immunité des représentations diplomatiques et consulaires ou de leur personnel. Peu importe que l'audition ait lieu à l'intérieur ou à l'extérieur de la représentation.

Avis de droit de la DDIP du 5 août 2002, communiqué à l'Office fédéral des réfugiés du DFJP. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 4.3, 4.4 et 5.6)

8.1 Responsabilité internationale de l'Etat d'accueil en matière de protection des représentations diplomatiques et consulaires étrangères

En juin 2001 des manifestants avaient endommagé l'Ambassade de l'Etat B. à Berne et le Consulat général de cet Etat à Lugano. Les manifestations étaient dues au fait que l'Etat B. accueillait un sommet européen à H., une de ses villes. L'Etat B. ayant demandé à la Suisse, sur la base de prétendues carences dans la protection de l'Ambassade et du Consulat général, de prendre à sa charge la réparation des dégâts causés, la DDIP, dans la note publiée ci-après, étudia les faits de la cause et ses aspects juridiques.

Les 16 et 17 juin 2001, s'est déroulé à H. un sommet européen. Un large mouvement de protestation et d'opposition s'est élevé à l'encontre de cette réunion et différentes manifestations aux abords des représentations (de l'Etat B.) ... ont été annoncées le 16 à 22h00 à Zurich et une autre le même soir devant l'Ambassade de (B.) à Berne. Compte tenu de ces développements, le Service fédéral de sécurité a demandé aux polices concernées un renforcement des mesures de sécurité auprès des représentations (de B.) en Suisse.

L'Ambassade de (B.) à Berne a été mise sous surveillance policière permanente de samedi matin à dimanche matin 17 juin, 5h00, avec organisation d'un service de piquet. Durant cette surveillance, aucun incident n'a été relevé et la manifestation annoncée n'a pas eu lieu, de telle sorte que la permanence a été interrompue dimanche matin à 5h00 au profit d'une ronde intensive. Ce même jour, à 5h30, six inconnus ont souillé de peinture la façade de l'Ambassade de (B.) à Berne; ils ont en quelques secondes lancé des pots de peinture contre la façade. Cet acte a été revendiqué par différents organismes. Le lendemain, soit lundi, une autre manifestation a été annoncée aux abords de l'église "Heiliggeistkirche"; un nouveau dispositif a été mis en place par lequel notamment le quartier de l'Ambassade (de B.) a été fermé. La manifestation, réunissant environ 80 personnes, a eu lieu sans aucun incident.

Mardi matin 19 juin, entre 3h15 et 4h40, d'autres inconnus ont également sprayé les façades de l'immeuble dans lequel se trouve le Consulat général de (B.) à Lugano; ils ont aussi écrit à trois reprises le mot "ASSASSINI". Selon les indications du rapport des autorités de police tessinoises, en considération de la menace latente d'atteinte aux bâtiments des représentations (de l'Etat B.) en Suisse, le Service fédéral de sécurité avait ordonné une ronde intense qui n'a toutefois pas permis d'éviter les incidents qui se sont produits, comme cela a pu aussi se vérifier à Berne et Zurich.

Les frais de réparation des façades, tels qu'ils résultent des factures adressées par les autorités (de B.), s'élèvent à Fr. 7 439.45 en ce qui concerne Berne et Fr. 3 800.- en ce qui concerne Lugano.

Pour sa part, le Service fédéral de sécurité de l'Office fédéral de la police explique que, compte tenu des événements liés au sommet de (H.), (il) a demandé aux polices cantonales genevoises, zurichoises, bernoises et tessinoises, ainsi que celles des villes de Berne et Lugano, de renforcer le dispositif de surveillance des représentations (de B.) en prévoyant une présence policière en uniforme plusieurs fois par heure devant les bâtiments les abritant. Selon le Service fédéral de sécurité, les mesures ordonnées étaient appropriées compte tenu de la situation de danger évoquée et elles n'ont malheureusement pas pu empêcher les événements dommageables de se produire. Il regrette que la police ne soit personnellement pas en mesure de surveiller de manière permanente toutes les représentations étrangères.

... Principes de la protection spéciale et de la diligence

Avant d'examiner si, dans les cas d'espèce, les demandes d'indemnisation présentées par les autorités (de B.) sont fondées, nous rappelons brièvement ci-dessous les principes qui régissent la protection des missions diplomatiques et des postes consulaires, et la pratique suisse en matière d'indemnisation pour les dommages causés aux bâtiments.

L'article 22, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), prévoit que (l')Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes les mesures appropriées afin d'empêcher que "les locaux de la mission en soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie". Cette obligation est définie dans les termes analogues à l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02). Le devoir de protection spéciale consacré dans ces dispositions revêt deux aspects: 1) la prévention d'éventuels actes dommageables et, lorsque ceux-ci ont été commis, 2) la punition de leurs auteurs. L'inexécution de ces obligations constitue un délit d'omission qui entraîne la responsabilité internationale de l'Etat accréditaire.

Ces obligations n'ont toutefois pas un caractère absolu. Le devoir de prévention, en particulier, ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'Etat accréditaire doit faire preuve de "due diligence". Le fondement de la responsabilité des Etats est donc constitué par le manque de diligence, et, en conséquence, l'inaction d'un organe étatique n'est illicite que si elle est l'effet d'un manque de diligence, soit si elle constitue une négligence. Le droit international impose donc à l'Etat accréditaire une obligation de comportement, mais non de résultat.

La responsabilité pour négligence de l'Etat repose sur la comparaison établie entre la conduite de l'organe étatique en cause et celle qu'aurait adoptée, dans des circonstances semblables, l'organe d'un Etat bien ordonné. La diligence doit ainsi être comprise comme le degré d'attention et d'activité qu'exigent les circonstances. L'Etat accréditaire doit apprécier les circonstances de chaque cas d'espèce et adopter des mesures de protection et de surveillance qui lui paraissent opportunes, faute de quoi sa responsabilité internationale est engagée.

Jusqu'à présent, la Confédération a refusé dans la très grande majorité des cas de donner une suite favorable aux demandes d'indemnisations consécutives à des dégâts causés aux représentations étrangères en Suisse. Elle n'a admis des exceptions que dans des situations tout à fait particulières et à quelques reprises seulement depuis 1968.

... Conclusions pour le cas d'espèce

Il s'agit donc de déterminer si les mesures prises en l'espèce par les autorités bernoises et tessinoises étaient adéquates en fonction des circonstances. Selon nos informations, (l')Etat B.) n'a sollicité aucune mesure particulière de surveillance. Le Service fédéral de sécurité a donc, de sa propre initiative, compte tenu des menaces latentes, demandé aux polices bernoise, zurichoise et tessinoise de renforcer la surveillance des représentations (de B.). Un certain nombre de manifestations "antiglobalisation" qui se sont tenues en marge du sommet de (H.) avaient été annoncées avant la tenue de celui-ci. Les forces de police ont donc eu la possibilité de mettre au point un système de protection qui tienne compte de l'ampleur du risque. Le renforcement des mesures de surveillance ordonné par le Service fédéral de sécurité a d'ailleurs été décidé compte tenu des menaces existantes, préalablement au sommet, dans le but d'assurer la sécurité des représentations (de B.) en Suisse.

La police bernoise, à la suite de menaces concrètes - une manifestation ayant été annoncée -, a même pris des mesures supplémentaires en plaçant une personne en permanence devant l'Ambassade de (B.) dès le samedi matin et en mettant sur pied un service de piquet. Cette mesure était assurément adéquate. La seule question que l'on est amené à se poser est celle de savoir si, cette menace concrète ne s'étant pas réalisée, il était adéquat de suspendre la permanence tôt dimanche matin. Nous relèverons que cette mesure a été suspendue au profit de la reprise d'une surveillance renforcée, soit une ronde plusieurs fois par heure. Compte tenu des éléments à notre disposition, il nous paraît difficile de considérer qu'il y a eu manquement de la part des forces de police. Force est d'admettre que, les dommages à la représentation (de B.) s'étant produits à peine une demi-heure après la fin de la permanence policière, nous pourrions (estimer) qu'il s'agit d'un cas-limite. Toutefois, nous considérons qu'il s'agit d'un fâcheux concours de circonstances et les incidents auraient pu tout aussi bien se produire plus tard si la permanence avait été maintenue

plus longuement puisque, selon le rapport de police des autorités bernoises, les auteurs des déprédations se trouvaient en face de l'Ambassade, vraisemblablement prêts à intervenir à tout moment. Par ailleurs, un nouveau dispositif a été mis en place à l'annonce d'une manifestation prévue le lendemain, lundi 18 juin 2001, et il a pleinement rempli son rôle.

S'agissant des dommages survenus à Lugano, le rapport de police des autorités tessinoises n'est pas très détaillé, de sorte qu'il est difficile de se faire une idée exacte. Toutefois, nous constatons que les déprédations ont eu lieu dans la nuit de lundi à mardi, soit trois jours après la fin du sommet de (H.). Conformément aux instructions du Service fédéral de sécurité, la police tessinoise avait mis en place un système de surveillance rapprochée du Consulat général de (B.) et, apparemment, il fonctionnait encore au moment des faits, peut-être de manière un peu moins soutenue que pendant la durée du sommet, puisque la ronde effectuée a permis de déterminer la période (entre 3h15 et 4h40) durant laquelle les dommages ont été causés. Nous n'avons pas connaissance de menaces concrètes qui ont été faites vis-à-vis du Consulat et, dans ces conditions, il nous est difficile de considérer que le dispositif de surveillance mis en place était réellement insuffisant, notamment au moment où les faits dommageables se sont produits.

Enfin, nous relèverons que, dans sa demande de prise en charge des frais de réparation, (l'Etat B.) n'a pas mis en cause la responsabilité de la Confédération. (11) a indiqué que, conformément à sa pratique, (l'Etat B.) prend en charge les frais de réparation des dommages causés dans ces circonstances semblables aux bâtiments abritant les représentations étrangères sur une base *ex gratia* (...).

En conclusion, nous sommes d'avis que la responsabilité internationale de la Confédération n'est en l'espèce pas engagée. Pour ce faire, nous nous basons sur le fait que l'obligation de l'Etat accréditaire d'assurer la sécurité des représentations étrangères est une obligation de comportement et non de résultat. Par ailleurs, les mesures visant à assurer la sécurité des représentations (de l'Etat B.) ont été largement renforcées et elles paraissent adéquates compte tenu des menaces qui existaient. Il est vrai qu'en ce qui concerne l'Ambassade de (B.) à Berne, le fait que l'incident a eu lieu très peu après que la présence permanente a été suspendue nous fait dire que cette permanence aurait dû être maintenue plus longuement. Toutefois, nous ne pouvons pas admettre, dans les circonstances du cas d'espèce, un manquement des forces de police.

...

Note de la DDIP, du 26 février 2002, adressée au Service du Protocole du DFAE. Document inédit.

8.2 Responsabilité internationale de l'Etat pour des activités non illicites

Le texte qui suit est tiré d'une déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il porte sur un texte élaboré par un groupe de travail de la Commission du droit international (CDI) et consacré à la responsabilité de l'Etat pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités non illicites (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 54^e session, du 29 avril au 7 juin et du 22 juillet au 16 août 2002, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 57^e session, Supplément n° 10 (A/57/10), p. 247).

Contrairement au sujet de la responsabilité des Etats pour fait illicite ("State responsibility") limité à l'élaboration des règles secondaires, le sujet de la responsabilité internationale découlant d'activités non illicites ("international liability") traite des règles primaires et secondaires. Cette distinction entre règles primaires et règles secondaires pourrait être utile pour ce qui est de la conception et la présentation des points sous examen. Il s'agit en effet de séparer deux domaines de questions: 1) Qui est responsable de quels actes et pour quelle raison? 2) Quelles sont les conséquences matérielles et procédurales de cette responsabilité?

Pour ce qui est de la répartition de la charge du dommage, ma délégation partage l'avis de ceux qui pensent que l'exploitant - privé ou étatique - devrait être le principal responsable. La victime "innocente" - cette terminologie serait peut-être à revoir - ne devrait, quant à elle, en principe pas prendre à sa charge une part de la perte. Cela à condition qu'elle soit effectivement "innocente", c'est-à-dire que l'individu n'ait pas bénéficié de l'exploitation. En ce qui concerne l'Etat, ma délégation est prête à envisager une responsabilité tout à fait subsidiaire, dans des circonstances particulières, même en l'absence de tout fait internationalement illicite.

Déclaration faite le 4 novembre 2002 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 déclaration, voir le n° 1.3.

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

(Voir aussi les n°s 1.2 et 11.2)

9.1 Droit de légitime défense et tentative de prohiber toute livraison internationale de matériel de guerre

Un postulat déposé par un groupe de députés au Conseil national invita le Cons. féd. à étudier les moyens permettant d'aboutir, au sein des Nations Unies, à une interdiction générale des livraisons internationales d'armes et de matériel de guerre. Voici un extrait de la réponse du Cons. féd. recommandant le rejet du postulat:

...

Une interdiction mondiale de toute livraison d'armes et de matériel de guerre serait difficilement conciliable avec le droit reconnu par le droit international public à chaque Etat de se défendre par la force contre toute agression. Ce droit de légitime défense figure notamment à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Implicitement, il contient le droit de se procurer, à l'étranger le cas échéant, les moyens nécessaires pour se défendre. En outre, il est légitime qu'un Etat de droit s'équipe convenablement pour faire respecter l'ordre juridique interne à l'aide des moyens nécessaires, y compris l'usage de la force.

Seules les grandes puissances pourraient se permettre de maintenir une industrie d'armement nationale et moderne pour satisfaire uniquement leurs propres besoins. ...

...

Réponse donnée par le Cons. féd. le 8 mai 2002 à un postulat déposé par un groupe de parlementaires le 19 février 2002. BO CN 2002, Annexes, automne, p. 232.

9.2 Sécurité collective et droit de la neutralité: menace d'une intervention unilatérale des Etats-Unis en Irak

Répondant à une question posée par un député au Conseil national, M. Joseph Deiss, chef du DFAE, se prononça ainsi sur la légalité d'une éventuelle intervention des Etats-Unis en Irak et sur l'attitude à adopter par la Suisse sous l'angle du droit de la neutralité:

Le droit de neutralité est applicable aux conflits armés entre Etats. Il ne l'est pas lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU prend des mesures de contrainte pour répondre à une menace contre la sécurité ou la paix internationale, ou encore pour répondre à une rupture de la paix.

Première constatation: à défaut d'une telle décision de l'ONU, les mesures militaires prises par un Etat ou par un groupe d'Etats relèvent d'un conflit armé interétatique et le droit de la neutralité est applicable. La Suisse doit fonder sa politique sur le respect du droit international, et notamment des dispositions de la Charte des Nations Unies. Celle-ci prévoit un seul cas de recours autonome à la force, celui de la légitime défense. Dans toutes les autres éventualités où il s'agit de faire face à une menace contre la paix ou la sécurité, elle confère au Conseil de sécurité la compétence d'autoriser des mesures coercitives contre l'Etat qui viole le droit ou menace la paix ou la sécurité.

Deuxième constatation: en l'absence d'une décision du Conseil de sécurité autorisant l'usage de la force, l'application du droit de neutralité empêcherait l'octroi de droit de transit ou de survol à des fins militaires.

Troisième constatation et troisième partie de la question, la possibilité d'un engagement d'inspecteurs pour le contrôle d'éventuelles armes chimiques en Irak: la réponse est oui. Le déploiement d'inspecteurs en Irak pourrait se fonder sur une décision du Conseil de sécurité - c'est la Résolution n° 1284 des Nations Unies, du 17 décembre 1999 - et les missions sont organisées et conduites par les Nations Unies. La Suisse dispose d'ailleurs d'une expertise reconnue en matière d'armes chimiques et bactériologiques.

Réponse donnée par M. Joseph Deiss, chef du DFAE, à une question posée le 23 septembre 2002 au Conseil national (heure des questions). BO CN 2002, p. 1301.

10. Le droit des conflits armés

11. La neutralité

(Voir aussi le n° 9.2)

11.1 Droit de la neutralité et politique suisse de neutralité. Régime juridique de l'espace aérien surplombant le territoire étatique

La note de la DDIP partiellement reproduite ci-après porte sur le point de savoir si, en dépit du droit de la neutralité et de la pratique de neutralité suivie par elle, la Suisse pourrait adhérer au Traité sur le régime "Ciel ouvert" ("Open Skies"), du 24 mars 1992 (Journal Officiel de la République Française du 17 octobre 2002, p. 17177; ci-après: TCO). La DDIP répondit par l'affirmative.

...

1. Compatibilité du traité "Ciel ouvert" avec le droit de la neutralité

Exigences du droit de la neutralité

En vertu du droit de La Haye ("Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre" et "Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances en cas de guerre maritime", conclues à La Haye le 18 octobre 1907 (RS 0.515.21 et 0.515.22)) et de la coutume internationale qui le complète, le principe central du droit de la neutralité est celui selon lequel un Etat neutre ne doit soutenir militairement aucune partie à un conflit et ne doit, en temps de paix, prendre aucune mesure qui pourrait l'amener, en cas de futur conflit, à violer ses obligations d'Etat neutre. Il découle de ce principe que seule l'appartenance à un traité d'alliance

militaire qui entraînerait une obligation d'assistance en cas de guerre (tel que le Traité de l'Atlantique Nord²¹ est interdite par le droit de la neutralité).

Droits et obligations des Etats Parties au TCO

Le traité met en place un système de vols d'observation militaire, pouvant être demandés par chaque Etat membre, sur le territoire prédéfini de tout autre Etat membre. Chaque Partie contractante est ainsi autorisée à effectuer un certain nombre de vols d'observation (quota actif) sur le territoire d'autres Etats membres, déterminé par le nombre de vols d'observation que l'Etat a accepté sur son propre territoire (quota passif). Alors que les quotas passifs sont déterminés par le traité, les quotas actifs sont soumis à une évaluation annuelle. Les quotas dépendent de la taille relative des pays.

Les principaux droits des Etats Parties peuvent être résumés comme suit:

- Droit de conduire des vols d'observation sur le territoire des Etats Parties au TCO, selon le plan de mission établi. L'ensemble du plan de mission (itinéraire, profil, ordre d'exécution et supports nécessaires à la conduite de la mission d'observation - choix de l'avion, du personnel, des instruments de bord, etc. -) doit être approuvé par l'Etat observé et l'Etat observateur. A noter que les missions d'observation doivent être annoncées au minimum 72 heures à l'avance et que le matériel peut être contrôlé par la Partie observée avant le départ.
- Possibilité de former des groupes d'observation (au sein desquels les quotas peuvent être redistribués).
- Possibilité de référer d'éventuels différends à la Commission consultative pour le régime "Ciel ouvert".

Les obligations principales sont:

- Accepter des vols d'observation sur le territoire national par les Etats Parties au TCO, pour le nombre de vols déterminés par le quota passif tel que définis par le traité et selon le plan de mission adopté par les Parties.
- Interdiction de mener plus de 50% des missions dans le même pays membre.
- Transmettre les rapports de missions procurant les résultats de l'observation à tous les autres Etats Parties.

Compatibilité entre le droit de la neutralité et la participation au régime "Ciel ouvert"

Il découle de ce qui précède que les droits et obligations incombant aux Etats participant au régime "Ciel ouvert" sont compatibles avec le droit de la neutralité, dans la mesure où ils n'impliquent aucun engagement qui pourrait, en cas de futur conflit, fonder une obligation d'assistance contraire aux obligations d'un Etat neutre. Le régime ne prévoit qu'un échange d'information, sur lequel les Etats participants ont un important contrôle (l'accord des deux Parties concernées devant être obtenu pour chaque plan de mission). De plus, les devoirs des Etats membres sont contrebalancés par leurs droits en vertu du système des quotas, et des règles telles que l'interdiction de mener plus de 50% des observations dans le même pays ou la publicité des résultats, garantissant un traitement équitable de tous les Etats membres. Par conséquent, en cas de conflit entre Etats membres, toutes les Parties ayant potentiellement accès aux mêmes informations, la Suisse ne pourrait pas être accusée de favoriser un Etat au détriment d'un autre (Le concept de traitement équitable des belligérants découle du droit de La Haye et notamment de l'article 9 de la convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre du 18 octobre 1907, qui stipule que les restrictions au commerce sont autorisées pour les Etats neutres, à condition qu'elles le soient uniformément à l'encontre de tous les belligérants).

Par ailleurs, des garanties supplémentaires découlent de la possibilité de soumettre les éventuels différends à la Commission consultative pour le régime "Ciel ouvert". La Commission prend ses décisions par voie de consensus, les Etats Parties disposant ainsi d'un droit de veto potentiel.

Enfin, aux termes de l'article XV, tout Etat Partie a le droit de se retirer du traité par une simple notification, avec un délai de six mois.

Dispositions particulières pouvant poser problèmes

L'article VI, section II, paragraphe 2, dispose que "(l)e plan de mission peut prévoir un vol d'observation permettant l'observation de tout point de l'ensemble du territoire de la Partie observée ...". Et bien que la Partie observée ait la possibilité de proposer des modifications au plan de mission, celles-ci "n'excluent pas l'observation de tout point sur le territoire tout entier de la Partie observée" (article VI, section II, paragraphe 6) (Le traité dispose en outre que si les deux Parties ne parviennent pas à trouver un accord sur le plan de mission, la Partie observatrice peut décider d'annuler le vol (article VI, section 2, paragraphe 6). Quant à la Partie observée, le traité ne prévoit qu'elle pourra refuser un vol ou demander des modifications du plan de mission que si ce dernier n'est pas conforme aux dispositions du traité (article VIII, section première, paragraphes premier et 4).

Cette disposition impliquant la possibilité de mener des observations dans des zones frontalières, il convient d'étudier le cas de figure où un Etat Partie au traité requerrait une mission d'observation en Suisse, dans une zone voisine d'un Etat tiers - Partie ou non au traité - avec lequel il serait en guerre, dans le but inavoué d'obtenir des informations qui pourraient lui être utiles dans son action militaire contre ce dernier. Dans un tel cas, la collaboration de la Suisse pourrait favoriser l'une des deux Parties au conflit.

Le paragraphe 2 de la section II de l'article VI prévoit toutefois que "(l)itinéraire d'un avion d'observation peut passer jusqu'à une distance de dix kilomètres, mais pas moins, de la frontière d'un Etat limitrophe qui n'est pas un Etat Partie". Le paragraphe 7 poursuit: "Si l'itinéraire prévu du vol d'observation passe à proximité de la frontière d'autres Etats

²¹ Traité du 4 avril 1951 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 34, p. 243).

Parties ou d'autres Etats, la Partie observée peut notifier à cet Etat ou à ces Etats l'itinéraire, la date et l'heure estimée du vol d'observation."

Il résulte de ce qui précède que, outre la zone de sécurité de 10 km prévue au bénéfice des Etats non Parties, l'utilisation de la possibilité d'une notification préliminaire des vols d'observation permettrait à tous les Etats tiers de prendre les mesures nécessaires afin de dissimuler d'éventuels éléments qu'un Etat pourrait souhaiter cacher à son adversaire. En cas de conflit, la Suisse devrait donc faire usage de ce droit de notification. Cela étant, une situation dans laquelle le rôle de la Suisse pourrait effectivement avoir un impact sur le déroulement d'un conflit entre Etats tiers est difficilement concevable. Dans tous les cas, une telle contribution à l'insu de la Suisse ne pourrait être considérée comme une violation du principe selon lequel un Etat neutre ne doit soutenir militairement aucune partie à un conflit. Le droit de la neutralité serait donc respecté.

2. Compatibilité des buts du traité "Ciel ouvert" avec la politique de neutralité de la Suisse

La "neutralité" d'un Etat ne se définit pas uniquement par son statut juridique et les droits et obligations qui en découlent, mais également par l'ensemble des mesures et attitudes adoptées librement par cet Etat, en vue de renforcer l'efficacité et la crédibilité de sa neutralité aux yeux des autres Etats. C'est ce que l'on appelle la "politique de neutralité". Il convient de déterminer si l'adhésion au TCO serait également compatible avec la politique suisse de neutralité.

La politique suisse de neutralité

Suite à la fin de la Guerre froide, et à l'apparition de nouveaux types de dangers nécessitant des solutions globales, le Gouvernement fédéral a redéfini sa politique de neutralité dans son "Rapport sur la neutralité" du 29 novembre 1993²², en complétant la devise "la sécurité par la neutralité" par "la sécurité par la coopération". Le Rapport sur la politique de sécurité 2000 confirme cette orientation en qualifiant notre neutralité d'"active" et "solidaire"²³.

En vertu de cette nouvelle orientation, la Suisse coopère activement aux efforts globaux entrepris en vue d'accroître la sécurité internationale. Dans cette optique, la Suisse est membre du Partenariat pour la Paix (PPP), du Conseil de Partenariat euro-atlantique, et participe au Processus de planification et d'examen du PPP. Les activités de consultation, échanges d'informations et exercices militaires conjoints qui s'y déroulent sont parfaitement compatibles avec la neutralité, dans la mesure où il n'en résulte aucune obligation d'assistance en cas de conflit. La Suisse a donc clairement démontré que sa politique de la neutralité était aujourd'hui limitée à une interprétation stricte du droit de La Haye et impliquait une participation active aux efforts internationaux visant à renforcer la sécurité et la stabilité dans les relations internationales.

Buts du traité "Ciel ouvert"

Le TCO s'inscrit dans une optique de promotion d'une plus grande ouverture et transparence dans les activités militaires des Etats Parties, ainsi que d'un renforcement de la sécurité et de la stabilité dans la région par l'adoption de mesures de promotion de la confiance et de la sécurité dans la zone euro-atlantique. Le traité prévoit un régime d'observation aérienne visant, d'une part, à faciliter la vérification du respect, par les Etats Parties, de leurs obligations découlant des accords de contrôle des armements existants ou futurs et, d'autre part, à renforcer la capacité de prévention des conflits et la gestion des crises.

Compatibilité des buts du TCO avec la politique de neutralité pratiquée par la Suisse

La mise en perspective de la politique suisse en matière de neutralité et des objectifs visés par l'instauration d'un régime "Ciel ouvert" du TCO permet de conclure à une compatibilité sans équivoque. Dans la mesure où le TCO voit son efficacité accroître en termes d'augmentation du nombre de Parties contractantes et par conséquent de territoire couvert, une adhésion de la Suisse serait même à recommander, afin de donner un signal politique fort de solidarité internationale.

Il est à noter que le TCO est destiné à moyen terme à être complété pour couvrir les domaines humanitaires et de l'environnement. Ces domaines étant également conformes aux objectifs de la politique étrangère suisse, cela confère un poids supplémentaire à la recommandation d'adhésion.

La politique poursuivie par les autres Etats neutres de la zone euro-atlantique à l'égard du régime "Ciel ouvert" est en outre porteuse d'enseignements.

3. Position des autres Etats neutres

La Suède et la Finlande, actuellement au bénéfice du statut d'observateur, ont d'ores et déjà déposé leur demande d'adhésion au TCO. L'Irlande devrait également suivre prochainement. Après avoir examiné l'opportunité d'adhérer, l'Autriche semble également favoriser cette option, bien qu'elle n'ait pas fait part de décision finale à cet égard. Les réserves émises ne concernent en aucun cas des aspects liés à la neutralité, mais relèvent de considérations financières. Il n'est toutefois pas exclu que le manque d'empressement manifesté par l'Autriche puisse également être imputé en partie au fait que son contexte géopolitique est moins sensible que ceux de la Suède et de la Finlande.

4. Conclusions

L'analyse qui précède permet de conclure à une compatibilité entre le statut d'Etat neutre et l'adhésion au traité "Ciel ouvert". En effet, les buts du traité (échange d'information dans le but d'accroître la sécurité et la confiance) s'inscrivent

²² Annexe au Rapport sur la politique extérieure de la Suisse (FF 1994 I 2000; Pratique suisse 1993, n° 11.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 629).

²³ Il doit s'agir du Rapport du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 15 novembre 2000, sur la politique extérieure 2000 (FF 2000, p. 237, spécialement pp. 305 et ss).

dans la même ligne que la politique suisse d'une neutralité "active et solidaire". De plus, les obligations incombant aux Etats Parties au TCO n'impliquant pas d'obligation d'assistance militaire en cas de conflit, le droit de la neutralité est respecté.

...

Note de la DDIP du 18 janvier 2002. Document inédit.

11.2 Neutralité suisse et compatibilité de l'adhésion de la Suisse aux Nations Unies avec cette neutralité. Bons offices

Voici les cinq questions que M. Hanspeter Seiler, député au Conseil national, posa au Cons. féd. le 6 juin 2002, trois mois avant l'adhésion de la Suisse aux Nations Unies:

"1. Selon lui, quel regard la communauté internationale porte-t-elle sur la neutralité de la Suisse? Le Conseil fédéral partage-t-il l'opinion du Ministre des affaires étrangères, selon laquelle la Suisse doit se ranger sur les avis de l'UE (Union Européenne) au sein de l'ONU? Juge-t-il cette affirmation compatible avec la déclaration selon laquelle l'adhésion à l'ONU n'entraînerait aucun changement dans la politique extérieure de la Suisse? Quelles considérations le document du DFAE relatif à la politique onusienne de la Suisse contient-il à ce propos?"

2. Le Conseil fédéral est-il prêt à jouer la carte de la neutralité sans aucune concession?

3. Quelles mesures le Conseil fédéral compte-t-il prendre pour mettre en œuvre les promesses qu'il a faites, lors de la campagne précédant la votation, concernant le renforcement de la neutralité de la Suisse au sein de l'ONU (notamment en prévision d'éventuels conflits)?

4. Par quelles mesures concrètes va-t-il renforcer la position du petit Etat neutre qu'est notre pays? Comment entend-il notamment promouvoir les bons offices de la Suisse? A-t-il prévu des actions humanitaires, domaine dans lequel notre pays dispose d'une grande expérience?

5. Quelle sera l'attitude de la Suisse au sein de l'ONU? Le Conseil fédéral a-t-il l'intention de faire cavalier seul ou va-t-il se rallier à d'autres pays, tels que les membres de l'UE? Sur quels points notamment estime-t-il pouvoir mener sa propre politique?"

Le 3 juillet 2002, le Cons. féd. fit la réponse suivante:

Le Conseil fédéral s'est exprimé à plusieurs reprises sur la valeur et la portée de la neutralité ainsi que sur sa compatibilité avec l'adhésion à l'ONU. Il l'a fait notamment dans son Rapport sur la neutralité de 1993²⁴, dans son Message de 2000 sur l'initiative populaire pour l'adhésion à l'ONU²⁵ ainsi que dans ses réponses à diverses interpellations parlementaires. La Suisse restera neutre au sein de l'ONU. Comme cela a été annoncé, la demande d'adhésion de la Suisse à l'ONU - qui sera remise au Secrétariat général de l'ONU au début de l'été - déclare expressément que la Suisse demeure neutre. Le maintien de la neutralité sera réitéré dans la première déclaration que le Président de la Confédération fera en septembre prochain devant l'Assemblée générale de l'ONU.

1. Ni le Département fédéral des affaires étrangères, ni le Conseil fédéral n'ont jamais affirmé que la Suisse devait s'adapter au sein de l'ONU aux prises de position de l'UE.

2./3. Le Conseil fédéral est fermement attaché à la neutralité. Sur le plan international, la neutralité d'un pays est fortifiée lorsque - dorénavant aussi formellement dans le cadre de l'ONU - elle peut être mise au service de la paix et de la justice dans le monde, en particulier dans le cadre des bons offices (cf. sous 4). L'adhésion à l'ONU, suivie d'une présence active et crédible de la Suisse au sein de l'ONU, constituent donc un moyen de renforcer la position internationale de notre pays et de contribuer au respect de sa neutralité.

4. L'adhésion à l'ONU renforce la position internationale de la Suisse. Les droits liés à la qualité de membre de l'ONU permettent à notre pays de promouvoir et défendre plus efficacement ses intérêts. Ils lui permettent aussi de s'engager de manière plus visible en tant que pays neutre. Ces droits font de la Suisse un partenaire plus intéressant et mieux écouté, dans la mesure où elle pourra s'exprimer librement et soutenir - lorsque cela correspond à ses intérêts - les propositions d'autres Etats. Ainsi, depuis la votation populaire du 3 mars 2002, divers pays ont exprimé le souhait de renforcer leur collaboration avec la Suisse à l'Assemblée générale de l'ONU en tant que membre. Ces priorités ont été communiquées aux Commissions de politique extérieure du Parlement, qui auront ainsi l'occasion d'en débattre durant l'été. Parmi ces priorités figurent notamment la coopération humanitaire, ainsi que la promotion de la paix et la stabilisation post-conflictuelle.

S'agissant plus particulièrement des bons offices, ils font partie intégrante depuis longtemps de la politique extérieure de notre pays. Le Conseil fédéral examine régulièrement les possibilités de proposer efficacement nos bons offices. La pratique de ces dernières années montre que les bons offices sont de plus en plus souvent menés au sein de l'ONU ou sont offerts par l'ONU elle-même. Le Conseil fédéral est donc convaincu que l'adhésion de la Suisse à l'ONU ainsi qu'un engagement crédible et visible de notre pays au sein de l'ONU sont des atouts importants pour notre politique de bons offices. Cela vient d'être confirmé par la nomination par le Secrétaire général de l'ONU d'une Suissesse, l'Ambassadeur Heidi Tagliavini, comme représentante spéciale de l'ONU pour la Géorgie. Le choix du Secrétaire général de l'ONU est un signal concret du rôle constructif que la Suisse peut jouer au sein de l'ONU et sur la scène

²⁴ Voir note 22.

²⁵ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 4 décembre 2000, relatif à l'initiative populaire "Pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies" (FF 2001, p. 1117, 1147-1150; Pratique suisse 2001, n° 11.3, RSDIE, 11^e année, 2001, p. 650).

internationale. Dans sa nouvelle fonction, l'Ambassadeur Tagliavini dirigera la mission d'observation des Nations Unies en Géorgie. Forte d'environ 350 personnes, cette mission a pour fonctions principales d'observer le cessez-le-feu signé en 1994 par les parties au conflit abkhazo-géorgien et de les aider à trouver une solution politique complète à ce conflit.

5. La politique extérieure de la Suisse est fixée de manière indépendante et souveraine. Pour être efficace, toute politique étrangère doit cependant tenir dûment compte de l'attitude d'autres pays qui partagent dans certains domaines les mêmes intérêts et préoccupations. Au sein de l'ONU, il s'agit au premier chef des groupes de pays auxquels la Suisse appartient, à savoir le WEOG (Groupe Europe occidentale et autres pays) et le groupe consultatif JUSCANZ (Japon, USA, Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Norvège, Suisse, Islande et Corée du Sud), ou d'autres groupes importants comme l'UE et le groupe des pays en développement (Groupe des 77).

Réponse donnée le 3 juillet 2002 par le Cons. féd. à une "question ordinaire urgente" de M. Hanspeter Seiler, député au Conseil national. BO CN 2002, Annexes, automne, pp. 176-177.

La pratique suisse en matière de droit international public 2003 - RSDIE 2004 p. 661

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 3.3, 7.1, 7.6 et 11.6)

1.1 Les "protocoles de séance" sont-ils des accords internationaux?

Le texte qui suit revêt un caractère général et a été rédigé par la DDIP à l'occasion de la signature d'un "protocole de séance" ("Sitzungsprotokoll") par le Conseiller fédéral Moritz Leuenberger, chef du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, et par le Ministre allemand des transports, ainsi que d'une interpellation déposée par la Commission des transports et des communications du Conseil national le 21 octobre 2003 (BO CN 2003, hiver, Annexes, p. 522). La DDIP commence par y exposer que pour les francophones l'expression "protocole" signifie "traité international", le terme "protocole de séance" se traduisant par "compte rendu" ou "procès-verbal de séance". Après avoir précisé que l'intitulé d'un texte n'est pas décisif pour la nature de celui-ci, la DDIP procède à une analyse de la doctrine et de la jurisprudence:

...

"Nach konstanter schweizerischer Praxis ist als völkerrechtlicher Vertrag ein Hoheitsakt zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten zu bezeichnen, mit welchem diese ihren *übereinstimmenden Willen* zum Ausdruck bringen, gegenseitig *völkerrechtliche Verpflichtungen zu übernehmen* oder ihnen zugehörige *Rechtspositionen aufzugeben*" (...)¹.

La doctrine reconnaît en principe que des procès-verbaux rédigés à l'issue d'une rencontre internationale *ne sont pas compris dans la définition des traités internationaux* au sens formel ou classique du terme. Ils *peuvent* toutefois être considérés comme de vrais accords internationaux. "Il n'existe pas de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international" (Cour internationale de Justice, 19 décembre 1978, Recueil 1978, p. 3/39, affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, Grèce/Turquie).

Ainsi, l'Acte final d'Helsinki de 1975², "das in einer Schlussakte schriftlich festgelegte Ergebnis der KSZE (= OSZE), (soll) *nach dem Willen der Teilnehmerstaaten* nicht als rechtlich bindender völkerrechtlicher Vertrag gelten, obwohl darin hoheitsrechtliche Themen behandelt werden"³ (cf. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 8^e éd., Cologne 1994, n° 194, p. 57).

Pour déterminer la véritable nature de tels écrits, il s'impose d'*examiner cas par cas la portée réelle* d'un acte, à la lumière du *texte* et de la *volonté des Parties* (cf. ... Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2^e éd., Genève 1985, n° 73, pp. 36 et s. et les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111).

Certains auteurs classent plus clairement dans les "*engagements non contraignants*", qui constituent ni des traités solennels ni des accords en forme simplifiée, les documents tels les procès-verbaux qui relatent officiellement ce qui a été dit et fait lors d'une rencontre internationale, puisqu'ils ont souvent "comme objectif légitime de préciser les modalités d'application d'un traité ou de l'interpréter" (Dominique CARREAU, *Droit international*, 7^e éd., Paris 2001, n° 530, p. 213).

En *résumé*, un procès-verbal rédigé à l'issue d'une rencontre internationale n'est en principe pas considéré comme un traité international. En tenant compte du texte de l'acte d'une part et de la volonté des parties d'autre part, il est néanmoins possible de considérer qu'un tel procès-verbal est un véritable traité international, source de droits et d'obligations.

...

Note de la DDIP du 20 octobre 2003. Document inédit.

1.2 Compétence de l'Etat occupant de conclure des accords internationaux pour le compte de l'Etat occupé

La note de la DDIP reproduite ci-après portait sur le point de savoir si l'Autorité provisoire de la coalition était habilitée à conclure des accords internationaux au nom de l'Irak.

L'Accord entre la Suisse et l'Irak sur la garantie des risques à l'exportation a été approuvé par le Conseil fédéral. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si l'Autorité provisoire de la coalition est bien compétente pour conclure, au nom de l'Irak, des accords internationaux.

¹ (Traduction:) "La pratique constante de la Suisse définit le traité international comme étant un acte de souveraineté de deux ou plusieurs *sujets du droit des gens* par lequel ces sujets expriment leur *volonté concordante* d'assumer des *obligations internationales* réciproques ou de *renoncer à des droits* qui leur reviennent."

² Acte final du 1^{er} août 1975 (FF 1975 IV 939). Il s'agit de la CSCE (Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe), devenue plus tard l'OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe).

³ (Traduction:) "(L'Acte final d'Helsinki de 1975,) qui fixe le résultat de la CSCE (= OSCE) par écrit, dans un acte final, ne doit pas, selon la volonté des Etats participants, être qualifié de traité international, juridiquement contraignant, bien qu'il traite de matières portant sur la souveraineté."

En droit international, le principe est qu'un Etat occupant dispose du pouvoir légal dans le pays qu'il occupe (article 43 de la Convention de La Haye de 1907⁴). Cela signifie en particulier que la puissance occupante peut promulguer des lois ou conclure des accords internationaux au nom de l'Etat occupé.

Dans le cas de l'Irak, la situation est encore plus claire puisque le Conseil de sécurité de l'ONU a confirmé que l'Autorité provisoire de la coalition disposait du pouvoir légal en Irak jusqu'à ce que celui-ci soit remis à un gouvernement irakien. Dans la Résolution 1483 du 23 mai 2003, le Conseil de sécurité *"demande à l'Autorité ... de promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer des conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique."*

La Résolution 1511 du 16 octobre 2003 confirme que l'Autorité provisoire de la coalition dispose temporairement du pouvoir légal en Irak: *"(le Conseil de sécurité) Réaffirme la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Iraq et souligne dans ce contexte que l'Autorité provisoire de la coalition exerce à titre temporaire les responsabilités, pouvoirs et obligations au regard du droit international applicable qui sont reconnus et énoncés dans la résolution 1483 (2003), jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif internationalement reconnu soit mis en place par le peuple irakien ..."*

En vertu du droit international et des Résolutions 1483 et 1511 du Conseil de sécurité de l'ONU, l'Autorité provisoire de la coalition dispose - jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif internationalement reconnu soit mis en place - du pouvoir légal et est donc compétente pour conclure des accords internationaux au nom de l'Irak.

Note de la DDIP du 15 décembre 2003. Document inédit.

1.3 Capacité et compétence des cantons suisses de conclure des traités internationaux. Règlement pacifique des différends internationaux. Responsabilité internationale pour violation des traités conclus par ou pour les cantons suisses

Ci-après nous reproduisons en extraits un avis de droit de la DDIP portant sur l'intention des cantons de Schaffhouse et d'Argovie de conclure, avec l'Allemagne, des traités relatifs à deux ponts transfrontaliers.

(Traduction:)

Il va de soi, d'abord, que la réponse à la question de la capacité pour conclure des traités internationaux, c'est-à-dire au point de savoir qui se présente en tant que Partie contractante, dépend en principe, de chaque côté, du droit interne. On ajoutera cependant que la situation juridique dans l'un des Etats contractants peut affecter l'identification de la Partie contractante au sein de l'autre Etat. (Lorsqu'un canton se trouve face au gouvernement - central - de l'autre Etat - et non face à une "autorité étrangère de rang inférieur", par exemple un Etat fédéré, une province ou un département -, le canton ne peut conclure le traité que par l'intermédiaire de la Confédération, voir l'article 56, alinéa 3, Cst.).

Le nouveau projet suisse (de traité) part de l'idée qu'il s'agit d'une convention *d'un canton* avec l'étranger, donc d'un instrument qui établit des droits et obligations relevant de la compétence du canton. Etat donné, toutefois, que c'est le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne qui est partenaire du canton d'Argovie, ce dernier ne peut conclure le traité en son nom propre mais doit passer par la Confédération (article 56, alinéa 3, Cst., cf. ci-dessus), comme on l'a exposé plus haut. Selon la pratique constante, la Partie suisse est désignée par les mots "le Conseil fédéral suisse, agissant au nom du canton X."

L'entremise de la Confédération n'affecte en rien le caractère cantonal du traité conclu avec l'Etat étranger. Ce type de traités n'ont donc pas à être approuvés par les Chambres fédérales mais, le cas échéant, par le parlement cantonal compétent; ils sont publiés sur le plan cantonal et non fédéral.

...

Ces règles et cette pratique sont d'application générale et valent donc pour tous les Etats avec qui les cantons concluent des traités.

Ainsi, la capacité de conclure des traités appartient au canton. Etant donné que l'autre Partie est le gouvernement d'un Etat étranger (et non celui d'un Etat fédéré), le canton en tant que tel ne peut, selon l'article 56, alinéa 3, Cst., se présenter comme Partie contractante, mais doit se faire représenter par la Confédération.

Ce faisant, le canton n'empiète pas sur les droits de la Confédération, mais exerce son droit propre. Autrement dit, l'article 56, alinéa 2, Cst., d'après lequel les traités des cantons avec l'étranger ne doivent être contraires ni aux droits et intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons, n'a rien à voir avec cela. La disposition en cause se borne à définir le cadre dans lequel un canton, agissant dans les limites de ses compétences, est habilité à conclure des traités avec l'étranger. Le respect de ce cadre est vérifié par la Confédération dans tous les cas, y compris la situation normale où le canton lui-même se présente comme Partie contractante.

Il résulte de tout cela que la proposition allemande de conclure un accord entre la République fédérale et le canton d'Argovie ne peut être acceptée, car la Constitution fédérale (suisse) ne le permet pas.

Des dispositions sur le règlement pacifique des différends peuvent figurer dans des accords de tout niveau (Confédération, cantons, communes). Il n'est pas nécessaire, sur les plans régional ou communal, d'utiliser la voie diplomatique pour aplanir des divergences d'application ou d'interprétation. Décider d'agir sur le plan fédéral *pour cette raison-là* ne paraît pas opportun. La responsabilité première pour le respect des traités conclus avec l'étranger échoit

⁴ Convention (IV) du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (RS 0.515.112).

aux cantons. Mais, sur le plan du droit international, au niveau des rapports entre les deux Etats, ceux-ci répondent également du comportement de leurs cantons ou *Länder*; ainsi, en définitive, la voie diplomatique et le règlement au niveau fédéral demeurent ouverts, sans qu'il soit nécessaire de l'expliciter dans des traités régionaux.

Ce qui vient d'être exposé pour le canton d'Argovie vaut également, en principe, pour le traité (avec le canton de Schaffhouse) si, du côté allemand, la Partie contractante est le Gouvernement fédéral.

Avis de droit de la DDIP, du 17 décembre 2003. Document inédit.

1.4 Conclusion des traités internationaux: portée du paraphe

Consultée par l'Office fédéral des transports dans le cadre de la conclusion d'un accord routier bilatéral, la DDIP exposa ceci sur la signification du paraphe:

...

L'apposition de paraphes sur un texte a en principe pour seul effet d'empêcher une modification unilatérale de celui-ci par l'une des Parties. Toutefois, si les deux Parties trouvent un accord, après ce qui équivaut en quelque sorte à une réouverture des négociations, nous ne voyons aucun problème à la signature d'un texte modifié, le paraphe n'étant pas une étape obligatoire dans la conclusion d'un traité international.

...

Communication du 18 août 2003, adressée par la DDIP à l'Office fédéral des transports du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

1.5 Application provisoire des traités internationaux

Le bref texte qui suit provient du Message du Cons. féd. concernant l'Accord franco-suisse relatif à la coopération entre les deux Etats à l'occasion du Sommet d'Evian du G-8 (groupe des huit Etats les plus fortement industrialisés)⁵.

...

En vertu de ses prérogatives et de sa responsabilité en matière de politique étrangère, le Conseil fédéral peut accepter l'introduction dans un traité international d'une disposition relative à l'application provisoire du traité lorsque la protection d'intérêts suisses ou le caractère particulièrement urgent l'exige. L'application provisoire d'un traité international ne remet aucunement en question la compétence parlementaire en matière d'approbation parce qu'une telle application peut être interrompue à tout moment conformément à l'article 25 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS. 0.111) (FF 1999 V 4492⁶).

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 7 mars 2003, concernant l'Accord entre la Confédération suisse et la République française relatif à la coopération entre les deux Etats à l'occasion du Sommet d'Evian. FF 2003, p. 2250 (2259).

1.6 Effets de la fin mise à l'application provisoire d'un traité

Le texte qui suit, élaboré par la DDIP, porte sur une convention avec l'Etat K. pour éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les revenus et sur la fortune. Le processus de ratification étant bloquée, un protocole additionnel prévoyant l'application provisoire de la convention fut conclu. La présente étude examine la situation qui se présenterait si l'un de deux Etats décidait de mettre fin à l'application provisoire de la convention, en se fondant essentiellement sur une monographie relative à ce sujet⁷ et les travaux préparatoires de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 relative au droit des traités (CV; RS 0.111).

...

II. Article 25 de la Convention de Vienne

L'article 25 de la convention de Vienne traite de l'application à titre provisoire d'un traité⁸. L'article en question a été l'objet de nombreuses discussions avant d'aboutir à la rédaction que nous lui connaissons. Les controverses ont porté sur l'utilité d'une disposition sur l'application provisoire d'un traité dans la convention de Vienne, sur l'intitulé de l'article (application provisoire ou entrée en vigueur provisoire) et sur l'adoption ou non de règles sur la fin de l'application provisoire.

⁵ Pour le texte de l'Accord, qui porte la date du 5 mars 2003, voir FF 2003, p. 2265.

⁶ Instructions concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale, du 13 juillet 1999 (FF 1999, p. 4988).

⁷ F. MONTAG, *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen*, Berlin 1986.

⁸ L'article 25 a la teneur suivante:

"1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur: a) Si le traité lui-même en dispose ainsi; ou b) si les Etats ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. A moins que le traité n'en dispose autrement ou que les Etats ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un Etat prend fin si cet Etat notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir Partie au traité."

La version actuelle de l'article 25 de la convention de Vienne consacre la possibilité d'une application provisoire d'un traité, laisse une grande marge aux Etats quant à la forme de l'accord sur l'application provisoire d'un traité et donne quelques éléments sur le mode de terminaison de l'application provisoire (paragraphe 2). En revanche, il ne dit mot sur les éventuels effets qui lient les Parties pendant l'application provisoire du traité et sur les conséquences de la terminaison de l'application provisoire.

A la lecture de l'article 25, paragraphe 2, il semblerait que cette disposition s'applique aux traités multilatéraux et non aux traités bilatéraux. Lors de la 17^{ème} session de la Commission du droit international, le Rapporteur spécial a justement élargi la disposition aux traités multilatéraux. En effet, la version précédente de l'article 25 se limitait aux traités bilatéraux et plusieurs membres de la Commission ont émis le souhait d'élargir la disposition aux traités multilatéraux⁹. Nous pouvons ainsi déduire que l'article 25, paragraphe 2, de la convention de Vienne englobe aussi bien les traités multilatéraux que bilatéraux.

III. Application provisoire

Plusieurs théories relatives à l'application provisoire ont été développées¹⁰. La doctrine relative à ce sujet comprend des auteurs de l'ancienne théorie et des auteurs de la théorie moderne.

1. Ancienne théorie¹¹

Les partisans de cette théorie sont divisés en plusieurs sous-groupes. Le premier admet l'idée d'une ratification tacite ou implicite d'un traité international. Si un traité est exécuté avant sa ratification, cela signifie que l'application *de facto* du traité correspond à une ratification tacite du traité. Par conséquent, l'application d'un traité avant sa ratification lie les parties comme s'il s'agissait d'une ratification formelle du traité. Dans ce cas, l'application provisoire n'a plus de raison d'être. D'autres auteurs sont d'avis que le traité ne produit aucun effet pendant son application provisoire même si le traité est ratifié par la suite. Enfin, d'autres auteurs partagent l'idée que le traité appliqué provisoirement produit des effets seulement s'il y a une ratification postérieure au traité. Si la ratification n'a pas lieu, les actes qui ont eu lieu pendant l'application provisoire n'ont aucune conséquence juridique.

Ces différentes opinions sont à rejeter dans la mesure où les auteurs n'admettent pas la possibilité de l'application provisoire d'un traité.

2. Théorie moderne¹²

Les représentants de cette théorie estiment que l'accord sur l'application provisoire d'un traité est un acte liant les Parties. L'acte est basé sur la volonté des Parties et sur le principe de la confiance qui porte à croire que les Etats ayant négocié le contrat sont intéressés à ce que le traité entre en vigueur. Si celle-ci est retardée, par exemple pour des raisons politiques, les Etats conviennent de l'application provisoire. D'après cette théorie, les Parties restent liés à l'accord sur l'application provisoire aussi longtemps qu'elles n'y mettent pas fin. Une autre théorie moderne développée par PICONE prévoit que si un traité est appliqué provisoirement, il y a en réalité deux actes: le traité principal ainsi qu'un accord sur l'application provisoire, dont la forme est simplifiée. PICONE estime que l'accord en la forme simplifiée n'est pas soumis aux sanctions du droit international et que l'absence de sanctions plaide pour un accord n'ayant pas d'effet entre les Parties.

La pratique des Etats se rallie à la théorie moderne et la plupart des auteurs considèrent l'accord sur l'application provisoire d'un traité comme un acte indépendant et ayant caractère d'un accord en forme simplifiée¹³. A ce propos, l'article 25 de la convention de Vienne laisse une grande liberté aux Etats; l'accord sur l'application provisoire peut ainsi faire l'objet d'un protocole additionnel au traité, être intégré dans les dispositions finales du traité ou se trouver dans un autre instrument tel qu'un "memorandum of understanding"¹⁴.

IV. Terminaison de l'accord: conséquences

D'après la pratique des Etats et la théorie moderne présentée ci-dessus, un traité appliqué provisoirement produit des effets et lie les Parties. Il reste à déterminer quelles sont les règles applicables lorsqu'une Partie met fin à l'application provisoire d'un traité, question qui n'est pas réglée par l'article 25 de la convention de Vienne.

En matière d'extinction d'un traité, cette dernière n'entraîne des conséquences que pour l'avenir¹⁵. La terminaison d'un traité a donc un effet *ex nunc*, ceci pour préserver les effets produits par le traité lorsqu'il était en vigueur. Pour ce qui est de la fin de l'application provisoire, les mêmes règles s'appliquent. En effet, lors de la 14^{ème} session de la Commission du droit international, il a été proposé que les droits et devoirs du traité appliqué provisoirement s'éteignent six mois après la terminaison de l'application provisoire¹⁶. Cette proposition n'a pas été retenue car elle ne correspondait pas à la pratique des Etats¹⁷. Même si la question a été peu débattue dans les sessions de la Commission du droit international, il résulte des débats relatifs de la 17^{ème} session que la fin de l'application provisoire produit des effets *ex nunc*. M. REUTER, Vice-président de la Commission, était d'avis que "l'entrée en vigueur provisoire entraîne véritablement validité et obligation juridique; même si, par la suite, le traité devient caduc, faute de ratification, cette

⁹ Annuaire de la Commission du droit international 1965, vol. I, p. 125.

¹⁰ MONTAG, pp. 39 et ss.

¹¹ MONTAG, pp. 39 et ss.

¹² MONTAG, pp. 43 et ss.

¹³ Seuls Nguyen QUOC DINH/Patrick DAILLIER/Alain PELLET, Droit international public, 6^e éd., Paris 1999, p. 161, ne sont pas de cet avis.

¹⁴ MONTAG, p. 53.

¹⁵ Joe VERHOEVEN, Droit international public, Bruxelles 2000, p. 439.

¹⁶ Annuaire de la Commission du droit international 1962, vol. II, p. 81.

¹⁷ MONTAG, p. 82.

disparition du traité n'a pas d'effet rétroactif¹⁸. En effet, le traité a bel et bien existé pendant un certain temps et la terminaison de l'application provisoire n'a pas pour effet de retirer la base légale à toutes les situations créées sous ce régime. Si la terminaison de l'application provisoire d'un traité avait un effet rétroactif, il en résulterait une grande insécurité juridique.

V. Conclusion

Au vu de ce qui précède, la terminaison de l'application provisoire de traités internationaux est soumise aux mêmes règles qu'en matière d'extinction ou de dénonciation de traités. Si la Suisse ou l'(Etat K.) décidait de mettre fin à l'application provisoire de la convention de double imposition, la terminaison n'opérerait que pour l'avenir (effet *ex nunc*).

Note de la DDIP du 4 avril 2003. Document inédit.

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

(voir aussi les n^{os} 7.2 et 7.3)

2.1 Droit international conventionnel et droit national: incorporation; applicabilité directe. Interprétation des traités

Le passage qui suit, emprunté à un message du Cons. féd., évoque brièvement la nature des obligations conventionnelles en droit suisse.

...

Comme toutes les conventions internationales, le deuxième protocole¹⁹ fera partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès son entrée en vigueur en Suisse. Dans la mesure où les dispositions d'un instrument juridique international sont directement applicables, il est possible de faire valoir les droits qui en découlent devant les autorités suisses dès la date d'entrée en vigueur. Sont directement applicables les dispositions qui - considérées dans leur contexte global et à la lumière de l'objet et du but du deuxième protocole - sont inconditionnelles et suffisamment précises pour s'appliquer comme telles dans un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision.

...

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 20 août 2003, concernant le Deuxième Protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. FF 2003, p. 5555 (5573).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 7.2 et 7.8)

3.1 Eléments de l'Etat sujet du droit international. Reconnaissance des Etats: conditions; formes

La note partiellement reproduite ci-dessous porte sur le statut des îles Cook et l'établissement de relations diplomatiques entre cet archipel et la Suisse. Placées sous la souveraineté de la Nouvelle-Zélande depuis 1901, les îles Cook, à l'issue d'un référendum organisé en 1965, acquièrent un statut de souveraineté-association. Concrètement cela impliquait qu'elles étaient désormais associées à la Nouvelle-Zélande dans les domaines de la nationalité - les habitants sont restés ressortissants de cet Etat -, de la sécurité et des affaires étrangères. De plus, la Reine d'Angleterre fait fonction de chef d'Etat. La population des îles conserve son droit d'autodétermination et a la faculté de dénoncer l'accord d'association à tout moment. Pour finir, on relèvera que les îles Cook entretiennent des relations diplomatiques avec une série de pays. Voici les conclusions que la DDIP tire de ces éléments:

...

En résumé, les îles Cook constituent un territoire bénéficiant d'une très large autonomie. En dehors de la nationalité néo-zélandaise de ses habitants et du fait que la Reine d'Angleterre en est le chef d'Etat, les îles Cook disposent de tous les attributs d'un Etat souverain, que ce soit à l'intérieur ou dans ses relations avec d'autres Etats.

La Nouvelle-Zélande considère néanmoins que les îles Cook ne peuvent pas être qualifiées expressément d'Etat souverain au sens du droit international en raison du fait que l'accord d'association est toujours en vigueur. Selon cet Etat, la reconnaissance du statut d'Etat souverain ne serait possible qu'à la suite d'un référendum, d'un changement constitutionnel et de la création d'une nationalité propre aux habitants des îles Cook.

Etablissement de relations diplomatiques avec les îles Cook

¹⁸ Annuaire de la Commission du droit international 1965, vol. I, p. 122.

¹⁹ Deuxième Protocole, du 26 mars 1999, relatif à la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 0.520.3). Pour le texte du protocole, voir FF 2003, p. 5579.

Selon l'article 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961²⁰, les relations diplomatiques ne peuvent exister qu'entre Etats. L'établissement de relations diplomatiques avec les îles Cook implique donc une reconnaissance de leur statut d'Etat.

La pratique de la Suisse en matière de reconnaissance est régie, pour l'essentiel, par les principes de l'universalité (selon lequel la Suisse entretient, dans la mesure du possible, des relations internationales avec tous les Etats) et de l'effectivité (nécessité d'une souveraineté effective de l'entité à reconnaître). Pour déterminer si une entité constitue un Etat, la Suisse s'appuie de manière conséquente sur la théorie des trois éléments: un territoire, une population et une autorité publique (gouvernement indépendant comme expression de la souveraineté étatique qui se manifeste tant à l'intérieur que vers l'extérieur).

La reconnaissance peut se faire de manière explicite (déclaration de reconnaissance) ou implicite (engagement de relations diplomatiques, conclusion d'un accord international). La Suisse a toujours privilégié la reconnaissance explicite à travers une déclaration officielle de reconnaissance approuvée par le Conseil fédéral.

Les îles Cook possèdent sans conteste les trois éléments constitutifs d'un Etat, à savoir un territoire, une population et un gouvernement effectif. Dès lors, une reconnaissance des îles Cook par la Suisse est théoriquement possible d'un point de vue juridique.

Cependant, comme la Nouvelle-Zélande est opposée à une reconnaissance explicite des îles Cook comme Etat souverain, seule une reconnaissance implicite, à travers, par exemple, l'établissement de relations diplomatiques, est envisageable en l'occurrence. La Nouvelle-Zélande admet cette possibilité puisque, comme nous l'avons dit plus haut, elle reconnaît le droit aux îles Cook d'entretenir des relations diplomatiques et de conclure des traités internationaux.

La Suisse peut donc, même si elle préfère en général faire une déclaration de reconnaissance explicite avant d'entamer des relations diplomatiques, décider d'accepter la proposition qui lui a été faite et établir, sans déclaration de reconnaissance préalable, des relations diplomatiques avec les îles Cook. L'établissement de relations diplomatiques constituera une reconnaissance implicite de la qualité d'Etat des îles Cook, ce qui est acceptable pour la Nouvelle-Zélande.

...

Note de la DDIP, du 15 juillet 2003, à l'intention de la Division politique II du DFAE. Document inédit.

3.2 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers: biens culturels

D'avril à octobre 2004 s'est tenue au "Antiken-Museum" à Bâle une importante exposition d'antiquités égyptiennes. Cette manifestation jouissait de l'appui des autorités suisses. Les autorités égyptiennes, de leur côté, demandaient à la Suisse, sous forme de note diplomatique, une garantie des autorités suisses contre toute saisie judiciaire des objets exposés. Voici une communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse au Caire qui porte sur le contenu à donner à cette note:

...

D'emblée, nous vous faisons savoir que nous ne pouvons pas donner une garantie absolue et cela pour les raisons qui suivent. Nous vous proposons toutefois un texte ... qui devrait donner à l'Egypte les assurances nécessaires qu'elle requiert.

1. En relation avec les objets présentés dans le cadre de cette exposition, nous pouvons être confrontés à une créance litigieuse contre l'Etat égyptien, dont les biens à saisir sont les objets exposés à Bâle.

En matière d'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers, le Tribunal fédéral suisse a consacré le principe de l'immunité limitée de ces Etats. C'est ainsi que l'Etat étranger est protégé par son immunité seulement lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*), mais non pour les actes qu'il accomplit comme titulaire de droits privés (*jure gestionis*) au même titre qu'un particulier. Le fait que la créance litigieuse soit issue d'un rapport de droit privé (*jure gestionis*) ne saurait, à lui seul, justifier le séquestre des biens appartenant à un Etat étranger et sis en Suisse. L'exécution peut être exclue, suivant les circonstances, par la destination des biens dont le séquestre est demandé. Selon la jurisprudence suisse, l'immunité d'exécution protège les biens se trouvant en Suisse qui sont affectés au service diplomatique d'un Etat étranger ou à d'autres tâches en Suisse lui incombant comme détenteur de la puissance publique.

2. Le Tribunal fédéral suisse n'a jamais eu à se prononcer jusqu'à ce jour sur le point de savoir si les objets d'une exposition étaient couverts par l'immunité. Contrairement aux biens d'une ambassade, qui sont protégés par l'immunité d'exécution sur la base de l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques²¹, il n'existe pas encore en droit suisse une disposition garantissant une immunité absolue s'agissant des objets culturels d'une exposition.

3. L'Assemblée fédérale vient d'adopter la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)²², dont les articles 10 à 13 fournissent une garantie fédérale de restitution de biens culturels à un musée ou une autre institution d'un Etat. Toutefois, cette loi n'est pas encore en vigueur. Un délai référendaire a été prévu jusqu'au 9 octobre 2003,

²⁰ RS 0.191.01.

²¹ Voir la note précédente.

²² Loi du 20 juin 2003 (FF 2003, p. 4019).

dont, selon l'Office fédéral de la justice, il ne devrait pas être fait usage. Ensuite, il s'agit de ratifier la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels. Enfin, le Conseil fédéral doit adopter une ordonnance d'exécution. Ce n'est qu'une fois ces deux étapes franchies que la loi sur le transfert des biens culturels pourra entrer en vigueur, soit au plus tôt le 1^{er} juillet 2004, mais plus vraisemblablement le 1^{er} janvier 2005.

4. Faute d'une telle loi, il ne nous est pas possible présentement de donner une garantie absolue selon laquelle les particuliers ne feraient pas valoir une prétention sur les biens culturels de l'exposition en question. Il est toutefois hautement improbable qu'un juge suisse prenne une mesure de séquestre sur de tels biens, alors que le Parlement suisse vient d'adopter une telle loi et que la convention de l'UNESCO de 1970 va être ratifiée dans un avenir immédiat²³.

5. Sur la base de ce qui précède, nous vous proposons de supprimer dans le 2^{ème} paragraphe (du texte initialement proposé par l'Egypte) la phrase: "The Government of Switzerland should according to (*sic*) facilitate the immunization of the exhibition objects from judicial seizure while in Switzerland"²⁴ et de la remplacer par le texte suivant à insérer après le 2^{ème} paragraphe, en tant que 3^{ème} paragraphe:

"As regards the immunity of the exhibition's objects from judicial seizure the Embassy is pleased to affirm the following: According to Swiss law and practice the question of (the) immunity of assets or goods of foreign States is a matter for the courts. According to precedent decisions of the Swiss Supreme Court (Swiss Federal Tribunal), the assets or goods of a foreign State are immune from execution when they concern duties undertaken in an official capacity (*jure imperii*) by that State. So far, the Swiss Supreme Court never had to decide a case of seizure of objects of art exhibited by a foreign State. Such a demand has never been made. The precedent decisions of the Supreme Court in matters of immunity make it, however, highly unlikely that such a request would be granted. In the unlikely event of such a request for seizure the Swiss Government would make a strong argument before (the) court that such seizure is legally not possible. Furthermore, Switzerland will ratify in the near future the UNESCO Convention of 1970 on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. Corresponding federal legislation on the international transfer of cultural property which guarantees the restitution of cultural property to its State of origin has been adopted by the Swiss Parliament recently and is about to enter into force. In conclusion, Switzerland has the firm intention to assure the restitution of the cultural property of the exhibition to Egypt. It has a particular interest that the present Swiss exhibition can take place in Switzerland under conditions acceptable to Egypt, and will do everything in order to guarantee the return of cultural property exhibited in Switzerland at the end of the exhibition."²⁵

...

Communication adressée le 4 juillet 2003 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse en Egypte. Document inédit.

3.3 Personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix-Rouge. Conclusion d'accords de siège par le Comité

La communication ci-après, qui émane de la DDIP et est adressée à une ambassade de Suisse, porte sur la capacité internationale du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), notamment sur celle de conclure des accords de siège. L'Ambassade s'était interrogée sur l'opportunité d'une intervention de la Suisse auprès du pays avec qui le Comité souhaitait conclure un tel accord.

...

Le CICR est un sujet du droit international. Il souhaite par ailleurs marquer son indépendance à l'égard de notre pays, besoin qui était l'une des raisons ayant motivé sa demande de conclure un accord de siège avec la Suisse. Nous ne saurions dès lors intervenir en sa faveur auprès d'autres Etats sans qu'il nous en ait fait la demande expresse. Il appartient en effet au CICR de déterminer avec quel Etat il entend conclure un accord de siège, quelles devraient en être les modalités et quelles démarches il y lieu d'entreprendre en la matière. Si le CICR nous présentait une demande formelle d'intervention auprès du Gouvernement (de l'Etat T.), nous serions disposés à remettre au Ministère des affaires étrangères (de T.) une note verbale exposant les raisons qui ont amené la Suisse à reconnaître au CICR la

²³ Pas si rapidement cependant, puisque l'adhésion de la Suisse n'a pas encore eu lieu. Pour le texte de la convention, cf. Nations Unies, Recueil des traités, vol. 823, p. 254.

²⁴ (Traduction:) "Le Gouvernement suisse devrait faire de sorte que les objets exposés soient soustraits à toute saisie judiciaire aussi longtemps qu'ils se trouvent en Suisse."

²⁵ (Traduction:) "Quant à l'immunité des objets exposés à l'égard de toute saisie judiciaire, l'Ambassade a le plaisir de préciser ce qui suit: Selon la loi et la pratique suisses, la question de l'immunité des biens ou objets appartenant à des Etats étrangers relève des tribunaux. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, les biens ou objets appartenant à un Etat étranger bénéficient de l'immunité d'exécution lorsqu'ils servent à l'accomplissement des fonctions officielles (*jure imperii*) de cet Etat. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à décider de la saisie d'objets d'art exposés par un Etat étranger. Jamais une demande n'a été formulée dans ce sens. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité permet toutefois d'affirmer qu'une telle demande aurait très peu de chances d'être accueillie. Si une requête allant dans ce sens était présentée, le Gouvernement suisse ferait valoir vigoureusement, devant la Cour, que la saisie de tels objets est contraire au droit. S'y ajoute que la Suisse va très prochainement ratifier la Convention de l'UNESCO, de 1970, concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels. Une loi fédérale relative au transfert international de biens culturels, qui garantit le retour de tels biens à l'Etat d'origine, vient d'être adoptée par le Parlement suisse; cette législation est sur le point d'entrer en vigueur. En conclusion, la Suisse a la ferme intention de veiller à ce que les biens culturels exposés soient restitués à l'Egypte. Elle a tout intérêt à agir de manière que cette exposition suisse puisse se réaliser, en Suisse, à des conditions acceptables pour l'Egypte, et elle fera tout pour garantir le retour en Egypte des biens culturels à la fin de l'exposition."

personnalité juridique internationale et à conclure avec lui, le 19 mars 1993, un accord en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse (accord de siège)²⁶.

Le Comité international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge est une organisation *sui generis*. Association de droit suisse, le CICR est simultanément titulaire de droits et obligations dans l'ordre juridique international et, dans cette mesure, il possède la qualité de sujet du droit international. A ce titre, il est fondé à conclure des accords de siège, ce qui lui permet d'exercer un certain "treaty-making power" (capacité pour conclure des traités). Par le biais de ces accords, le CICR bénéficie des privilèges et immunités habituellement reconnus, sur le plan international, aux organisations intergouvernementales. De fait, le CICR est devenu un des acteurs de la vie diplomatique internationale. Il a une mission permanente d'observation auprès de l'ONU, à New York, et le statut d'observateur auprès de différentes institutions spécialisées et d'organisations de caractère régional. Son Président a accès aux chefs d'Etat ou de gouvernement lorsqu'il est invité à l'étranger.

Les relations entre le Conseil fédéral et le CICR concernant le statut juridique du Comité se fondaient, avant la signature de l'accord de siège le 19 mars 1993, sur une lettre que le Conseil fédéral avait adressée, le 25 novembre 1958, au Président du Comité, dans laquelle il reconnaissait que le CICR est une institution dont le rôle international est confirmé par les Conventions de 1949²⁷. Au fil des années, le CICR s'est vu reconnaître par le Conseil fédéral un statut semblable à celui d'une organisation intergouvernementale dans des domaines déterminés, se ralliant à l'avis de la doctrine qui assimile de plus en plus le CICR à une organisation internationale. Ce sont donc la qualité de sujet du droit international du CICR et son assimilation à une organisation intergouvernementale sur le plan international qui ont conduit le Conseil fédéral à conclure avec lui un accord de siège. Cet accord s'inscrit dans la liste déjà longue des accords de siège que le CICR a passés avec un certain nombre d'Etats étrangers.

Il appartient à chaque Etat ayant signé les conventions de Genève de déterminer, à la lumière de sa législation interne, s'il entend, à l'instar des autres Etats ayant déjà fait cette démarche, reconnaître au CICR la personnalité juridique internationale et conclure avec lui un accord de siège. Les conventions de Genève n'imposent pas explicitement des obligations en la matière aux Etats Parties.

Communication faite par la DDIP, le 3 mars 2003, à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat T. Document inédit.

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

4.1 Protection diplomatique: doctrine Calvo

La note qui suit, œuvre de la DDIP, parvient à la conclusion que la doctrine Calvo n'est actuellement plus appliquée.

1. Définition

La doctrine Calvo doit son nom au juriste argentin Carlos CALVO²⁸ et date du XIX^e siècle. Cette doctrine a joué un rôle important en Amérique latine, où elle est considérée comme l'expression du droit des gens à l'égard des étrangers²⁹. La théorie Calvo est basée sur deux principes:

- le principe de non-intervention des Etats tiers, que ce soit par la force ou par le biais de la protection diplomatique, et
- le principe d'égalité absolue entre les étrangers et les nationaux. Cette conception correspond au principe du traitement national qui considère que les étrangers ne disposent pas d'une protection ou de droits autres que ceux que la loi territoriale leur confère. Les étrangers ont, par exemple, accès aux juridictions nationales mais ils ne sont pas autorisés à porter un litige devant un tribunal international. Le traitement national s'oppose à une jurisprudence plus récente qui admet l'existence d'obligations internationales de traitement à l'égard des étrangers. La majorité des Etats et des auteurs ont également reconnu l'existence de ces obligations internationales qui accordent une protection aux étrangers.

2. Historique

La doctrine Calvo est née en Amérique du Sud suite à un certain nombre d'abus que des Etats occidentaux avaient commis en matière de protection diplomatique. Les Etats d'Amérique du Sud considéraient en effet la protection diplomatique comme "a weapon of the strong to oppress the weak"^{30 31}. Les Etats d'Amérique latine ont ainsi essayé d'introduire dans les traités internationaux conclus avec les Etats-Unis ou les Etats européens une clause qui excluait la protection diplomatique pour toutes les questions relevant d'intérêts privés, exception faite du déni de justice. Les tentatives d'introduire de telles clauses étant restées vaines, la plupart des pays d'Amérique latine ont refusé de conclure des traités relatifs aux investissements qu'ils estimaient être de la compétence exclusive de chaque Etat. Beaucoup de pays d'Amérique du Sud ont ensuite introduit dans leur constitution ou dans une loi nationale une disposition interdisant aux Etats étrangers de recourir à la protection diplomatique pour leurs nationaux³². Malgré le

²⁶ Accord en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse (RS 0.192.122.50).

²⁷ Conventions du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

²⁸ Carlos CALVO est né à Buenos Aires en 1824 et est décédé en 1906. Diplomate de profession, il a été l'auteur de nombreux ouvrages de droit international public.

²⁹ Jean-Pierre LAVIEC, Protection et promotion des investissements, Paris/Genève 1985, pp. 89 et ss.

³⁰ Donald R. SHEA, The Calvo Clause, Minneapolis 1955, p. 12.

³¹ (Traduction:) "une arme des puissants pour opprimer les faibles".

³² Par exemple article 18 de la Constitution bolivienne (traduction): "Les sujets et entreprises étrangers sont, pour ce qui est de la propriété, placés sur le même pied que les Boliviens. Ils ne peuvent en aucun cas se prévaloir d'une situation exceptionnelle ou utiliser la voie diplomatique, sauf s'il y a eu déni de justice."

succès de la doctrine Calvo en Amérique du Sud, celle-ci n'a pas eu l'écho international escompté et n'a pas été érigée en principe du droit international. En revanche, une clause, dite "clause Calvo", a fréquemment été insérée dans les contrats de concession conclus entre un Etat sud-américain et un particulier européen. Elle interdisait aux concessionnaires étrangers de demander la protection diplomatique de leur Etat d'origine et stipulait d'avance l'irrecevabilité de toutes réclamations internationales. L'investisseur étranger acceptait ainsi de n'utiliser que les voies de recours de l'Etat d'accueil.

En Suisse, la doctrine s'est particulièrement fait ressentir lors de conclusions d'accords bilatéraux en matière de protection des investissements. Des difficultés ont surgi au niveau du règlement des différends.

3. Validité de la "clause Calvo"

La majorité des juristes et des gouvernements n'ont pas reconnu la validité de la "clause Calvo". Il existe pourtant quelques arbitrages internationaux qui ont admis la licéité de ladite clause. Il en alla ainsi de certaines décisions de la Commission générale d'arbitrage instituée en 1923 entre les Etats-Unis et le Mexique, notamment dans l'affaire *North American Dredging Co. of Texas*³³. Dans cette affaire, la société américaine North American Dredging Co. of Texas avait conclu avec le Mexique un contrat contenant une "clause Calvo". Suite à une violation du contrat par le Mexique, les Etats-Unis ont réclamé à ce dernier des dommages-intérêts devant la Commission générale d'arbitrage. La Commission a reconnu la validité de la clause et a admis que les autorités mexicaines pouvaient invoquer la clause en question³⁴.

Dès 1926, les juges et arbitres internationaux se sont ralliés à la thèse de l'illicéité de la "clause Calvo". Si un particulier signe un contrat contenant une "clause Calvo", celle-ci est inopposable à l'Etat dont il est national. En effet, en accordant la protection diplomatique, l'Etat exerce un droit qui lui est propre. Il s'ensuit qu'un particulier ne peut renoncer à une telle protection. La "clause Calvo" est, par conséquent, dépourvue de toute validité juridique. Tout au plus peut-elle servir à confirmer, à l'égard de celui qui l'accepte, le principe de l'épuisement des voies de recours internes³⁵.

4. Développements récents

Au début des années 90, un changement s'est produit. En effet, les Etats latino-américains ont commencé peu à peu à se rendre compte des lacunes de la doctrine Calvo et à craindre que les investissements étrangers soient attirés vers d'autres parties du monde. En outre, l'article 27 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats³⁶ qualifié de "clause Calvo conventionnelle", prévoit que l'Etat national de l'investisseur renonce, en cas d'arbitrage entre cet investisseur (et) l'Etat hôte de l'investissement, à l'exercice de son droit de protection diplomatique et à formuler une revendication internationale à l'encontre de l'Etat partie au différend³⁷. Grâce à ce mécanisme, les pays d'Amérique latine ont été d'accord de signer des accords bilatéraux. A titre exemplatif, nous pouvons citer les conventions bilatérales que la Suisse a conclues avec la plupart des Etats d'Amérique du Sud³⁸. Ces accords établissent une procédure de règlement des différends qui n'exclut pas d'emblée l'irrecevabilité de toutes réclamations internationales. Pour l'essentiel, les accords prévoient qu'un différend doit d'abord faire l'objet de consultations entre les parties concernées. Si une solution à l'amiable n'est pas trouvée, le différend est ensuite soumis soit directement à un arbitrage international³⁹, soit à la juridiction nationale qui dispose d'un certain délai pour rendre un jugement de dernière instance⁴⁰. Si aucun jugement n'est rendu dans ce délai, le différend est soumis à un tribunal d'arbitrage *ad hoc* pour les Etats Parties à la convention de Washington au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

5. Conclusions

La doctrine *n'est actuellement plus appliquée*, les pays d'Amérique latine ne s'opposant plus à l'arbitrage international et à la conclusion d'accords bilatéraux en matière de protection des investissements.

Etude élaborée le 1^{er} avril 2003 par la DDIP. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n^{os} 7.3 à 7.6)

5.1 Compétence territoriale et extraterritoriale de l'Etat: ressortissants serbo-monténégrins originaires du Kosovo victimes de crimes à l'étranger

Le présent avis de la DDIP porte sur la légalité des mandats d'arrêt internationaux émis par la Serbie-Monténégro sous l'angle de la Résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui charge

³³ North American Dredging Co. v. United States of Mexico, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, pp. 26 et ss (1926).

³⁴ Jörg Paul MÜLLER/Luzius WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Berne 2001, p. 565.

³⁵ Nguyen QUOC DINH/Patrick DAILLIER/Alain PELLET, Droit international public, Paris 1999, p. 778.

³⁶ Ci-après: convention de Washington, RS 0.975.2, entrée en vigueur pour la Suisse le 14 juin 1968.

³⁷ Article 27 de la convention de Washington: "Aucun Etat n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend."

³⁸ A ce propos, consulter la liste du SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie du Département fédéral de l'économie publique) relative aux accords concernant la promotion et la protection des investissements conclus à ce jour par la Suisse.

³⁹ Voir par exemple l'article 9, paragraphe 2, de l'Accord du 12 avril 1991 entre la Suisse et El Salvador concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (RS 0.975.232.3).

⁴⁰ Cf. par exemple l'article 9, paragraphe 2, de l'Accord du 12 avril 1991 entre la Suisse et l'Argentine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (RS 0.975.215.4).

la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) de l'administration de ce territoire, y compris l'administration de la justice.

...

En principe, une loi s'applique uniquement sur le territoire de l'Etat qui l'a adoptée. Pour qu'une loi puisse légalement déployer des effets juridiques sur des personnes résidant dans un autre Etat ou sur des faits s'étant déroulés sur le territoire d'un autre Etat (effets extraterritoriaux), le droit international exige qu'un lien de rattachement suffisant existe entre ces faits ou entre ces personnes et l'Etat qui a adopté la loi.

En droit pénal, il est tout à fait courant qu'un Etat exerce sa compétence judiciaire sur des faits qui se sont produits à l'étranger lorsque l'auteur ou la victime possède la nationalité de cet Etat. Par exemple, les articles 5, 6 et 6bis du Code pénal suisse⁴¹ prévoient que le code pénal est applicable à tout Suisse qui aura commis un crime ou un délit à l'étranger et à quiconque aura commis à l'étranger un crime ou un délit contre un Suisse. Ces dispositions respectent le droit international puisqu'elles déploient des effets extraterritoriaux sur des situations ou des personnes qui ont un lien de rattachement suffisant avec la Suisse (soit la victime, soit l'auteur de l'infraction est de nationalité suisse). Au regard de ces règles du droit international, la Serbie-Monténégro est libre de poursuivre pénalement des personnes qui, selon elle, se seraient rendues coupables de crimes contre ses nationaux, quel que soit le lieu où ces crimes se seraient déroulés.

Il n'est pas contestable que la Résolution 1244 confère à la MINUK la responsabilité de l'administration du territoire du Kosovo, responsabilité qui inclut l'administration de la justice. Cependant, cette résolution n'interdit en rien aux Etats, à l'instar de la Serbie-Monténégro, de poursuivre, conformément au principe du droit international mentionné plus haut, les auteurs de crimes perpétrés contre leurs ressortissants en dehors du territoire national. D'un point de vue strictement juridique, les mandats d'arrêt internationaux émis par la Serbie-Monténégro ne violent donc, ni la résolution 1244, ni les règles du droit international relatives à l'extraterritorialité des lois.

...

Avis de la DDIP du 18 novembre 2003. Document inédit.

5.2 Accomplissement d'actes officiels sur le territoire d'un Etat étranger. Attributions des postes consulaires

Au cours de l'année 2003, le Procureur fédéral, accompagné de deux inspecteurs de la Police judiciaire fédérale, s'était rendu à São Paulo (Brésil) pour entendre des témoins dans les locaux du Consulat général de Suisse. Voici la réaction du Directeur politique du DFAE à cette démarche:

...

L'interrogation de témoins constitue un acte de souveraineté qui ne peut être entrepris sur un territoire étranger que lors de circonstances exceptionnelles et après avoir dûment obtenu le consentement exprès de l'Etat accréditaire. En effet, vous n'ignorez pas que la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, que le Brésil et la Suisse ont ratifiée, ne permet un acte de ce genre qu'à des conditions restrictives (article 41, paragraphe 3)⁴².

...

Communication adressée le 10 juin 2003 par le Directeur politique du DFAE au Ministère public de la Confédération. Document inédit.

5.3 Compétence de policiers étrangers lors du rapatriement d'anciens requérants d'asile ou de personnes entrées illégalement dans le pays

L'Office fédéral des réfugiés avait demandé conseil à la DDIP à propos de la possibilité de faire accompagner par des fonctionnaires de police étrangers les requérants d'asile refusés ou les individus entrés illégalement en Suisse. L'avis de la Direction est partiellement reproduit ci-après.

(Traduction:)

...

L'évolution du droit international

Divers problèmes se rapportant au rapatriement par la voie aérienne et en compagnie de policiers étrangers ne sont pas encore réglés clairement par le droit des gens. De nombreuses questions qui surgissent à propos des mesures de contrainte prises par les policiers ne sont mentionnées ni par la Convention de Tokyo⁴³ ni par les règles générales du droit de la navigation aérienne⁴⁴. Vu les nombreuses incertitudes juridiques qui subsistent, notre prise de position aura

⁴¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

⁴² Voir la note 20. La disposition en question a la teneur suivante: "Les locaux de la mission ne seront pas utilisés d'une manière incompatible avec les fonctions de la mission telles qu'elles sont énoncées dans la présente Convention, ou dans d'autres règles du droit international, ou dans les accords particuliers en vigueur entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire."

⁴³ Convention de Tokyo, du 14 septembre 1963, sur les actes punissables et certains autres actes commis à bord d'aéronefs (RS 0.748.710.1).

⁴⁴ Voir aussi (un avis de droit élaboré par) le professeur HAILBRONNER.

un caractère général; quand il s'agira de régler de façon concrète ces questions, en coopération avec les Etats concernés, les différents aspects de celles-ci devront être étudiés à nouveau et de manière approfondie.

La nécessité d'établir des règles

En principe, il est possible de faire chercher en Suisse les personnes à rapatrier par des policiers étrangers. Cette pratique existe déjà, comme le montre la coopération avec la police serbe et, dans quelques instances, avec celle du Pérou. Etant donné, toutefois, que de telles opérations comportent des aspects délicats - la possibilité que des actes officiels soient accomplis en territoire étranger, par exemple -, il est indispensable de régler clairement et de façon contraignante la collaboration avec les Etats intéressés. Les tâches et compétences des policiers dans les différentes étapes du rapatriement (zone aéroportuaire/embarquement dans l'avion au sol/avion qui se déplace à l'intérieur de l'espace aérien suisse/avion en vol jusqu'à l'arrivée) et dans ses différentes modalités (avion de ligne ou affrété/aéronef d'Etat ou civil/aéronef enregistré en Suisse ou à l'étranger/passages en transit éventuels) doivent être déterminées avec précision. Cela peut se faire dans un accord de rapatriement ou par un échange de notes; mais les questions qui en surgissent devraient être réglées une fois pour toutes et non de cas en cas.

Actes officiels accomplis en territoire suisse

En droit international, les organes étatiques ne peuvent procéder, en principe, à des actes officiels que sur le territoire de l'Etat dont ils relèvent; aucun Etat n'est tenu de tolérer, sur son territoire, des actes officiels d'autorités étrangères. Sera qualifié d'acte officiel d'un fonctionnaire de police accompagnant un individu à rapatrier toute activité qui, eu égard à sa nature, ne peut être exercée que par une personne autorisée à accomplir des actes de puissance publique. L'exemple le plus frappant est celui des mesures de contrainte.

Nous partons de l'idée que les fonctionnaires de police étrangers ... n'exerceront leurs fonctions d'escorte ni dans la zone de transit ni dans d'autres parties des aéroports suisses. S'ils sont présents dans ces zones, il leur est interdit de procéder à des actes officiels.

D'après le droit international, un avion civil au sol est assujéti à l'ordre juridique du lieu d'atterrissage. La souveraineté territoriale suisse persistera lors du départ et en cours de vol, aussi longtemps que l'aéronef n'aura pas quitté l'espace aérien suisse.

Situation juridique en cours de vol à l'extérieur de l'espace aérien suisse

La compétence de la Suisse prend fin dès que l'aéronef étranger quitte l'espace aérien suisse⁴⁵. Les personnes accompagnantes doivent alors se conformer aux ordres du commandant de l'aéronef, qui peut prendre des mesures de contrainte pour garantir la sécurité, la discipline et le bon ordre à bord (article 6, paragraphe premier, de la convention de Tokyo); il ne s'agit pas, ici, d'une clause générale de police, mais d'une compétence limitée en vue d'assurer la sécurité du vol. Des actes officiels non autorisés accomplis par des fonctionnaires de police violeraient d'abord la souveraineté de l'Etat d'enregistrement de l'aéronef, puis également, dans certaines conditions, la souveraineté d'un autre Etat dans le territoire duquel l'avion peut se trouver.

...

Conclusion

Si l'on parvient à la conclusion que le rapatriement en coopération avec des policiers étrangers améliorerait la collaboration avec des pays d'origine et qu'une telle solution améliorerait également la sécurité des opérations de ce genre, les conditions de cette collaboration doivent être clairement déterminées. ...

...

Communication adressée le 27 août 2003 par la DDIP à l'Office fédéral des réfugiés du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 5.2 et 8.1)

7.1 Immunité des chefs d'Etat étrangers et d'autres personnalités de haut rang. Eléments constitutifs du droit international coutumier

Le texte qui suit, rédigé par la DDIP, résume la pratique relative à l'immunité pénale et civile des hautes personnalités étrangères.

1. Immunité des chefs d'Etat

L'immunité des chefs d'Etat est régie par le droit international coutumier. Elle est fondée juridiquement sur l'assimilation du chef de l'Etat au pays qu'il représente et est respectée dans les relations entre Etats. Les chefs d'Etat qui séjournent

⁴⁵ En revanche, le professeur HAILBRONNER part de l'idée que, s'agissant de rapatriements depuis la Suisse par la voie aérienne, même avec des aéronefs étrangers, les règles internes suisses en matière de police continuent à s'appliquer si des policiers suisses accompagnent le vol.

à l'étranger bénéficient d'une immunité de juridiction pénale complète et absolue⁴⁶, c'est-à-dire tant pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions que pour les actes privés. Il est évidemment peu probable qu'une telle personne se rende coupable de crimes ou de délits. Toutefois, si cela devait se produire, non seulement elle ne saurait être arrêtée puisque cela violerait son inviolabilité⁴⁷, mais encore elle ne pourrait pas faire l'objet d'une assignation devant un tribunal pénal⁴⁸. Les chefs d'Etat étrangers jouissent également d'une immunité totale de juridiction de simple police et ils ne sauraient se voir infliger une amende, y compris pour violation des règles de la circulation. Ces règles connaissent néanmoins une exception: les Statuts des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)⁴⁹ et le Rwanda (TPIR)⁵⁰ prévoient en effet que la qualité officielle d'un accusé, par exemple comme chef d'Etat, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale (article 7, alinéa 2, Statut TPIY et article 6, alinéa 2, Statut TPIR)⁵¹. Par exemple, le TPIY a utilisé cette possibilité en adoptant un acte d'accusation incriminant M. Milosevic, alors qu'il était encore Président de la République fédérale de Yougoslavie.

L'immunité de juridiction civile des chefs d'Etat ne fait pas la même unanimité que l'immunité de juridiction pénale. Alors que certains auteurs estiment que les chefs d'Etat bénéficient de l'immunité de juridiction civile tant pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions que pour les actes privés, d'autres auteurs sont d'avis que si l'immunité doit être accordée pour les actes officiels, il n'en va pas de même pour les actes privés⁵².

2. Immunité des personnalités de haut rang

2.1 Introduction

La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961⁵³ prévoit en son article 31, paragraphe premier, que l'agent diplomatique jouit d'une immunité de juridiction pénale complète dans l'Etat accréditaire. Cette règle applicable aux agents de missions diplomatiques permanentes a été confirmée dans la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales⁵⁴ pour les représentants d'Etats d'envoi en missions spéciales. Cette convention de New York comporte aussi des règles sur la situation particulière des personnalités de haut rang, telles que les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Elle précise que ces personnes, quand elles prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international (cf. article 21, paragraphe 2). En d'autres termes, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres personnalités de haut rang peuvent également prétendre aux immunités consacrées par le droit international coutumier et qui n'ont pas été codifiées dans les textes internationaux mentionnés ci-dessus.

2.2 Immunité des personnalités de haut rang en missions spéciales

Il découle de ce qui précède que les premiers ministres et autres membres de gouvernement bénéficient, lorsqu'ils participent à une mission officielle à l'étranger, de l'inviolabilité de leur personne et de l'immunité de juridiction pénale totale dans l'Etat de réception de la mission comme dans les Etats de transit⁵⁵. Cette protection inclut l'inviolabilité de leurs biens et de leur correspondance officielle⁵⁶.

2.3 Immunité des personnalités de haut rang pour les actes officiels accomplis en dehors de missions spéciales

Le droit international public ne définit pas avec précision la situation des personnalités de haut rang qui ne se trouvent pas en mission spéciale et qui ne sont pas non plus en visite privée. La pratique des Etats permet néanmoins d'observer divers cas d'application de l'immunité de ces personnalités. Cette pratique repose sur le principe que l'immunité dont bénéficient les Etats pour leurs actes officiels (*acta jure imperii*) et celle dont bénéficient les diplomates s'étend également, *mutatis mutandis*, à l'immunité personnelle des représentants des Etats. Ainsi, les personnalités de haut rang doivent aussi jouir de l'immunité de juridiction pour les actes officiels accomplis en rapport direct avec l'exercice de leurs fonctions de représentants de l'Etat⁵⁷. Cependant, alors que l'immunité accordée aux chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, la nature de cette pratique en faveur des hautes personnalités est contestée: pour certains il s'agit d'une obligation du droit international, pour d'autres de l'observation d'une courtoisie entre Etats⁵⁸.

2.4 Immunité des personnalités de haut rang lors de visites privées

S'agissant des séjours à l'étranger effectués par des personnalités de haut rang à titre privé, la situation de ces dernières doit être clairement distinguée de celle des chefs d'Etat qui bénéficient d'une protection complète consacrée

⁴⁶ ATF 115 Ib 496 (, Pratique suisse 1990, n° 7.1, RSDIE, 1^{re} année, 1991, p. 533); Revue suisse de droit international (, Pratique suisse 1983, n° 7.4, ASDI, vol. XL,) 1984, p. 183; Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Berne 1998, pp. 90 et ss; Arthur WATTS, Heads of States, Heads of Governments, Foreign Ministers, Académie de droit international (de La Haye), Recueil des cours, t. 247, 1994-III, ..., p. 97.

⁴⁷ L'inviolabilité des chefs d'Etat est sans doute le privilège le moins discuté. La doctrine reconnaît que le chef d'Etat en visite à l'étranger ne saurait faire l'objet d'aucune arrestation ou mesure de contrainte. Cette inviolabilité s'étend à sa résidence, à ses biens, à ses bagages et à sa correspondance.

⁴⁸ Philippe CAHIER, Le droit diplomatique contemporain, Genève 1962, pp. 338 et s.

⁴⁹ www.icty.org

⁵⁰ www.icty.org

⁵¹ Il en va de même du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1; cf. article 27).

⁵² WATTS (note 46), pp. 54 et ss.

⁵³ RS 0.191.01.

⁵⁴ RS 0.191.2.

⁵⁵ Article 42 de la convention sur les missions spéciales (note précédente).

⁵⁶ Articles 28 et s. et 31 de la convention sur les missions spéciales (note 54); WATTS (note 46), pp. 105 et ss.

⁵⁷ WATTS (note 46), pp. 107 et ss.

⁵⁸ Une règle de droit coutumier international n'a pas été établie pour les personnalités de haut rang car l'élément de l'*opinio juris vel necessitatis* fait en l'occurrence défaut.

par le droit international public. En effet, les personnalités de haut rang ne jouissent en principe d'aucune immunité établie par le droit international public lors de telles visites.

3. Violation de droits imprescriptibles

... Se pose encore la question de savoir si l'institution juridique de l'immunité peut être invoquée face à une dénonciation pour violation de droits imprescriptibles, tels que l'interdiction de la torture. Etant données les incertitudes du droit international public actuel et compte tenu du fait que ces questions devraient être tranchées par les tribunaux, il n'est guère possible au Gouvernement suisse de donner une réponse certaine. A cet égard, il importe de suivre non seulement le développement dans le domaine de la juridiction pénale internationale, mais aussi les implications de la jurisprudence *Pinochet*⁵⁹ sur l'activité des tribunaux dans ce domaine.

En tout état de cause, il appartient aux organes juridictionnels compétents (lesquels, en appliquant le droit suisse, doivent également tenir compte du droit international conventionnel et coutumier) de trancher ces questions.

Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001. JAAC 2003, fasc. 67/I, n° 35, p. 269.

7.2 Immunité des chefs d'Etat étrangers

Les passages qui suivent sont extraits d'une communication de la DDIP à l'Office fédéral de la justice. Cette communication avait trait aux comptes en banque suisses du Président (C.) de l'Etat Q.

(Traduction:)

L'immunité des chefs d'Etat en exercice est un principe solidement ancré dans le droit international coutumier et, en tant que tel, fait partie de l'ordre juridique suisse; elle vaut également pour les procédures d'entraide judiciaire (cf. Tribunal fédéral, affaire *Marcos*, ATF 115 Ib 496)⁶⁰. Immunité ne signifie pas impunité, mais protection d'un magistrat aussi longtemps que celui-ci exerce ses fonctions. Ainsi défini, le champ d'application de l'immunité est large: il englobe l'immunité par rapport aux interventions pénales et civiles à l'endroit de la personne et des biens du magistrat. Dans son arrêt du 14 février 2002 en l'affaire *Yerodiyi*, qui avait pour objet un mandat d'arrêt lancé contre le Ministre des affaires étrangères du Congo, la Cour internationale de Justice eut ceci à dire: "(l)es fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions."⁶¹

Ce qui vaut pour un ministre des affaires étrangères est valable *a fortiori* pour un chef d'Etat. En principe, l'immunité s'étend aux activités officielles autant que privées; elle couvre également les actes des magistrats accomplis *avant* leur prise de fonction. Et la Cour de conclure: "A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui l'auraient été à titre "privé"; pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il occupait les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ses fonctions."⁶²

L'application de ces règles au cas d'espèce conduit à admettre qu'en principe le Président C. jouit d'une immunité résultant du droit des gens, cette immunité s'étendant aux situations et aux inculpations pénales antérieures à la prise de fonction. On ne saurait ainsi disposer d'informations (au sujet des comptes) sans son accord, d'autant plus qu'elles sont couvertes par le secret bancaire.

De la jurisprudence du Tribunal fédéral en l'affaire *Kazakhstan* (voir arrêt du 25 juin 2001⁶³, il résulte toutefois qu'il faut distinguer, dans certaines circonstances, entre les biens ou comptes appartenant nommément au magistrat, et les biens ou comptes sur lesquels il n'a qu'un droit de disposition économique. Il est vrai que l'affaire se rapportait à l'immunité d'un Etat à qui l'immunité a été refusée dans le domaine des activités *jure gestionis*. Mais, par voie d'analogie, l'immunité du magistrat doit également trouver des limites là où il ne dispose que d'un droit de type économique. S'il se décide pour une participation indirecte à un patrimoine, il choisit, dans la limite de cette participation, de renoncer à l'immunité, pour le présent et pour l'avenir. En ce qui concerne des comptes appartenant nominalement à une autre personne, aucune protection n'est nécessaire, pour autant, en tout cas, que ses fonctions officielles ne s'en trouvent pas affectées. Cette restriction de la sphère juridique propre (du Président C.) se justifie également, dans le cas d'espèce, par le fait que C. n'est pas le prévenu dans la présente affaire et que les comptes ont été soldés. Si l'on allait en sens contraire, la coopération internationale en matière d'assistance judiciaire s'en trouverait trop réduite.

Nous sommes conscients de ce que, malgré une ordonnance allant dans un sens affirmatif, la transmission d'une partie des documents est devenue impossible. Mais la situation claire qui découle de la jurisprudence la plus récente de la CIJ, et qui reflète le droit international en vigueur, ne nous laisse guère le choix.

Communication faite le 10 décembre 2003 par la DDIP à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

7.3 La visite consulaire: pratique suisse. Application directe du droit international sur le plan suisse

⁵⁹ Chambre des Lords, arrêt du 24 mars 1999 en l'affaire *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet*, ILM, vol. 38, 1999, p. 581.

⁶⁰ *Pratique suisse 1990*, n° 7.1, RSDIE, 1^e année, 1991, p. 533.

⁶¹ Arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2002, p. 3, paragraphe 54.

⁶² *Ibid.*, paragraphe 55.

⁶³ *Pratique suisse 2001*, n° 3.1, RSDIE, 12^e année, 2002, p. 607.

Œuvre de la DDIP, le document qui suit répond à un questionnaire émanant de l'Ambassade des Etats-Unis à Berne. Ce dernier semble avoir été envoyé aux autorités suisses (et celles d'autres pays) dans le cadre de la préparation de l'argumentation américaine en l'affaire *Avensa et autres* (Mexique c. Etats-Unis), pendante devant la Cour internationale de Justice⁶⁴.

...

1. Généralités

Le principal instrument traitant de la problématique du droit de visite consulaire d'une personne détenue à l'étranger est la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires⁶⁵. L'article 5 de ce texte énonce les fonctions consulaires. Parmi celles-ci figurent celle de protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants (lettre a) et celle de prêter secours et assistance à ses ressortissants (lettre e). L'article 36, traitant plus spécifiquement des relations entre le poste consulaire et les ressortissants de son pays, stipule au paragraphe premier, lettre b, que:

"Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir *sans retard* le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise *sans retard* par lesdites autorités. Celles-ci doivent *sans retard* informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa."⁶⁶

Cette disposition fait peser deux obligations sur les autorités de l'Etat de résidence: 1) elles doivent informer sans retard le détenu qu'il a le droit de recevoir la visite d'un fonctionnaire consulaire; et, 2) à la demande expresse du détenu, elles doivent avertir également sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi.

Il résulte de cette réglementation que les autorités de l'Etat de résidence ne sont pas tenues de communiquer automatiquement aux postes consulaires les noms des ressortissants de l'Etat d'envoi, arrêtés, mis en détention préventive ou détenus sur le territoire de l'Etat de résidence. Elles sont en revanche obligées d'informer sans retard les détenus étrangers de leur droit de communiquer avec leur poste consulaire. Il s'ensuit que la visite consulaire est déclenchée par le détenu lui-même et il n'appartient pas à l'Etat d'envoi de la demander. Cette disposition a été voulue ainsi pour tenir compte du respect de la personnalité et de celui de la protection des données.

Les autorités suisses s'en tiennent strictement, en ce qui concerne le droit des fonctionnaires consulaires de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi, aux dispositions de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

Enfin, l'article 36, paragraphe 2, de ladite convention de Vienne prévoit que les droits conférés au paragraphe premier, dont notamment le droit de visite consulaire, doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés. Les dispositions de droit interne suisse pertinentes en la matière concernent le régime pénitentiaire. En vertu du système fédéral que connaît notre pays, la compétence en matière de procédure pénale incombe aux cantons (article 123, alinéa 3, Constitution fédérale); chacun d'eux dispose de son propre code de procédure pénale, de sorte que les modalités d'exercice des droits énoncés à l'article 36, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations consulaires peuvent être légèrement différentes d'un canton à l'autre. Il existe en outre une loi fédérale de procédure pénale qui ne régit que les procédures du ressort des autorités pénales fédérales⁶⁷.

2. Réponses à vos questions

A. La législation suisse relative à la "notification" consulaire et la visite consulaire est-elle applicable aussi bien aux autorités fédérales qu'aux autorités cantonales et communales chargées d'exécuter la notification et de permettre la visite consulaire?

Comme relevé ci-dessus, la source juridique principale réglant la question est constituée par l'article 36 de la convention de Vienne du 24 avril 1961 sur les relations consulaires. La Suisse étant un Etat moniste, ladite convention fait partie intégrante du droit suisse et, à ce titre, elle est appliquée aussi bien par les autorités fédérales, cantonales que communales.

Ainsi, l'obligation d'informer le détenu sans retard de son droit de visite et celle d'avertir, à la demande expresse du détenu, le poste consulaire de l'Etat d'envoi incombent à toute autorité compétente fédérale, cantonale ou communale, chargée de l'instruction ou de l'exécution de la peine. Le Département fédéral de justice et police a adressé, pour ce faire, aux départements cantonaux de justice et police une circulaire commentant les droits et obligations résultant de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

B. La législation suisse exige-t-elle que la "notification" consulaire soit effectuée dans un certain délai à compter de la détention de la personne? Si oui, dans quel délai doit-elle avoir lieu?

⁶⁴ Dans cette affaire, la Cour a rendu, le 31 mars 2004, un arrêt défavorable aux Etats-Unis. Voir *ILM*, vol. 43, 2004, p. 580.

⁶⁵ RS 0.191.02.

⁶⁶ Italiques de l'auteur de la communication.

⁶⁷ Loi du 15 juin 1934, modifiée à de multiples reprises (RS 312.0).

L'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires prévoit premièrement que les autorités de l'Etat de résidence doivent *sans retard* informer l'intéressé de son droit de communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son Etat et, deuxièmement, à la demande expresse de l'intéressé, que lesdites autorités doivent avertir *sans retard* le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, mis en détention préventive ou détenu. Dans les deux cas, la convention de Vienne ne précise pas ce qu'il faut entendre par "sans retard". La législation suisse ne prévoit aucun délai.

Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne, l'Etat de résidence remplit ces obligations dans le cadre de ses lois et règlements. Il est clair que cette restriction ne s'applique que dans la mesure où ces lois et règlements ne rendent pas impossible l'accomplissement des obligations en cause. Dans ces limites, l'expression "sans retard" est donc interprétée en se fondant sur les lois de procédure pénale et les règlements applicables de l'Etat de résidence.

Cela étant, à la lumière de la pratique et sur la base des travaux préparatoires de la Conférence de Vienne, l'expression "sans retard" doit plutôt être interprétée comme signifiant "*immédiatement*" lorsqu'il s'agit d'informer l'intéressé de son droit de demander que le poste consulaire soit averti. Dans la mesure où l'information de celui-ci dépend d'une demande librement faite par l'intéressé, la procédure ne peut être qualifiée de régulière que si l'intéressé est informé "immédiatement", à l'ouverture de la procédure, de son droit de décider librement s'il souhaite que le poste consulaire soit averti. En revanche, les autorités compétentes ont davantage de latitude pour interpréter les mots "sans retard" lorsqu'il s'agit d'avertir le consul. En effet, si les intérêts de l'instruction pénale l'exigent, l'arrestation d'une personne peut être tenue secrète pendant un certain laps de temps. *Selon la doctrine, un délai maximal d'un mois serait trop long et un délai de 48 heures trop court.*

C. Les dispositions légales applicables en Suisse empêchent-elles les autorités compétentes de procéder à l'interrogation de l'intéressé jusqu'à ce que ce dernier ait été informé de son droit de communiquer avec le poste consulaire?

Non. La procédure pénale, soit les actes d'instruction, y compris l'interrogatoire de la personne arrêtée, suit son cours indépendamment de l'information au poste consulaire, respectivement de la visite consulaire. Il n'y a pas d'interférence entre les devoirs de l'Etat d'informer et l'instruction pénale de l'affaire.

D. La législation suisse exige-t-elle des autorités compétentes qu'elles interrompent un interrogatoire si l'intéressé demande de s'entretenir avec son consulat ou demande que celui-ci soit informé?

Non. Comme indiqué sous C, l'instruction et l'information de l'intéressé sont deux procédures totalement indépendantes.

E. Les règles applicables en Suisse exigent-elles que la visite consulaire intervienne dans un certain délai après que l'intéressé en ait manifesté le souhait?

Non. Tout comme l'information au poste consulaire, le droit de visite, lui non plus, ne doit pas entrer en conflit avec la nécessité objective de mettre l'intéressé au secret pour les besoins de l'instruction pénale. En conséquence, l'octroi de la permission peut être différé au gré des circonstances. Il faut cependant permettre au consul de veiller à ce que le détenu puisse être représenté en justice, conformément à la lettre c, premier paragraphe, de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Une permission de visite ne saurait ainsi être différée, dans le cadre d'une instruction pénale, de façon à entraver ou rendre impossible une bonne représentation en justice. Selon la doctrine, la visite consulaire devrait, en règle générale, intervenir dans un délai inférieur à un mois.

F. La législation suisse empêche-t-elle les autorités compétentes de procéder à l'interrogatoire d'un individu qui avait sollicité que son consulat soit informé jusqu'à ce que ce dernier lui ait rendu visite?

Non (voir réponse donnée sous D); il s'agit de deux procédures indépendantes. En revanche, une réserve doit néanmoins être faite si la communication avec le consulat est le seul moyen de veiller à ce que l'intéressé soit représenté en justice. Dans la mesure où la procédure pénale fédérale ainsi que toutes les législations cantonales de procédure pénale prévoient que l'intéressé a le droit de se pourvoir d'un défenseur dès le premier interrogatoire, s'il demande à être assisté d'un avocat et qu'il souhaite l'aide de son consulat à cette fin, nous pourrions imaginer - pour autant que les besoins de l'enquête n'exigent pas une absence de communication - qu'une visite ait lieu soit avant un interrogatoire, soit que celui-ci soit interrompu pour permettre à l'intéressé de se faire assister d'un défenseur.

G. Les lois et règlements suisses empêchent-ils la prise en compte d'un aveu si l'aveu ou la déclaration de l'intéressé a été obtenu avant qu'il n'ait été informé de son droit de communiquer avec le poste consulaire ou avant la visite consulaire?

Non. Une fois de plus, la procédure pénale est indépendante de l'information au poste consulaire et de la visite consulaire. La seule réserve est la même que sous F, c'est-à-dire que si l'information au poste consulaire, respectivement la visite consulaire, est le seul moyen de garantir les droits de défense de l'intéressé, alors la communication doit être faite immédiatement.

H. Les lois et règlements suisses exigent-ils un nouveau procès ou une nouvelle audition de l'intéressé si l'information à son poste consulaire n'a pas été faite ou la visite consulaire a été refusée? Si oui, l'intéressé doit-il d'abord démontrer qu'il subit un dommage du fait de l'absence d'assistance consulaire avant que la réparation ne soit garantie?

Non. L'individu n'a pas de droit direct à invoquer sur la base de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Ainsi, un éventuel non-respect de cette disposition par les autorités de l'Etat de résidence ne peut pas

constituer au sens de la procédure pénale un motif d'annulation d'un procès ou d'une audience. L'unique conséquence du non-respect de l'article 36 peut être l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat qui n'aura pas de conséquence directe sur le procès de l'intéressé.

1. Les lois et règlements suisses empêchent-ils le défenseur de soulever un manquement de l'information consulaire dans la procédure d'appel si un tel grief n'a pas été soulevé durant la procédure, à moins que le défenseur ne puisse justifier cette absence et que l'information consulaire aurait modifié le cours de la présente affaire? Si oui, le défenseur pourrait-il soulever ce grief à un autre moment, par exemple dans une procédure de "clémence/pardon"?

Le droit suisse ne connaît pas de procédure dite de "clémence" ou de "pardon". Dans un ordre d'idée semblable, nous considérerons la question au regard d'une procédure de révision, voire de grâce.

Comme indiqué sous H, le manquement à l'information consulaire ou le refus de visite consulaire ne peut être directement invoqué par le particulier. Seul l'Etat dont est ressortissant l'intéressé peut se plaindre d'une violation des obligations pesant sur l'Etat de résidence aux termes de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

...

Communication de la DDIP adressée le 21 août 2003 à l'Ambassade des Etats-Unis à Berne. Document inédit.

7.4 Poursuites pénales contre le personnel diplomatique ou consulaire: théorie de l'exterritorialité de la représentation ou du poste et thèse de l'intérêt de la fonction

La note de la DDIP qui suit se rapporte au point de savoir si la Suisse peut poursuivre pénalement, sur son territoire, un membre, recruté localement, du personnel administratif et technique (AT) de l'Ambassade de Suisse à S. (cas n° 1), les poursuites en question étant fondées sur l'"exterritorialité de l'ambassade", c'est-à-dire la commission du délit sur territoire suisse. Elle porte également sur la possibilité de poursuivre un consul honoraire de Suisse ayant la nationalité suisse (cas n° 2).

...

1. Au XVIII^e siècle, les privilèges et immunités avaient leur fondement dans la *théorie de l'exterritorialité*, selon laquelle l'agent diplomatique était censé ne jamais avoir quitté son territoire national. De cette fiction, on est passé à la *théorie de l'exterritorialité* réelle en disant qu'une mission diplomatique devait être considérée comme une portion du territoire de l'Etat qu'elle représente.

Aujourd'hui, cette théorie de l'exterritorialité est totalement abandonnée au profit de la *thèse de l'intérêt de la fonction*.

Cette théorie moderne est consacrée dans le *préambule* de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁶⁸ qui pose le principe fondamental selon lequel le but des privilèges et immunités n'est pas d'avantager des individus, mais "d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des Etats". Ce principe a pour corollaire la règle posée à l'*article 41, paragraphe premier*, de ladite convention, selon laquelle toutes les personnes qui bénéficient de privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire.

2. Le droit pénal suisse ne permet pas de poursuivre une infraction devant les tribunaux suisses du simple fait qu'elle a été commise dans les locaux d'une représentation suisse à l'étranger, étant donné l'absence d'un lien juridique suffisant.

Pour établir une telle compétence, il faut qu'existent d'autres éléments, comme, par exemple, la compétence *ratione personae* évoquée à l'article 6 du Code pénal suisse⁶⁹ qui prévoit que le CPS est applicable à tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit Etant donné, dans le cas n° 1, que la personne est de nationalité étrangère, cette disposition n'entre pas en ligne de compte. En outre, l'article 4 CPS n'est pas davantage applicable compte tenu du fait que l'infraction perpétrée n'est pas considérée comme un crime commis contre l'Etat.

Dans le cas n° 2, pour lequel nous ne disposons pas d'informations, l'article 6 CPS pourrait éventuellement s'appliquer dans les conditions qui suivent: "*Le présent code est applicable à tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit pouvant d'après le droit suisse donner lieu à extradition, si l'acte est réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération à raison de son infraction. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé.*"

3. Dans le cas n° 1, il appartient aux autorités de S., conformément au droit de S., d'introduire une action judiciaire contre l'employée locale AT de l'Ambassade de Suisse (dans la capitale de S.). Conformément à l'article 38, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'employée locale ne bénéficie en principe pas de privilèges et immunités.

Dans le cas n° 2, l'action judiciaire introduite en Suisse devrait être notifiée au Consul honoraire par le biais des autorités compétentes dans son pays de résidence. Nous devrions bien entendu avertir ces autorités que le DFAE a levé son immunité de juridiction pour que l'action judiciaire puisse se poursuivre.

⁶⁸ Convention du 18 avril 1961 (voir la note 20).

⁶⁹ Voir la note 41.

Note adressée par la DDIP au Secrétaire général du DFAE le 24 juin 2003. Document inédit.

7.5 Compétence territoriale de l'Etat: les autorités de l'Etat d'envoi peuvent-elles enquêter au domicile d'un de ses anciens agents consulaires résidant à l'étranger? Entraide judiciaire internationale

L'avis de droit de la DDIP qui suit était adressé au Ministère public fédéral. Il examine le point de savoir si la fouille de l'appartement d'un ancien vice-consul suisse dans l'Etat T. par les autorités suisses, sans l'autorisation de cet Etat, serait compatible avec la souveraineté territoriale de ce dernier. La DDIP répond par la négative.

...

(Traduction:)

Le principe de la souveraineté territoriale en droit international public signifie qu'en règle générale chaque Etat a la compétence exclusive de procéder, sur son territoire, à des actes relevant de la puissance publique (cf. I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford 1990, p. 307; A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Vienne 1984, pp. 1019 et s.; Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, 5^e éd., Paris 1994, pp. 449 et ss). Si les organes d'un autre Etat accomplissent de tels actes sans emprunter la voie de l'entraide judiciaire et sans l'accord de l'Etat concerné, ils enfreignent la souveraineté de celui-ci. Les enquêtes policières sont indiscutablement parmi les activités réservées à l'Etat territorial.

En principe, le domicile d'un fonctionnaire consulaire est lui aussi assujéti à la souveraineté exclusive de l'Etat hôte, à moins de dérogations résultant des règles particulières de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 (RS 0.191.02). D'après cette convention, les fonctionnaires consulaires jouissent de certains privilèges et immunités en matière d'actes d'exécution de la part de l'Etat de résidence (voir les articles 40 à 43). Mais aucune de ces règles n'a pour effet de limiter le droit de cet Etat au respect de ses lois et de sa souveraineté en ce qui concerne des personnes et des locaux se trouvant sur son territoire. C'est ce qui résulte notamment du principe, aujourd'hui incontesté, qui veut que les locaux de chancellerie, les résidences et les appartements de service n'aient pas de caractère "extraterritorial" et que la protection qui leur est accordée ait pour seul but de garantir l'exercice des fonctions spécifiques qui s'attachent aux représentations diplomatiques et consulaires (voir BROWNIE, *op. cit.*, p. 348).

Ne fait pas partie des compétences écrites ou non écrites de l'Etat d'envoi, admises par la pratique internationale, la conduite, sur sa propre initiative, d'enquêtes policières dans les locaux occupés par ses fonctionnaires consulaires, exception faite d'éventuelles visites du personnel d'inspection, autorisées par les intéressés. De telles fouilles policières violent la souveraineté de l'Etat de résidence, sauf si elles ont lieu dans le cadre de l'entraide judiciaire ou avec l'assentiment préalable de cet Etat.

...

Avis de droit de la DDIP, du 20 octobre 2003, destiné au Ministère public fédéral. Document inédit.

7.6 Compétences territoriale et personnelle de l'Etat: les autorités de l'Etat d'envoi peuvent-elles enquêter à l'intérieur d'une représentation diplomatique de cet Etat? Eléments constitutifs du droit international coutumier

La Suisse peut-elle procéder à des enquêtes sur le terrain d'une de ses missions diplomatiques à l'étranger? Il est évident que les autorités de l'Etat accréditaire ne sauraient le faire, vu l'immunité qui protège la mission. Faut-il en déduire, pour éviter un conflit négatif de compétence, que les autorités de l'Etat accréditant y sont habilitées? La DDIP pense que non.

(Traduction:)

...

L'Etat d'envoi dispose incontestablement de la compétence *personnelle* nécessaire à la poursuite de ses nationaux et de ses agents. Celle-ci doit toutefois être distinguée de la compétence territoriale de procéder à des actes de puissance publique (Quoc Dinh NGUYEN, *Droit international public*, 5^e éd., Paris 1994, pp. 481 et s.): "L'Etat d'origine ne dispose pas, en territoire étranger, du pouvoir d'en imposer le respect. Il doit compter sur la collaboration des organes administratifs et juridictionnels de l'Etat où se trouvent les ressortissants expatriés pour contraindre ces derniers à l'obéissance." Dominique CARREAU (*Droit international*, 4^e éd., Paris 1994, p. 342) s'exprime plus clairement encore: "La compétence territoriale d'un Etat va limiter l'exercice par un pays tiers de sa compétence personnelle, voir la paralyser."

Cette réserve juridique générale en faveur de la souveraineté territoriale souffre toutefois une entorse dans le domaine du droit diplomatique et consulaire: la souveraineté territoriale est *restreinte* s'agissant des locaux des représentations diplomatiques et des postes consulaires ainsi que des résidences du personnel diplomatique (article 30 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques - il n'y a pas de règle correspondante dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁷⁰; cf. également CARREAU, *op. cit.*, p. 341).

⁷⁰ Conventions des 18 avril 1961 et 24 avril 1963 (voir les notes 20 et 65).

Le droit des relations diplomatiques et consulaires codifié par les deux conventions de Vienne ne renferme toutefois aucune règle qui permette de compléter la compétence territoriale, limitée, de l'Etat hôte par une compétence de l'Etat d'envoi. Pour qu'une telle règle puisse s'établir dans le contexte des relations internationales, sans avoir été explicitement formulée, elle devrait avoir pris naissance conformément au processus de création des règles coutumières, ce qui nécessiterait une pratique émanant de nombreux Etats, accompagnée d'une *opinio juris sive necessitatis* conforme de la part de ces Etats. Il n'existe à notre connaissance ni pratique étatique, ni *opinio juris* habilitant l'Etat d'envoi à conduire des enquêtes policières dans les résidences de son personnel diplomatique ou consulaire. La règle du respect de la souveraineté de l'Etat hôte continue ainsi à prévaloir; et cette règle est violée si des enquêtes de ce genre sont entreprises sans le consentement de cet Etat.

Même si (*contrairement* à la DDIP) l'on acceptait l'idée ... qu'en l'absence de souveraineté territoriale de l'Etat hôte, celle de l'Etat d'envoi peut venir s'y substituer pour ce qui est des résidences du personnel diplomatique, afin d'éviter des conflits négatifs de compétence, elle ne saurait trouver application dans le cas d'espèce, car celui-ci porte sur un collaborateur consulaire. Contrairement à la convention sur les relations diplomatiques, celle relative aux relations consulaires ne comporte aucune disposition sur l'inviolabilité des résidences du personnel consulaire. De même l'inviolabilité personnelle de ces collaborateurs est moins étendue que celle des représentants diplomatiques (voir l'article 41 de la convention sur les relations consulaires). Autrement dit, les Etats ont limité leurs compétences pénales dans le domaine diplomatique davantage que dans le domaine consulaire. Cela montre aussi que, dans ce dernier, ils se sont réservés davantage de droits en matière de souveraineté et qu'ainsi ils interdiraient davantage encore des mesures d'enquête policières dans les résidences d'agents consulaires lorsque ces mesures n'auront pas été autorisées par l'Etat hôte.

...

Communication faite le 12 novembre 2003 par la DDIP au Ministère public fédéral. Document inédit.

7.7 Octroi du droit de vote et d'éligibilité, sur le plan cantonal, aux membres des représentations étrangères, aux fonctionnaires internationaux et aux membres de leurs familles

Le texte ci-après, élaboré par la DDIP, a pour origine l'article 142, alinéa premier, lettre b, de la nouvelle Constitution vaudoise du 14 avril 2003 (RS 131.231) et l'article 5 de la Loi vaudoise sur l'exercice des droits politiques, du 1^{er} mars 1885 (Recueil VD 1989, p. 168). Ces deux dispositions introduisent le droit de vote et d'éligibilité au niveau communal pour les étrangers domiciliés dans la commune qui résident en Suisse au bénéfice d'une autorisation depuis dix ans au moins et qui sont domiciliés dans le canton depuis trois ans au moins. Le type d'autorisation dont doit bénéficier l'étranger n'est pas indiqué. L'article 5 de la loi précise en revanche que celui qui revendique le droit nouvellement octroyé peut être tenu de collaborer à l'établissement des faits qui en justifient l'attribution.

...

A notre connaissance, aucun Etat n'accorde un droit de vote ou d'éligibilité, à quelque niveau que ce soit, aux membres des représentations étrangères, aux fonctionnaires internationaux de nationalité étrangère ou aux membres de leur famille mis au bénéfice d'une carte de légitimation. Il n'existe dès lors pas de précédent dont nous pourrions retirer un enseignement en la matière. A cet égard, il faut tenir compte du fait que le droit de vote et d'éligibilité comporte non seulement des droits, mais également des obligations à charge du bénéficiaire, élément important s'agissant de personnes jouissant de privilèges et immunités.

Parmi les titulaires de cartes de légitimation du DFAE, il y a lieu d'examiner la question de façon différenciée selon la catégorie de bénéficiaire dont il s'agit:

1. Les membres des représentations étrangères (missions diplomatiques, missions permanentes et postes consulaires)

En vertu de l'article 41, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961⁷¹, les personnes au bénéfice de privilèges et immunités ont le *devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires de l'Etat accréditaire*. Cette disposition concerne aussi bien les membres des missions diplomatiques à Berne que ceux des missions permanentes à Genève. Une disposition analogue figure à l'article 55, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963⁷², s'agissant des fonctionnaires consulaires de carrière et des autres membres du poste consulaire.

Par définition, le fait d'exercer un droit de vote, respectivement d'être éligible, a pour conséquence que la personne qui en fait usage doit se mêler des affaires intérieures de l'Etat. Il en découle que l'exercice d'un droit de vote et d'éligibilité par les membres des représentations étrangères (missions diplomatiques, missions permanentes et postes consulaires) au bénéfice de privilèges et immunités et titulaires d'une carte de légitimation du DFAE serait *contraire aux conventions de Vienne* précitées.

Il y a lieu de préciser que les membres des représentations étrangères sont appelés à exercer leurs fonctions en Suisse pour une durée limitée en moyenne à quatre ans, de sorte que peu de personnes de cette catégorie pourraient remplir les conditions fixées par la législation vaudoise pour obtenir un droit de vote et d'éligibilité.

⁷¹ Voir la note 20.

⁷² Voir la note 65.

Il est possible qu'un membre d'une représentation étrangère souhaite rester en Suisse après la fin de ses fonctions. Il doit dès lors à cet effet obtenir un titre de séjour du droit ordinaire (permis B) et cesse de bénéficier des privilèges et immunités. Il appartient, dans un tel cas, à la législation cantonale de décider si le nombre d'années passées sous carte de légitimation du DFAE peut être pris en compte pour la détermination de la durée de séjour en Suisse et dans le canton donnant accès au droit de vote et d'éligibilité. Le cas échéant, il appartiendra à la personne concernée de prouver la durée pendant laquelle elle était titulaire d'une carte de légitimation avant d'obtenir un titre de séjour du droit ordinaire.

2. Les fonctionnaires des organisations intergouvernementales

Les fonctionnaires internationaux sont souvent appelés à accomplir une grande partie, voire l'ensemble de leur carrière professionnelle en Suisse, de sorte que le nombre de personnes susceptibles de remplir les conditions posées par la législation vaudoise en matière de droit de vote et d'éligibilité des étrangers est beaucoup plus important.

Le statut juridique des organisations intergouvernementales et de leurs fonctionnaires est régi par les accords de siège conclus par le Conseil fédéral avec lesdites organisations. Ces accords de siège ne contiennent pas de disposition analogue à l'article 41, paragraphe premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

On ne peut ainsi pas conclure que l'octroi, respectivement l'exercice d'un droit de vote et d'éligibilité par les fonctionnaires internationaux constituerait a priori une violation du droit international public. Toutefois, les éléments suivants devraient être pris en compte et il appartient en dernier lieu aux instances compétentes vaudoises de déterminer les conclusions à en tirer:

- Toutes les organisations internationales doivent bénéficier d'une *totale indépendance* dans l'exercice des fonctions qui leur ont été attribuées par les Etats membres. Cette indépendance est garantie par les accords de siège. Il en découle notamment que les fonctionnaires internationaux ne sont pas soumis aux formalités d'enregistrement des étrangers et sont exempts de toute obligation relative au service national en Suisse. *Les fonctionnaires internationaux au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE qui rempliraient les conditions posées par la législation cantonale ne peuvent dès lors pas être inscrits au rôle des électeurs de façon automatique et obligatoire.* En tout état de cause, il ne pourrait s'agir que d'un droit exercé volontairement par chaque fonctionnaire international qui en ferait la demande expresse.

- Les fonctionnaires internationaux sont tenus, par les règlements internes à l'organisation, à un certain *devoir de réserve*. Ce devoir découle de la garantie d'indépendance de l'organisation, comme mentionné ci-dessus. En conséquence, si un droit de vote et d'éligibilité leur est consenti par le droit interne de l'Etat hôte, les fonctionnaires qui souhaiteraient faire usage de ce droit devraient au préalable *demander l'autorisation de l'organisation qui les emploie* afin que celle-ci puisse déterminer si l'exercice de ce droit est compatible avec les règlements internes applicables aux fonctionnaires. Une telle obligation devrait à notre sens figurer dans la législation vaudoise pertinente afin que les communes concernées puissent s'assurer de la légitimité de la personne concernée à exercer un tel droit⁷³.

- *Les fonctionnaires internationaux bénéficient, entre autres, de privilèges fiscaux* en vertu des accords de siège conclus avec les organisations internationales. Lors de l'exercice de leur droit de vote ou d'éligibilité, ils pourraient être amenés à se prononcer sur des questions qui ne les touchent pas directement, en particulier dans le domaine de la fiscalité. Dans une commune où la proportion de fonctionnaires internationaux est importante, un tel droit pourrait avoir une influence non négligeable.

- Les fonctionnaires internationaux titulaires de cartes de légitimation du DFAE ne sont *pas tenus de s'annoncer auprès du Contrôle de l'habitant*. Ils ne sont effectivement inscrits qu'auprès de la Mission permanente de la Suisse auprès de l'Office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève. Dès lors, *il pourrait s'avérer difficile pour les autorités communales de déterminer quelles sont les personnes qui font effectivement partie du corps électoral* au sens de la législation vaudoise. Les communes risquent ainsi de ne pas être en mesure de tenir un rôle des électeurs à jour comme les y oblige la législation applicable. Les fonctionnaires internationaux qui souhaiteraient faire valoir leur droit de vote et d'éligibilité seraient obligés de s'inscrire auprès de la commune à cet effet. Or, comme déjà mentionné, les accords de siège prévoient que les fonctionnaires internationaux sont libérés de toutes obligations de ce type.

- *Parmi les fonctionnaires internationaux, deux grandes catégories se distinguent par la portée des privilèges et immunités* qui leur sont consentis, à savoir, d'une part, les hauts fonctionnaires et membres de la haute direction de l'organisation et, d'autre part, les "autres fonctionnaires".

- *Les hauts fonctionnaires et les membres de la haute direction des organisations internationales se voient accorder, en vertu des accords de siège, les mêmes privilèges et immunités que les agents diplomatiques.* Il s'ensuit que la convention de Vienne sur les relations diplomatiques leur est applicable par analogie, ce qui signifie que seules les dispositions pertinentes les concernent. Tel n'est pas le cas de l'article 41, paragraphe premier, de ladite convention.

Les hauts fonctionnaires et les membres de la haute direction des organisations internationales bénéficient de *l'immunité de juridiction et d'exécution absolue*. Ainsi, cette immunité s'applique non seulement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, mais également pour les actes accomplis à titre privé. Elle serait ainsi valable pour toutes leurs activités dans le cadre de l'usage de leur droit de vote ou en tant qu'élus à des fonctions communales. Dès

⁷³ Nous nous demandons par ailleurs si chaque étranger, qu'il soit au bénéfice d'un titre de séjour du droit ordinaire ou d'une carte de légitimation du DFAE, ne devrait pas vérifier auprès de l'Etat dont il est ressortissant si cet Etat accepte qu'il vote et soit éligible en Suisse. Il n'est en effet pas exclu que les législations nationales d'autres Etats retirent le droit de vote ou d'éligibilité à leurs ressortissants si ceux-ci acquièrent un droit de vote ou d'éligibilité dans un autre Etat.

lors, s'il devait s'avérer nécessaire de les poursuivre en justice pour des actes accomplis dans l'exercice de leur droit de vote ou d'éligibilité, il serait nécessaire de *demandeur à leur organisation la levée de leur immunité*.

Pour pallier cette difficulté, il serait possible d'envisager qu'un fonctionnaire international de cette catégorie ne puisse faire valoir son droit de vote et d'éligibilité au niveau communal que s'il remettait un document officiel de l'organisation par laquelle celle-ci renoncerait a priori à l'immunité de juridiction de son fonctionnaire pour tous les actes qu'il accomplira dans le cadre de l'exercice de son droit de vote et d'éligibilité. Il y a toutefois lieu de souligner que, au vu de la pratique actuelle des organisations internationales en matière de levée d'immunité, il est peu vraisemblable qu'elles acceptent d'établir un tel document en dehors de toute demande en justice effective.

L'immunité de juridiction et d'exécution pourrait également constituer un obstacle lorsqu'il y a lieu de demander au fonctionnaire international de "*collaborer à l'établissement des faits justifiant l'octroi*" de la qualité d'électeur, comme le prévoit le droit cantonal.

- Les "*autres fonctionnaires*" bénéficient, en vertu des accords de siège, de privilèges et immunités moins étendus. C'est ainsi qu'ils ne jouissent d'une immunité de juridiction et d'exécution que pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. A noter qu'un "autre fonctionnaire" auquel aurait été reconnue la qualité de membre du corps électoral de sa commune de domicile pourrait être promu au sein de l'organisation qui l'emploie. Une telle promotion pourrait avoir pour conséquence un changement de statut juridique. Il pourrait ainsi devenir un "haut fonctionnaire" au bénéfice de privilèges et immunités diplomatiques sans que la commune concernée n'en soit informée.

3. Les membres de famille des personnes susmentionnées

Les membres de famille, lorsqu'ils font ménage commun avec le titulaire principal (membre d'une représentation étrangère ou fonctionnaire international), sont mis au bénéfice des mêmes privilèges et immunités que le titulaire principal. Il en découle que les conclusions relatives aux possibilités de leur accorder un droit de vote et d'éligibilité sont les mêmes.

Il n'y a à cet égard aucune distinction selon que le membre de famille est au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE ou que celle-ci a été déposée afin qu'il puisse bénéficier d'un permis de travail spécial (permis Ci). En effet, les membres de famille qui exercent une activité professionnelle en Suisse au bénéfice d'un permis Ci continuent à jouir des privilèges et immunités, sauf en ce qui concerne leur activité professionnelle. Par ailleurs, le permis Ci est attaché à la fonction du titulaire principal. La personne qui en bénéficie ne développe pas de droits distincts et ne peut en particulier pas faire valoir un droit à rester en Suisse à la fin des fonctions du titulaire principal.

...

Communication adressée par la DDIP, le 9 octobre 2003, au Département des institutions et des relations extérieures de l'Etat de Vaud. Document inédit.

7.8 L'immunité diplomatique ou consulaire et ses limites: contrats de travail

Le passage ci-après reproduit provient d'un arrêt du TF qui porte notamment sur le point de savoir si un Etat étranger jouit, en Suisse, de l'immunité de juridiction à propos d'un contrat de travail conclu entre le Consulat général de cet Etat à Sion (Valais) et une ressortissante de ce même pays, contrat qui engage la personne en cause comme femme de ménage chargée de nettoyer les locaux consulaires.

3.2 En l'état actuel, la question de l'immunité de juridiction en matière de droit du travail entre la Suisse et l'Etat X. n'est réglée par aucun texte international. La Convention sur l'immunité⁷⁴ a été ratifiée par la Suisse, mais seulement signée par l'Etat X., de sorte que celle-ci n'est pas en vigueur dans cet Etat (I. PINGEL-LENUZZA, (*Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles 1997,) p. 253 note 2), ce que la requérante souligne du reste expressément. Il convient donc de se demander quelle portée doit être donnée à ce texte et aux projets d'accords invoqués, attendu qu'ils ne s'appliquent pas directement à la présente cause.

3.3 Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur cette question. Sa position a fluctué (*cf.* PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, pp. 253 et s.), mais elle a été précisée dans un arrêt de 1994 (ATF 120 II 400⁷⁵ sur lequel le tribunal du travail s'est du reste pertinemment fondé. Après avoir procédé à un examen approfondi de l'évolution des conceptions, auquel on peut se référer (*cf.* ATF 120 II 400, c. 3b et c, pp. 403 et ss), la Cour de céans est parvenu à la conclusion suivante: lorsque la convention sur l'immunité n'est pas applicable, la plus grande réserve s'impose pour de simples références fournies par ce traité; une telle réserve est d'autant plus de mise si la disposition à laquelle il est fait appel constitue une exception ponctuelle à une solution de principe, elle aussi ponctuelle, ce qui est le cas du paragraphe 2, lettre a, de l'article 5; les mêmes réserves doivent être formulées en ce qui concerne d'éventuelles références à des conventions qui seraient encore à l'état de projet (ATF II 400, c. 3d, p. 405).

N'en déplaie à la requérante, il convient donc, conformément à la jurisprudence précitée, de résoudre la question de la compétence des autorités suisses non pas en application de l'article 5 de la convention sur l'immunité, mais à la lumière des règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (ATF 124 III 382, c. 4a⁷⁶, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ne fait que refléter l'état actuel de l'évolution des conceptions dans le domaine considéré (ATF 120 II 400, c. 3d *in fine*). Il importe donc peu que dans la République X.,

⁷⁴ Il s'agit de la Convention de Bâle, du 16 mai 1972, sur l'immunité des Etats (RS 273.1).

⁷⁵ *Pratique suisse* 1994, n° 3.3, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 600.

⁷⁶ *Pratique suisse* 1998, n° 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654.

comme l'indique la requérante, les autorités judiciaires aient une approche stricte de l'immunité et, sauf cas exceptionnel, s'abstiennent toujours de juger un Etat étranger.

4.

4.1 De tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité (ATF 124 III 382, c. 4a; 120 II 408, c. 5a *in fine*; ATF 113 la 172, c. 2⁷⁷; ATF 110 II 255, c. 3a, pp. 259 et ss⁷⁸). Le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est pas considéré comme une règle absolue. Si l'Etat étranger a agi en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*), il peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction. Si, en revanche, il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*), l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse - *Binnenbeziehung* - (ATF 124 II 382, c. 4a; 120 II 400, c. 4b).

En matière de droit du travail, il est admis qu'un Etat agit *jure gestionis* s'il conclut un contrat avec un employé chargé d'exercer une activité subalterne dans l'une de ses missions à l'étranger, par exemple un chauffeur, un portier, un jardinier ou un cuisinier (ATF 120 II 400, c. 4b). Conformément aux principes précités, il faut encore, pour que la Suisse puisse connaître du litige, que le rapport de travail en cause ait certains liens avec le territoire suisse. Pour le déterminer, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances, par exemple le lieu de recrutement et de séjour de l'employé ou les liens qu'il entretient respectivement avec la Suisse et l'Etat qui l'emploie (*cf.* ATF 120 II 400, c. 4b, p. 407). Or, lorsque, comme en l'espèce, la convention sur l'immunité n'est pas applicable, l'exception tirée de la nationalité du travailleur ne saurait être accueillie dans toute sa rigueur et sans nuance. Le fait que le salarié demandeur soit ressortissant de l'Etat qui l'emploie ne constitue qu'un élément, parmi d'autres, qu'il convient de prendre en considération, non pour lui-même, mais dans le cadre de l'examen global de la situation (ATF 120 II 400, c. 4b, p. 407).

4.2 Il ressort des faits constatés dans la décision du 21 mai 2002⁷⁹, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral saisi d'un recours en nullité (article 63, alinéa 2, OJ applicable par analogie en vertu de l'article 74 OJ⁸⁰; ATF 127 III 390, c. 1f, p. 393), que l'opposante a travaillé comme femme de ménage à partir de 1997 ou 1998 auprès du Service consulaire de la République X. à Sion jusqu'à son licenciement le 19 avril 2001. Il s'agit à l'évidence d'un emploi subalterne au sens où l'entend la jurisprudence, ce que ne conteste du reste pas la requérante. Certes, l'opposante est de nationalité X., mais il a été retenu que, résidant en Suisse, elle ne retournait qu'occasionnellement en République X. durant ses vacances. Enfin, les juges ont souligné que l'intérêt de la demanderesse à pouvoir plaider à Sion résultait de simples considérations d'ordre pratique.

En pareilles circonstances, on ne voit pas que la nationalité de la demanderesse revête une importance déterminante au point de reléguer à l'arrière-plan les autres éléments qui, dans le cas concret, rattachent tous la cause à la Suisse. Lorsque la requérante tente de démontrer l'inverse, elle s'écarte des faits constatés par l'autorité cantonale, ce qui n'est pas admissible dans un recours en nullité (*cf.* ATF 127 III 390, c. 1f), de sorte que ses arguments ne peuvent entrer en considération.

En refusant d'admettre l'immunité de juridiction de la requérante, le tribunal du travail n'a donc pas violé le droit fédéral. Le recours en nullité dirigé contre la décision du 21 mai 2002 doit par conséquent être rejeté.

Arrêt du TF, du 17 janvier 2003, en l'affaire *République X. c. A.* (c. 3.2, 3.3 et 4). Texte inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 1.3 et 4.1)

8.1 Responsabilité de l'Etat accréditaire: devoirs de prévention et de punition; indemnisation pour les dommages causés; obligations de comportement et de résultat

Lors d'une manifestation qui avait eu lieu devant l'Agence consulaire de l'Espagne à Bâle le 4 avril 2003, la façade du bâtiment fut endommagée, et l'Espagne, se fondant sur l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), demanda au DFAE la réparation des dégâts causés.

... *Principe de la protection spéciale, pratique suisse en matière d'indemnisation et évolution récente*

L'article 22, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), prévoit que "(l')Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie". Cette obligation est définie dans des termes tout à fait analogues à l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02). Le devoir de protection spéciale consacré dans ces dispositions revêt deux aspects: 1) la prévention d'éventuels actes dommageables et, lorsque ceux-ci ont été commis,

⁷⁷ *Pratique suisse* 1987, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209.

⁷⁸ *Pratique suisse* 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

⁷⁹ Il s'agit de la décision rendue en première instance par le Tribunal du travail valaisan, contre laquelle est dirigé le recours de la République X.

⁸⁰ Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110). D'après l'article 62, alinéa 2, le TF doit en principe, pour les recours en réforme, se fonder sur les faits constatés par la dernière instance cantonale. En vertu de l'article 74 OJ, cette règle s'applique aussi aux recours en nullité.

2) la punition de leurs auteurs. L'inexécution de ces obligations constitue un délit d'omission qui entraîne la responsabilité internationale de l'Etat accréditaire.

Ces obligations n'ont toutefois pas un caractère absolu. Le devoir de prévention, en particulier, ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'Etat accréditaire doit faire preuve de "due diligence". Le fondement de la responsabilité des Etats est donc constitué par le manque de diligence et, en conséquence, l'inaction d'un organe étatique n'est illicite que si elle est l'effet d'un manque de diligence, soit si elle constitue une négligence. Le droit international impose donc à l'Etat accréditaire une *obligation de comportement*, mais non de résultat.

La responsabilité pour négligence de l'Etat repose sur la comparaison établie entre la conduite de l'organe étatique en cause et celle qu'aurait adoptée, dans des circonstances semblables, l'organe d'un Etat bien ordonné. La diligence doit ainsi être comprise comme le degré d'attention et d'activité qu'exigent les circonstances. L'Etat accréditaire doit apprécier les circonstances de chaque cas d'espèce et *adopter les mesures de protection et de surveillance qui lui paraissent opportunes*, faute de quoi sa responsabilité internationale est engagée.

Lorsque la responsabilité de la Suisse n'est pas engagée, la Confédération a, jusqu'à présent, refusé dans la très grande majorité des cas de donner une suite favorable aux demandes d'indemnisation consécutives à des dégâts causés aux représentations étrangères en Suisse. Elle a toutefois admis quelques exceptions dans des situations tout à fait particulières. Le plus récent cas a été celui d'un véhicule de la Mission permanente de (M.) endommagé à Lausanne devant un grand hôtel durant le sommet du G-8 (Groupe des huit Etats le plus fortement industrialisés du monde). Sans reconnaître de responsabilité, le DFAE a estimé qu'une indemnisation s'imposait compte tenu des circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles le véhicule a été endommagé. En 1998, le DFAE était également parvenu à la même conclusion lors de dommages causés à un véhicule de la Mission permanente (de C.) à Genève au cours d'une manifestation lors du 50^e anniversaire du GATT/OMC (Organisation mondiale du commerce).

Comme le relève le rapport de la police bâloise, les consignes données aux forces de l'ordre "accompagnant" les manifestants visent certes le maximum d'efficacité mais avec un souci de discrétion dans le but d'éviter d'échauffer les manifestants et d'éviter des réactions, de part et d'autre, qui pourraient avoir de sérieuses conséquences pour les personnes manifestant ou se trouvant à proximité. Elles doivent donc "canaliser" la manifestation sans empêcher son déroulement. Il en découle que des incidents causés à des missions permanentes et diplomatiques, comme ceux de 1998 (anniversaire du GATT/OMC) ou, tout récemment, du G-8, peuvent avoir lieu alors que les mesures *adéquates* ont été prises.

... Conclusions

Les considérations ci-dessus nous conduisent au constat suivant: *la notion de "mesures adéquates" a évolué* au cours des manifestations ayant eu lieu ces dernières années. La police accompagne le cortège des manifestants et, dans le but de ne pas irriter ces derniers, elle se limite à tenter de contrôler les débordements mais n'intervient plus aussi directement que par le passé. Il en découle que, comme l'illustrent les derniers cas que nous avons eus à traiter, alors que les mesures adéquates ont été prises et que, partant, la responsabilité de la Confédération n'est pas engagée, le DFAE a estimé qu'une réparation des dommages causés aux représentations étrangères s'imposait. L'intérêt au bon déroulement des manifestations et à la minimisation des atteintes aux personnes ne permet plus d'assurer une protection totale contre les bâtiments et biens de représentations étrangères.

A l'occasion de dégâts causés aux représentations (de S.) en Suisse en juin 2001 (en réaction au sommet européen de Göteborg), les autorités (de S.) nous ont fait savoir que son Ministère des affaires étrangères avait pour pratique de payer les réparations de dégâts de quelque nature causés aux représentations étrangères sur une base *ex gratia*.

Sans aller jusque-là, nous estimons que les dommages causés aux missions et représentations étrangères lors de manifestations d'une certaine ampleur *devraient en principe être pris en charge par la Confédération*. Pour les cas "isolés", nous pouvons réserver un examen plus rigoureux des circonstances.

...

Note de la DDIP du 17 juillet 2003. Document inédit.

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

(Voir les n^{os} 1.3, 11.2 et 11.3)

10. Droit des conflits armés

(Voir aussi les n^{os} 1.2 et 11.3 à 11.5)

10.1 Règles relatives à l'occupation et à l'aide humanitaire en temps de conflit armé

I. Le 9 avril 2003, la DDIP présenta deux textes, dont le premier était intitulé: "Elements du droit de l'occupation" (I.), alors que le second se rapportait à l'"Aide humanitaire en temps de conflit armé" (II.). Les deux documents, rédigés en anglais, sont de véritables mini-codes des règles applicables aux sujets qu'ils traitent.

(Traduction:)

Droit applicable et justification de ce droit

Le droit régissant l'occupation fait l'objet de diverses conventions et sources du droit, dont: la Convention (de La Haye du 18 octobre 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, y compris le Règlement annexé y relatif⁸¹; les Conventions de Genève (du 12 août 1949)⁸², plus précisément celle qui régit la protection des personnes civiles en temps de guerre⁸³; le Protocole I additionnel aux conventions de Genève de 1949 (, du 8 juin 1977,) relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux⁸⁴; et le droit international coutumier.

Le droit de l'occupation a pour but de réconcilier les besoins des populations sous occupation, afin de créer des conditions de vie normales, avec la nécessité, pour les forces occupantes, de pouvoir évoluer le plus rapidement dans un environnement sûr. L'occupation est toujours temporaire, sa fin étant annoncée par le rétablissement complet de la souveraineté territoriale et le retour de l'entité occupée au statut juridique antérieur. Tant que subsiste l'occupation, la situation peut changer et passer d'une coexistence plus ou moins pacifique à des tensions et actes de violence de plus en plus importants. C'est pourquoi chaque partie, la puissance occupante et l'entité occupée, a besoin d'une politique d'occupation qui permet de garantir l'application et la mise en oeuvre du droit de l'occupation.

Notion de territoire occupé

Un territoire est réputé occupé s'il est placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et susceptible d'être exercée. Un territoire est considéré comme étant occupé même lorsque l'occupation ne s'est heurtée à aucune résistance armée. Ni l'occupation d'un territoire ni l'application du droit international humanitaire n'affecte le statut juridique de ce territoire.

La puissance occupante, administrateur du territoire occupé

L'occupant ne se considère que comme administrateur et usufruitier des édifices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles et autres ressources naturelles appartenant à l'Etat ennemi et se trouvant en pays occupé. Il est tenu de sauvegarder la substance de ces propriétés et de les administrer conformément aux règles de l'usufruit. Les forces armées de l'occupant doivent assurer le respect intégral du droit international humanitaire.

Devoir de l'occupant de maintenir l'ordre et la vie publics

La puissance occupante est tenue de prendre toutes les mesures qui dépendent d'elle en vue de rétablir et d'assurer, autant que possible, l'ordre et la vie publics à l'intérieur du territoire occupé. Une collaboration minimum entre la puissance occupante et les habitants doit s'instaurer, et ces derniers doivent s'abstenir d'activités préjudiciables à la sécurité de l'occupant. Dans la mesure où des habitants organisent des mouvements de résistance, ils doivent se conformer aux mêmes règles que celles imposées aux forces armées. Les habitants du territoire occupé peuvent être assignés à résidence ou internés pour des motifs impérieux de sécurité. La puissance occupante ne peut contraindre la population civile d'un territoire occupé à fournir des renseignements sur l'armée adverse ou ses moyens de défense. Il est interdit de contraindre la population d'un territoire occupé à prêter serment à l'occupant. Les habitants (étrangers) qui souhaitent quitter le territoire occupé peuvent le faire.

Respect de l'inviolabilité des droits de la population par l'occupant

La puissance occupante doit en toute circonstance respecter l'inviolabilité des droits des habitants du territoire occupé. L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus, ainsi que les convictions et l'exercice des cultes, de même que la propriété privée, doivent être respectés. Les biens saisis doivent être rendus et des indemnités versées. L'occupant ne peut forcer les habitants du territoire occupé à se livrer à des travaux autres que ceux qui sont nécessaires, notamment en vue d'approvisionner, abriter, habiller ou transporter la population, d'assurer sa santé ou de lui procurer du courant électrique et d'autres services. Il est interdit, en particulier, d'imposer aux habitants des travaux dangereux ou utiles à l'effort de guerre de l'occupant.

Devoir de la puissance occupante de veiller au bien-être de la population

L'occupant doit assurer l'approvisionnement de la population en biens vitaux tels que vivres, eau, combustibles et produits médicaux. Il devra, en particulier, fournir les vivres, médicaments et autres articles dont le territoire occupé ne dispose pas en quantité suffisante. Il doit permettre des actions de secours organisées depuis l'étranger par des organismes neutres et impartiaux dans le but d'aider la population civile. Dans toute la mesure du possible, la puissance occupante assure et maintient, en coopération avec les autorités du territoire occupé, le fonctionnement des hôpitaux et des services de santé et d'hygiène publiques. Les activités dans le domaine de la "protection civile" doivent être facilitées; et l'occupant doit soutenir les mesures prises par les autorités nationales compétentes du territoire occupé en vue de préserver les objets culturels de ce dernier.

Puissance occupante et droit pénal

L'occupant doit se conformer au droit en vigueur dans le territoire avant l'occupation, à moins que cela ne s'avère absolument impossible ou que ce droit n'atteigne pas un niveau généralement accepté. Le droit pénal du territoire occupé demeure en vigueur; mais il peut être suspendu si son maintien constitue une menace à la sécurité ou un

⁸¹ RS 0.515.112.

⁸² Voir la note 15 (ce renvoi est probablement erroné).

⁸³ RS 0.518.51.

⁸⁴ RS 0.518.521.

obstacle à l'application de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. La puissance occupante peut édicter de nouvelles règles pénales qui, cependant, ne peuvent avoir d'effet rétroactif sauf lorsqu'il s'agit d'infractions au droit international humanitaire. La peine de mort ne peut être prononcée que si elle est prévue dans la législation du pays occupé et pour des actes punissables selon les lois en vigueur antérieurement à l'occupation. Aucune peine collective ne doit être infligée à la population en raison d'actes commis par des individus. La population ne peut être tenue conjointement et solidairement responsable pour de tels actes.

Saisies et réquisitions opérées par la puissance occupante

L'occupant peut saisir le numéraire, les fonds et les valeurs exigibles appartenant en propre à l'Etat, les dépôts d'armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements et, en général, toute propriété mobilière de l'Etat de nature à servir aux opérations de guerre. A condition de restitution et d'indemnisation, l'occupant peut saisir, sur terre, sur mer ou dans les airs, tout moyen affecté à la transmission de nouvelles ou au transport des personnes ou des choses, les dépôts d'armes et, en général, toute espèce de munitions de guerre. Les actes de dépossession ou de destruction visant les biens des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts ou à la science, ou les monuments historiques, les oeuvres d'art et de science, ou les objets culturels, ainsi que les dommages intentionnellement causés à de tels objets, même appartenant à l'Etat, sont interdits et doivent être sanctionnés. Les réquisitions sont limitées aux services du personnel médical, aux établissements médicaux, aux transports et au matériel, ainsi qu'à la nourriture. Elles ne sont autorisées que dans la mesure où les besoins de la population civile continuent à être assurés.

Impôts, taxes et péages

Si l'occupant prélève, dans le territoire occupé, des impôts, taxes et péages établis au profit de l'Etat, il le fera, autant que possible, d'après les règles en vigueur. Il en résulte pour lui l'obligation de pourvoir aux frais de l'administration du territoire occupé dans la mesure où le gouvernement légal y était tenu.

Texte intitulé: "Eléments du droit de l'occupation", datant du 9 avril 2003 et rédigé par la DDIP. Document inédit.

10.2

II. Le second texte, on le rappellera, portait sur l'"aide humanitaire en temps de conflit armé"

(Traduction:)

1. Tant qu'il y a conflit armé, tout partie à ce conflit autorise des opérations pour assister la population civile, ou une partie de celle-ci, qui a besoin d'aide et souffre du fait de ce conflit.
2. Ces opérations d'assistance, qui peuvent être conduites par des Etats ou des organisations humanitaires impartiales, visent notamment à mettre nourriture, médicaments et vêtements à la disposition de la population.
3. Les offres d'assistance de ce genre ne peuvent être qualifiées d'ingérences dans le conflit armé, ni d'actes inamicaux.
4. Sous réserve de motifs impérieux en matière de sécurité, les personnes protégées en territoire occupé peuvent recevoir les secours individuels qui leur sont destinés.
5. Tous les Etats Parties aux conventions de Genève de 1949 doivent autoriser le libre passage des secours et garantir leur protection. Ils s'efforcent d'en assurer le transit et le transport, sans frais, vers les territoires occupés. Les parties au conflit protègent les secours et en facilitent la distribution rapide.
6. S'agissant d'occupation, la puissance occupante autorise les opérations d'assistance à la population nécessiteuse, et elle les facilite par tous les moyens dont elle dispose.
7. Une puissance qui accorde le libre passage aux secours à destination du territoire occupé par une puissance ennemie peut toutefois procéder à la fouille de l'envoi, en réglementer le passage en prescrivant la date et la route et s'assurer, par des moyens raisonnables, que l'envoi servira les besoins de la population en détresse et non ceux de l'occupant.
8. Les secours ne libèrent en aucune manière l'occupant des obligations que lui impose le droit international humanitaire. La puissance occupante ne doit en aucune manière, quelle qu'elle soit, détourner les secours de leur but, qui est de servir la population du territoire occupé, sauf en cas d'urgence nécessaire.
9. La distribution des secours précédemment mentionnés s'effectue avec la collaboration et sous la surveillance d'une puissance neutre, du Comité international de la Croix-Rouge ou d'une autre agence humanitaire impartiale.
10. Les secours sont exempts, en territoire occupé, de tous impôts, taxes ou droits de douane, sauf si de telles contributions sont levées dans l'intérêt de l'économie du territoire. La puissance occupante doit faciliter la distribution rapide des secours.
11. Le personnel rattaché aux opérations d'aide humanitaire doit être respecté et protégé. Il peut faire partie intégrante des secours portés par l'opération.
12. Dans toute la mesure du possible, les parties au conflit aident le personnel à mener à terme leur mission d'assistance. Ce n'est que dans des situations de nécessité militaire inéluctables que les activités ou mouvements de ce personnel peuvent être temporairement limitées.

Texte intitulé: "Aide humanitaire en temps de conflits armés. Douze principes juridiques applicables à la guerre en Irak de 2003", rédigé par la DDIP et daté du 9 avril 2003. Document inédit.

11. La neutralité

(Voir aussi le n° 1.2)

11.1 Droit de la neutralité et pratique suisse en la matière

Le 12 mars 2003, le groupe parlementaire de l'Union démocratique du centre (UDC) déposa une motion demandant au Cons. féd. de rédiger un rapport sur la manière dont la Suisse pratique la neutralité et sur "une stratégie permettant à la Suisse de revenir à une neutralité perpétuelle, armée et libre de toute alliance" (BO CN 2003, hiver, Annexes, p. 325). Voici un extrait de la réponse du Cons. féd.:

...

Le droit international de la neutralité fait obligation à l'Etat neutre de ne pas participer activement à un conflit armé entre Etats. De plus, il ne doit apporter de soutien militaire à aucune partie au conflit. En temps de paix, l'Etat neutre permanent ne peut contracter d'engagements juridiques qui, dans l'éventualité d'un conflit, l'empêcheraient de respecter ses obligations en matière de neutralité.

Les cas les plus récents d'application de la neutralité attestent que le Conseil fédéral n'a besoin d'aucune nouvelle stratégie de "retour" à la neutralité. Etant donné que les interventions militaires ont eu lieu en l'absence d'un mandat de l'ONU, le droit de la neutralité s'est appliqué aussi bien lors du conflit au Kosovo au printemps 1999 que pendant le conflit en Irak depuis le mois de mars 2003. Les décisions du Conseil fédéral pertinentes en matière de neutralité lors de ces deux conflits répondent aux lignes directrices du Rapport de 1993 et à la pratique de la neutralité pendant les années 90.

La neutralité étant appliquée de manière conséquente sur la base du rapport de 1993 sur la neutralité⁸⁵, qui est toujours valable, le Conseil fédéral ne voit aucune nécessité de redéfinir la neutralité suisse et sa position, ni de rédiger un rapport sur ce thème. Par contre, il est disposé à charger le Département fédéral des affaires étrangères de l'élaboration d'une synthèse de la pratique la plus récente de la neutralité - c'est-à-dire des motifs et des modalités de l'application de la neutralité dans le conflit irakien -, de même que de la situation de base en vue de futurs développements. ...

...

Réponse donnée le 28 mai 2003 par le Cons. féd. à une motion de l'Union démocratique du centre, du 12 mars 2003. BO CN 2003, hiver, Annexes, p. 326.

11.2 Le droit de la neutralité s'applique-t-il à la situation en Irak?

Voici une note de dossier de la DDIP consacrée à l'applicabilité du droit de la neutralité à la situation en Irak.

Tensions croissantes en Irak/Question de l'applicabilité du droit de la neutralité

Depuis quelques semaines, les attaques contre les forces militaires déployées en Irak se sont intensifiées. La question se pose de savoir si les combats quotidiens qui opposent les rebelles aux forces de la coalition doivent être ou non considérés comme un conflit armé entre Etats, ce qui entraînerait pour la Suisse l'application du droit de la neutralité.

Deux points doivent être approfondis: 1. Les dernières résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU sur l'Irak sont-elles de nature à écarter l'applicabilité du droit de la neutralité? 2. Dans l'hypothèse où cela ne serait pas le cas ou cesserait d'être le cas, quels critères devraient être remplis pour que les combats entre les rebelles et les forces de la coalition soient qualifiés de conflit armé entre Etats au sens du droit de la neutralité?

1. Applicabilité du droit de la neutralité

Les Résolutions 1483 (23 mai 2003) et 1511 (16 octobre 2003) du Conseil de sécurité ne condamnent pas la présence des forces de la coalition dirigée par les Etats-Unis. Au contraire, elles reconnaissent un rôle important aux forces présentes en Irak.

Dans la résolution 1483, le Conseil de sécurité "se félicite de la volonté des Etats membres de contribuer à la stabilité et à la sécurité en Irak en fournissant personnel, équipement et autres ressources, sous l'égide de l'Autorité (forces coalisées sous commandement américain)". Dans cette même résolution, le Conseil de sécurité "demande à l'Autorité ... de promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer des conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique". Le Conseil de sécurité reconnaît en outre un rôle prépondérant aux Etats-Unis dans la reconstruction de l'Irak:

"les ressources du Fonds de développement pour l'Irak seront décaissées selon les instructions données par l'Autorité ...".

⁸⁵ Rapport du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 29 novembre 1993, sur la neutralité (FF 1994 I 200), partiellement reproduit dans *Pratique suisse* 1993, n° 11.1, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 629.

Dans la résolution 1511, le Conseil de sécurité "autorise la mise en place d'une force multinationale sous commandement unifié (autrement dit, sous commandement américain) à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak ..." et "prie les Etats-Unis d'Amérique, au nom de la force multinationale, de lui rendre compte ... des efforts et progrès accomplis par cette force".

La résolution 1511 autorise les forces déployées en Irak sous commandement américain à maintenir la sécurité, organiser l'administration du territoire et préparer la transition politique. Selon le Rapport de 1993 sur la neutralité⁸⁶, le droit de la neutralité ne s'applique pas aux mesures prises par le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Dans le cas de l'Irak, le Conseil de sécurité a autorisé l'activité de la force multinationale dirigée par les Etats-Unis. Les combats qui opposent les membres de cette force à la résistance irakienne ne peuvent donc pas, quelle que soit leur intensité, être assimilés à une guerre au sens du droit de la neutralité. En conséquence, le droit de la neutralité n'est pas applicable dans ce contexte.

2. Critères d'application du droit de la neutralité

Dans l'hypothèse où le Conseil de sécurité décidait de mettre fin au mandat de la force internationale et aux tâches confiées aux Etats-Unis, la question de l'application du droit de la neutralité pourrait à nouveau se poser puisque la présence des troupes étrangères sur sol irakien ne serait plus reconnue par le Conseil de sécurité. Cette question dépend des critères qui devraient être remplis pour que les combats entre les rebelles et les forces occupantes soient qualifiés de conflit armé entre Etats (ce qui entraînerait l'application du droit de la neutralité).

Il est logique de partir des critères utilisés pour déterminer la fin du conflit en Irak. Selon le Conseil fédéral, les obligations de l'Etat neutre prennent fin dès lors que les combats ont cessé, que le territoire est sous le contrôle de l'Etat belligérant et que les troupes adverses ne sont plus en mesure d'opposer une résistance substantielle. *A contrario*, une situation peut être qualifiée de conflit armé entre Etats lorsque les deux belligérants contrôlent chacun une partie du territoire et sont engagés dans des combats ou du moins dans des actions de résistance substantielles.

Les actes de violence qui se sont produits et continuent de se produire en Irak peuvent éventuellement, compte tenu de leur fréquence, être considérés comme de la résistance substantielle. Par contre, aucune partie du territoire irakien n'est contrôlée par les forces qui combattent les troupes de la coalition. Dans ces circonstances, les attaques répétées contre ces troupes ne peuvent pas être qualifiées de conflit armé entre Etats au sens du droit de la neutralité.

Note de dossier de la DDIP du 27 novembre 2003. Document inédit.

11.3 Conflits armés, neutralité et sécurité collective

Voici deux passages extraits d'une déclaration faite devant l'Ass. féd., au nom du Cons. féd., par M. Pascal Couchepin, président de la Confédération, et consacrée à la crise en Irak:

...

La coalition dirigée par les Etats-Unis d'Amérique a décidé de recourir à la force sans l'approbation du Conseil de sécurité des Nations Unies. Nous sommes donc en présence d'un conflit armé entre Etats dans le cadre duquel le droit de la neutralité s'applique. La Suisse ne prendra aucune part aux opérations militaires, ni directement, ni indirectement. Cela signifie concrètement que le transit terrestre et les survols à des fins militaires liés au conflit ou hors courant normal seront interdits aux pays qui participent à l'intervention militaire en Irak. De même, les exportations de matériel de guerre destinées aux opérations en cours ne seront pas autorisées. L'ensemble de ces mesures s'inscrit dans la pratique de la Suisse en matière de neutralité.

...

Nous reconnaissons aussi que le recours à la force armée peut s'avérer le moyen ultime pour mettre fin à une situation de très grave danger. Mais l'usage des armes doit être légitime. Et pour être légitime, l'usage de la force doit être explicitement autorisé par le Conseil de sécurité ou être justifié par le motif de la légitime défense.

L'un des traits essentiels de la politique étrangère de la Suisse est qu'elle est fondée sur le droit international. Ce point de référence doit conférer à notre politique étrangère un fondement solide, un profil reconnaissable et une ligne prévisible.

...

Déclaration du Cons. féd. concernant la crise en Irak faite le 20 mars 2003 devant l'Ass. féd. par M. Pascal Couchepin, président de la Confédération. BO CN 2003, p. 531 (532, 533).

11.4 Droit de la neutralité: survol et transit; exportation de matériel de guerre; notion de partie au conflit

La note de la DDIP qui suit étudie les points sus-indiqués à la lumière des opérations militaires en Irak.

(Traduction:)

⁸⁶ Voir la note précédente.

Il est interdit à l'Etat neutre de prêter assistance aux parties au conflit dans le cadre de leurs opérations militaires (interdiction de l'assistance militaire directe). L'Etat neutre ne saurait mettre à la disposition des parties, à des fins militaires, son territoire, y compris l'espace aérien surjacent; et il doit empêcher la livraison d'armes aux belligérants.

Pour ce qui est de la guerre en Irak et de l'applicabilité du droit de la neutralité à celle-ci, il importe de déterminer qui sont les parties au conflit afin d'établir le contenu des obligations résultant pour la Suisse du droit de la neutralité, de même que l'identité des Etats visés par les restrictions qui en découlent. En principe sont des belligérants les Etats qui participent activement aux opérations militaires. Si un Etat se limite à assister indirectement les Etats belligérants par une aide logistique - par exemple en mettant des bases militaires à leur disposition -, il n'acquiert pas, par là, la qualité de belligérant. La décision du Conseil fédéral du 20 mars 2003 sur l'exportation de matériel de guerre se réfère du reste expressément aux "Etats participant au conflit en Irak en fournissant troupes et matériel de guerre".

L'exportation de matériel de guerre vers des Etats qui, eux, participent au conflit avec troupes et matériel de guerre est interdite et ne sera pas autorisée si elle contribue aux opérations militaires ou dépasse le "courant normal", c'est-à-dire si elle conduit à une augmentation des exportations en raison des opérations militaires. Le survol à des fins militaires est interdit s'il est lié au conflit en Irak.

Conclusion: En matière d'exportation de matériel de guerre aussi bien que de survol, c'est en principe le but poursuivi qui est déterminant. Les autorisations nécessaires sont refusées si les activités en question ont un lien direct avec les opérations militaires en Irak. L'identité des Etats visés par les restrictions figurant dans la décision du Conseil fédéral du 20 mars 2003 dépend du rôle qu'ils jouent dans le conflit en Irak, et cette question doit être constamment réexaminée.

Note du 20 mars 2003, adressée par la DDIP au Centre de politique internationale de sécurité à Genève. Document inédit.

11.5 Droit de la neutralité: exportation de matériel de guerre; survol

La lettre partiellement reproduite ci-après a été adressée par la DDIP à "Amnesty International", organisation non gouvernementale qui s'était intéressée à l'attitude de la Suisse face au conflit en Irak.

...

Après avoir consulté les autorités fédérales compétentes, nous sommes en mesure de vous apporter les précisions suivantes.

1. En ce qui concerne *les exportations de matériel de guerre*, le Conseil fédéral a décidé le 20 mars 2003 de durcir les conditions d'exportation, voire d'interdire l'exportation de matériel de guerre vers les pays participant au conflit par l'envoi de troupes ou de matériel. Vu l'absence de mandat du Conseil de sécurité de l'ONU, le Conseil fédéral a en effet considéré l'intervention militaire de la coalition contre l'Irak comme un conflit armé entre Etats et a appliqué par conséquent le droit de la neutralité.

2. Pour ce qui est des *survol*s, le Conseil fédéral a décidé le 21 février 2003 d'interdire aux aéronefs des pays de la coalition qui préparaient une intervention militaire en Irak le survol du territoire suisse à des fins militaires. Il a confirmé cette décision le 20 mars 2003.

En revanche, le Conseil fédéral a décidé de ne pas interdire les survols à des fins humanitaires et médicales. Pour ce qui est des premiers, il s'agissait de permettre le survol à des aéronefs transportant des biens de première nécessité pour les populations civiles (nourriture, médicaments, matériel sanitaire, etc.). Pour ce qui est des seconds, il s'agissait de permettre l'évacuation des blessés de la région de crise vers les hôpitaux militaires en Allemagne ou au Royaume-Uni.

Les décisions du Conseil fédéral ont été présentées et discutées au sein des commissions parlementaires concernées. Elles étaient pleinement compatibles avec le droit de la neutralité. En effet, le droit de la neutralité impose à la Suisse l'obligation de ne pas soutenir, directement ou indirectement, l'effort de guerre des parties au conflit. En interdisant les survols à des fins militaires, le Conseil fédéral a appliqué le droit de la neutralité et a respecté les obligations internationales de la Suisse en tant qu'Etat neutre.

Au regard de l'évolution de la situation en Irak, le Conseil fédéral a constaté que les mesures susmentionnées adoptées en application du droit de la neutralité étaient devenues caduques. En conséquence, ces mesures (interdiction de survol du territoire suisse, limitations d'exportations de matériel de guerre envers les pays impliqués dans le conflit) ont été levées par décision du 16 avril 2003.

...

Lettre du 20 avril 2003, adressée par la DDIP à "Amnesty International". Document inédit.

11.6 Droit de la neutralité et adhésion à un traité réglant les forces armées conventionnelles en Europe

L'étude qui suit est l'oeuvre de la DDIP. Elle a pour but d'examiner sous l'angle du droit de la neutralité une éventuelle adhésion de la Suisse au Traité du 19 novembre 1990 sur les forces armées conventionnelles en Europe, modifié en 1999 au Sommet de l'Organisation européenne pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) (Traité FCE; *ILM*, vol. 30, 1991, p. 1), de même que la procédure d'adhésion à suivre.

...

1. Compatibilité du Traité FCE avec le droit de la neutralité

Afin de déterminer si le traité FCE est compatible avec le droit de la neutralité, il est nécessaire de connaître les buts du traité FCE ainsi que les droits et obligations des Etats Parties, et de confronter ensuite ces derniers aux exigences du droit de la neutralité.

1. Buts du Traité FCE

Le traité FCE de 1990 a été conclu entre les Etats membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et les membres du Pacte de Varsovie⁸⁷. Une version adaptée a été signée en 1999 à Istanbul au Sommet de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). Le traité FCE entre dans les buts de l'OSCE, à savoir créer un cadre général de coopération et de coordination entre les différents acteurs de la sécurité en Europe. Le traité FCE s'insère dans la nécessité de prévenir tout conflit armé en Europe.

Le traité FCE vise à renforcer la coopération, la stabilité et la transparence en Europe par un nouveau système de plafonds nationaux et territoriaux en matière d'armes conventionnelles ainsi que par la multiplication d'échanges d'informations et de vérifications. Ce système fixe des limites numériques aux Etats Parties, de sorte que la quantité des chars de bataille, véhicules blindés de combat, pièces d'artillerie, avions de combat et hélicoptères d'attaque appartenant audit Etat Partie ne dépasse pas ses plafonds nationaux et territoriaux.

2. Droits et obligations des Etats Parties au traité FCE

Les principales obligations des Etats Parties peuvent être résumées comme suit:

- Appliquer les règles de comptes (limites numériques) prévues par le traité FCE.
- Limiter, et en tant que de besoin, réduire la quantité des chars de bataille, véhicules blindés de combat, pièces d'artillerie, avions de combat et hélicoptères d'attaque, de sorte que leur nombre ne dépasse pas les plafonds nationaux, les sous-plafonds pour les unités d'active, les sous-plafonds pour les sous-catégories, les plafonds territoriaux et les sous-plafonds territoriaux. Ces armements et équipements conventionnels doivent ensuite être comptabilisés et contrôlés par un Etat Partie. En revanche, les chars de bataille, les véhicules blindés de combat et pièces d'artillerie en transit ou présents sur le territoire un Etat Partie pour une opération de soutien à la paix ne sont pas comptabilisés dans les plafonds territoriaux et sous-territoriaux.
- Eliminer les armements et équipements conventionnels conformément aux moyens de réduction.
- Notifier à tous les Etats Parties l'intention de changer les plafonds nationaux, les sous-plafonds pour les unités d'active, les sous-plafonds pour les sous-catégories, les plafonds territoriaux et les sous-plafonds territoriaux, 90 jours avant la date à laquelle un tel changement prend effet.
- Accepter des inspections dans la zone d'application du traité FCE.
- Fournir des notifications et échanger des informations relatives aux armements et équipements conventionnels des Etats Parties.
- Etablir un groupe consultatif.

Les principaux droits sont:

- Modifier, dans les limites prévues par le traité FCE, les plafonds nationaux, les sous-plafonds pour les unités d'active et les sous-plafonds pour les sous-catégories, les plafonds territoriaux et sous-territoriaux.
- Dépasser temporairement, pour des exercices militaires et des déploiements temporaires, les plafonds territoriaux et sous-territoriaux.
- Conduire des inspections dans la zone d'application du traité FCE.
- Présenter des amendements au traité FCE.
- Possibilité de se retirer du traité FCE si l'Etat estime que des événements extraordinaires mettent en danger ses intérêts suprêmes.

3. Exigences du droit de la neutralité

En vertu du droit de La Haye⁸⁸ et de la coutume internationale qui le complète, le principe central du droit de la neutralité est celui selon lequel un Etat neutre ne doit soutenir militairement aucune partie à un conflit armé entre Etats et ne doit, en temps de paix, prendre aucune mesure qui pourrait l'amener, en cas de futur conflit armé entre Etats, à violer ses obligations d'Etat neutre. De plus, le statut perpétuellement neutre de la Suisse l'oblige à assurer elle-même la défense de son territoire.

4. Compatibilité du traité FCE avec le droit de la neutralité

A la lumière de la définition de la neutralité présentée au paragraphe précédant, les dispositions posant éventuellement problème sont examinées ci-dessous.

Examen des articles IV et V du traité FCE:

Aux termes des articles IV et V du traité FCE, chaque Etat Partie limite, et en tant que besoin réduit, la quantité de ses armements et équipements, de sorte que leur nombre ne dépasse pas les plafonds nationaux et territoriaux. En tant qu'Etat neutre, la Suisse a l'obligation d'assurer elle-même la défense de son territoire. En conséquence, il est nécessaire de vérifier si les articles IV et V du traité FCE ne constituent pas un obstacle à l'obligation de la Suisse

⁸⁷ Traité du 4 avril 1950 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 34, p. 243); Pacte de Varsovie du 14 mai 1955 (*ibid.*, vol. 219, p. 25).

⁸⁸ Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances en cas de guerre maritime conclues à La Haye le 18 octobre 1907 (RS 0.515.21 et 0.515.22).

d'assurer elle-même la défense de son territoire. En vertu du Protocole sur les plafonds nationaux et du protocole sur les plafonds territoriaux, les Etats Parties *conviennent* des plafonds nationaux et territoriaux par l'établissement d'une liste des armement set équipements dont dispose chaque Etat Partie. Il s'ensuit que le traité ne fixe pas de manière générale des limites numériques. Celles-ci sont, en revanche, fixées *conventionnellement* et pour chaque Etat Partie. Il est aussi bien (nécessaire) d'examiner les articles en question à la lumière des buts du traité, à savoir, "*maintenir un niveau global, sûr, stable et équilibré de forces armées conventionnelles en Europe plus bas que par le passé ..., et éliminer la capacité de lancer une attaque surprise ou d'entreprendre une action offensive de grande envergure en Europe*"⁸⁹. Il résulte de ce qui précède que le traité FCE ne poursuit pas un but de désarmement total des Etats Parties. En conséquence, les articles IV et V du traité FCE ne risquent pas de porter atteinte à la capacité de la Suisse d'assurer sa défense. La Suisse se trouve donc en mesure de remplir ses obligations d'Etat neutre.

Examen de l'article VII du traité FCE:

L'article VII, paragraphe premier, sous-alinéas (A) et (B), prévoit que: "*Chaque Etat Partie a le droit d'accueillir sur son territoire des exercices militaires ... et des déploiements temporaires ...*". Ces exercices militaires et déploiements temporaires ont pour effet un dépassement temporaire du plafond national et territorial. Se pose la question de savoir si cette disposition est compatible avec le droit de la neutralité. Il convient, en effet, d'examiner le cas de figure où des troupes militaires viennent accomplir un entraînement militaire sur le territoire de la Suisse dans le but de se préparer à un conflit entre Etats. En réalité, la disposition en question ne crée pas d'obligation pour la Suisse de mettre son territoire à disposition d'un Etat Partie pour des exercices militaires. L'article premier, paragraphe 3, du traité FCE précise que les armements et équipements conventionnels ne sont présents sur le territoire d'un Etat Partie qu'avec le consentement explicite de l'Etat Partie hôte. Par ailleurs, si la Suisse accueille des exercices militaires, elle doit informer les autres Etats Parties lors d'un dépassement du plafond territorial et sous-territorial. Elle a l'obligation de notifier aux Etats Parties des informations qui concernent l'objectif de l'exercice, sa durée, les participants et la zone de l'exercice (coordonnées géographiques)⁹⁰.

Même si l'article VII du traité FCE prévoyait une obligation d'accueillir des exercices militaires, cette disposition ne serait pas nécessairement contraire au droit de la neutralité. En effet, en matière d'instruction, le Conseil fédéral est autorisé à signer des conventions internationales sur l'instruction de troupes étrangères en Suisse⁹¹. Cette dernière participe activement à la collaboration internationale en matière d'instruction. Le Conseil fédéral, dans son Message du 27 octobre 1999 concernant la révision de la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire, confirme cette tendance en soulignant que "*la coopération internationale est l'expression d'une solidarité entre Etats en vue d'une stabilité accrue et d'une plus grande sécurité pour tous*"⁹².

Au vu de ce qui précède, l'article VII du traité FCE n'est pas contraire au droit de la neutralité dans la mesure où il ne crée aucune obligation de prendre des mesures qui pourraient amener la Suisse à soutenir un Etat plutôt qu'un autre lors d'un conflit armé entre Etats. L'article en question vise uniquement à améliorer la transparence en matière de forces armées conventionnelles en Europe.

Autres droits et obligations:

Les autres droits et obligations sont compatibles avec le droit de la neutralité, dans la mesure où ils n'impliquent aucun engagement qui pourrait, en cas de survenance d'un conflit armé entre Etats, fonder une obligation d'assistance contraire aux obligations d'un Etat neutre.

D'éventuelles décisions du Groupe consultatif ne constituent pas non plus un obstacle à l'application du traité FCE en Suisse parce qu'elles sont prises par consensus (absence de toute objection)⁹³.

Conclusions:

Le traité FCE ne contient aucune disposition qui soit contraire au droit de la neutralité. De plus, aux termes de l'article XIX, paragraphes premier et 2, la Suisse a toujours le droit de se retirer du traité FCE si elle estime que des événements extraordinaires liés à l'objet du traité FCE mettent en danger ses intérêts suprêmes.

II. Position des autres Etats neutres

Nous connaissons la position de l'Autriche et de la Finlande. L'Autriche considère le traité FCE comme utile et une ratification du traité FCE est attendue en 2004. En Autriche, la neutralité ne constitue pas un obstacle à la ratification du traité FCE. Seulement des questions financières et de personnel feront l'objet de discussions. Quant à la Finlande, il n'existe pas de volonté politique d'adhérer au traité FCE. La Finlande ne souhaite pas y adhérer car une adhésion impliquerait une révision de son système de défense nationale, ce qu'elle ne souhaite pas. En revanche, la question de la neutralité ne se pose pas à la Finlande.

III. Conclusions finales

L'analyse qui précède permet de conclure à une compatibilité entre le statut d'Etat neutre et l'adhésion au traité FCE. En effet les objectifs du traité en question s'inscrivent dans la politique de sécurité, "sécurité par la coopération", menée par le Conseil fédéral. De plus, les obligations découlant du traité FCE n'impliquant pas d'obligation d'assistance militaire en cas de conflit armé entre Etats, le droit de la neutralité est respecté. Par ailleurs, les objectifs du traité FCE

⁸⁹ Préambule du traité FCE.

⁹⁰ Section XVIII, articles premier et 3(A), du Protocole sur la notification et l'échange d'informations.

⁹¹ Article 48a, alinéa premier, lettre a, de la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) (, du 3 février 1995, RS 510.10).

⁹² FF 2000, p. 436.

⁹³ Article XVI, paragraphe 4.

correspondent à la politique de neutralité "active" et "solidaire" de la Suisse qui coopère activement aux efforts globaux entrepris en vue d'accroître la sécurité internationale.

... Procédures d'approbation suisses

En vertu de l'article 166, alinéa 2, Cst., l'Assemblée fédérale est compétente pour approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international. Cette procédure simplifiée concerne en principe les traités qui ne confèrent que des droits sans imposer d'obligations nouvelles, qui sont provisoires et urgents ou d'importance mineure, qui sont conclus en tant que mesures d'exécution de traités antérieurs, et ceux qui exceptionnellement bénéficient de l'approbation anticipée de l'Assemblée fédérale. Le traité FCE ne rentrant pas dans ces catégories, il devra être soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Etude de la DDIP, du 6 mars 2003, adressée au Centre de politique internationale de sécurité à Genève.
Document inédit.

La pratique suisse en matière de droit international public 2004 - RSDIE 2005 p. 713

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.9 et 7.6)

1.1 Hiérarchie des normes en matière d'extradition. Droit international conventionnel et droit interne

Le passage traduit et reproduit ci-après est tiré d'une décision du Conseil fédéral en matière d'extradition.

(Traduction)

"L'extradition de personnes pénalement poursuivies ou condamnées relève de l'assistance judiciaire internationale. Des règles y relatives peuvent être trouvées dans l'ordre juridique interne, notamment l'EIMP,¹ dans des traités et dans d'autres accords internationaux. Pour ce qui est des rapports entre ces différentes sources du droit, un traité international a le caractère de *lex specialis* si et dans la mesure où il porte sur l'extradition. Viennent ensuite les autres accords internationaux pour autant que les Etats concernés y soient Parties. S'il n'y a ni traité ni autre accord international, ou si ces instruments sont muets, le droit national s'applique (voir sur ce point ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 5^e éd., Bâle 2002, § 21, n. 4, avec des références). La hiérarchie des sources du droit exposée ci-dessus vaut même lorsque la loi nationale est postérieure au traité international."

Décision du Conseil fédéral du 23 juin 2004. JAAC 2004, fasc. 68/V, n° 124.

1.2 Traités internationaux et droit constitutionnel suisse: traités et autres instruments de coopération internationale; approbation parlementaire ex post; application provisoire; référendum facultatif

Les quatre passages qui suivent sont extraits d'un avis de droit rédigé par l'Office fédéral de la justice et destiné aux Commissions des affaires étrangères et des institutions politiques des deux Chambres du Parlement (références partiellement omises).

(Traduction)

"Le *traité international* est un acte de souveraineté accompli par deux ou plusieurs sujets du droit des gens par lequel ceux-ci expriment leur volonté concordante d'assumer des engagements internationaux ou de renoncer à des droits ... Des moyens diplomatiques ou juridictionnels de règlement pacifique des différends sont prévus pour les cas où une Partie ne remplirait pas ses obligations ou ne le ferait qu'insuffisamment. Les traités internationaux apparaissent sous des dénominations très différentes: traités, conventions, accords, échanges de lettres ou de notes, mais également pactes, chartes, statuts, actes, déclarations et protocoles. Ces dénominations sont sans importance pour la qualification des instruments en cause en tant que traités internationaux; ce sont la volonté des Parties de s'engager et le contenu de l'instrument qui sont déterminants. La compétence pour conclure des traités relève de l'article 166 de la Cst. ...²

Quant aux instruments de coopération internationale juridiquement non contraignants - qui portent eux aussi des noms différents: déclarations d'intention, mémoires d'entente ("memoranda of understanding"), lettres d'entente ("letters of understanding"), procès-verbaux d'accord ("agreed minutes"), "gentleman's agreements" ou codes de conduite -, il s'agit de déclarations d'intention de nature politique, les Parties n'ayant pas eu l'intention de s'engager sur le plan juridique. C'est pourquoi ce genre d'instruments ne renferment pas, en général, de dispositions sur leur entrée en vigueur ou leur dénonciation, et aucune sanction n'est prévue pour le cas où une Partie se comporterait d'une manière contraire à ce qui avait été prévu. Sur le plan juridique, chaque Partie décide librement si elle veut se conformer aux principes retenus. Si elle ne le fait pas, cela peut entraîner des conséquences politiques mais non juridiques. Les instruments de ce type servent à la conduite de la politique extérieure et relèvent de la compétence du Conseil fédéral telle que définie à l'article 184, alinéa premier, de la Cst.³

A plusieurs reprises le Conseil fédéral a qualifié de traités internationaux juridiquement contraignants des documents dont le titre suggérerait qu'il s'agissait d'engagements politiques ...

Parfois les Parties contractantes manifestent une volonté claire de s'engager - ce qui conduit à présumer qu'il s'agit d'un traité international - mais insistent pour que l'instrument soit qualifié de "mémoire d'entente" ("memorandum of understanding"), par exemple. Elles le font généralement pour tenir compte des dispositions internes d'autres Etats en matière de compétence pour conclure des traités. ...

Selon l'article 48a, alinéa 2, de la LOGA (Loi fédérale, du 21 mars 1997, sur l'organisation du Gouvernement et de l'administration, RS 172.010), le Conseil fédéral doit rendre compte à l'Assemblée fédérale des traités conclus par lui-même, par les départements, par les groupements ou par les offices fédéraux. Son rapport, qui inclut en particulier les traités conclus par le Conseil fédéral sur la base de l'article 7a, alinéa premier, de la LOGA, est rédigé sous la direction

¹ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1).

² D'après cet article, l'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger. Elle approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion, en vertu d'une loi ou d'un traité, relève de la seule compétence du Conseil fédéral.

³ Selon cette disposition, le Conseil fédéral est chargé de la gestion des affaires étrangères, sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale, et il représente la Suisse à l'étranger.

du DFAE, qui procède d'une manière désormais standardisée; il est traduit dans les langues officielles et publié dans la Feuille fédérale.

Lorsqu'il étudie le rapport du Conseil fédéral, le Parlement peut vérifier, à propos de chaque traité conclu, si celui-ci est ou non du ressort du Conseil. S'il estime, dans le cadre de son examen, que la conclusion de l'instrument n'est pas, à son avis, du ressort exclusif du Conseil fédéral, il peut demander à celui-ci, par une motion, de le lui soumettre, *a posteriori*, selon la procédure ordinaire. La vérification de la compétence du Conseil fédéral par le Parlement ne signifie pas pour autant que le traité cesse de s'appliquer. En effet, un traité est réputé avoir été conclu valablement par un Etat même s'il n'a pas été approuvé par l'instance compétente sur le plan interne.⁴ L'article 46, paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁵ dispose en effet que "(l)e fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale."

Si le traité est approuvé par l'Assemblée fédérale, sa conclusion est confirmée *a posteriori*. S'il est déjà en vigueur, il continue à être appliqué. Si le traité n'est pas approuvé, il doit être dénoncé dès que possible. Aux termes de l'article 184, alinéa 2, de la Cst., la compétence de le faire revient au Conseil fédéral ...

...

Selon le droit en vigueur et la pratique actuelle, le Conseil fédéral peut appliquer provisoirement les traités internationaux, en attendant leur approbation par l'Assemblée fédérale. Cette faculté découle de la compétence générale du Conseil fédéral en matière de relations extérieures (article 184, alinéa premier, de la Cst.). L'application provisoire d'un traité est décidée lorsqu'elle est nécessaire pour sauvegarder des intérêts essentiels du pays ou qu'il y a urgence particulière, dans des situations donc où il est impossible de se conformer à la procédure ordinaire d'approbation parlementaire.⁶ D'après la pratique actuelle, les deux conditions ne sont pas cumulatives. Il peut par exemple se présenter des situations où l'application provisoire par la Suisse a le caractère d'une offre faite dans le cadre de la négociation du traité afin d'obtenir un résultat globalement favorable au pays. S'il en est ainsi, l'application provisoire du traité peut permettre de sauvegarder des intérêts nationaux importants, à savoir la conclusion d'un traité globalement favorable, sans que l'on se trouve pour autant dans une situation d'urgence particulière.

...

L'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 3, de la Cst., entré en vigueur le 1^{er} août 2003, dispose que les traités internationaux sont assujettis au référendum facultatif lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. En adoptant cette disposition, ..., le législateur constitutionnel a élargi dans une mesure significative le référendum facultatif en matière de traités. L'ancienne formule ("traités internationaux qui ... entraînent une unification multilatérale du droit") a été remplacée par de nouveaux critères. Le but de ce changement était de permettre que les droits populaires dans le domaine des traités internationaux aient, dans la mesure du possible, le même poids que dans celui de l'élaboration de la législation interne – ce qu'il est convenu d'appeler "parallélisme"; ce n'est pas la forme (loi ou traité internationaux) qui est considérée décisive, mais le contenu normatif.

Par "règles de droit", l'article 22, alinéa 4, de la Loi sur le Parlement⁷ entend des règles générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Cette définition ne vaut pas pour toutes les dispositions figurant dans des accords entre sujets du droit des gens. Les actes juridiques ou règles qui n'ont pas de caractère général et abstrait n'y entrent pas, pas plus que les dispositions purement programmatiques. Sont en revanche incluses dans la définition, en particulier, les règles immédiatement applicables ("self-executing").

Les dispositions "importantes" sont celles qui, d'après l'article 164, alinéa premier, de la Cst., seraient édictées sous la forme d'une loi fédérale s'il s'agissait de les adopter sur le plan interne. Est décisive la réponse à la question de savoir si une règle donnée d'un traité international – si elle ne figurait pas dans un traité mais devrait être adoptée sur le plan interne – aurait le rang d'une disposition à insérer dans une loi. Ce critère permet de concrétiser, dans le domaine législatif, le principe du parallélisme des instruments de participation de la démocratie directe sans s'arrêter aux considérations de forme (traité international ou loi interne). Il signifie aussi que les règles que le Conseil fédéral pourrait édicter sur la base de sa compétence d'adopter des dispositions d'exécution par la voie d'ordonnance (article 182 de la Cst.) ne justifient ni ne nécessitent un assujettissement au référendum facultatif en matière de traités."

Avis de droit adressé le 6 janvier 2004 par l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police aux Commissions des affaires étrangères et des institutions politiques du Conseil National et du Conseil des Etats. JAAC 2004, fasc. 68/IV, n° 83.

1.3 Traités internationaux: notion; capacité et compétence pour en conclure sur les plans international et suisse. Responsabilité internationale de l'Etat

⁴ Voir sur ce point ATF 120 Ib 360, c. 2c, 365 et s. (*Pratique suisse 1994*, n° 1.1, RSDIE, 5^e année, 1993, p. 590).

⁵ RS 0.111.

⁶ Voir par exemple FF 1995 IV 761, 767. Récemment le Conseil fédéral a décidé d'appliquer à titre provisoire la nouvelle Convention de recherche avec l'Union Européenne, cf. FF 2004, p. 261, aux pp. 270 et s.

⁷ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10).

L'avis de droit de la DDIP qui suit a été adressé à l'Institut Paul Scherrer, institution de recherche rattachée aux Ecoles polytechniques fédérales. Cet établissement avait soumis aux autorités fédérales le texte d'un accord international qu'il souhaitait conclure et avait sollicité leur avis à ce sujet. L'extrait ci-après porte sur le droit et la pratique internationaux et suisses en matière de capacité et de compétence pour conclure des traités.

"A. Droit et pratique internationaux

Un traité international est un acte de souveraineté conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international public, acte par lequel ceux-ci expriment leur volonté concordante d'assumer des obligations régies par le droit international ou de renoncer à des droits. En revanche, un instrument non contraignant repose sur une déclaration d'intention politique commune des Parties, lesquelles n'entendent toutefois pas se lier juridiquement.

Seul un sujet du droit international public a la capacité requise pour conclure un traité et devenir ainsi titulaire de droits et d'obligations internationales. L'Etat est le sujet qui, par excellence, possède la capacité de conclure un traité international. Lorsqu'une entité décentralisée ou administrative subordonnée conclut un tel traité, c'est la responsabilité internationale de l'Etat dont cette entité dépend qui est engagée en cas de non-respect des obligations, sauf si cette entité a excédé, de manière manifeste ou reconnaissable pour l'autre Etat contractant, les compétences qui lui sont reconnues en droit interne.⁸

B. Droit et pratique suisses

Pour déterminer la compétence interne de conclusion, il faut examiner d'abord si l'on est en présence d'un traité international ou d'un instrument non contraignant.

- Si l'accord est destiné à produire des effets juridiques en droit international et contient donc des obligations qui engagent la Confédération, la compétence de conclusion se détermine selon les règles constitutionnelles et légales d'approbation des traités internationaux: compétence de l'Assemblée fédérale en principe, compétence du Conseil fédéral (Cons. féd.) si une loi ou un traité le prévoit,⁹ compétence d'une unité administrative subordonnée aux seules conditions de délégation de l'article 48a LOGA.¹⁰

- Si l'instrument n'a aucun caractère contraignant en droit international public, le principe de base, conformément à la pratique, est celui de la compétence du Cons. féd.¹¹ Comme exception à ce principe, les unités administratives subordonnées peuvent conclure des instruments internationaux non contraignants de leur propre compétence uniquement s'il s'agit d'ententes dont l'importance matérielle ou politique est limitée, soit d'instruments de nature organisationnelle, technique ou de pure mise en œuvre administrative d'une part et sans effet à l'égard de tiers d'autre part.

Il serait en outre faux d'autoriser de manière générale un département ou une entité subordonnée à conclure des traités internationaux dans les domaines dans lesquels ils ont la compétence matérielle, en vertu par exemple des ordonnances d'organisation des départements fédéraux (RS 172.210 à 172.217). Selon l'article 184, alinéa premier, Cst., qui charge le Cons. féd. des affaires étrangères en général, il doit en effet demeurer du ressort de l'exécutif de décider, sur la base d'une appréciation globale de la situation des relations internationales, quand, avec qui et sur quel sujet il estime opportun de conclure un traité. Dans la mesure où les ordonnances d'organisation ou d'autres règles légales délégueraient des tâches en matière de traités internationaux, il ne pourrait s'agir que des tâches de préparation et d'exécution, sauf disposition contraire expresse prévoyant la compétence de conclusion proprement dite. Il faut relever en outre que, vouloir confier à une entité subordonnée une compétence générale de conclure des traités internationaux dans les domaines où la compétence matérielle lui appartient, reviendrait à autoriser un contournement systématique des règles constitutionnelles et légales, tant il est vrai qu'il existera toujours un office qui dispose de la compétence matérielle dans un domaine particulier.

Certains auteurs souhaitent attribuer une compétence de conclusion plus large aux offices à des conditions bien précises, mais uniquement pour des "rechtsgeschäftliche Verträge", par opposition aux "rechtsetzende Verträge",^{12 13} les premiers se définissant notamment par le caractère unique des prestations échangées.¹⁴

⁸ PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET/NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, ch. 116, pp. 190 et s.; cf. aussi "Kompetenz zum Abschluss internationaler Verwaltungsabkommen", avis de droit de la DDIP, décembre 1980, pp. 2 et ss.

⁹ L'article 184, alinéa 2, de la Constitution fédérale (...) dispose que le Conseil fédéral signe les traités et les ratifie et qu'il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale. L'article 166, alinéa 2, Cst. quant à lui prévoit qu'il appartient à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi (cf. article 7a de la Loi sur l'organisation du Gouvernement et de l'administration (du 21 mars 1997) (LOGA; RS 172.010) ou d'un traité international.

¹⁰ Le Conseil fédéral peut subdéléguer à un département la compétence de conclure un traité international (article 48a, alinéa premier, première phrase, LOGA) "quand il s'agit de régler des questions de nature technique et administrative d'importance mineure. Cette délégation doit s'effectuer soit en tant qu'autorisation générale et abstraite prévue dans une ordonnance ou comme autorisation individuelle ou collective concrète sous la forme d'un arrêté du Conseil fédéral" (FF 1999 V 4492). Pour les traités internationaux de portée mineure, le Conseil fédéral peut également déléguer cette compétence à un groupement ou à un office (article 48a, alinéa premier, deuxième phrase, LOGA).

¹¹ Ce principe a été constamment retenu pour des instruments qui traitent de questions dont la signification matérielle ou politique est importante dans la conduite générale des affaires étrangères de la Suisse. C'est en effet le Conseil fédéral lui-même qui, selon l'article 184, alinéa premier, Cst., est responsable des affaires étrangères - sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale - ainsi que de la représentation de la Suisse à l'étranger.

¹² VALENTIN ZELLWEGER, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: T. COTTIER/A. ACHERMANN/D. WÜGER/V. ZELLWEGER, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Berne 2001, pp. 401 et ss.

¹³ (Traduction:) "traités-contrats" et "traités-lois".

¹⁴ Cette analyse est provisoire et doit être approfondie.

Avis de droit adressé par la DDIP au Directeur de l'Institut Paul Scherrer le 14 juin 2004. Document inédit.

1.4 Qui, en Suisse, peut conclure des "mémoires d'entente" avec des autorités étrangères et à quelles conditions?

Le texte ici reproduit, issu de la DDIP, examine la compétence des unités administratives subordonnées en Suisse de régler directement et par écrit des questions spécifiques avec leurs homologues étrangers.

"a. Est-ce que l'Office fédéral des assurances privées peut conclure avec ses homologues étrangers des mémoires d'entente ...?"

La réponse à cette question dépend du contenu du Mémoire:

1) Si celui-ci est destiné à produire des effets juridiques en droit international et contient donc des obligations qui engagent la Confédération, la compétence de conclusion se détermine selon les règles constitutionnelles et légales d'approbation des traités internationaux: compétence de l'Assemblée fédérale en principe, compétence du Conseil fédéral si une loi ou un traité le prévoit,¹⁵ compétence d'une unité administrative subordonnée aux seules conditions de délégation de l'article 48a LOGA.¹⁶

2) Si l'instrument n'a aucun caractère contraignant en droit international public, le principe de base, conformément à la pratique, est celui de la compétence du Conseil fédéral.¹⁷ Comme exception à ce principe, les unités administratives subordonnées peuvent conclure des instruments internationaux non contraignants de leur propre compétence uniquement s'il s'agit d'ententes dont l'importance matérielle ou politique est limitée, soit d'instruments de nature organisationnelle, technique ou de pure mise en œuvre administrative d'une part et sans effet à l'égard de tiers d'autre part.

b. Dans l'affirmative, y a-t-il des restrictions?

1) Si l'accord entraîne des obligations juridiques concrètes avec des effets de droit international public, il faut suivre les règles constitutionnelles et légales d'approbation des traités internationaux, règles brièvement rappelées ci-dessus. En l'absence de délégation suffisante, la compétence n'appartient donc pas à l'Office).

2) Si l'accord n'entraîne *aucune obligation juridique* concrète, il appartient en principe au Conseil fédéral d'en décider la conclusion. (L')Office peut néanmoins le conclure de sa propre compétence s'il a une importance limitée en matière de conduite de la politique étrangère, c'est-à-dire s'il se borne à régler des questions de nature organisationnelle, technique ou de pure mise en œuvre administrative d'une part et s'il est sans effet à l'égard de tiers d'autre part.

c. Si tel est le cas, quelles sont ces restrictions?

1) En l'état, le modèle soumis semble contenir des obligations juridiques, malgré la formulation prudente des premières dispositions. En voici quelques exemples. Les paragraphes 8 et ss expriment l'idée que l'assistance doit être accordée aux conditions de l'accord ("will provide" au paragraphe 9, "confirmed within ten days" au paragraphe 14, "will" au paragraphe 21, "will notify", "will keep" et "will consult" aux paragraphes 27 et 30, etc.). La procédure décrite au paragraphe 18 ("in any case where a requested Authority is not satisfied ... it may require the (Director) ... to certify ...")¹⁸ donne l'impression d'une "voie de recours".

Si vous désirez formaliser un degré de collaboration qui oblige par exemple les Parties à fournir une assistance dès que certaines conditions nouvelles sont remplies, la conclusion d'un traité international - probablement de la compétence du Conseil fédéral selon le projet de loi précité - semble inévitable et, à notre avis, s'insère mieux dans l'objectif d'institutionnaliser la coopération décrite dans le modèle soumis. La pratique suisse cherche à éviter alors l'intitulé *Mémoire d'entente* réservé aux instruments non contraignants.

2) Si le modèle présenté est reformulé pour devenir un instrument *sans obligation juridique*, se pose la question de savoir si la compétence de conclusion appartient au Conseil fédéral ou à votre Office. Pour que l'(Office) puisse conclure seul un tel instrument, il s'imposerait d'atténuer toutes les expressions qui vont dans le sens de véritables obligations pour les Parties. Il faudrait par exemple préférer les termes "endeavour" ou "may" aux mots comme "will" (paragraphes 6, 21, 27 et 30 notamment) et donner un caractère facultatif à la procédure d'assistance des paragraphes 8 et ss. Enfin, sous l'angle des effets à l'égard de tiers (Drittwirkung), la collaboration prévue ne devrait en aucun cas aller au-delà de

¹⁵ L'article 184, alinéa 2, Cst. (...) dispose que le Conseil fédéral signe les traités et les ratifie et qu'il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale. L'article 166, alinéa 2, Cst. quant à lui prévoit qu'il appartient à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi (cf. article 7a LOGA (Loi fédérale sur l'organisation du Gouvernement et de l'administration, du 21 mars 1997), RS 172.010) ou d'un traité international.

¹⁶ Le Conseil fédéral peut subdéléguer à un département la compétence de conclure un traité international (article 48a, alinéa premier, première phrase, LOGA) "quand il s'agit de régler des questions de nature technique et administrative d'importance mineure. Cette délégation doit s'effectuer soit en tant qu'autorisation générale et abstraite prévue dans une ordonnance ou comme autorisation individuelle ou collective concrète sous la forme d'un arrêt du Conseil fédéral" (FF 1999 V 4492). Pour les traités internationaux de portée mineure, le Conseil fédéral peut également déléguer cette compétence à un groupement ou à un office (article 48a, alinéa premier, 2^e phrase, LOGA). "Le droit de conclure des traités fixant des règles de droit ne peut toutefois leur être délégué que si une base légale expresse existe à cet effet ... Cette procédure peut s'avérer nécessaire dans le cas d'adaptations régulières d'annexes de caractère très technique" (FF 1999 V 4492 et s.).

¹⁷ Ce principe a été constamment retenu pour des instruments qui traitent de questions dont la signification matérielle ou politique est importante dans la conduite générale des affaires étrangères de la Suisse. C'est en effet le Conseil fédéral lui-même qui, selon l'article 184, alinéa premier, Cst., est responsable des affaires étrangères - sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale - ainsi que de la représentation de la Suisse à l'étranger.

¹⁸ (Traduction:) "fournira"; "confirmera dans les dix jours"; "fera de sorte que"; "notifiera"; "conservera"; "consultera"; "dans tous les cas où l'Autorité requise n'est pas satisfaite ... elle demandera au (Directeur) ... d'attester".

ce que permettent les lois internes existantes (nous n'avons pas examiné dans les détails, sous cet angle, le modèle présenté)."

Lettre de la DDIP à l'Office fédéral des assurances privées du Département fédéral des finances, du 19 février 2004. Document inédit.

1.5 Procès-verbaux consécutifs à des rencontres internationales: qualification juridique

La "note interne" de la DDIP publiée ci-après en extraits a pour objet la valeur juridique des procès-verbaux rédigés à l'issue de rencontres internationales ("Arbeitsabsprachen").

"... Doctrine et jurisprudence

"Als völkerrechtlicher Vertrag ist ein Hoheitsakt zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten zu bezeichnen, mit welchem diese ihrem übereinstimmenden Willen Ausdruck geben, völkerrechtliche Verpflichtungen zu übernehmen oder entsprechende Rechtspositionen aufzugeben" ¹⁹ ("Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Staatsverträgen", avis de l'Office fédéral de la justice du 6 janvier 2004, p. 1²⁰).

La doctrine reconnaît en principe que *des procès-verbaux* rédigés à l'issue d'une rencontre internationale ne sont pas forcément compris dans la définition des traités internationaux au sens formel ou classique du terme, mais qu'ils *peuvent être considérés comme de vrais accords internationaux*. "Das in einer Schlussakte schriftlich festgelegte Ergebnis der KSZE (=OSZE) soll nach dem Willen der Teilnehmerstaaten nicht als rechtlich bindender völkerrechtlicher Vertrag gelten, obwohl darin hoheitsrechtliche Themen behandelt werden"²¹ (IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 10^e éd., Cologne 2000, n. 194, p. 48, à propos de l'Acte final d'Helsinki de 1975). Certains auteurs classent plus clairement dans les engagements non contraignants, qui ne constituent ni des traités solennels ni des accords en forme simplifiée, les documents tels les procès-verbaux qui relatent officiellement ce qui a été dit et fait lors d'une rencontre internationale, puisqu'ils ont souvent "comme objectif légitime de préciser les modalités d'application d'un traité ou de l'interpréter" (DOMINIQUE CARREAU, *Droit international*, 7^e éd., Paris 2001, n^{os} 530 et ss, p. 213). Mais il doit alors être clair que ces instruments ne fondent que des engagements moraux ou des obligations de comportement, mais en principe pas de résultat.

"Il n'existe pas de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international" (CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, affaire du *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce/Turquie) (CIJ, Recueil 1978), paragraphe 96. En vue de déterminer si un accord international a été conclu, il faut "tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré" (*ibid.*). La CIJ a eu l'occasion de répéter ces principes en 1994 en qualifiant de véritable traité international, créant pour les Parties des droits et des obligations en droit international, un "procès-verbal" signé à Doha le 25 décembre 1990 par les Ministres des affaires étrangères de Bahreïn, de Qatar et de l'Arabie saoudite, instrument qui ne se bornait pas à relater des discussions et à résumer des points d'accord et de désaccord, mais qui énumérait ce que les Parties (avaient) "convenu" et les engagements auxquels elles (avaient) consenti (CIJ, 1^{er} juillet 1994, affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales*, compétence et recevabilité, Qatar/Bahreïn, paragraphes 21 à 30).

Pour déterminer la véritable nature de tels instruments, il s'impose donc *d'examiner cas par cas la portée réelle d'un acte, à la lumière de son contenu et de la volonté des Parties* (avis de l'Office fédéral de la justice précité, p. 1²²; PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2^e éd., Genève 1985, n^o 73, pp. 36 et s.; cf. aussi articles 31 à 33 CV²³ et ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2000, pp. 41 et ss). Il faut donc analyser si, dans les faits, il résulte de ces actes quelque engagement (plutôt moral ou juridique? plutôt de comportement ou de résultat?). Les auteurs font souvent référence à cet égard au soft law, dont la nature est elle aussi pour le moins contestée.

En résumé, un simple procès-verbal rédigé à l'issue d'une rencontre internationale n'est en principe pas considéré comme un traité international s'il se borne à relater des discussions et à résumer des points d'accord et de désaccord. Il sied néanmoins de considérer *qu'un tel procès-verbal est un véritable traité international, source de droits et d'obligations si, en tenant compte du texte de l'acte d'une part et de la volonté des Parties d'autre part, il formalise ce que les Parties ont "convenu"*.

...

... Compétence, en Suisse, pour conclure de tels actes

En présence de véritables traités internationaux, c'est en principe le Parlement qui doit les approuver (article 166, alinéa 2, Cst.), sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international. En l'espèce, l'article 25 LSEE (Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)) prévoit que le Conseil fédéral peut conclure avec des Etats étrangers des conventions en matière de visas, des conventions sur la réadmission et le transit de personnes séjournant illégalement en Suisse (alinéa premier), que dans le cadre de conventions de réadmission et de transit le Conseil fédéral peut régler le transit sous escorte

¹⁹ (Traduction:) "Le traité international est un acte de souveraineté accompli par deux ou plusieurs sujets du droit des gens par lequel ceux-ci expriment leur volonté concordante d'assumer des engagements juridiques internationaux ou de renoncer à des droits."

²⁰ Voir cette *Pratique*, n^o 1.2.

²¹ (Traduction:) "Le résultat de la CSCE (Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe), fixé par écrit dans l'Acte final, ne doit pas être considéré, selon la volonté des Etats participants, comme étant un traité international contraignant, bien qu'il y soit question de thèmes relevant de la souveraineté." Pour le texte de cet acte, cf. FF 1975 II 939.

²² Voir cette *Pratique*, n^o 1.2.

²³ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

policrière (alinéa premier bis) et que le DFJP (Département fédéral de justice et police) peut, en accord avec le DFAE, conclure avec des autorités étrangères compétentes en matière de migrations ou avec des organisations internationales des conventions sur les modalités d'exécution des accords de réadmission et de transit (alinéa 2). Le DFJP n'a de compétence propre, en accord avec le DFAE, que pour l'exécution d'accords existants. En l'absence de tels accords, la compétence de conclure appartient au Conseil fédéral."

Note interne de la DDIP, du 21 décembre 2004. Document inédit.

1.6 Droit des traités: fonctions du depositaire

Le bref texte reproduit ci-dessous, émanant de la DDIP, porte sur les fonctions de depositaire de traités multilatéraux.

(Traduction)

"Les depositaires ont la pratique d'accueillir et de faire circuler les instruments renfermant des déclarations relatives à l'application limitée de traités, ou à leur non-application aux Territoires, laissant aux autres Parties le soin de tirer de ces déclarations les conclusions qui leur paraissent appropriées. Cette pratique correspond à celle également suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de depositaire.

Selon l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités,²⁴ "(à) moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des Parties à l'égard de l'ensemble de son territoire". On peut toutefois admettre que la pratique constante de certains Etats (qui possèdent encore des territoires "non métropolitains") relative au champ d'application territorial et l'absence générale d'objections à cette pratique ont "établi une intention différente" dans le sens de l'article 29.

Comme le rappelle l'article 76, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur le droit des traités, les fonctions du depositaire d'un traité ont un caractère international et le depositaire est tenu d'agir impartialement (voir également les articles 77 et 78)."

Communication de la DDIP du 5 avril 2004. Document inédit.

1.7 Traités internationaux: réserves (réciprocité)

Le passage reproduit ci-après provient d'un arrêt du TF en matière d'extradition. La France, Etat requérant, avait fait une réserve au traité applicable, soit la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1). Aux termes de cette réserve, qui concerne l'article premier de la convention, la France peut refuser l'extradition si celle-ci peut avoir des conséquences exceptionnelles pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de sa santé. La Suisse peut à son tour invoquer la réserve à titre de réciprocité.

"4.1 ... La Suisse comme Etat requis peut opposer à l'Etat requérant les réserves qu'il a faites, alors même que la Suisse n'en aurait pas formulé d'analogues et se montrerait sur ce point plus favorable à l'extradition (ATF 129 II 100, c. 3.2, p. 103; arrêts 1A.151/1998 du 3 septembre 1998 et 1A.307/1997 du 7 juillet 1998). Cela ne signifie pas toutefois que la Suisse comme Etat requis ne coopérerait avec l'Etat requérant que dans la même mesure que celui-ci serait disposé à prêter sa propre collaboration. L'Etat requis dispose en effet d'une marge d'appréciation à cet égard et le jeu des réserves ne doit pas conduire les Etats à ne s'entraider que dans la mesure de la réciprocité."

Arrêt du TF, du 7 décembre 2004, en l'affaire X. c. *Office fédéral de la justice* (c.4.1). Arrêt non publié.

1.8 Concurrence entre règles conventionnelles

Le passage qui suit est tiré d'un arrêt du TF. Il se rapporte au retrait de l'autorité parentale sur des enfants de nationalité iranienne ayant le statut de réfugiés: faut-il appliquer la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (ci-après: CG; RS 0.142.30), le Traité d'amitié et d'établissement du 25 avril 1934 entre la Suisse et la Perse (RS 0.142.114.361) ou la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (0.211.231.01)?

"Il reste à examiner si l'article 12, paragraphe premier, de la Convention de Genève exige dans cette affaire non seulement l'application du droit suisse, mais également la priorité face à la règle de droit international privé contenue dans la Convention d'établissement.

La CG ne contient aucune prescription pour le cas où l'une de ses dispositions serait en contradiction avec un autre accord. L'article 37 de cette convention règle uniquement le remplacement d'accords déterminés antérieurs. En conséquence, on peut recourir à la pratique internationale, selon laquelle la convention antérieure passée entre deux mêmes Etats trouve application seulement dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles de la convention ultérieure (article 30, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111; KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 4^e éd., Munich 1999, p. 131, n^{os} 18 et 19). Il résulte de ce qui précède que l'article 12, paragraphe premier, de la CG est applicable même s'il existe entre l'Iran et la Suisse - tous deux Parties à la CG - un traité plus ancien prévoyant un rattachement à la nationalité (voir (J.) STAUDINGER/(D.) BLUMENWITZ, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPRI*, Berlin 2003, n^o 64 de l'Annexe IV *ad* article 5 EGBGB). Milite en faveur de la

²⁴ Voir la note précédente.

priorité de l'article 12, paragraphe premier, de la CG le fait que ce dernier crée pour les réfugiés, en tant que groupe particulier de nationaux, une règle spécifique et plus détaillée (voir ANDREAS BUCHER, *Droit international privé suisse*, vol. II, Bâle 1992, p. 74, n° 155), qui doit empêcher, grâce au rattachement à la loi du domicile, que ne soit appliquée aux réfugiés la loi de leur Etat d'origine qu'ils ont dû fuir ou dans lequel ils n'ont trouvé aucun refuge. En outre, il n'y a aucun indice qu'on ne pourrait pas prendre des mesures aussi efficaces en vue de la protection des enfants du recourant en appliquant le droit suisse du domicile plutôt que le droit iranien (pour la notion de bien de l'enfant, voir ATF 129 III 250, c. 3.4.2, p. 255, JdT 2003 I 187, 192). Au vu de ce qui précède, il n'y a aucune critique à adresser à l'"Appellationshof" (Cour d'appel) pour avoir admis l'application du droit suisse au retrait de l'autorité parentale du recourant sur ses enfants qui vivent en Suisse en tant que réfugiés depuis plus de dix ans, voire depuis leur naissance, et qui - selon les déclarations-mêmes du recourant - veulent y rester."

Arrêt du TF, du 31 mars 2004, en l'affaire *Z. c. Commission de tutelle A.* JdT 2004 I 420, c. 3.2.3 (423-424); ATF 130 III 410.

1.9 Traités internationaux: suspension pour cause d'inexécution

La communication de la DDIP partiellement reproduite ci-après était destinée à l'Administration fédérale des contributions. Elle avait pour objet la mauvaise exécution par l'autre Partie contractante du Traité de double imposition entre la Suisse et l'Etat Z.

(Traduction)

"Du point de vue juridique, la suspension du Traité est une réaction possible à la mauvaise exécution par (l'autre Partie). Nous estimons donc, comme vous, que le traité avec Z. peut être suspendu, conformément à l'article 60, paragraphe premier, de la Convention de Vienne (du 23 mai 1969, RS 0.111) sur le droit des traités. D'après la procédure prévue par cette convention (article 65, paragraphe 2), l'autre Partie peut, en observant un délai, objecter à la suspension. Si une objection est faite, les Parties doivent rechercher une solution par les moyens mentionnés à l'article 33 de la Charte des Nations Unies (négociation, enquête, médiation, conciliation, arbitrage, recours aux organismes ou accords régionaux, autres moyens pacifiques de leur choix). Si aucune solution n'intervient dans les 12 mois, le différend peut être soumis à une commission de conciliation (article 66, lettre b, et Annexe à la convention).

Ainsi, si (l'Etat Z.) fait usage de son droit d'objecter à la suspension du traité, celle-ci ne peut avoir lieu, et il faudrait suivre la procédure décrite ci-dessus. A notre avis, la suspension n'a de sens que si la Suisse est prête à poursuivre cette affaire en cas d'objection de la part de Z."

Lettre de la DDIP, du 21 octobre 2004, à l'Administration fédérale des contributions du Département fédéral des finances. Document inédit.

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

(Voir aussi les n°s 1.1, 1.2, 3.9 et 7.2)

2.1 Droit international et droit interne: applicabilité directe des règles conventionnelles en droit suisse

Le bref passage qui suit, tiré d'un message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, définit ainsi les conditions de l'applicabilité directe des dispositions conventionnelles en droit interne:

"D'une manière générale, il y a lieu de préciser que la question de l'applicabilité directe des dispositions d'un traité international est réglée par les Etats eux-mêmes, à moins que le traité n'en dispose autrement. C'est par l'interprétation que les autorités chargées d'appliquer le droit concluent ou non à l'applicabilité directe d'une norme internationale. En Suisse, le Tribunal fédéral a développé une série de critères pour déterminer si une norme internationale est directement applicable. L'application directe de dispositions de droit international ("self-executing") suppose que celles-ci soient "considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité ... , inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète".²⁵

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 19 décembre 2004, relatif à l'approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale. FF 2004, p. 71.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n°s 7.1 et 7.4)

3.1 Reconnaissance des Etats: conditions; effet constitutif ou déclaratoire? Effets de la non-reconnaissance en ce qui concerne l'entraide internationale en matière pénale

Dans l'arrêt en partie reproduit ci-après, le TF examine la non-reconnaissance de la République de Chine (Taïwan) et le point de savoir si la Suisse peut accorder l'entraide judiciaire internationale à cette entité.

²⁵ ATF 111 V 201 (*Pratique suisse 1985*, n° 2.1, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 55); ATF 112 Ib 183 (*Pratique suisse 1986*, n° 2.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 154).

"5. Selon les recourants, la République de Chine ne serait pas un Etat reconnu, ce qui exclurait d'établir avec elle toute relation d'entraide.

5.1 La République de Chine a été proclamée par Sun Yat-sen le 1^{er} janvier 1912, après l'effondrement de l'Empire mandchou. En 1925, le Généralissime Chiang Kai-shek a succédé à Sun Yat-sen à la tête du Gouvernement. En 1937 a éclaté la guerre avec le Japon, qui a pris fin par la capitulation de celui-ci, le 14 août 1945. La Constitution a été adoptée le 25 décembre 1946 et Chiang Kai-shek élu Président de la République. En 1949, la rébellion communiste dirigée par Mao Tsé-toung a renversé le Gouvernement et occupé toute la Chine continentale. Après la proclamation de la République populaire de Chine, le 1^{er} octobre 1949, Chiang Kai-shek s'est replié à Taïwan avec une partie de son armée et de ses partisans, le 8 décembre 1949.

Taïwan (aussi anciennement appelée Formose) est une île d'une superficie de 36 000 km². Peuplée de 21 millions d'habitants et situé à 135 km des côtes de la Chine continentale, ce territoire a fait partie de l'Empire chinois de 1683 à 1895. Par le Traité de Shimonoseki conclu le 17 avril 1895,²⁶ l'Empire chinois a cédé Taïwan au Japon. Réunis au Caire le 1^{er} décembre 1943, les représentants du Royaume-Uni, des Etats-Unis et de l'Union soviétique ont manifesté leur intention de restituer Taïwan à la Chine (soit la République de Chine de l'époque) après la défaite de l'Axe. Dans son Acte de capitulation du 1^{er} septembre 1945,²⁷ le Japon a abandonné toute prétention sur Taïwan, qui a été occupée le 25 octobre 1945 par les troupes de la République de Chine. Depuis 1949, tant la République de Chine (réduite à la possession de Taïwan) que la République populaire de Chine ont prétendu représenter le seul Gouvernement légitime pour toute la Chine, y compris Taïwan. La République de Chine a occupé le siège réservé à la Chine dans le Conseil de sécurité de l'ONU de 1945 à 1971, époque à laquelle elle a été exclue de l'ONU et son siège attribué à la République populaire de Chine. Les Etats-Unis ont reconnu celle-ci en 1979, et établi des relations diplomatiques. Simultanément, ils ont rompu leurs relations avec Taïwan, tout en conservant avec elle des liens étroits (notamment économiques, financiers, culturels et militaires).

Au cours des dernières décennies, l'économie taïwanaise a connu un essor considérable. Depuis 1987, elle a intensifié ses échanges même avec la Chine continentale, dont elle est devenue l'un des principaux partenaires et investisseurs. Malgré son isolement diplomatique, Taïwan a pu se maintenir dans certaines organisations internationales. Elle est membre (simultanément avec la République populaire de Chine) de la Banque asiatique du développement, de l'Organisation pour la coopération économique de l'Asie et du Pacifique, du Forum du Pacifique-Sud et de l'Organisation mondiale du commerce. Il est à noter que depuis quelques années se manifestent dans la société taïwanaise (y compris sur le plan politique) des aspirations indépendantistes visant à abandonner la doctrine officielle de la souveraineté sur toute la Chine et à consacrer l'existence de deux Etats séparés, voire d'une confédération. Cette revendication se heurte à l'opposition de la République populaire de Chine, qui persiste à considérer Taïwan comme une province (provisoirement) séparée (...).

5.2 L'Etat se définit en droit international selon trois critères: un territoire; une population; un gouvernement effectif et indépendant (...). En l'occurrence, la République de Chine ne peut prétendre exercer sa souveraineté sur la Chine continentale, faute pour son Gouvernement d'exercer une autorité effective sur le territoire et la population qui forment la République populaire de Chine (...). Pour ce qui concerne l'île de Taïwan en revanche, la République de Chine présente tous les traits d'un Etat: elle occupe ce territoire depuis 1945; sa population (composée de Taïwanais de souche, de Chinois venus du continent et de leurs descendants, ainsi que d'une minorité aborigène) est importante, son indépendance (y compris à l'égard de la République populaire de Chine) indéniable (...).

5.3 Les Etats se reconnaissent mutuellement comme tels (...). Selon les conceptions dominantes, 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; la reconnaissance internationale n'est pas une condition nécessaire de l'accession au rang d'Etat, qui existe par lui-même (...).

Jusqu'à son exclusion de l'ONU le 25 octobre 1971, la majorité des Etats a reconnu la République de Chine comme le seul Etat chinois. Après 1979, un grand nombre d'entre eux, emboîtant le pas aux Etats-Unis, ont reconnu la République populaire de Chine et rompu leurs relations diplomatiques avec la République de Chine. Actuellement, seule une vingtaine d'Etats ont maintenu des relations diplomatiques avec Taïwan. Le statut de la République de Chine est ainsi ambigu. Sa reconnaissance internationale est limitée, mais pas au point d'être réduite à une entité mise à l'écart de la communauté internationale (comme par exemple la République turque de Chypre du Nord, reconnue par la seule Turquie). Son statut est plutôt comparable à celui des Etats dont la reconnaissance a été contestée par une partie de la communauté internationale, sans que cela ne remette toutefois en cause leur qualité de sujet du droit international (par exemple: Israël ou la République démocratique allemande de l'époque ...).

Dès 1950, la Suisse a considéré la République populaire de Chine comme le seul représentant légitime du peuple chinois, établi des relations diplomatiques avec elle et rompu les liens avec Taïwan (...). En 1991, le Conseil fédéral a répondu négativement au Conseiller national Cotti qui préconisait la reconnaissance de Taïwan (BO CN 1991, pp. 2516-2518). Or, seul le Conseil fédéral pourrait modifier la position de la Suisse, constante sur ce point depuis 1950 (article 184 Cst.²⁸). A cet égard, on ne saurait soutenir que demander ou octroyer l'entraide judiciaire à Taïwan équivaldrait à une reconnaissance, même implicite, de la République de Chine. Cela prive de son fondement

²⁶ Traité du 17 avril 1895 (G.-F. DE MARTENS, *Nouveau Recueil général de Traités*, 2^e série, t. XXI, p. 642).

²⁷ Acte du 2 septembre 1945 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 139, p. 387).

²⁸ Aux termes de cet article, le Conseil fédéral est chargé de la gestion des affaires étrangères de la Suisse, sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il signe les traités, les ratifie et les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

l'argument selon lequel l'exécution de la demande pourrait être interprétée comme un acte hostile à l'égard de la République populaire de Chine.

Le défaut de reconnaissance et l'absence de relations diplomatiques ne signifient pas que toute relation d'entraide avec Taïwan serait proscrite. Il n'est pas décisif à cet égard que la République de Chine ne fasse pas partie de l'ONU. Pour ne prendre que cet exemple, l'ONU n'a admis en son sein la République fédérale d'Allemagne qu'en 1973; cela n'a pas empêché la Suisse de passer avec elle plusieurs dizaines de traités (y compris dans le domaine de l'entraide judiciaire) dans l'intervalle.

5.4 Les recourants se réfèrent à un avis de droit établi le 26 novembre 2002 par deux professeurs de droit international. Selon ces experts, la reconnaissance de la Chine populaire par la Suisse empêcherait du même coup de considérer la République de Chine comme Etat. Taïwan constituerait uniquement une province chinoise, à laquelle aucune entraide ne pourrait, par définition, être prêtée. Cette approche formaliste ne tient pas suffisamment compte de la qualité d'Etat de Taïwan (c. 5.3 ci-dessus) et du fait que, nonobstant le défaut de sa reconnaissance, de nombreux Etats (y compris la Suisse) entretiennent des relations commerciales avec la République de Chine, à l'exclusion du domaine diplomatique. S'ajoute à cela que la conception de Taïwan comme province dissidente de la République populaire de Chine pose un problème délicat du point de vue du droit international, car hormis cette revendication, c'est le Gouvernement de Taipei (et non celui de Beijing) qui exerce son autorité effective sur l'île de Taïwan. Or, la demande d'entraide porte sur des faits qui se sont déroulés dans la sphère de puissance des autorités taïwanaises. Les prévenus sont des Chinois de Taïwan, où certains d'entre eux sont détenus. Une procédure pénale est ouverte qui peut conduire au renvoi des accusés devant des autorités de jugement à Taïwan. Le fonctionnement des institutions, notamment judiciaires, est assuré de manière continue. Même si la Suisse ne peut, par définition, passer des traités avec la République de Chine qu'elle ne reconnaît pas comme Etat, cela n'empêche pas des collaborations ponctuelles entre autorités, comme en l'espèce.

Les recourants le contestent, en faisant valoir une information de l'Office fédéral (de police du Département fédéral de justice et police), indiquant que l'entraide avec Taïwan serait impossible. Quelle que soit la valeur de ce renseignement, il suffit de constater que l'Office fédéral a transmis aux autorités taïwanaises la demande d'entraide du 2 octobre 2001 et reçu la demande taïwanaise du 26 novembre 2001 (cf. article 17, alinéa 2, première phrase, EIMP²⁹). Cela montre bien que l'Office fédéral, quoi qu'il en ait dit par ailleurs, considère qu'il est possible de demander et d'accorder l'entraide à Taïwan.

5.5 En conclusion, les autorités suisses peuvent demander et accorder l'entraide judiciaire en matière pénale aux autorités de Taïwan, sans que cela modifie la position de la République populaire de Chine, seul Etat chinois reconnu par la Suisse. Le défaut de reconnaissance de la République de Chine a pour conséquence l'absence de relations diplomatiques. Il s'ensuit que la demande n'a pas été acheminée par l'entremise d'une représentation officielle en Suisse, mais par une délégation culturelle et économique organisée sous forme d'association au sens des articles 60 et ss CC.³⁰ Ce procédé inhabituel qui résulte de la force des choses ne change rien au caractère officiel de la démarche des autorités taïwanaises et ne remet pas en discussion la validité de la demande à cet égard. Pour le surplus, contrairement à ce que disent les recourants, il arrive que l'Etat requérant désigne un mandataire en Suisse pour les besoins de la procédure: tel a notamment été le cas du Pakistan et de l'Ethiopie. Au demeurant, la loi ne s'y oppose pas. On ne saurait ainsi reprocher à l'Office fédéral et au Juge d'instruction d'avoir communiqué avec les autorités de Taïwan par un canal informel."

Arrêt du TF, du 3 mai 2004, en l'affaire *Wang c. Office fédéral de la police*. ATF 130 II 217, c. 5 (220-225).

3.2 Immunité des chefs d'Etat en mission officielle. Immunité d'exécution des Etats étrangers

La note qui suit, œuvre de la DDIP, porte sur la visite d'un chef d'Etat étranger au "Forum de Davos" et sur la possibilité de séquestrer l'avion présidentiel.

"1. Le Président (B.), avec son épouse, le Ministre des Affaires étrangères et le Gouverneur de la Banque centrale, se rendront au Forum de Davos. En visite officielle en Suisse, ils sont couverts par l'article 21 de la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2).

Aux termes de cette disposition, le chef de l'Etat d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, des facilités, privilèges et immunités qui sont reconnus par le droit international aux chefs d'Etat en visite officielle. Or, le droit international, en particulier coutumier, reconnaît au chef de l'Etat d'envoi qui séjourne dans un Etat étranger à titre officiel l'inviolabilité de sa personne. De plus, cette inviolabilité s'étend à sa résidence, à ses biens, à ses bagages et à sa correspondance.

Dans un arrêt très récent du 14 février 2002, la Cour internationale de Justice vient de confirmer l'immunité des dirigeants en fonction. La Cour a en effet jugé que l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Ministre des Affaires étrangères de la République démocratique du Congo constituaient une violation par la Belgique de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité reconnues à ce dernier, en exercice, par le droit international.³¹

2. Au surplus, il s'agit d'examiner si l'avion présidentiel peut être séquestré pour honorer une dette de l'Etat (Z.).

²⁹ Voir la note 1.

³⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

³¹ Affaire *Yerodiyi* (Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2002, p. 3.

L'aéronef d'un Etat étranger, dans lequel se déplace un chef d'Etat en mission officielle accompagné de personnalités de haut rang, est sans conteste un bien affecté à une tâche de puissance publique. Un juge suisse ne peut dès lors que constater qu'un tel avion doit être considéré comme insaisissable.

Pour ce faire, le juge se fondera sur la jurisprudence suisse selon laquelle un séquestre portant sur des biens appartenant à un Etat étranger ne peut pas être autorisé si les biens sont affectés à une tâche qui incombe à l'Etat étranger comme détenteur de la puissance publique.

Il n'est pas nécessaire que les biens en question soient utilisés à l'occasion d'une visite officielle. C'est ainsi que l'avion du Président (A.), qui se trouvait en visite privée en Suisse en 1994, avait été considéré comme insaisissable et libéré du séquestre qui avait été requis.

3. Cette thèse de l'insaisissabilité de l'aéronef d'un chef d'Etat séjournant dans un Etat étranger est renforcée par la Convention pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs, du 29 mai 1933 (RS 0.748.671). L'article 3, lettre a, prévoit que les aéronefs affectés exclusivement à un service d'Etat sont exempts de saisie conservatoire. De surcroît, l'article 86 de la Loi fédérale sur l'aviation (du 21 décembre 1948) (RS 748.0), qui se lit en liaison avec l'article 81, prévoit que les aéronefs étrangers, dont ceux qui sont affectés à un service d'Etat, sont exempts de mesures conservatoires, pour autant que l'Etat étranger assure la réciprocité.

Dans le cas présent, nous ne pensons pas qu'il serait opportun de requérir une déclaration de réciprocité de la part de (l'Etat Z.), étant donné que le caractère de bien affecté à une tâche de puissance publique serait indéniablement reconnu s'agissant de l'avion présidentiel du Président (B.) en visite officielle en Suisse."

Note de la DDIP du 12 janvier 2004. Document inédit.

3.3 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et de leurs agents

Dans un arrêt récent, le TF a eu à décider si une juge d'instruction espagnole ayant délivré un mandat international contre le recourant jouissait, en Suisse, de l'immunité d'Etat pour l'action consécutive en responsabilité civile ouverte contre elle par le recourant. Le Tribunal répondit par l'affirmative.

"2.1 Même si elle ne relève pas de l'ordre public, la question de l'immunité de juridiction, que le juge ne peut pas soulever d'office mais qu'il doit trancher lorsqu'elle est invoquée, doit être examinée d'entrée de cause, avant de procéder sur le fond (ATF 124 III 382, c.3b, p. 387 et les références), ceci d'autant plus que le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs que les parties plaident, à teneur de l'article 63, alinéa premier, OJ,³² et qu'il peut adopter une autre argumentation juridique que celle retenue par la cour cantonale.

L'Etat souverain, disposant de la personnalité juridique de droit international, est le titulaire par excellence des immunités de l'Etat étranger (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne 1998, p. 348) qui présentent deux aspects, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, cette dernière étant en général la simple conséquence de l'autre (ATF 124 III 382, c. 4a *in fine*, p. 389). Les immunités de l'Etat sont destinées à garantir le respect de sa souveraineté lorsque ses agents, sa législation ou ses biens sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre Etat. L'absence de toute hiérarchie entre les Etats exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat, conformément à la maxime selon laquelle *par in parem non habet jurisdictionem*, les immunités étant une exception au principe de la souveraineté territoriale (PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, pp. 450-451; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin 1984, § 1168, p. 763). Comme l'Etat étranger agit par l'intermédiaire de ses organes, qui ne possèdent pas eux-mêmes la personnalité juridique de droit international, le comportement de ces derniers est imputé à l'Etat lui-même, qu'il s'agisse d'un ministère, d'un département, d'un office, d'une représentation diplomatique ou encore d'autres entités dépendantes de l'Etat (KREN KOSTKIEWICZ, *op. cit.*, p. 350).

Aujourd'hui, l'immunité de juridiction est comprise selon la théorie de l'immunité restreinte, qui n'est garantie qu'en rapport à des actes de souveraineté (*jure imperii*), l'Etat étranger ne pouvant se soustraire aux tribunaux pour ce qui concerne ses actes de gestion (*jure gestionis*), telle que l'a reconnue pour la première fois la Cour de cassation de Belgique en 1903 (JOE VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles 2000, pp. 736-737; VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, § 1169, pp. 763-764; EMMANUEL DECAUX, *Droit international public*, 3^e éd., Paris 2002, n. 352, p. 291; PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit international public*, 5^e éd., Paris 2000, n. 115, p. 115; BÉATRICE BRANDENBERG BRANDL, *Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht*, thèse St-Gall 1991, pp. 56-57; JEAN-FRANÇOIS EGLI, *L'immunité des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: *Centenaire de la LP*, Zurich 1989, p. 206). Dès 1918, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette conception restreinte ou restrictive de l'immunité des Etats, le critère de la nature intrinsèque de l'opération envisagée étant déterminant pour savoir si l'acte fondant la créance litigieuse relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique inscrit dans une activité économique privée, l'Etat étranger intervenant par ses organes dans cette dernière au même titre qu'un particulier (ATF 124 III 382, c. 4a, pp. 388-389 et les références; J.P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., Berne 2001, pp. 444-445; MALCOLM N. SHAW, *International Law*, 4^e éd., Cambridge 1997, pp. 500-501).

Agissant au nom de l'Etat étranger, les organes bénéficient de l'immunité de juridiction dans l'Etat du for lorsqu'ils accomplissent, dans leur fonction, des actes de souveraineté à l'occasion desquels une action en justice dirigée contre eux doit être considérée comme une action dirigée contre leur propre Etat (VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, § 1177, p. 773). Ainsi, à côté de l'immunité de juridiction traditionnellement reconnue au personnel diplomatique et consulaire (KREN

³² Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, dans sa teneur du 20 décembre 1968 (RS 173.110).

KOSTKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 76 et ss) ainsi qu'aux chefs d'Etats et autres membres de gouvernements (KREN KOSTKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 90 et ss), le cercle des bénéficiaires de l'immunité d'Etat s'élargit. En effet, il arrive que l'immunité soit accordée même quand l'action n'est pas directement engagée contre l'Etat en son nom propre, mais contre le gouvernement d'un Etat souverain, contre le souverain, contre le chef d'Etat ou contre l'un des organes, ministère ou département du gouvernement, ou contre ses organes subsidiaires, voire contre des organismes ou des institutions de l'Etat, en raison d'actes accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique (SOMPONG SUCHARITKUL, *L'immunité des Etats*, in: *Droit international, Bilan et perspectives*, t. 1, Paris 1991, pp. 347 et ss, aux pp. 351-352). En ce qui concerne l'immunité des Etats étrangers, et singulièrement l'immunité de juridiction, il faut donc entendre par "Etat étranger", outre la personne étatique elle-même, toute autorité devant être considérée comme un démembrement de l'Etat, délégataire ou dépositaire des fonctions qu'il entend exercer, en application directe de ses compétences en tant qu'Etat souverain, au bénéfice de sa "puissance publique", pour reprendre une terminologie du droit interne (DUPUY, *op. cit.*, n. 115, p. 115, déjà cité). Seuls sont exclus de l'immunité les agents intervenant secrètement à l'étranger au service d'un Etat, par exemple pour fait d'espionnage (VERDROSS/SIMMA, *op. cit.*, § 1177, pp. 773-774, note 52) ou d'homicide intentionnel (IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales*, in: *Droit international* 1, Paris 1981, pp. 113 et ss, 114).

2.2 En l'espèce, la défenderesse, en sa qualité de juge d'instruction espagnole, est chargée de conduire une procédure pénale pour prévention de soustraction de mineurs au sens des articles 223 et 226 du Code pénal espagnol, contre le demandeur, dans le ressort judiciaire du Tribunal de Z. A cette occasion, la juge d'instruction a décerné un mandat d'arrêt international qui a ensuite donné lieu à la diffusion d'une demande d'arrestation en vue d'extradition visant le demandeur. Ainsi, la juge d'instruction de Z. a exercé, dans le cadre de ses compétences, un acte d'autorité exprimant en cette matière la souveraineté de l'Espagne, en procédant conformément à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (CEEextr; RS 0.353.1), à laquelle le Royaume d'Espagne et la Confédération suisse sont Parties. La délivrance du mandant d'arrêt international est caractéristiquement un acte d'un magistrat espagnol exerçant dans son domaine et à son niveau la puissance publique du Royaume d'Espagne; à ce titre, la juge d'instruction n'est susceptible de rendre compte de l'exercice de ses fonctions qu'à ce dernier.

Dans ce sens, en vertu du principe d'égalité des Etats et de l'absence de hiérarchie entre eux, il n'y a pas lieu de soumettre à un tribunal suisse le contrôle des agissements d'une juge d'instruction espagnole dans l'accomplissement des tâches de droit public que lui a confiées l'Etat espagnol. La juge d'instruction, ayant agi comme délégataire de la souveraineté du Royaume d'Espagne dans le domaine de la répression des infractions et de l'application des codes pénal et de procédure pénale, peut invoquer avec succès le principe de l'immunité de juridiction à l'égard de l'Etat du for, dans la mesure où l'action en responsabilité civile introduite devant les tribunaux genevois contre elle touche en fait le fonctionnement de la justice pénale de l'Espagne et la jurisprudence de ce pays."

Arrêt du TF, du 21 novembre 2003, dans la cause A. c. B. ATF 130 III 136, c. 2.1, 2.2 (141-143).

3.4 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et limites de ces principes. Immunité et inviolabilité des représentations diplomatiques étrangères et de leurs locaux; levée de l'immunité

L'Ambassade de l'Etat G. louait, à Berne, un immeuble pour sa chancellerie et comme résidence. Le propriétaire ayant manifesté l'intention d'aliéner l'immeuble, l'Etat G. exprima le désir de s'en porter acquéreur et contacta plusieurs banques suisses en vue d'obtenir un prêt. Les banques émisent un avis favorable aux conditions suivantes, découlant de l'inviolabilité des locaux en question: 1) l'inscription d'une hypothèque sur la propriété et 2) la garantie d'une banque internationale. L'Etat G. répondit qu'il n'était pas en mesure d'offrir une garantie bancaire additionnelle mais qu'il était prêt à renoncer à l'immunité et qu'il demandait l'autorisation du DFAE de procéder de la sorte. Voici une note de la DDIP traitant de la question:

"Le fait que le débiteur soit un Etat et que le bien sur lequel l'hypothèque est constituée abrite les locaux d'une mission diplomatique et la résidence du chef de mission entraîne les conséquences suivantes.

1) En premier lieu, les droits réels d'un Etat dans un autre Etat sont protégés par les règles générales de l'immunité des Etats. Selon la conception suisse, l'immunité de l'Etat n'est pas absolue; il bénéficie de celle-ci lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*). En l'espèce, le bâtiment qui serait grevé de l'hypothèque abrite la chancellerie et la résidence; il est ainsi utilisé aux fins de l'exercice d'une tâche publique. Il s'ensuit que, par principe, ces locaux sont exempts de mesures d'exécution telles que la saisie dans le cadre de la réalisation d'un gage. Dès lors, pour grever l'immeuble d'une hypothèque, (*l'Etat G.*) doit renoncer expressément à son immunité de juridiction et d'exécution.

En l'espèce, l'Ambassade a déjà fait savoir, dans sa note, que le Gouvernement (de G.) est prêt à renoncer à son immunité. Pour ce faire, un document écrit dans lequel les autorités (de G.) déclarent expressément renoncer à l'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat dans le cadre de la constitution et de l'exécution d'une hypothèque grevant l'immeuble ... est nécessaire. Il y a lieu de souligner qu'il n'appartient pas au DFAE de donner une autorisation ni à la constitution d'une hypothèque, ni à la renonciation de l'immunité de l'Etat (G.).

2) Au-delà des règles de droit international relatives à l'immunité de juridiction de l'Etat, il convient encore d'examiner les privilèges et immunités consacrés par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³³ auxquels pourrait se heurter la réalisation d'une hypothèque. Il s'agit, en l'espèce, essentiellement de l'article 22, paragraphes premier et 3, de la convention susmentionnée.

³³ RS 0.191.01.

L'article 22 de la convention de Vienne prévoit, à son paragraphe premier, que les locaux de la mission sont inviolables et qu'il n'est pas permis d'y pénétrer sauf avec le consentement du chef de la mission. Le paragraphe 3 de cette disposition stipule que les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie ou mesure d'exécution. Il convient encore de préciser que, conformément à l'article premier, lettre i, de ladite convention, l'expression "locaux de la mission" s'entend des bâtiments ou des parties de bâtiments et du terrain attenant qui, quel qu'en soit le propriétaire, sont utilisés aux fins de la mission, y compris la résidence du chef de la mission.

Ces dispositions relatives à l'inviolabilité des locaux ne protègent pas la propriété en tant que droit réel. Ainsi, dans la mesure où le gage pourrait être réalisé, c'est-à-dire vendu, sans qu'il ne soit nécessaire de pénétrer dans l'enceinte de la mission, cette réalisation ne se heurte pas au principe de l'inviolabilité. Le transfert de propriété s'opère, comme indiqué ci-dessus, conformément à la législation de l'Etat accréditaire à laquelle toutes les personnes bénéficiant de privilèges et immunités sont soumises en vertu de l'article 41 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

En revanche, l'usage paisible de l'immeuble est protégé et, de ce fait, l'inviolabilité des locaux de la mission diplomatique pourrait s'opposer à l'accomplissement de certains actes liés à la réalisation du gage. C'est ainsi qu'une visite des lieux ne pourrait être admise qu'avec l'accord du chef de mission. De même, une fois la propriété transférée, le nouveau propriétaire se heurterait à l'inviolabilité garantie par l'article 22 de la convention de Vienne et ne pourrait obtenir l'expulsion des locaux de la mission. Au surplus, tous les actes de notification doivent être effectués par la voie diplomatique.

Pour que la banque puisse valablement faire valoir son gage et procéder à la réalisation de l'immeuble, il est ainsi nécessaire que le chef de mission "renonce" à l'inviolabilité des locaux dans le strict cadre de la procédure en réalisation du gage immobilier grevant l'immeuble abritant les locaux de la mission et la résidence. Comme le prévoit l'article 22, paragraphe premier, de la convention de Vienne susmentionnée, le chef de mission peut donner son consentement à ce que l'inviolabilité des locaux soit levée. Même si l'inviolabilité des locaux constitue un des principes fondamentaux des relations diplomatiques, nous pourrions néanmoins concevoir que le chef de mission prenne l'engagement de "renoncer" à l'inviolabilité des locaux dans le cadre de la réalisation du gage grevant l'immeuble abritant les locaux de la mission et de la résidence.

Dans la mesure où la personne du chef de mission peut être appelée à changer et afin de s'assurer de la validité en tout temps de la "renonciation" à l'inviolabilité des locaux, l'engagement dans ce sens du chef de mission devrait reposer sur un accord écrit du Gouvernement (de G.).

En conclusion:

a. (L'Etat G.) doit renoncer à son immunité de juridiction et d'exécution afin que son droit de propriété soit restreint par l'inscription d'une hypothèque et que le gage grevant l'immeuble puisse être réalisé. La renonciation à se prévaloir de l'immunité de juridiction et d'exécution dans le cadre de la constitution et de la réalisation d'une hypothèque doit être écrite et expresse.

b. L'inviolabilité des locaux de la mission consacrée par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ne fait pas, en tant que telle, obstacle à la vente forcée de l'immeuble; toutefois, elle est de nature à empêcher l'accomplissement de certains actes requis par la procédure de réalisation du gage ou liés au transfert de propriété.

c. En sus de la renonciation à l'immunité de l'Etat, il est dès lors nécessaire que le chef de mission "renonce", dans le cadre de la procédure de réalisation du gage, à l'inviolabilité des locaux de la mission. Un tel engagement devrait être pris sur la base d'une déclaration écrite du Gouvernement (de G.) dans ce sens."

Note de la DDIP du 5 janvier 2004, adressée au Service du Protocole du DFAE. Document inédit.

3.5 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers; limites de ces principes. Immunité et inviolabilité des représentations diplomatiques étrangères et de leurs locaux; levée de l'immunité

Répondant aux questions posées par un établissement bancaire suisse qui envisageait de conclure des contrats de leasing immobilier avec des Etats étrangers pour loger leurs missions diplomatiques, la DDIP exposa ce qui suit:

"1. Le contrat de leasing immobilier conclu avec un Etat étranger (à noter que la mission elle-même n'a pas de personnalité juridique; elle est un organe de l'Etat qu'elle représente) serait soumis au droit suisse. Selon la conception suisse, l'immunité de juridiction de l'Etat n'est pas absolue; il bénéficie de celle-ci lorsqu'il accomplit des actes de puissance publique (*jure imperii*). Lorsqu'il agit comme titulaire d'un droit privé, comme n'importe quel particulier, il peut être assigné devant les tribunaux suisses. En l'espèce, l'Etat étranger qui conclut avec votre établissement un contrat de leasing immobilier le fait au même titre que n'importe quel particulier. Il peut donc être poursuivi devant les tribunaux suisses (avec la particularité que les actes judiciaires destinés à un Etat étranger sont notifiés par la voie diplomatique). Il ne jouirait donc pas de l'immunité de juridiction. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, l'immunité d'exécution de l'Etat protège les biens se trouvant en Suisse et qui sont affectés au service diplomatique de cet Etat ou à d'autres tâches lui incombant comme détenteur de la puissance publique. En l'espèce, les locaux, objet du contrat de leasing immobilier, abriteraient la mission diplomatique d'Etats étrangers. Il s'agirait donc de locaux utilisés aux fins de l'exercice d'une tâche publique. De ce fait, l'Etat étranger jouirait de l'immunité d'exécution.

Relevons encore qu'il est d'usage que les litiges qui surviennent avec des Etats étrangers essaient d'être d'abord résolus (*sic*) par la voie diplomatique. Cela signifie que, lorsqu'un Etat ne s'acquitte pas de ses dettes, le créancier peut

s'approcher du Département fédéral des affaires étrangères afin que ce dernier effectue une démarche diplomatique auprès de l'Etat débiteur.

2. Si une procédure judiciaire devait s'avérer nécessaire, le propriétaire peut demander l'expulsion du locataire. La procédure d'expulsion est toujours dirigée contre l'Etat même si la mission occupe effectivement les lieux. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, l'exécution d'une mesure d'expulsion se heurterait à l'*immunité d'exécution* de l'Etat en cause. Par ailleurs, elle se heurterait également aux privilèges accordés aux missions diplomatiques et à leurs membres par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). En effet, conformément à l'article 22 de celle-ci, les missions diplomatiques jouissent de l'inviolabilité des locaux; il n'est pas possible pour les agents suisses d'y pénétrer sans le consentement du chef de mission et, enfin, les locaux de la mission, leur ameublement, et les autres objets qui s'y trouvent ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Par ailleurs, conformément à l'article 29 de la convention de Vienne susmentionnée, la personne de l'agent diplomatique est inviolable. Cela signifie qu'une expulsion ne pourrait être effectivement réalisée en raison de l'inviolabilité dont jouissent les locaux de la mission et la personne de l'agent diplomatique. *Les inviolabilités dont il est question ici constituent la base juridique de l'immunité d'exécution décrite sous (le) chiffre premier ci-dessus.*

3. La seule possibilité pour vous assurer qu'une procédure d'expulsion peut être effective consiste ainsi à obtenir de l'Etat étranger co-contractant une *déclaration écrite par laquelle il déclare renoncer à invoquer son immunité d'exécution*. Par ailleurs, il serait également nécessaire que l'Etat *renonce expressément à l'inviolabilité des locaux de la mission et des personnes s'y trouvant* dans le strict cadre de l'exécution du présent contrat de leasing immobilier. Ces déclarations peuvent ensuite faire partie intégrante du contrat."

Lettre de la DDIP du 24 mai 2004. Document inédit.

3.6 Immunité de juridiction des Etats étrangers et actes accomplis *jure gestionis*. Inviolabilité des locaux des représentations diplomatiques et des postes consulaires

Le texte ci-après est tiré d'une lettre adressée par la DDIP à la succursale suisse d'une société allemande qui désirait savoir si elle pouvait conclure des contrats de leasing en matière de technique d'information avec des représentations diplomatiques et des postes consulaires étrangers en Suisse, et comment il conviendrait de procéder, le cas échéant, en cas d'inobservation de ces contrats.

"1. Les missions permanentes, établies auprès d'organisations internationales en Suisse, les missions diplomatiques (ambassades) et les postes consulaires (consulats) n'ont pas de personnalité juridique. Ils sont des organes de l'Etat qu'ils représentent. Il s'ensuit que le partenaire juridique des contrats conclus par votre entreprise est l'Etat étranger lui-même, représenté par sa mission diplomatique ou permanente. A ce titre, un contrat de leasing peut être signé par le chef de mission (ambassadeur) de la représentation étrangère, en sa qualité de représentant de l'Etat. Mais l'Etat est la seule entité juridiquement responsable de l'exécution de ce contrat.

2. Que se passe-t-il si l'Etat étranger ne respecte pas les obligations financières découlant du contrat de leasing? Le droit international reconnaît aux Etats une immunité de juridiction, soit le fait pour ces Etats de ne pas être soumis aux tribunaux nationaux d'autres Etats. Le Tribunal fédéral suisse considère toutefois que l'immunité de juridiction des Etats n'est pas absolue: elle existe lorsque l'Etat accomplit des actes de puissance publique. Mais, lorsque l'Etat agit comme titulaire d'un droit privé, comme n'importe quel particulier, il peut être assigné devant les tribunaux suisses, à la condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie ait un lien avec le territoire suisse. En l'espèce, l'Etat étranger qui conclut avec votre société un contrat de leasing le fait au même titre que n'importe quel particulier. Il s'ensuit que, dans le cadre d'un litige au sujet de l'exécution de ce contrat, l'Etat étranger ne pourrait pas faire valablement valoir son immunité de juridiction. Il peut donc être poursuivi devant les tribunaux suisses.

A noter que la particularité d'une telle procédure réside dans le fait qu'on ne peut pas notifier directement un acte judiciaire à un Etat étranger; les transmissions d'actes se font par la voie diplomatique, soit par l'intermédiaire des Ministères des Affaires étrangères.

3. Dans le cadre d'une procédure contre un Etat étranger qui ne s'acquitterait pas de ses obligations financières, est-il possible d'obtenir judiciairement la restitution des objets mis en leasing? Les missions diplomatiques et permanentes jouissent de l'inviolabilité des locaux; il n'est pas possible pour les agents suisses d'y pénétrer sans le consentement du chef de mission et, enfin, les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution (article 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³⁴). Ainsi, en raison de cette inviolabilité, il ne serait pas possible d'obtenir, par la voie de la saisie, la restitution du matériel mis en leasing. Ceci s'applique *mutatis mutandis* aux postes consulaires."

Lettre de la DDIP du 3 mai 2004. Document inédit.

3.7 Notions d'organisation internationale ou intergouvernementale et d'organisation non gouvernementale

La présente note, rédigée par la DDIP, examine le point de savoir si la Conférence européenne des directeurs des routes (CEDR) peut être qualifiée d'organisation internationale au sens de l'article 2 de l'Ordonnance du DFAE, du 8 mars 2002, sur les prestations accordées aux employés de l'administration

³⁴ Voir la note précédente.

fédérale en vue de leur engagement par des organisations internationales (ci-après: l'Ordonnance; RS 172.220.111.310.I).

"Analyse juridique

(L'article 2 de l'Ordonnance) prévoit que "sont considérées comme des organisations internationales les organisations intergouvernementales ayant la personnalité juridique internationale, le Comité international de la Croix-Rouge et les organisations internationales non gouvernementales à caractère intergouvernemental prédominant".

Il s'impose donc d'analyser si la CEDR est:

- a) une organisation intergouvernementale ayant la personnalité juridique internationale, ou
- b) une organisation internationale non gouvernementale à caractère intergouvernemental prédominant.

a) Selon la définition, de la Commission du droit international (CDI), largement retenue par la doctrine, l'*organisation internationale (intergouvernementale)* est "un groupement d'Etats établi par convention, doté d'une constitution et d'organes communs, possédant une personnalité distincte de celle de chacun des Etats qui la composent et ayant la qualité de sujet du droit international avec compétence pour conclure des traités " (Annuaire CDI 1963-II, p. 175). Plusieurs éléments doivent donc être (réunis) pour que l'on soit en présence d'une organisation intergouvernementale, une importance supplémentaire pouvant être accordée aux trois premières conditions:

1. fondement conventionnel (traité multilatéral de droit international public);
2. propres organes, créés par la volonté des Parties (nature institutionnelle);
3. organes avec volonté propre, distincte de celle des Parties (entité distincte);
4. les membres sont des sujets de droit international public (en particulier les Etats);
5. but commun, en général durable, des Parties contractantes (*affectio societatis*);
6. personnalité juridique internationale, en particulier capacité de conclure des traités.

En l'espèce, il n'est pas indispensable d'analyser point par point ces éléments, puisqu'il appert d'emblée que la CEDR ne satisfait pas, au moins, la première et la dernière conditions. En effet, la CEDR n'a pas de personnalité juridique internationale et ses Statuts ne constituent pas un traité international: il s'agit plutôt d'une forme de coopération qui, selon la volonté des Parties, doit rester souple et informelle (...) et dont les statuts semblent destinés principalement à permettre à la CEDR d'avoir une personnalité juridique dans le droit interne de l'Etat où elle a son siège, la France. D'autres conditions, comme celle de la volonté propre, voire celle de la qualité des membres ou du but, ne sont peut-être, elles non plus, pas forcément satisfaites.

b) Une *organisation non gouvernementale* (ONG) se caractérise en principe surtout par son aspect d'institution privée (cf. article premier de la Convention européenne du 24 avril 1986 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales; RS 0.192.111), dont les membres sont avant tout des personnes physiques ou morales. Des Etats ou d'autres sujets du droit international public peuvent toutefois être admis comme membres de certaines ONG (appelées alors "mixtes").

En l'espèce, la CEDR est composée exclusivement de représentants et d'adjoints désignés par chaque "pays membre", des administrations routières nationales (...), ce qui permet d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une ONG, mais d'une forme d'organisation à caractère exclusivement étatique, sans avoir pour autant, comme il a été dit ci-dessus, le caractère d'une organisation intergouvernementale au sens du droit international public."

Note de la DDIP, adressée le 8 janvier 2004 à la Division politique III du DFAE. Document inédit.

3.8 Statut des organisations non gouvernementales et de leur personnel en Suisse, particulièrement sous l'angle fiscal

Voici un extrait d'une lettre adressée par la DDIP à une fiduciaire:

"Les organisations internationales non gouvernementales (ONG) qui s'établissent en Suisse se créent en la forme de l'association ou de la fondation de droit suisse. ...

... une ONG qui poursuit un but d'utilité publique peut être mise au bénéfice - par les autorités fiscales compétentes - d'une exonération des impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur le revenu et la fortune. Cette exemption ne s'étend toutefois pas aux salaires et indemnités versés par l'organisation à son personnel, pour lesquels aucune facilité ne peut être accordée en dehors des règles du droit ordinaire. Pour ce qui concerne l'admission des employés étrangers, la Suisse s'efforce de donner une suite favorable aux demandes présentées par les ONG, pour autant qu'elles concernent des postes de dirigeants ou de spécialistes. Les demandes à cet égard sont à présenter aux autorités compétentes en matière de séjour et d'établissement des étrangers."

Lettre envoyée le 16 avril 2004 par la DDIP à une fiduciaire. Document inédit.

3.9 Immunité de juridiction des organisations internationales et accès des individus aux tribunaux. Traités internationaux: interprétation. Droit international et droit interne

Dans une affaire dont les faits sont décrits en détail dans la présente chronique (n° 4.2), le DFAE a refusé d'intervenir en vue d'obtenir le règlement d'un différend sur des questions de droit civil en raison de l'immunité de juridiction absolue couvrant l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) en vertu de l'Accord de siège conclu par elle avec la Suisse le 11 juin 1955 (RS 0.192.122.42). La question s'est alors posée de savoir si ce refus du DFAE violait l'article 6, paragraphe premier, de la Convention

européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101). La disposition en question garantit notamment l'accès des individus aux tribunaux, droit qui aurait été violé par la décision du Département confirmée par une décision du Conseil fédéral du 14 janvier 2004. Les instances saisies avaient refusé de contraindre le CERN à se soumettre à une procédure arbitrale. Voici les considérations émises par le TF sur la relation entre l'immunité absolue des organisations internationales et la garantie d'accès au juge contenue à l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH:

"4.1 ... l'obligation d'accorder une protection judiciaire aux cocontractants du CERN, dans leurs relations de droit privé avec cette Organisation, est assumée par un système de tribunal arbitral *ad hoc* prévu dans des clauses contractuelles, ou des conditions générales annexées aux contrats, évitant tout contrôle judiciaire étatique en raison même de l'immunité de juridiction absolue reconnue à l'organisation internationale (ATF 118 Ib 562, c. 1b *in fine*, p. 566 et les références³⁵).

L'exclusion de tout contrôle juridictionnel étatique est donc corrigée par le recours à un tribunal arbitral, ou à tout autre moyen que peut recouvrir l'expression "dispositions appropriées" de l'article 24 de l'Accord de siège.³⁶ Cette situation est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que citent d'ailleurs les requérants, soit l'arrêt dans la cause *Beer et Regan c. Allemagne* du 18 février 1999, (requête n° 28934/95,) paragraphes 53 à 63.

Dans cette décision ayant trait à des contrats de travail d'employés temporaires mis, par une société de location de services, à disposition d'une organisation internationale européenne qui gère à Darmstadt (Allemagne) un organisme indépendant, la Cour européenne a retenu que l'octroi de l'immunité de juridiction aux organisations internationales, en vertu des instruments constitutifs de celles-ci, reflétait une pratique de longue date destinée à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale. Sous l'angle de la proportionnalité, la limitation du droit fondamental d'accès au juge, tenant à l'immunité de juridiction, était acceptable au regard du but de faciliter l'exécution de ses fonctions par l'organisation internationale concernée. Pour déterminer si l'immunité de l'organisation devant les juridictions allemandes était admissible au regard de la Convention, il importait d'examiner si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la convention; tel était le cas, puisque les travailleurs avaient la possibilité d'obtenir un contrôle juridictionnel, ou équivalent, au moyen de procédures adaptées aux particularités de l'organisation internationale, et dès lors différentes des recours disponibles en droit interne. La commission de recours de l'organisation internationale en cause, indépendante de cette dernière, offrait aux requérants des voies de droit permettant de reconnaître que les tribunaux allemands n'avaient pas excédé leur marge d'appréciation en respectant l'immunité de juridiction de cette organisation internationale. Et cela, sans que les restrictions de l'accès aux juridictions allemandes pour régler le différend des travailleurs avec l'organisation internationale aient porté atteinte à la substance même de leur "droit à un tribunal", ou qu'elles aient été disproportionnées sous l'angle de l'article 6, paragraphe premier, CEDH (arrêt *Beer et Regan*, paragraphes 55, 56, 58, 59 et 63).

C'est dans ce sens qu'il faut considérer l'article 24, lettre a, de l'accord de siège, à la lumière de l'article 6, paragraphe premier, CEDH. S'agissant de l'interprétation des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) fixe, à ses articles 31 à 33, des règles que la pratique a explicitées et complétées (ATF 130 II 113, c. 6.1, p. 121 et les références; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin 1984, pp. 492-494). Ces principes sont relativement semblables aux méthodes d'interprétation valant pour les règles générales et abstraites en droit interne, au nombre desquelles figurent les traités internationaux (ATF 125 V 503, c. 4b et c, p. 506³⁷ qui, en Suisse, sont introduits dans l'ordre juridique national dès leur entrée en vigueur sur le plan du droit international (GEORGES J. PERRIN, *Droit international public*, Zurich 1999, pp. 826-827), selon la conception moniste avec primauté du droit international adoptée en Suisse (GEORGES J. PERRIN, *op. cit.*, p. 810)."

Arrêt du TF, du 2 juillet 2004, dans la cause *A. SA et consorts c. Conseil fédéral*. ATF 130 I 312, c.4.1 (325-326). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir ci-dessous, n° 4.3.

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

(Voir aussi le n° 7.1)

4.1 Statut juridique du passeport

Extrait d'une lettre adressée par la DDIP au Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne:

"Le retrait d'un passeport relève de la compétence de l'Etat émetteur, qui définit les conditions applicables en la matière en fonction de sa législation interne. Seul l'Etat qui a délivré ce document peut le retirer ou l'annuler.

Un passeport est propriété de l'Etat qui l'a délivré. Une autorité ne peut en principe mettre sous séquestre un passeport émis par un Etat tiers sans en informer les autorités de ce dernier. Selon les principes universellement reconnus du droit international, un Etat n'est pas habilité à disposer d'un passeport émis par un autre Etat.

Une autorité suisse ne peut pas interdire à un Etat étranger de délivrer de nouveaux papiers d'identité à une personne qui a fait l'objet d'une inculpation.

³⁵ *Pratique suisse* 1992, n° 3.3, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 691.

³⁶ L'article 24 de l'accord dispose notamment que l'Organisation prend des dispositions appropriées en vue du "règlement satisfaisant" de différends résultant de contrats auxquels elle est Partie et d'autres différends portant sur un point de droit privé.

³⁷ Arrêt mentionné dans *Pratique suisse* 1999, n° 1.3, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 631.

Dans certains cas, le passeport peut être saisi à titre provisoire lorsque son titulaire est sous le coup de poursuites pénales. Il arrive alors que l'ambassade du pays émetteur demande que le passeport lui soit remis, comme cela a été le cas dans cette affaire. Une telle requête doit être satisfaite à la fin de la saisie provisoire."

Lettre de la DDIP au Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, du 14 mai 2004. Document inédit.

4.2 Protection diplomatique: nature et objectif. Devoir de l'Etat d'accorder la protection diplomatique?

I. Premier volet de l'affaire

La présente affaire opposa l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN), avec siège à Genève, à un consortium de six sociétés, dont une société suisse. Chargé d'effectuer des travaux de génie civil concernant des ouvrages souterrains destinés à abriter un grand collisionneur à électropositrons, le Consortium dut sous-traiter divers travaux pour achever le projet dans le délai prévu. Ces difficultés conduisirent le Consortium, avant même la fin des travaux, à demander au CERN des délais supplémentaires et le paiement de suppléments de prix, puis, à défaut de solution satisfaisante, à mettre en œuvre la procédure arbitrale prévue par les Conditions générales des contrats du CERN.

La sentence du Tribunal arbitral ne l'ayant pas satisfait, notamment en raison du refus d'examiner les prétentions des sous-traitants, le Consortium recourut au TF qui, toutefois, déclara irrecevable le recours vu l'immunité de juridiction absolue couvrant le CERN selon l'article 6 de l'Accord de siège conclu le 11 juin 1955 entre la Suisse et l'Organisation (RS 0.192.122.42).

Après s'être fait céder les créances des sous-traitants, le Consortium engagea une seconde procédure arbitrale. Dans sa sentence finale, le Tribunal arbitral considéra que la cession des créances des sous-traitants au Consortium constituait un fait nouveau permettant de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le CERN pour cause de chose jugée, mais se déclara incompétent pour connaître de la demande du Consortium car les prétentions cédées n'étaient pas, selon lui, couvertes par les Conditions générales des contrats du CERN.

Le CERN s'étant opposé à une troisième demande d'arbitrage, le Consortium demanda au DFAE de contraindre le CERN à se soumettre à la procédure arbitrale ouverte par lui ou de prendre toute mesure appropriée pour mettre fin au litige. Cette demande était fondée sur l'article 24, lettre a, de l'accord de siège, qui enjoint au CERN de prendre toute mesure appropriée en vue d'un règlement satisfaisant des différends portant sur des points de droit privé.

Le DFAE ayant refusé, le Consortium lui demanda d'adopter une décision formelle sur les conclusions de sa demande et d'exercer la protection diplomatique de la société suisse membre du Consortium. Le DFAE répondit que cette demande était irrecevable, car les dispositions invoquées par le Consortium ne relevaient pas du droit public fédéral au sens de l'article 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) et ne pouvaient dès lors donner lieu à une décision de sa part.

Le Consortium recourut alors au Conseil fédéral, prétendant que la "décision" du Département contrevenait à l'article 6, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.101), puisqu'elle revenait à lui interdire l'accès au juge. Le DFAE conclut au rejet du recours, faisant notamment valoir qu'une demande de mise en œuvre de la protection diplomatique, si elle devait certes faire l'objet d'une réponse de la part du Département, ne pouvait faire l'objet d'une décision dans le sens de l'article 5 de la loi sur la procédure administrative. De plus, dit le DFAE, son attitude était fondée sur la jurisprudence du Conseil fédéral (décision du 30 octobre 1996, JAAC 1996, fasc. 61/IV, n° 75, *Pratique suisse* 1996, n° 4.4, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 668).

La décision du Conseil fédéral en cette affaire examine d'abord la question de savoir si le DFAE aurait dû rendre une décision, question à laquelle elle répond par l'affirmative. Puis le Conseil se penche sur le prétendu devoir d'accorder la protection diplomatique:

"La protection diplomatique est une institution coutumière en vertu de laquelle tout Etat souverain est habilité à réclamer réparation des violations du droit international commises par un Etat étranger ou une organisation de droit international au préjudice de ses ressortissants. Le droit international ne connaît aucun devoir de l'Etat d'exercer une protection diplomatique en faveur de ses ressortissants. Il n'existe pas non plus de norme de droit fédéral qui donnerait aux ressortissants suisses un droit subjectif à la protection diplomatique. En l'absence d'un tel droit subjectif, le DFAE et sur recours le Conseil fédéral jouissent d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce caractère discrétionnaire implique que la seule limitation imposée à l'Etat dans l'exercice de son pouvoir relatif à la protection diplomatique est l'interdiction de l'arbitraire (décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996, citée ci-dessus).

Le Conseil fédéral se limite donc à examiner si le DFAE a respecté l'interdiction de l'arbitraire dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de protection diplomatique. (Après avoir longuement étudié la question, le Conseil fédéral parvient à une conclusion affirmative sur ce point.)"

Décision du Conseil fédéral, du 14 janvier 2004. JAAC 2004, fasc. 68/III, n° 78.

4.3

II. Second volet de l'affaire

Agissant par la voie du recours de droit administratif, les sociétés formant le Consortium demandèrent alors au TF d'annuler la décision du Conseil fédéral, ce qu'il refusa de faire. Quant au prétendu devoir d'accorder la protection diplomatique, le Tribunal eut ceci à dire:

"(L)a pratique du Conseil fédéral, de même que la jurisprudence du Tribunal fédéral, considèrent de manière uniforme que l'obligation de l'Etat d'assurer la protection diplomatique trouve sa source dans le droit interne, mais que celui-ci ne confère pas aux ressortissants suisses un droit personnel et subjectif à la protection diplomatique. La Confédération est libre d'accorder ou de refuser cette dernière, selon les circonstances et sur la base d'une appréciation politique de la situation, ce qui ne signifie pas qu'elle puisse agir arbitrairement dans ce domaine. L'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire, qui trouve sa seule limite dans l'interdiction de l'arbitraire (décision précitée du Conseil fédéral, du 30 octobre 1996), c. 2.2.3 et 2.3 ...; arrêt du Tribunal fédéral 2A.102/1993 du 6 octobre 1995, c. 5a, résumé *in* (Die Praxis des Bundesgerichts, vol. 86, 1997, n° 20, pp. 116-117), au sens de la jurisprudence constamment rappelée en ce qui concerne cette notion (*cf.* ATF 129 I 8, c. 2.1 et les arrêts cités)."

Arrêt du TF, du 2 juillet 2004, dans la cause *A. SA et consorts c. Conseil fédéral*. ATF 130 I 312, c. 1.1 (317-318). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir ci-dessus, n° 3.9.

4.4 Protection diplomatique: continuité de la nationalité; protection des actionnaires. Responsabilité internationale

Voici un extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Projet d'articles adopté en première lecture par la Commission du droit international (CDI) et consacré à la protection diplomatique (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 56^e session, du 3 mai au 4 juin et du 5 juillet au 6 août 2004, Assemblée générale, Documents officiels, 59^e session, Supplément n° 10 (A/59/10), pp. 13-93):

"Quant à l'article 5, la Commission nous a posé la question de savoir si l'Etat de nationalité doit perdre le droit d'exercer la protection diplomatique au cas où la personne changerait de nationalité après la date de la présentation officielle de la réclamation mais avant la résolution de l'affaire.³⁸ Ma délégation n'a pas d'idée arrêtée à cet égard, mais, à notre avis, la solution proposée actuellement par la Commission à l'article 5 ne prête pas à objection. La solution inverse nous semble être plus problématique quant aux conséquences pratiques. Dans cette hypothèse, on aurait alors deux options. La première: On pourrait dire que le changement de nationalité en cours de procédure a pour effet qu'aucun Etat n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique: L'ancien Etat perd ce droit à la suite du changement de nationalité, le nouvel Etat ne peut pas l'acquérir puisque il ne s'agit pas de l'Etat duquel la personne avait la nationalité au moment où le préjudice a été causé - condition actuellement retenue à l'article 5, paragraphe premier. Cette option nous paraît peu satisfaisante, puisque la personne devient en quelque sorte "*apatride*". Deuxième option: On admet que le nouvel Etat, l'Etat duquel la personne reçoit la nationalité en cours de procédure, a dorénavant le droit d'exercer la protection diplomatique à la place de l'Etat dont la personne avait la nationalité à l'époque de la présentation officielle de la réclamation. Cette option, qui nécessiterait quelques changements rédactionnels, n'est pas sans difficulté non plus. Alors que l'exercice de la protection diplomatique représente - on le sait bien - un droit de l'Etat et non une obligation, le nouvel Etat de la nationalité de la personne est mis dans une situation difficile: C'est *une* chose pour un Etat de décider, tout au début, de ne pas vouloir déposer des réclamations en exerçant la protection diplomatique à l'égard d'un individu, mais c'en est une *autre*, moralement au moins, d'abandonner l'exercice de la protection diplomatique dans des procédures déjà instiguées par un autre Etat à l'égard de cette personne. Toutes ces difficultés ne surgissent pas dans le cadre du système actuellement proposé à l'article 5, que nous préférons.

En revanche, concernant la protection des actionnaires, nous avons quelques doutes quant au bien-fondé de la solution proposée par la Commission dans *les articles 10, paragraphe 2, et 11, lettre a*. Nous avons étudié les commentaires - en soi convaincants - sur ces deux dispositions. En plus, nous sommes sensibles au besoin de trouver l'*équilibre* entre deux tendances relatives à cette question difficile. Seulement, nous ne sommes pas encore sûrs d'avoir bien compris la *logique* interne de la solution proposée. Si notre lecture de l'article 10, paragraphe 2, et de l'article 11, lettre a, est bonne, la situation est la suivante: Si un Etat commet, à l'encontre d'une société, un acte internationalement illicite d'une telle gravité que cette société cesse d'exister, ce n'est que l'Etat de la nationalité de la société qui peut exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette société. Si, en revanche, le préjudice causé par l'acte internationalement illicite est moins grave, de façon que l'existence de la société n'est pas en jeu, mais que cette société cesse néanmoins ses activités pour des motifs sans rapport avec le préjudice, ce n'est plus l'Etat de nationalité de la société, mais bien les Etats de nationalité des actionnaires qui sont en droit d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de ceux-ci. Mis à part le fait qu'il peut s'avérer très difficile, en pratique, d'apporter des preuves démontrant clairement qu'un acte illicite d'un autre Etat a effectivement provoqué la ruine d'une société (ou de prouver l'inverse), la solution retenue aux articles 10, paragraphe 2, et 11, lettre a, nous paraît paradoxale, du moins du point de vue des actionnaires. En effet, plus leurs droits sont violés, moins leurs Etats de nationalité peuvent entreprendre des démarches pour exercer la protection diplomatique à leur égard."

³⁸ Cette disposition précise qu'en principe le lien de nationalité ne doit exister qu'au moment de la présentation officielle de la réclamation.

Déclaration faite le 3 novembre 2004 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 les n^{os} 1.1, 3.1 et 7.1)

5.1 Compétence pénale des Etats en matière de génocide, notamment compétence dite universelle

Le texte de la décision qui suit est l'œuvre du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports. Il a pour origine une plainte déposée auprès du Procureur général de Genève contre M. Barzan Al-Tikriti, accusé, sur la base de l'article 264 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (ci-après: CP; RS 311.0), d'avoir commis des actes de génocide, durant l'été 1983, contre des membres de la tribu kurde Barzani. Le plaignant justifia le dépôt de la plainte à Genève par le fait que M. Barzan Al-Tikriti avait vécu à diverses époques à Genève avec des membres de sa famille et y avait rempli des fonctions de représentant de l'Irak.

Le Ministère public de la Confédération refusa d'ouvrir la poursuite pénale demandée, faisant valoir qu'aux termes de l'article 6^{bis} du CP une telle poursuite présupposait, en cas de crime commis à l'étranger, la présence en Suisse de l'auteur présumé; or M. Barzan Al-Tikriti était frappé d'une interdiction de séjour en Suisse. De plus, l'article 264 du CP (génocide), entré en vigueur le 15 décembre 2000, ne s'appliquait pas rétroactivement. A la demande du plaignant, le dossier fut alors transmis à l'Auditeur en chef de l'Armée suisse qui, à son tour, refusa d'ouvrir une enquête, les conditions requises n'étant pas réunies puisque les déportations massives de 1983 formant l'objet de la plainte ne constituaient pas un conflit armé au sens des Conventions de Genève du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51). En outre, une enquête ne pouvait intervenir que si les auteurs présumés séjournaient en Suisse pendant un certain temps.

Devant ce nouveau refus, le plaignant s'adressa au Chef du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports. Celui-ci confirma toutefois la décision de l'Auditeur en chef en tenant le raisonnement suivant:

"1. La présente décision se limite à une question de droit, à savoir si la décision de l'Auditeur en chef de ne pas ordonner d'enquête pénale était justifiée ou non. Il s'agit de déterminer d'abord si la présence du suspect présumé en Suisse est nécessaire ou non pour l'ouverture d'une telle procédure.

2. Selon l'article 2, alinéa 9, du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0), les civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'infractions contre le droit des gens, sont soumis au droit pénal militaire. Ces infractions sont régies par les articles 108 à 114 CPM. L'introduction d'une procédure dans le cadre de la juridiction militaire est réglée aux articles 100 et ss de la Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM, RS 322.1). L'article 39 de l'Ordonnance du 24 octobre 1979 concernant la justice pénale militaire (OJPM, RS 322.2) consacre la compétence de l'Auditeur en chef pour ordonner une enquête en complément de preuves ou une enquête ordinaire lorsque les actes délictueux ont été commis en dehors du service militaire (suisse). Le critère mentionné pour une ouverture d'enquête parle uniquement "d'actes délictueux". Il convient cependant de préciser qu'il faut comprendre ici une présomption d'acte délictueux. D'autres conditions ne sont pas mentionnées dans cette disposition.

Dans le Message du 6 mars 1967 concernant une révision partielle du Code pénal militaire, le motif invoqué pour la nouvelle version de l'article 2, chiffre 9, CPM précise que les quatre conventions de Genève de 1949 font obligation à chaque Partie contractante de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis l'une ou l'autre des infractions graves décrites dans les Conventions et de les déférer à ses propres tribunaux quelle que soit la nationalité ou de les remettre à une autre Partie contractante ("*aut judicare aut dedere*"). Une simple extradition ne serait pas compatible avec les dispositions mentionnées. En revanche, le message ne se prononce pas sur la question de savoir si la poursuite pénale doit également être ordonnée si la personne concernée ne se trouve pas en Suisse (FF 1967 I 612 et s.).

3. L'article 9 CPM consacre les conditions de lieu de la loi. Ainsi, les infractions commises en Suisse et celles qui ont été commises à l'étranger peuvent être jugées. Dans son commentaire, HAURI écrit, au sujet de l'article 9 CPM, que l'assujettissement des civils, dont également des étrangers, n'impliquait qu'en apparence le principe de l'universalité. Car, selon la nature des faits entrant en ligne de compte, les biens lésés ne pourraient être que des biens suisses (KURT HAURI, *Militärstrafgesetz, Kommentar*, Berne 1983, chiffre marginal 4 concernant l'article 9). Cependant, dans la présente affaire, il s'agit de la violation du droit des gens humanitaire et HAURI est également d'avis que son respect est dans l'intérêt de la Suisse (chiffre marginal 1 des remarques préliminaires concernant les articles 108 à 114). Selon POPP le champ d'application sur les plans personnel, temporel et territorial ne sont pas restreints. Ainsi, l'universalité de ces normes est prise en compte car, dans le présent cas, les valeurs visées vont au-delà de celles de l'Etat (PETER POPP, *Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil*, St-Gall 1992, chiffre marginal 5 des remarques préliminaires concernant les articles 108 et ss).

Tandis que le premier auteur plaide en faveur d'une application limitée du Code pénal militaire suisse en cas de soupçon d'infractions commises à l'étranger, le second auteur laisse la question ouverte.

4. La teneur des conventions laisse ouverte la question de la présence personnelle des personnes suspectes. Certes, ces conventions engagent les Parties contractantes à rechercher les personnes prévenues d'avoir commis des infractions graves au sens des conventions, de les déferer à leurs propres tribunaux quelle que soit leur nationalité, ou de les remettre à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite (article 49 de la I^e Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, RS 0.518.12; article 50 de la II^e Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, RS 0.518.23; article 129 de la III^e Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, RS 0.518.42; article 46 de la IV^e Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, RS 0.518.51).

Selon le commentaire du Comité International de la Croix-Rouge (CICR) relatif aux conventions de Genève, la présence des personnes suspectes est cependant présumée. Selon PICTET, les conventions engagent les Parties contractantes à agir de manière active, mais uniquement lorsqu'une personne se trouve sur le territoire de l'Etat concerné:

"Dès que l'une d'elles a connaissance du fait qu'une personne se trouvant sur son territoire aurait commis une telle infraction, son devoir est de veiller à ce qu'elle soit arrêtée et poursuivie rapidement. Ce n'est donc pas seulement sur la demande d'un Etat que l'on devra entreprendre les recherches policières nécessaires, mais aussi spontanément." (JEAN S. PICTET, *Commentaire à la Convention de Genève I*, Genève/CICR 1952, article 49, alinéa 2, pp. 410 et s.; *idem*, *Commentaire à la Convention III*, Genève/CICR 1958, article 129, alinéa 2, p. 657; et *Commentaire à la Convention IV*, Genève/CICR 1956, article 146, alinéa 2, p. 634.)

En outre, les dispositions des conventions de Genève mentionnées prévoient également que des assurances sont garanties aux inculpés concernant les procédures judiciaires et la libre défense. De telles garanties ne peuvent toutefois être efficaces que si les personnes concernées peuvent participer à la procédure.

5. La pratique des autorités suisses relative à la question de la nécessité de la présence d'une personne suspecte a suivi l'interprétation des dispositions des conventions de Genève mentionnée ci-dessus. Le Conseil fédéral a récemment exposé cette pratique dans son Message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire/Protection des témoins: "Par ailleurs, l'obligation de poursuivre les ressortissants étrangers qui se sont rendus coupables hors de nos frontières de violations graves des conventions de Genève, des conventions de La Haye,³⁹ d'autres accords internationaux ratifiés par la Suisse ou du droit coutumier international présuppose toujours que les personnes concernées sont en Suisse de leur plein gré et qu'elles ont été arrêtées dans notre pays ou y ont été extradées, une sorte de principe universel d'arrestation. Cela étant, une base légale expresse paraissait inutile, ce d'autant plus que la Justice militaire se fonde en premier lieu sur le principe de la personnalité, qui interdit tout jugement prononcé par défaut ou par contumace dans les affaires où la compétence est revendiquée pour un acte commis à l'étranger." (FF 2003 I 734, et références).

...

Par ailleurs, cette pratique constante a également été évoquée au cours des débats parlementaires au sujet de ce projet. Le 24 septembre 2003, le soussigné (Chef du Département) a précisé, au Conseil des Etats, que la révision de l'article 9, alinéa premier, CPM, proposée par le Conseil fédéral, selon laquelle la présence personnelle de la personne suspecte devait être ancrée dans la loi, ne signifiait pas une modification de la pratique, mais qu'il s'agissait d'une précision (BO CE 2003, p. 940, intervention du Conseiller fédéral Schmid).

6. Dans le Message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et (la) révision correspondante du droit pénal, par lequel un nouvel article 264 CP a été proposé, le Conseil fédéral a également défini la portée du principe de l'universalité tel qu'il doit être compris dans le contexte indiqué. Selon ce principe, le champ d'application est donc déterminé à deux exceptions près: il faut que l'accusé se trouve en Suisse et qu'il ne puisse être extradé pour des raisons juridiques ou de fait. Cependant, le Conseil fédéral n'a aucunement indiqué que ces réserves devaient être introduites dans la révision proposée, ainsi que le laisse entendre le requérant (*cf.* FF 1999 V 4932 et s.). Dès lors, il convient d'admettre que, selon la doctrine et la pratique, l'ouverture d'une procédure pénale en Suisse suppose la présence du prévenu en Suisse.

7. Dans la présente affaire, une interdiction d'entrée en Suisse a été prononcée contre M. Barzan Al-Tikriti (...). Cette mesure se fonde sur une décision du Conseil fédéral selon laquelle la personne concernée a été déclarée *persona non grata*. Sa durée est illimitée. Les conditions pour l'ouverture d'une procédure pénale contre la personne concernée ne sont dès lors pas remplies. En quelque sorte, on se trouverait devant une situation paradoxale si, d'une part, une interdiction d'entrée dans le pays était prononcée et que, d'autre part, le même Etat ouvrirait une enquête pénale. En prononçant une interdiction d'entrer dans le pays, un Etat veut expressément empêcher la personne concernée de revenir sur son territoire. En revanche, cette situation serait nécessaire pour pouvoir pratiquement engager une procédure pénale.

8. Ainsi, la décision de l'Auditeur en chef de ne pas ouvrir d'enquête pénale contre M. Barzan Al-Tikriti ne saurait être contestée. Pour cette raison également, on renoncera à examiner si les éléments objectifs des infractions prévues aux articles 108 à 114 CPM sont réunis ou non. La question des liens entre M. Barzan Al-Tikriti et la Suisse peut également rester ouverte."

Décision prise le 22 décembre 2003 par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports en la cause *B. c. Auditeur en chef de l'Armée*. JAAC 2004, fasc. 68/II, n° 50.

³⁹ Conventions du 18 octobre 1907 (RS 0.515.111-112, 122 et 123-127, 0.515.21-22).

5.2 Effets extraterritoriaux des législations nationales: principes de territorialité, de nationalité et de sécurité

H.U. Raggenbass, député au Conseil National, avait déposé une interpellation dans laquelle il s'inquiétait de l'application, de plus en plus fréquente, du droit américain à l'extérieur des Etats-Unis. Voici un extrait de la réponse du Conseil fédéral:

"La notion d'extraterritorialité englobe des situations dans lesquelles une loi tient compte d'états de faits qui se sont déroulés ou qui exercent des effets sur le territoire d'un autre Etat. Le droit international confère aux Etats une grande liberté pour appréhender de tels états de faits. Pour qu'une loi déploie des effets juridiques sur le territoire d'un autre Etat, il exige toutefois l'existence d'un lien de rattachement suffisant entre un bien, une personne ou une situation et l'Etat qui a édicté la norme.

Le droit international prévoit trois principes alternatifs pouvant justifier un effet extraterritorial: les principes de territorialité, de nationalité et de sécurité. Il est incontestable qu'un Etat est compétent sur le plan législatif pour les biens et les personnes situés sur son territoire. Sa compétence est également donnée pour régler des états de faits qui se déroulent hors de son territoire, mais dont les effets se produisent aussi en son sein (principe de territorialité). Il n'est pas non plus contesté que l'Etat est habilité à légiférer à l'égard de ses nationaux, et ce, indépendamment du lieu où ils se trouvent (principe de nationalité). La compétence normative extraterritoriale peut également être exercée à l'égard de tout fait menaçant directement l'existence ou la sécurité de l'Etat (principe de sécurité). Il peut être ajouté que les Etats-Unis interprètent de manière extensive ce dernier principe. L'effet extraterritorial des lois américaines est souvent justifié par la prise en considération des intérêts sécuritaires de l'Etat. Ceci peut entraîner des tensions entre les Etats dont le droit national serait violé lors de la mise en œuvre du droit américain.

Par conséquent, il peut être constaté que toutes les lois ayant un rapport avec l'étranger ne violent pas *a priori* le droit international. Au contraire, une analyse au cas par cas doit être faite pour déterminer s'il existe un rapport suffisant entre l'Etat qui adopte les normes et les états de fait ayant un lien avec l'étranger auxquels ces normes se réfèrent. Cette analyse consiste à déterminer si l'un des trois principes évoqués ci-dessus est applicable."

Réponse écrite du Conseil fédéral, du 20 novembre 2002, à l'interpellation Raggenbass du 3 octobre 2002. BO CN 2004, Annexes, p. 99 (99-100).

6. Identité, continuité et succession d'États

--

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les nos 3.2 à 3.6)

7.1 Statut des Nations Unies en Suisse, ainsi que des personnes associées aux travaux de l'Organisation: application de la Convention des Nations Unies contre la torture

Le 3 juin 2004, M. Carlo Sommaruga, député au Conseil National, déposa une interpellation relative à l'absence d'enquête et d'arrestation, en Suisse, concernant le Vice-directeur et Secrétaire général de la "Chinese Cult Association" (CACA), organisation chargée par le Gouvernement chinois de participer à la lutte contre des associations telles que le Falun Gong. La personne en cause aurait ainsi participé, en Chine, à des activités que réprouve la Convention des Nations Unies contre la torture, du 10 décembre 1984 (RS 0.105). Aux termes de l'article 6, paragraphe premier, de cette convention, tout Etat sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'infraction à l'article 4 de la convention doit détenir la personne et procéder immédiatement à une enquête.

L'individu en cause, qui participait aux travaux de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies à Genève, fit l'objet de plaintes pénales. Il ne fut pas arrêté, mais les autorités suisses et les Nations Unies procédèrent à des consultations préalables à son sujet, comme le prévoyait un échange de lettres entre le Conseil fédéral et les Nations Unies. Le 16 avril 2004, le Directeur général des Nations Unies nota que le Vice-directeur et Secrétaire général de la CACA n'avait pas commis les faits allégués dans le cadre des Nations Unies et qu'il appartenait à la seule Suisse de juger de la suite à donner aux plaintes pénales. Entre-temps, toutefois, l'individu en question avait quitté la Suisse.

Voici les questions posées par M. Sommaruga:

"1. Eu égard à l'Echange de lettres entre le Conseil fédéral et l'Organisation des Nations Unies des 19 et 26 juin 1999,⁴⁰ les autorités de poursuite suisses doivent-elles dépendre d'une appréciation d'un dossier pénal par l'Organisation des Nations Unies pour pouvoir donner les suites qui s'imposent à une affaire, lorsque les faits n'ont nullement été commis dans l'enceinte ou dans le cadre de l'ONU?

⁴⁰ Sur ce point, voir également le document reproduit dans *Pratique suisse 1999*, n° 7.3, RSDI, 10^e année, 2000, p. 664.

2. L'échange de lettres entre la Suisse et l'ONU pourrait-il être compris comme dérogeant à la convention contre la torture du 10 décembre 1984 ratifiée par la Suisse le 6 octobre 1986? Si tel n'est pas le cas, le Conseil fédéral peut-il confirmer que les autorités de poursuite ont l'obligation de tout faire pour, dans les plus brefs délais, vérifier les allégations de torture puis, le cas échéant si le dossier le justifie, arrêter le tortionnaire suspecté?" (BO CN 2004, Annexes, p. 445.)

La réponse du Conseil fédéral, du 21 septembre 2004, était la suivante:

"Le statut juridique de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en Suisse est régi par l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies les 11 juin/1^{er} juillet 1946 (RS 0.192.120.1). Sur la base de cet accord, la Suisse assume des obligations à l'égard de l'Organisation, notamment à propos des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation, qu'il s'agisse de représentants d'Etats, de fonctionnaires internationaux, d'experts ou de toute autre personne admise à participer à ses travaux. Les autorités suisses doivent prendre toutes les mesures utiles pour faciliter l'entrée sur le territoire suisse, la sortie du territoire et le séjour de ces personnes, afin de permettre à ces dernières d'assister aux réunions convoquées par l'ONU et de s'y exprimer librement. Il en va en effet de l'indépendance de l'Organisation qui doit pouvoir déterminer librement quelles sont les personnes pouvant s'exprimer au sein de ses organes.

Il s'ensuit que les représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) qui sont admis à participer aux travaux de l'ONU et toutes les autres personnes également admises à participer aux travaux de l'Organisation sont considérés comme des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation. Même si ces personnes ne jouissent pas de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité de leur personne, elles bénéficient de facilités s'agissant de l'entrée et du séjour sur le territoire suisse, ainsi que de la sortie du territoire, conditions indispensables pour qu'elles puissent assister aux réunions de l'Organisation ou de l'un de ses organes et s'y exprimer librement.

Le fait d'arrêter en Suisse une personne appelée en qualité officielle auprès de l'ONU a pour résultat de l'empêcher d'assister aux réunions auxquelles l'Organisation l'a conviée et de s'y exprimer librement. Devant les différentes demandes d'arrestation qui ont été présentées ces dernières années à l'encontre de représentants d'ONG admis à participer, notamment, à la Commission des droits de l'homme de l'ONU, il est apparu nécessaire de clarifier la façon dont les autorités suisses devaient respecter leurs obligations à l'égard de l'ONU en la matière au regard des obligations qui découlent pour la Suisse d'autres traités internationaux tels que la Convention contre la torture.

Ainsi, l'ONU et la Suisse sont convenues d'une procédure visant à permettre à l'Organisation de se prononcer sur le fait de savoir si l'arrestation de la personne en cause constituerait une violation par la Suisse de ses obligations à l'égard de l'ONU telles qu'elles découlent de l'accord sur les privilèges et immunités de l'ONU de 1946, c'est-à-dire si cette arrestation constituerait une entrave aux activités de l'Organisation, respectivement si une telle entrave peut être admise en l'espèce. Il ne s'agit en aucun cas pour l'ONU de se prononcer sur le dossier pénal présenté à l'appui de la demande d'arrestation.

La procédure ainsi mise en place a fait l'objet d'une note de la Mission permanente de la Suisse à New York, concernant les demandes d'arrestation de représentants d'organisations non gouvernementales participant à des réunions de l'Organisation en Suisse, adressée le 16 juin 1999 au Bureau des affaires juridiques de l'ONU, lequel a répondu le 25 juin 1999. Il a été prévu ce qui suit:

Lorsqu'une personne admise ou cherchant à être admise à participer à une réunion de l'ONU ou de l'un de ses organes en Suisse fait l'objet d'une demande d'arrestation ou de toute autre mesure introduite conformément au droit suisse ou aux principes d'entraide judiciaire internationale, les autorités suisses et l'ONU procèdent aux vérifications nécessaires dans leur domaine respectif de compétence. Ainsi, les autorités suisses examinent notamment si le dossier pénal justifie l'arrestation de la personne, au regard de la législation interne suisse et du droit international applicable. De son côté, l'ONU examine si le fait d'arrêter la personne et, ainsi, de l'empêcher de participer aux travaux de la réunion en question et de s'y exprimer librement, pourrait constituer une entrave aux activités de l'Organisation ou de l'organe concerné, respectivement si une telle entrave peut être admise en l'espèce.

1. Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral confirme que les autorités de poursuite suisses ne dépendent pas d'une appréciation d'un dossier pénal par l'ONU pour pouvoir donner suite à une demande d'arrestation conformément au droit suisse applicable. Avant de procéder à une interpellation, il leur appartient toutefois, comme le prévoit notamment la convention contre la torture, d'examiner les renseignements dont elles disposent et de déterminer si les circonstances justifient la mise en détention ou toute autre mesure juridique conforme au droit suisse.

2. La note de la Mission suisse à New York du 16 juin 1999 adressée au Bureau des affaires juridiques de l'ONU et la réponse de ce dernier du 25 juin 1999 ne constituent pas une dérogation à la convention contre la torture du 10 décembre 1984, laquelle trouve toute son application en Suisse. Le Conseil fédéral attache une grande importance à la lutte contre la torture. Les procédures de poursuite doivent être efficaces, tout en respectant les garanties procédurales prévues par le droit et l'ensemble des obligations internationales de la Suisse.

Le fait de demander à l'ONU de se prononcer sur la question de savoir si l'arrestation d'une personne appelée en qualité officielle auprès d'elle est compatible avec les obligations que la Suisse assume à son égard n'empêche pas les autorités suisses compétentes de procéder aux vérifications prévues par le droit interne suisse et les conventions internationales applicables pour déterminer si les conditions d'une arrestation sont remplies dans le cas d'espèce."

Interpellation déposée le 3 juin 2004 par M.C. Sommaruga, député au Conseil National, et réponse du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 2004. BO CN 2004, Annexes, pp. 446-447.

7.2 Fonctions des représentations diplomatiques: contacts avec des organisations interdites par l'Etat accréditaire. Domaine réservé

L'avis de droit de la DDIP reproduit ci-après porte sur la mesure dans laquelle les représentations diplomatiques étrangères peuvent entretenir des contacts avec des organisations établies sur le territoire de l'Etat hôte et interdites par celui-ci.

"La doctrine ne s'est apparemment pas penchée sur la question spécifique des contacts qu'une représentation étrangère peut ou non entretenir avec des organisations interdites dans l'Etat accréditaire. De même, ce point n'a semble-t-il pas été spécifiquement abordé lors de l'élaboration de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴¹ (ci-après: "la convention de Vienne").

La question est ici examinée à la lumière des dispositions suivantes de la convention de Vienne:

- L'article 3 définit les fonctions de la mission diplomatique. Ces dernières consistent notamment à "s'informer par tous les moyens licites des conditions et de l'évolution des événements dans l'Etat accréditaire et faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'Etat accréditant" (lettre d).

- L'article 25 prévoit l'obligation pour l'Etat accréditaire d'accorder "toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission".

- L'article 41, paragraphe premier, souligne que, "sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat".

1. Comme le relève PHILIPPE CAHIER,⁴² "les fonctions d'une mission diplomatique, ayant pour but de développer les relations amicales entre les deux Etats, ont pour conséquence, d'une part, que cette mission a le devoir de respecter la souveraineté de l'Etat accréditaire et, d'autre part, que ce dernier devra tout faire pour faciliter les tâches de la mission". Il en découle que les deux Etats ont tous deux des droits et des obligations, qui peuvent dans certains cas s'opposer en pratique.

2. Selon l'article 41, paragraphe premier, de la convention de Vienne, la mission et ses membres ont le devoir de respecter la législation de l'Etat accréditaire. Le statut privilégié dont jouissent la mission et ses membres n'a pour effet que de paralyser la sanction légale en cas de violation de la législation en question. Ce statut ne les dispense pas de respecter ladite législation et, le cas échéant, de faire l'objet des différentes mesures prévues par la convention de Vienne telles que, par exemple, la déclaration de *persona non grata*. Par ailleurs, comme le souligne l'article 3, paragraphe 4, de la convention de Vienne, "l'immunité de juridiction d'un agent diplomatique dans l'Etat accréditaire ne saurait exempter cet agent de la juridiction de l'Etat accréditant", de sorte que ce dernier doit également, lorsqu'il refuse de lever l'immunité de l'un de ses agents pour permettre à la justice de l'Etat accréditaire de suivre son cours, prendre les mesures nécessaires pour que les membres de sa mission soient jugés pour les violations du droit de l'Etat accréditaire qu'ils auraient commises.

En pratique, cette obligation de punir les violations de lois nationales de l'Etat accréditaire peut toutefois poser des difficultés lorsque l'agent diplomatique a agi sur ordre de son gouvernement ou si l'Etat accréditant estime que la violation du droit de l'Etat accréditaire ne constitue pas en l'espèce une violation de son propre droit national.

3. Outre l'obligation de respecter la législation locale, la mission et ses membres ont également l'obligation, en vertu de l'article 41, paragraphe premier, de la convention de Vienne, de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat. Il s'agit en particulier de respecter le principe de la souveraineté des Etats.

La doctrine admet qu'une mission diplomatique ne viole pas cette obligation lorsqu'elle critique l'organisation judiciaire de l'Etat accréditaire dans le cadre de la protection qu'elle assure à l'un de ses ressortissants victime d'un déni de justice dans l'Etat accréditaire. De même, une mission diplomatique peut critiquer l'adoption de lois dans l'Etat accréditaire qui porteraient atteinte aux intérêts de l'Etat accréditant ou de ses ressortissants. Inversement, la mission ne saurait bien évidemment subventionner un parti politique, prendre position sur des questions de politique intérieure ou soutenir un complot destiné à renverser le régime en place.

4. La limite peut s'avérer parfois difficile à déterminer entre l'interdiction de s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat accréditaire et le droit d'exercer librement les fonctions de la mission telles qu'elles sont définies de façon non exhaustive à l'article 3 de la convention de Vienne. Cette limite pourra parfois être influencée par la situation des relations entre les deux Etats, selon en particulier le degré de confiance et d'entente mutuelle qui prévaut entre eux.

En effet, la lettre d de l'article 3 précise que l'une des fonctions de la mission diplomatique est l'observation et l'information. Les relations entre l'Etat accréditaire et l'Etat accréditant dépendent de facteurs multiples, notamment économiques et politiques. Il est donc primordial que l'Etat accréditant puisse acquérir une bonne connaissance des conditions locales et internationales qui peuvent avoir une influence sur les relations entre les deux Etats. A cette fin, la mission diplomatique doit pouvoir étudier tous les aspects de la vie interne de l'Etat accréditaire, de même que sa politique internationale. Pour ce faire, la mission diplomatique peut toutefois, aux termes de la convention de Vienne, employer uniquement "des moyens licites".

5. La convention de Vienne ne définit pas ce qu'il faut entendre par "moyens licites" de s'informer et il arrive fréquemment que tel ou tel agent diplomatique soit accusé d'espionnage dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. La notion de "moyens licites" doit être examinée non pas uniquement au sens de la législation de l'Etat accréditant. En

⁴¹ RS 0.191.01.

⁴² PHILIPPE CAHIER, *Droit diplomatique contemporain*, (Genève) 1964 (p. 141).

effet, un agent diplomatique ne saurait bien entendu utiliser des moyens qui seraient déclarés illicites par la législation de l'Etat accréditant, même s'ils sont licites au regard de la législation de l'Etat accréditaire. Il s'agit d'interpréter cette notion essentiellement en fonction de la législation de l'Etat accréditaire. Ainsi, la corruption ou la violence ne sauraient être considérées comme des moyens licites. Toutefois, la doctrine retient entre autres comme moyens licites les contacts officiels et officieux, l'accès à la presse et aux médias en général, les relations d'amitié, les relations avec les collègues du corps diplomatique local, mais également les contacts avec les personnalités de l'opposition.

6. Là également, la notion de "personnalités de l'opposition" n'est pas définie clairement. Il s'agit bien évidemment en premier lieu des membres des partis et mouvements qui ne font pas partie du gouvernement, mais dont l'existence est autorisée par la loi de l'Etat accréditaire.

Dans ce contexte, l'entretien de contacts avec des organisations interdites par l'Etat accréditaire relève d'une certaine "zone grise", dans la mesure où l'on peut s'interroger sur les motifs pour lesquels l'organisation en question a été interdite par l'Etat accréditaire. A cet égard, des divergences de vues peuvent exister entre l'Etat accréditaire et l'Etat accréditant si ce dernier estime que l'interdiction de l'organisation en question porte atteinte à certains droits qu'il considère comme fondamentaux ou qu'elle a été prise en violation d'obligations internationales de l'Etat accréditant, dans le domaine notamment des conventions en matière de droits humains. De même, la question peut se poser de savoir quelle forme prend l'interdiction prononcée par l'Etat accréditaire, selon qu'il s'agit d'une loi prise formellement ou de déclarations politiques. Dans le cas d'une loi formelle d'interdiction, les contacts qu'une mission diplomatique entretiendrait avec une organisation interdite pourraient tomber sous les notions de l'article 41, paragraphe premier, de la convention de Vienne visant l'obligation pour la mission et ses membres de respecter la législation de l'Etat accréditaire et de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat. La façon dont les représentations diplomatiques ont été informées de l'interdiction prononcée contre telle ou telle organisation a également son importance, selon qu'il s'agit ou non d'une information officielle.

7. En conclusion:

Dans la mesure où une organisation est interdite en vertu de la législation de l'Etat accréditaire, tout contact de la mission diplomatique avec elle devrait en principe être exclu pour respecter à la lettre l'article 41 de la convention de Vienne. Toutefois, selon le type d'organisation dont il s'agit et pour autant qu'elle ne porte pas elle-même atteinte à des principes fondamentaux reconnus par le droit de l'Etat accréditant, il peut être envisagé d'avoir des contacts discrets avec une telle organisation s'ils sont considérés comme nécessaires pour permettre à la mission diplomatique de se faire une idée suffisante de la situation politique, économique et culturelle de l'Etat accréditaire dans le cadre de l'accomplissement, par la mission diplomatique, des fonctions qui lui sont attribuées par l'article 3 de la convention de Vienne, en particulier les fonctions d'information et d'observation.

Ce faisant, il y a lieu de tenir compte de l'impact que peuvent avoir de tels contacts sur les relations bilatérales entre les deux Etats, éléments de nature politique qu'il n'appartient pas à la DDIP/DFAE de trancher ici.

Selon l'état des relations bilatérales entre les deux Etats et selon les motifs ayant prévalu à l'interdiction, il est envisageable que l'Etat accréditaire ne prenne pas de mesures de sanctions à l'encontre d'une mission diplomatique ou de ses membres, s'il estime qu'il respecte ainsi sa propre obligation de "faciliter l'accomplissement des fonctions de la mission" au sens de l'article 25 de la convention de Vienne. Dès lors, lorsqu'il s'agit de déterminer si des contacts avec une organisation interdite sont opportuns, il y a également lieu d'évaluer les risques que l'Etat accréditaire prenne des sanctions à l'encontre de la mission diplomatique ou de ses membres."

Avis de droit de la DDIP du 5 juin 2003. JAAC 2004, fasc. 68/V, n° 138.

7.3 Obligations de l'Etat accréditaire en matière de sécurité des représentations diplomatiques étrangères. Limites de ces obligations

La note dont le texte suit a été rédigée par la DDIP. Elle examine le point de savoir si la décision des autorités de l'Etat J. d'installer des caméras de surveillance devant l'entrée de l'Ambassade de Suisse dans cet Etat est conforme à la Convention de Vienne, du 18 avril 1961, sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01).

"1. Obligations de l'Etat accréditaire en matière de sécurité

Les obligations de l'Etat accréditaire en matière de sécurité sont mentionnées à l'article 22, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. Cette disposition prévoit que "l'Etat accréditaire a l'obligation de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie". Il s'agit d'une obligation spéciale de sécurité qui impose à l'Etat accréditaire de prendre des mesures particulières allant au-delà de celles qu'il prend normalement pour s'acquitter de son devoir général d'assurer l'ordre public.

La convention de Vienne ne prévoit pas le type de mesures qui doivent être prises pour respecter cette obligation spéciale. En effet, elles sont laissées à la discrétion de l'Etat accréditaire, en fonction notamment des circonstances particulières qui règnent dans cet Etat et des risques potentiels encourus par les représentations concernées. Le cas échéant, l'Etat accréditaire doit renforcer les mesures pour les adapter à l'évolution de la situation et lever des mesures qui pourraient être restrictives pour le libre fonctionnement de la représentation dès que les risques ne les justifient plus.

Le fait même de menacer de retirer les forces de police présentes devant l'Ambassade n'est pas en soi contraire à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, pour autant que ladite représentation ne soit pas actuellement directement menacée. En outre, la présence de policiers en permanence n'apparaît pas *a priori* comme indispensable dans le cas d'espèce, l'Ambassade étant établie au sein d'un "compound" (périmètre) dont l'accès est contrôlé par les forces de sécurité (de J.). Toutefois, si une menace particulière devait viser l'Ambassade ou son personnel, les autorités (de J.) seraient dans l'obligation de prendre des mesures particulières adéquates en fonction du risque. A défaut, la responsabilité internationale de l'Etat accréditaire serait engagée au cas où des actes dommageables prévisibles et évitables seraient commis.

En tant que telle, *l'utilisation de caméras de surveillance n'est pas contraire à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques pour autant que l'Etat accréditaire puisse démontrer que la mesure est appropriée et nécessaire pour assurer la sécurité de la représentation*. L'Etat accréditant doit toutefois consentir à leur installation si elles constituent une entrave au libre fonctionnement de la représentation, respectivement une atteinte à l'inviolabilité des locaux ou de la personne des agents diplomatiques. *Dans le cas d'espèce, la condition d'une mesure appropriée et nécessaire n'est pas remplie* puisque, aux dires mêmes des autorités de (J.), l'objectif de l'installation des caméras n'est pas de renforcer la sécurité aux abords de l'Ambassade, mais de surveiller les policiers en faction. Ce n'est apparemment que dans un deuxième temps que l'argument de la sécurité a été évoquée - de façon informelle - par la délégation d'officiers qui s'est rendue à l'Ambassade.

2. Facilités pour l'accomplissement des fonctions/inviolabilité

En vertu de l'article 25 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'Etat accréditaire doit accorder "toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission". En conséquence, l'Etat accréditaire ne saurait prendre des mesures de sécurité qui constituent une entrave au libre accomplissement des fonctions, à moins que de telles mesures ne soient indispensables pour assurer la sécurité de la représentation et que d'autres mesures moins contraignantes ne puissent atteindre le même but. En cas de risque particulier, l'Etat accréditaire ne peut prendre des mesures contraignantes qu'aussi longtemps qu'un risque particulier le justifie.

Dans le cas concret, l'installation de caméras de surveillance constitue une entrave au libre fonctionnement de la représentation. En effet, de telles caméras permettent aux autorités compétentes d'enregistrer toutes les allées et venues tant des visiteurs que du personnel de la représentation, lequel bénéficie de la liberté de déplacement garantie par l'article 26 de la convention de Vienne et de l'inviolabilité personnelle conférée par l'article 29 de ladite convention. Par ailleurs, ces caméras constituent ... un effet d'intimidation à l'égard des visiteurs potentiels de la représentation.

Comme mentionnée ci-dessus, une telle entrave au fonctionnement de la représentation ne serait admissible que si elle était justifiée par des motifs impératifs de sécurité pour lesquels il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante.

L'installation de caméras de surveillance constitue également une atteinte à l'inviolabilité des locaux de la représentation, garantie par l'article 22, alinéa premier, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Nous ne connaissons pas les lieux. Toutefois, il semble que ces caméras permettraient à l'Etat accréditaire d'observer les activités de la représentation et les mouvements de personnes dans l'enceinte de la représentation, en particulier dans la zone entre le portail d'accès à l'enceinte de la représentation et la porte d'entrée, puisqu'il apparaît que les caméras doivent être orientées dans cette direction."

Note de la DDIP à la Division politique II du DFAE, du 4 mars 2004. Document inédit.

7.4 Privilèges et immunités des Etats étrangers et des chefs de leurs missions diplomatiques: assurance des locaux de la mission

La note diplomatique du DFAE partiellement reproduite ci-après a été adressée à l'Ambassade de l'Etat X. à Berne et a trait aux bâtiments de la chancellerie de l'Ambassade et de la résidence de l'Ambassadeur. Plus précisément, elle porte sur l'obligation faite aux propriétaires ou locataires d'immeubles situés dans le canton de Berne d'assurer ces immeubles auprès de l'Assurance immobilière bernoise et sur l'obligation concomitante de ne pas traiter avec d'autres assureurs.

"Comme l'Ambassade en a été informée par l'Assurance immobilière du canton de Berne (GVB/AIB), la Loi bernoise sur l'assurance immobilière⁴³ prévoit que tous les bâtiments sis dans le canton de Berne doivent être assurés auprès de l'assurance immobilière et ne doivent pas être assurés ailleurs pour les mêmes risques (article 3). L'obligation d'assurance prend fin avec la démolition de l'immeuble ou après un dommage total (article 7).

Conformément à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁴⁴ l'Etat accréditant et le chef de la mission sont exempts de tous impôts et taxes nationaux, régionaux ou communaux, au titre des locaux de la mission dont ils sont propriétaires ou locataires, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'impôts ou taxes perçus en rémunération de services particuliers rendus. Or, les primes versées pour l'assurance immobilière bernoise constituent précisément une taxe perçue en rémunération de services particuliers rendus. En effet, la protection d'assurance accordée par l'Assurance immobilière bernoise, ainsi que les tâches de police du feu, constituent des services classiques et très importants.

⁴³ Loi du 6 juin 1971 (Recueil systématique des lois bernoises 873.11).

⁴⁴ Voir la note 33.

La législation bernoise, conforme au droit international public et, en particulier, à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ne prévoit aucune exception à l'obligation d'assurance.

Dans ces circonstances, si le Département fédéral des affaires étrangères comprend le but poursuivi par la demande de l'Ambassade de (l'Etat X.), il n'est pas en mesure d'autoriser l'Ambassade à résilier l'assurance immobilière obligatoire et de permettre aux bâtiments qu'elle occupe d'être assurés par une compagnie (de X.), à partir de (l'Etat X.). Seul le législateur bernois serait compétent pour décider d'introduire dans la loi une exception pour certains bâtiments. Or, compte tenu de l'importance des risques couverts par l'assurance immobilière, il n'a précisément pas souhaité créer d'exception à cette obligation."

Note adressée le 2 août 2004 par le DFAE à l'Ambassade de l'Etat X. à Berne. Document inédit.

7.5 Immunité des chefs d'Etat étrangers

Le texte qui suit examine la licéité, en droit international, des demandes d'assistance judiciaire internationale tendant à faire recueillir le témoignage d'un chef d'Etat étranger dans le cadre d'une procédure pénale ouverte en Suisse.

(Traduction)

"B.D. est le chef d'Etat en exercice du pays X. En tant que tel, il relève en principe exclusivement de la justice de son Etat, dans le cadre tracé par la Constitution de celui-ci, et il est soustrait à la juridiction des Etats étrangers. (Il ne semble pas y avoir d'exceptions en faveur de tribunaux internationaux.) L'immunité des chefs d'Etats étrangers est bien ancrée en droit international et fait partie de l'ordre juridique suisse.

Ce principe s'applique dans le cadre de l'assistance judiciaire (voir l'arrêt du Tribunal fédéral en l'affaire *Marcos*, ATF 115 Ib 496, 500): "les chefs d'Etat sont absolument exempts, *ratione personae*, de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice de fonctions officielles. Au contraire de l'immunité de juridiction civile, toujours discutée et relativisée, l'immunité de juridiction pénale du chef de l'Etat est totale (...). Cette immunité paraît également englober, sans réserve, les activités privées des chefs d'Etat (...)." ⁴⁵

L'immunité a pour but de protéger les fonctions du titulaire tant que dure son mandat. Pendant cette période, elle est absolue et complète: elle interdit tout acte de contrainte à l'égard de la personne et des biens du titulaire. Ces règles ont récemment été confirmées par la Cour internationale de Justice (CIJ) pour les ministres des affaires étrangères (elles valent *a fortiori* pour les chefs d'Etat). Dans son arrêt du 14 février 2002 en l'affaire *Yerodiya*, qui avait trait à un mandat d'arrêt lancé par la Belgique contre le Ministre des Affaires étrangères du Congo, la CIJ s'est ainsi exprimée: "Les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions." ⁴⁶

En principe, l'immunité couvre le chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions autant que dans sa sphère privée. Elle inclut même les actes préalables à son entrée en fonction."

Communication faite le 1^{er} juin 2004 par la DDIP au Ministère public de la Confédération (Département fédéral de justice et police). Document inédit.

7.6 Privilèges et immunités des membres des missions permanentes auprès des Nations Unies à Genève. Compétence et procédure pour lever l'immunité. Validité et nullité des actes juridiques à caractère international. Traités internationaux: interprétation

L'arrêt du TF reproduit en partie ci-après concerne l'individu A., qui avait quitté l'Union soviétique en 1975. Depuis 1987, A. habite Monaco; il a acquis la nationalité allemande et celle du Commonwealth de la Dominique. En 1996, A. devint membre de la Mission de la Dominique près les organisations internationales à Genève. En novembre 1998, le DFAE, par une note adressée à la Mission de la Dominique, retira à A. son statut diplomatique avec effet immédiat et lui impartit un délai de trois mois pour quitter la Suisse.

Depuis 1994, A. avait été en relations d'affaires avec B. En 1997 et 1998, pour régler les dettes de A., B. et A. conclurent deux arrangements dans lesquels Zurich était désigné comme for. En mars 1999, A. fit savoir à B. qu'il considérait ces deux accords comme nuls. En décembre 1999, à la demande de B., le Tribunal de district de Zurich condamna A. à payer une certaine somme à B. Les recours de A. contre cette décision auprès de la Cour de Justice de Zurich, puis auprès de la Cour zurichoise de cassation furent écartés, ce qui incita A. à saisir le TF par la voie d'un recours en réforme. Voici un long extrait de l'arrêt du TF rejetant le recours:

"3.4

3.4.1 Dans les relations bilatérales, l'Etat hôte peut faire savoir en tout temps et sans indiquer de motifs à l'Etat d'envoi 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. L'Etat d'envoi rappellera alors la personne en cause ou

⁴⁵ *Pratique suisse 1990*, n° 7.1, RSDIE, 1^{re} année, 1991, p. 533 (535).

⁴⁶ Voir l'arrêt cité à la note 31, paragraphe 54.

mettra fin à ses fonctions (article 9, paragraphe premier, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, CVRD, RS 0.191.01, qui parle de l'Etat accréditant et de l'Etat accréditaire). Si l'Etat d'envoi refuse d'exécuter ou n'exécute pas dans un délai raisonnable les obligations susmentionnées, l'Etat hôte peut refuser de reconnaître à la personne en cause la qualité de membre de la mission (article 9, paragraphe 2, CVRD).

En l'espèce, le défendeur n'est pas accrédité comme ambassadeur de la (Dominique) à Berne, mais comme son représentant auprès des Nations Unies à Genève. L'accréditation est une procédure par laquelle un Etat demande avant l'envoi de son ambassadeur à l'organisation internationale si elle est d'accord avec la nomination de la personne en cause (cf. JEAN SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, n° 696, avec la remarque qu'il s'agit plutôt d'une information donnée à l'organisation que d'une accréditation à proprement parler). L'accréditation du défendeur comme représentant de la (Dominique) auprès des Nations Unies n'établit pas une relation bilatérale entre l'Etat de siège d'envoi et l'Etat hôte, mais une relation dite trilatérale entre l'Etat de siège (la Suisse), l'Etat d'envoi (la Dominique)) et les Nations Unies (cf. sur cette notion (M.) GERSTER/(D.) ROTENBERG, in: BRUNO SIMMA (éd.), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 2^e éd., 2 vol., Munich 2002, n. 9 ad Article 105; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/GERHARD LOIBL, *Das Recht der internationalen Gemeinschaften*, Cologne 2000, n° 1935). Le défendeur soutient qu'en raison de cette relation trilatérale, dans le cadre de laquelle il faut prendre en considération l'indépendance nécessaire à l'ONU pour accomplir ses tâches, la Suisse n'est pas fondée à lever son immunité diplomatique par un acte unilatéral, respectivement à s'opposer à l'accréditation de sa personne auprès des Nations Unies. La décision serait dès lors nulle. Dans un avis de droit produit par (le recourant), il est en outre fait allusion à des vices de forme affectant la décision du DFAE.

3.4.2 Selon la réponse du Conseil fédéral à une question ordinaire du 10 novembre 1993, les compétences et la procédure relatives à la levée de l'immunité diplomatique des membres des missions permanentes auprès des Nations Unies à Genève en cas d'abus des privilèges sont réglées de la manière suivante:

"Pour ce qui est de la pratique de la Suisse en cas d'abus des privilèges et immunités, il convient de rappeler ce qui suit: La convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 s'applique par analogie aux missions permanentes à Genève et à leurs membres. Sur cette base, l'Etat hôte peut, notamment, demander à l'Etat d'envoi la levée de l'immunité d'un diplomate pour permettre de le citer devant un tribunal lorsque le litige est porté devant une juridiction ordinaire. Si la sécurité de la Suisse est mise en danger, la clause de sécurité intérieure ou extérieure contenue dans les accords de siège conclus avec les organisations internationales établies dans notre pays peut s'appliquer par analogie pour l'expulsion d'un membre d'une mission permanente. Cette clause s'applique essentiellement aux cas d'espionnage ou de terrorisme. *Pour les cas qui ne permettent pas d'invoquer cette clause*, notamment des violations répétées et graves des règles de la circulation routière, le mauvais traitement à l'égard des employés de maison, des dettes importantes non honorées, etc., *les Nations Unies ont reconnu à l'Etat hôte la possibilité d'expulser un membre d'une mission permanente pour "abus de résidence"*. L'ONU exige toutefois que l'expulsion soit dûment motivée. Sur la base des divers moyens à sa disposition, le DFAE, après consultation de l'ONU, prend des mesures à l'égard d'une mission ou de certains de ses membres chaque fois que cela s'avère nécessaire. "

(La réponse est reproduite dans la Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE) 5/1994, p. 616 (*Pratique suisse* 1993, n° 7.2, RSDIE, 4^e année, 1994); les passages en italiques sont mis en évidence par le TF).

Selon la pratique suisse en matière de relations diplomatiques, reconnue comme conforme au droit par les Nations Unies, ainsi que cela ressort de la réponse du Conseil fédéral, il existe ainsi une possibilité d'expulser un membre d'une mission permanente auprès des organisations internationales à Genève en cas d'abus de privilèges et immunités diplomatiques, en particulier lorsque des dettes importantes ne sont pas honorées. L'expulsion entraîne la levée de l'immunité diplomatique (cf. SALMON, *loc. cit.*, n° 707; SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, *loc. cit.*, n° 1935).

A l'exception des cas qui présentent une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure (espionnage, terrorisme, etc.), une démarche unilatérale de la Suisse comme Etat de siège des Nations Unies n'est pas admissible. La Suisse a l'obligation de consulter préalablement l'ONU et de motiver la décision relative à l'expulsion et à la levée de l'immunité du représentant d'un Etat. L'obligation de suivre une procédure de consultation est fondée sur une référence aux divers accords de siège conclus entre le Conseil fédéral suisse et l'ONU et ses institutions spécialisées (cf. articles 21 et 25 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle du 9 décembre 1970 (RS 0.192.122.23); les articles 22 et 25 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation Mondiale de la Santé pour régler le statut juridique de cette Organisation en Suisse, du 21 août 1948 (RS 0.192.120.281), qui ont la même teneur; ainsi que les articles 22 et 25 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation internationale du travail pour régler le statut juridique de cette Organisation en Suisse, du 11 mars 1946 (RS 0.192.120.282); moins net, l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies des 11 juin et 1^{er} juillet 1946 (RS 0.192.120.1), qui ne mentionne à l'article IV, section 12, que le devoir pour l'Etat d'envoi de lever l'immunité de son représentant en cas d'abus). Selon une opinion répandue dans la doctrine du droit international, l'Etat d'envoi doit aussi être impliqué dans la procédure de consultation, avant que l'Etat de siège puisse mettre fin à la reconnaissance du statut diplomatique d'un membre d'une mission permanente (cf. GERSTER/ROTEBERG, *loc. cit.*, n. 38, ad Article 105; SALMON, *loc. cit.*, n°s 706 et s., en particulier p. 570, avec des références à une pratique semblable de l'Autriche et des Etats-Unis; HERIBERT FRANZ KÖCK, *Die Organe des völkerrechtlichen Verkehrs*, in: HANSPETER NEUHOLD/WALDEMAR HUMMER/CHRISTOPH SCHREUER (éd.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, vol. 1, Vienne 1991, n° 1487; moins net toutefois AMADEO PEREZ, *Le système des privilèges et immunités applicables aux organisations internationales en Suisse et aux délégations permanentes étrangères à Genève*, Genève 1997, pp. 43 et s., qui mentionne seulement le devoir de la Suisse d'informer l'ONU). Par ce devoir de mener une procédure de consultation et d'indiquer le motif de l'expulsion et

de la levée de l'immunité diplomatique, la marche à suivre dans les relations trilatérales se distingue de la déclaration unilatérale de *persona non grata* selon l'article 9 CVRD.

3.5 Vu ce qui précède, la décision du DFAE selon laquelle l'immunité diplomatique du défendeur est levée et fixant à celui-ci un délai de trois mois pour quitter le pays ne contient rien d'inadmissible. Cette décision n'est donc entachée d'aucun vice sous l'aspect du droit matériel.

Il appartient au DFAE de rendre des décisions dans le domaine des relations diplomatiques (*cf.* article premier, alinéa 3, lettre a, de l'Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères du 29 mars 2000 (Org. DFAE; RS 172.211.1)). Le DFAE est ainsi indubitablement l'autorité compétente pour rendre une décision levant l'immunité diplomatique du défendeur. La décision a été notifiée à la Mission permanente de la (Dominique). Comme la conduite des affaires officielles est régie par des accords et des usages internationaux, on ne saurait élucider complètement le point de savoir à quelles autorités de la (Dominique) le DFAE devait s'adresser (*cf.* article 41, paragraphe 2, CVRD, qui laisse ouvertes diverses possibilités; en outre MICHAEL RICHTSTEIG, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen - Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, Baden-Baden 1994, p. 99). La Mission permanente de la (Dominique) peut en tout cas être considérée comme un office habilité à recevoir et transmettre la décision. La notification n'est donc affectée d'aucun vice grave.

Sous réserve des accords internationaux, les actes des relations internationales ne sont soumis à aucune forme particulière ((K.) IPSEN, (*Völkerrecht*, 4^e éd., Munich 1999,) p. 204, n° 9; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin 1984, n° 660. Selon l'article 9, paragraphe premier, CVRD, les déclarations de *persona non grata* doivent être notifiées à l'Etat accréditant (Etat d'envoi). La décision du DFAE est contenue dans une note diplomatique, c'est-à-dire une lettre rédigée selon les formules de politesse usuelles dans la correspondance diplomatique. La violation de règles essentielles de forme, quelles qu'elles soient, est donc à exclure.

Pour ce qui concerne la procédure de consultation, il ressort d'une lettre du DFAE du 16 mai 2002, qui figure au dossier et sur le vu de laquelle l'état de fait peut être complété en vertu de l'article 64, alinéa 2, OJ,⁴⁷ que le DFAE a informé les Nations Unies de la décision levant l'immunité diplomatique du défendeur et que l'Organisation a toutefois renoncé à se déterminer. Une lettre du service juridique des Nations Unies à Genève datée du 21 octobre 2002 confirme que l'ONU a été informée par une lettre du 11 novembre 1998 de la décision relative à la levée de l'immunité diplomatique du défendeur. Le DFAE a ainsi donné à l'ONU la possibilité de réagir pendant le délai accordé au défendeur pour quitter la Suisse. L'obligation de consulter les Nations Unies implique assurément qu'elles soient entendues avant que la décision soit prise, afin que l'Organisation puisse exercer une influence sur la décision des autorités suisses. En l'espèce, le droit d'être entendu a cependant été ouvert à l'ONU à un moment où la décision du DFAE aurait pu être rapportée sans autre difficulté. On ne saurait dès lors admettre un vice grave de la procédure qui entraîne la nullité de la décision. Cela s'impose d'autant plus que l'admissibilité de la levée du statut diplomatique ne dépend pas d'un consentement donné par les Nations Unies. Du moment que les Nations Unies n'ont pas la compétence de ratifier la décision, il est d'ailleurs douteux que l'omission complète du devoir de consulter entraînerait la nullité d'une décision relative à la levée de l'immunité diplomatique.

Le droit d'être entendu de l'Etat d'envoi a aussi été respecté. Il ressort de la lettre du DFAE du 16 mai 2002 déjà mentionnée que la (Dominique) a fait usage de son droit de demander des explications sur les motifs qui ont conduit à la levée de l'immunité diplomatique du défendeur et qu'elle a reçu les informations correspondantes. Les notes diplomatiques figurent au dossier. Le DFAE a ainsi satisfait à son devoir de motiver sa décision. Comme il n'est pas nécessaire que la (Dominique) donne son assentiment à l'expulsion et à la levée de l'immunité diplomatique de son représentant, la décision du DFAE ne serait pas nulle, mais seulement entachée d'un vice, même si le Département n'avait pas satisfait à son obligation de la motiver. Le fait que le DFAE n'a pas demandé préalablement le rappel par l'Etat d'envoi n'est pas non plus préjudiciable. Dans la pratique des Etats, qui en leur qualité de "maîtres des traités", en déterminent par leur accord l'interprétation et l'application (article 31, paragraphe 3, lettre b,) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CVT; RS 0.111: IPSEN, *loc. cit.*, n° 14, p. 120), il arrive souvent qu'à l'encontre de la teneur littérale de l'article 9 CVRD, l'expulsion soit ordonnée sans que le rappel par l'Etat d'envoi soit demandé au préalable (SALMON, *loc. cit.*, n° 636).

3.6 On peut constater globalement que la décision du DFAE du 11 novembre 1998 n'est entachée d'aucun vice fondamental de nature matérielle ou formelle qui conduirait à en constater la nullité et qu'elle lie ainsi les tribunaux civils. L'immunité diplomatique du défendeur a été valablement levée.

3.7 Selon l'article 39, paragraphe 2, CVRD, les privilèges et immunités d'une personne dont les fonctions ont pris fin cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays ou à l'expiration d'un délai qui lui aura été accordé à cette fin; ils subsistent jusqu'à ce moment. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission.

La présente action est fondée sur une créance privée et elle a été ouverte le 23 décembre 1999. L'effet de l'immunité diplomatique avait ainsi déjà pris fin, même si l'on tient compte du délai de trois mois accordé au défendeur par la décision du 11 novembre 1998 pour quitter le pays. L'examen des autres considérations de l'autorité cantonale, selon lesquelles le défendeur ne saurait invoquer l'immunité diplomatique parce qu'il aurait procédé sur la demande devant le Tribunal de district et parce que la créance déduite en justice se rapporte à une activité commerciale du défendeur dans l'Etat hôte, pour laquelle l'immunité diplomatique ne saurait être invoquée, est superflu."

⁴⁷ Voir la note 32.

Arrêt du TF, du 8 avril 2004, dans la cause *A. c. B.* JdT 2004 I 546, c. 3.4-3.7 (550-555); ATF 130 III 430 (435-440).

7.7 Privilèges et immunités diplomatiques: importation de matériel; inspection des bagages personnels de l'agent diplomatique; statut des membres de sa famille; immunité de juridiction pénale, civile et administrative; levée de l'immunité

Voici un texte qui a pour objet l'importation de médicaments en Suisse par des agents diplomatiques étrangers.

"1. En préambule, nous soulignons que nous vous fournissons des réponses générales, compte tenu du fait que nous ne disposons d'aucun renseignement, notamment sur le statut de la personne en cause, et que celui-ci a une influence sur le traitement de la question. Nous réservons ainsi notre position à l'égard du cas concret qui vous amène à nous soumettre ces questions. Par ailleurs, dans la mesure où la personne en cause jouit effectivement d'un statut diplomatique, nous attirons d'ores et déjà votre attention sur le fait qu'elle jouit de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité de la personne, de sorte qu'aucune poursuite ne peut être entreprise à son égard sans levée préalable de son immunité et qu'aucun acte judiciaire ne peut lui être adressé directement mais doit être acheminé par la voie diplomatique, soit par l'intermédiaire de notre Département.

2. Cela étant, la question de l'importation de matériel par des diplomates est régie par l'article 36 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). Cette disposition prévoit que:

"1. Suivant les dispositions législatives et réglementaires qu'il peut adopter, l'Etat accréditaire accorde l'entrée et l'exemption des droits de douane, taxes et autres redevances connexes autres que frais d'entreposage, de transport et frais afférents à des services analogues sur:

- a. les objets destinés à l'usage officiel de la mission;
- b. les objets destinés à l'usage personnel de l'agent diplomatique ou des membres de sa famille qui font partie de son ménage, y compris les effets destinés à son installation.

2. L'agent diplomatique est exempté de l'inspection de son bagage personnel à moins qu'il n'existe des motifs sérieux de croire qu'il contient des objets ne bénéficiant pas des exemptions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, ou des objets dont l'importation ou l'exportation est interdite par la législation ou soumise aux règlements de quarantaine de l'Etat accréditaire."

Il ressort de cette disposition que l'agent diplomatique est exempté de tout ce qui, de près ou de loin, se rapporte à des droits de douane. Les termes "suivant les dispositions législatives et réglementaires" signifient que l'Etat accréditaire, la Suisse en l'occurrence, est en droit d'introduire des limitations aux quantités de biens importés et de soumettre ces importations aux formalités qu'il estime nécessaires. Par ailleurs, s'agissant de l'importation de biens qui sont interdits par la législation de l'Etat accréditaire, l'agent diplomatique doit respecter ces interdictions prévues à des fins de sécurité, d'ordre public, de santé publique et de la moralité.

Par ailleurs, l'agent diplomatique bénéficie en général de la dispense de l'inspection de ses bagages personnels. Toutefois, ce n'est pas un droit absolu; il est admis que ces bagages peuvent être ouverts et examinés, sans que la responsabilité de l'Etat accréditaire ne soit engagée, lorsque certaines conditions sont remplies: 1) les autorités compétentes doivent avoir des motifs sérieux de croire que les bagages de l'agent diplomatique contiennent des biens dont l'importation ou l'exportation est interdite et 2) l'agent diplomatique ou son représentant doit être présent lors de la fouille des bagages.

3. Qui est bénéficiaire de ces privilèges? Il s'agit en premier lieu de l'agent diplomatique. Comme l'indique la lettre e de l'article premier de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'expression "agent diplomatique" s'entend du chef de la mission (l'Ambassadeur) ou d'un membre du personnel diplomatique de la mission, accrédité comme tel auprès de l'Etat d'accueil. Par ailleurs, conformément à l'article 37, paragraphe premier, les membres de la famille de l'agent diplomatique qui font partie de son ménage bénéficient également de ces privilèges pourvu qu'ils ne soient pas de nationalité suisse. En revanche, les membres du personnel administratif et technique de la mission, les membres de leur famille qui font partie de leur ménage, les membres du personnel de service de la mission, ainsi que les domestiques privés des membres de la mission n'en bénéficient pas. En raison du traitement différent accordé aux différentes catégories de membres d'une mission, il est évidemment essentiel de connaître le statut de l'intéressé pour déterminer les privilèges et immunités dont il jouit, respectivement dont jouissent, le cas échéant, les membres de sa famille.

4. S'agissant des moyens qui peuvent être mis en œuvre à l'égard du non-respect par un agent diplomatique de la législation suisse en matière d'interdiction d'importation, l'agent diplomatique jouit de l'immunité de juridiction pénale, ainsi que de l'immunité de juridiction civile et administrative sauf dans trois cas qui ne concernent pas le cas d'importation de médicaments (article 31, paragraphe premier, de la convention de Vienne précitée). Il jouit également de l'inviolabilité de la personne. Les membres de famille faisant partie de son ménage jouissent d'un statut identique.

Il s'ensuit qu'aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique. Il ne peut être poursuivi judiciairement en Suisse sans que son immunité ne soit levée. C'est l'Etat que l'agent diplomatique représente qui a la possibilité de lever son immunité. Par ailleurs, toute notification d'acte judiciaire doit être effectuée par la voie diplomatique et ne peut se faire directement à l'intéressé.

5. Enfin, nous rappellerons d'une manière générale l'article 41 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques aux termes duquel les personnes qui bénéficient de privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire, sans préjudice de ces privilèges et immunités."

Communication de la DDIP du 6 mai 2004. Document inédit.

7.8 Privilèges et immunités des agents diplomatiques et des fonctionnaires internationaux: contrôle à l'entrée des effets de déménagement

La communication de la DDIP reproduite ci-après porte sur les contrôles phyto- et zoo-sanitaires des effets de déménagement auxquels les agents diplomatiques étrangers et les fonctionnaires internationaux arrivant par mer sont assujettis dans l'Etat P.

"L'article 30, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴⁸ prévoit certes que les biens de l'agent diplomatique sont inviolables. Cette disposition vise les biens qui se trouvent dans l'Etat accréditaire. En l'espèce, il s'agit du contrôle d'entrée de biens arrivant par la mer et celui-ci est couvert par l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de ladite convention. Aux termes de celui-ci, l'Etat accréditaire accorde l'entrée et l'exemption des droits de douane sur les effets destinés à l'installation de l'agent diplomatique. L'entrée et l'exemption douanière sont toutefois accordées "suivant les dispositions législatives et réglementaires que l'Etat accréditaire peut adopter".

Il s'ensuit que les contrôles à but phyto- et zoo-sanitaire effectués par les autorités compétentes (de P.) peuvent constituer une restriction, mais une restriction qui n'est toutefois pas contraire à l'article 36, paragraphe premier, de la convention de Vienne et ne vide pas de sa substance le principe qu'il contient, étant donné que cette disposition réserve précisément la réglementation interne de l'Etat accréditaire. Par ailleurs, pour d'autres raisons, les autorités douanières suisses procèdent de temps à autre à un contrôle du contenu des containers d'agents diplomatiques arrivant à la frontière sur la base de listes que fournit l'agent diplomatique et cette pratique n'est pas contraire à l'article 36 de la convention de Vienne."

Communication faite par la DDIP le 2 novembre 2004 à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat P. Document inédit.

7.9 Situation des juges du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail

Une communication faite par la DDIP examine la situation des juges du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail (OIT), en particulier celle du juge suisse, et notamment le statut des membres du Tribunal sous l'angle fiscal.

"1. Le Statut du Tribunal administratif de l'OIT a été adopté par la Conférence internationale du travail le 9 octobre 1946 et modifié à diverses reprises par ladite Conférence. Les juges sont élus par la Conférence internationale du travail, alors que le greffier et son adjoint sont désignés par le Directeur général de l'OIT. Le Tribunal administratif est un organe de l'OIT, qui s'est toutefois vu doter de l'indépendance indispensable à l'exercice de ses fonctions.

2. Le statut de l'OIT en Suisse est déterminé par l'Accord conclu le 11 mars 1946 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation internationale du travail pour régler le statut juridique de cette Organisation en Suisse (RS 0.192.120.282, ci-après "accord de siège"). Cet accord ne contient aucune disposition spécifique concernant le Tribunal administratif de l'OIT et ses juges.

3. En tant qu'organe de l'OIT, le Tribunal administratif bénéficie des dispositions pertinentes de l'accord de siège. Dans la mesure où les personnes qui travaillent pour le Tribunal administratif de l'OIT, par exemple les membres du greffe, sont des fonctionnaires de l'OIT, et mis au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE à ce titre, ils bénéficient des privilèges et immunités prévus par l'accord de siège.

4. Les juges du Tribunal administratif de l'OIT ne sont pas des fonctionnaires de l'OIT, mais des experts en mission pour le compte de l'OIT, respectivement de son Tribunal administratif. Nous constatons en effet que les fonctions mêmes des juges seraient incompatibles avec leur nomination en tant que fonctionnaires de l'OIT, s'agissant notamment de la nécessité d'assurer leur totale indépendance. Par ailleurs, ainsi que vous le relevez, les juges du Tribunal administratif de l'OIT sont engagés à temps partiel et ne sont appelés à siéger en Suisse que quelques semaines par année. Ils perçoivent des indemnités qui sont, comme vous l'indiquez, déterminées en fonction des prestations accomplies. Ces indemnités ne sont pas soumises à l'imposition interne appliquée par l'OIT aux salaires versés à ses fonctionnaires. L'OIT nous a d'ailleurs confirmé qu'elle considérerait les juges du Tribunal administratif comme des "experts de haut niveau" qui ne sont pas soumis au règlement des fonctionnaires et ne sont pas affiliés au régime d'assurances sociales de l'Organisation.

5. A l'instar des experts auxquels les autres organisations internationales font appel et des autres experts pouvant être appelés par l'OIT, les juges du Tribunal administratif de l'OIT jouissent, pour la durée de leur mission, y compris le temps du voyage, des privilèges et immunités suivants, dans la mesure où ceux-ci leur sont nécessaires pour l'exercice de leurs fonctions:

- l'immunité de juridiction pour les actes accomplis par eux au cours de leur mission, y compris leurs paroles et écrits;
- l'inviolabilité de tous leurs papiers, supports de données et documents officiels;
- l'exemption de toutes mesures restrictives relatives à l'immigration, de toutes formalités d'enregistrement des étrangers et de toutes obligations de service national;
- les mêmes facilités en ce qui concerne les réglementations monétaires ou de change que celles qui sont accordées aux représentants des gouvernements étrangers en missions officielles temporaires;

⁴⁸ Voir la note 33.

- les mêmes immunités et facilités en ce qui concerne leurs bagages personnels que celles qui sont accordées aux agents diplomatiques.

6. Les privilèges et immunités susmentionnés garantissent toute l'indépendance nécessaire des juges du Tribunal administratif de l'OIT à l'égard de l'Etat hôte.

7. Ainsi, les juges du Tribunal administratif de l'OIT ne bénéficient pas d'exemptions fiscales découlant de l'accord de siège conclu avec l'OIT et ne peuvent pas se prévaloir des exemptions prévues par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁴⁹ la seule référence à ladite convention portant sur le statut de leur bagage personnel.

Les juges qui ne sont pas ordinairement domiciliés en Suisse ne sont pas imposables en Suisse du fait de leur activité comme experts, respectivement comme juges au Tribunal administratif de l'OIT, dès lors que leur présence en Suisse à ce titre ne crée pas un domicile fiscal. Il n'en est pas de même s'agissant des juges qui, comme vous, sont domiciliés en Suisse et sont imposables sur l'ensemble de leurs revenus en raison de leur domicile civil et fiscal dans notre pays.

Nous vous signalons, à toutes fins utiles, que les juges de nationalité suisse ou qui ont en Suisse leur résidence permanente ne peuvent pas bénéficier de facilités en ce qui concerne leurs bagages personnels, et ce conformément à l'article 38 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.⁵⁰

8. En résumé, nous sommes en mesure de vous confirmer que vous bénéficiez en Suisse de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis au cours de l'exercice de votre mission, y compris vos paroles et écrits, ainsi que de l'inviolabilité de tous vos papiers, supports de données et documents officiels. En revanche, vous ne pouvez pas vous prévaloir de l'exemption de l'inspection de votre bagage personnel et ne bénéficiez pas d'exemptions fiscales sur la rémunération qui vous est versée en relation avec votre activité de juge au Tribunal administratif de l'OIT."

Communication de la DDIP du 13 octobre 2004. Document inédit.

7.10 Situation des membres de postes consulaires, particulièrement du personnel de service

Etude rédigée par la DDIP et destinée à la Police judiciaire fédérale:

"1. A titre préalable, nous rappelons que, en vertu de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, les locaux consulaires sont inviolables (article 31). Il en est de même des archives et documents consulaires, à tout moment et en quelque lieu qu'ils se trouvent (article 33).

2. Le statut juridique des membres des représentations consulaires est lui aussi déterminé par la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires. Selon l'article premier, paragraphe premier, lettre g, de ladite convention, les membres du poste consulaire relèvent des trois catégories suivantes:

- *Fonctionnaire consulaire*: toute personne, y compris le chef de poste consulaire, chargée en cette qualité de l'exercice de fonctions consulaires. Il y a lieu de distinguer entre les fonctionnaires consulaires de carrière et les fonctionnaires consulaires honoraires (article premier, paragraphe premier, lettre d, et article premier, paragraphe 2).

- *Employé consulaire*: toute personne employée dans les services administratifs ou techniques d'un poste consulaire, par exemple une secrétaire (article premier, paragraphe premier, lettre e).

- *Membre du personnel de service*: toute personne affectée au service domestique d'un poste consulaire, telle qu'un jardinier ou un huissier (article premier, paragraphe premier, lettre f).

3. Le personnel de service d'un poste consulaire ne bénéficie que de privilèges et immunités limités. *Il ne jouit ni de l'inviolabilité personnelle ni de l'immunité de juridiction.*

Le personnel de service *peut faire l'objet d'une poursuite* pénale, civile ou administrative. Toutefois, en cas d'arrestation ou de détention préventive, ou lorsqu'une poursuite pénale est engagée, l'Etat de résidence - à savoir la Suisse en l'espèce - est tenu d'en prévenir au plus tôt le chef du poste consulaire (article 42).

Un membre du personnel de service *peut faire l'objet des mesures visant à l'établissement de l'identité et au rassemblement des preuves*. Il est possible, par exemple, de procéder à la prise de photos d'identité, d'empreintes, de prélèvements d'ADN, ou encore à la prise de sang à des fins de recherche d'alcool, de médicaments ou de stupéfiants, conformément aux règles de procédure applicables.

Un membre du personnel de service *peut être appelé à répondre comme témoin* au cours de procédures judiciaires et administratives (article 44). Il en découle qu'il peut également être entendu à titre de renseignements dans le cadre d'une enquête. Il ne peut pas refuser de répondre comme témoin, *sauf sur des faits ayant trait à l'exercice de ses fonctions* (article 44, paragraphe 3). De même, il ne peut pas être obligé de produire la correspondance et les documents officiels relatifs à l'exercice de ses fonctions (article 44, paragraphe 3).

Il appartient à l'Etat d'envoi de renoncer à l'égard d'un membre du poste consulaire aux privilèges et immunités dont il bénéficie. De même, seul l'Etat d'envoi est habilité à se prononcer sur la question de savoir si des faits ont trait à l'exercice des fonctions de la personne concernée (lorsqu'un doute peut exister à ce sujet) et s'il autorise cette dernière à témoigner sur ces faits. La renonciation aux privilèges et immunités, respectivement l'autorisation de témoigner, doit toujours être expresse (article 45).

⁴⁹ Voir la note précédente.

⁵⁰ Aux termes de l'article 38, paragraphe premier, l'agent diplomatique qui a la nationalité de l'Etat accréditaire ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

Les membres du personnel de service d'un consulat bénéficient par ailleurs d'autres privilèges découlant de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Ils ne sont par exemple pas soumis à la législation relative à la main-d'œuvre étrangère (permis de travail) et sont exemptés du régime de sécurité sociale qui prévaut dans l'Etat de résidence. Ils sont aussi exemptés des impôts et taxes sur les salaires qu'ils reçoivent du fait de leurs services.

4. Si, sur le plan juridique, un membre du personnel de service peut être entendu par la police et faire l'objet de diverses mesures sans qu'il soit nécessaire d'en informer au préalable le consulat, il n'en demeure pas moins qu'en pratique la personne concernée refusera sans doute de collaborer sans instructions de son consulat ou de son ambassade (à moins qu'elle ne souhaite pas que son employeur soit au courant de ses démêlés avec la justice). Nous relevons à cet égard que l'article 101^{bis} du Code de procédure pénale fédérale⁵¹ prévoit l'obligation d'informer la personne entendue à titre de renseignement de son droit de refuser son témoignage.

Un tel risque est d'autant plus grand si les éléments sur lesquels la personne doit être interrogée touchent de près ses activités professionnelles. Dans un tel cas, il y a donc lieu de présenter à l'Etat concerné une demande formelle d'entendre la personne en question. Cette demande doit *suivre la voie diplomatique*, c'est-à-dire être présentée par l'intermédiaire du DFAE. Une telle requête doit préciser les points sur lesquels la personne sera entendue, afin que l'Etat d'envoi puisse se prononcer en connaissance de cause sur l'étendue de l'autorisation qu'il donne, le cas échéant. L'Etat d'envoi peut refuser l'audition de la personne en cause sur les faits en question s'il estime qu'ils concernent ses activités professionnelles."

Etude datée du 3 août 2004, rédigée par la DDIP et adressée à la Police judiciaire fédérale (Office fédéral de la police, Département fédéral de justice et police). Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir les nos 1.3 et 4.4)

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

--

10. Droit des conflits armés

10.1 Protection des civils dans le cadre de conflits armés

Voici le texte d'une déclaration faite devant le Conseil de sécurité des Nations Unies par le Représentant permanent de la Suisse auprès des Nations Unies sur le thème "Protection des populations civiles dans les conflits armés":

"La Suisse remercie le Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires du briefing sans fard qu'il a présenté ce matin devant le Conseil de sécurité. Elle salue les efforts menés par le Bureau de la coordination des affaires humanitaires (des Nations Unies) pour renforcer l'action internationale dans les dix domaines qu'il a définis comme prioritaires.

Je saisis l'occasion de ce débat pour m'exprimer sur quelques enjeux que la Suisse juge particulièrement importants:

1. Concernant la stratégie à poursuivre pour assurer la protection des civils dans les conflits armés, la Suisse plaide en faveur d'une approche fondée sur le respect du droit international. Les règles juridiques existantes - en particulier les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels⁵² - doivent être respectées en toutes circonstances. Elles constituent une base adéquate pour relever la plupart des défis contemporains. Il est vrai que certains conflits contemporains créent des menaces nouvelles pour les civils et il faut y répondre par de nouvelles politiques ou stratégies de protection. Mais celles-ci doivent être définies de manière à ne pas éroder les règles de droit existantes. Ces politiques nouvelles de protection doivent au contraire contribuer au renforcement du droit en élevant progressivement le seuil minimal de protection.

2. La Suisse souligne dans ce contexte l'importance de combattre l'impunité, tant aux niveaux national qu'international. Tant que l'impunité est endémique, la protection des civils dans les conflits armés demeure précaire. La Suisse rappelle les propositions pour lutter contre l'impunité formulées dans le dernier rapport du Secrétaire général de l'ONU sur la protection des populations civiles. Elle invite aussi le Conseil de sécurité à se tenir prêt à faire usage des pouvoirs dont il dispose en vertu du Statut de Rome pour déferer une situation à la Cour pénale internationale.⁵³

3. En ce qui concerne les sanctions, la Suisse est convaincue qu'il s'agit d'un outil vital pour répondre à certaines menaces à la paix et à la sécurité internationales. Ces dernières années, des progrès significatifs ont été réalisés pour définir des sanctions mieux ciblées et minimiser les conséquences négatives vis-à-vis des populations civiles. Des efforts additionnels demeurent toutefois nécessaires. Le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies (...) a développé une méthodologie sur l'évaluation de l'impact humanitaire des sanctions et publié récemment un manuel à ce sujet. La Suisse a contribué - avec le Canada - au développement de cette méthodologie.

⁵¹ Loi fédérale du 15 juin 1934 (RS 312.0).

⁵² Conventions de Genève du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51); Protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977 (RS 0.518.521 et 0.518.522).

⁵³ Statut du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1).

Elle invite le Conseil de sécurité à faire usage de cet instrument très utile pour l'évaluation de l'impact des sanctions et leur amélioration.

4. Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays constituent une catégorie de la population civile particulièrement exposée aux affres de la guerre. Leur protection doit être une priorité pour les pays concernés, autant que pour la communauté internationale. La Suisse salue les efforts récents du Coordonnateur des secours d'urgence en vue d'augmenter la qualité de la réponse apportée par les organisations humanitaires sur le terrain aux besoins des personnes déplacées. Elle salue également la nomination du Professeur Walter Kälin comme nouveau Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme des personnes déplacées. Elle invite les membres du Conseil de sécurité à le soutenir dans l'accomplissement de son mandat.

5. Un des défis actuels est d'amener les groupes armés non étatiques - qui sont des acteurs essentiels des conflits internes contemporains - à se conformer à leurs obligations de respecter le droit humanitaire et à assumer leurs responsabilités dans la protection des populations civiles. La Suisse a organisé en octobre 2004 à Montreux un atelier international destiné à identifier les moyens de mieux impliquer les acteurs non étatiques dans l'interdiction des mines antipersonnel. Plusieurs moyens pratiques ont été identifiés. La Suisse entend continuer à s'engager à l'avenir sur ce thème important.

6. Pour développer une stratégie complète, il convient de tenir aussi compte du rôle des entreprises privées dans les conflits. Si le volontarisme et l'autorégulation ont eu des effets positifs au cours des dernières années, nous pensons néanmoins que des règles claires sur la responsabilité des entreprises privées doivent être établies. Celles-ci doivent être spécifiques et reposer sur un large consensus. Ainsi, nous sommes d'avis qu'une politique plus active du Conseil de sécurité visant une approche plus sensible aux conflits doit être développée par le Conseil de sécurité."

Déclaration faite par le Représentant permanent de la Suisse auprès des Nations Unies, le 14 décembre 2004, devant le Conseil de sécurité des Nations Unies. Document inédit.

10.2 Territoires occupés: règles à observer par l'Etat occupant. Annexion

Dans une interpellation, R.-G. Vermot-Mangold, députée au Conseil National, interrogea le Conseil fédéral sur la clôture que le Gouvernement d'Israël avait décidé d'ériger entre Israël et la Cisjordanie et sur le point de savoir si le tracé de cette clôture n'allait pas conduire à une annexion de fait par Israël de certaines parties des territoires occupés en violation de la Résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations Unies (BO CN 2004, Annexes, p. 255). Voici un extrait de la réponse du Conseil fédéral:

"1. En droit international humanitaire, une puissance occupante a des droits et des obligations, qui sont notamment définis par le règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 et par la IV^e Convention de Genève.⁵⁴

Parmi ces obligations figurent celles de maintenir l'intégrité du territoire sur lequel la puissance occupante exerce un contrôle et d'assurer que les personnes du territoire occupé puissent continuer à mener une vie aussi normale que possible.

En entamant la construction du mur et en la poursuivant, le Gouvernement israélien modifie la physionomie de la Cisjordanie, ce qui constitue une violation du droit international humanitaire.

Il en découle aussi des conséquences économiques, sociales et humanitaires préoccupantes sur la vie d'un nombre élevé de Palestiniens. Le droit international humanitaire est l'expression d'un compromis entre nécessités militaires légitimes et protection minimale de la personne. Il dispose certes que la puissance occupante peut prendre des mesures de sécurité; néanmoins ces mesures ne peuvent pas porter atteinte aux droits fondamentaux accordés aux personnes protégées. Or, la construction du mur aggrave les restrictions à la liberté de circulation des Palestiniens et limite l'accès de la population aux postes de travail, à leurs terres, aux soins de santé et à l'éducation.

2. Le mur présente toutes les caractéristiques d'une structure permanente. Si sa construction est poursuivie, le mur séparera physiquement Jérusalem-Est du reste de la Cisjordanie, alors que la communauté internationale n'a jamais reconnu son annexion par Israël (voir notamment les Résolutions 252 et 267 du Conseil de sécurité de l'ONU), et intégrera la plupart des colonies de peuplement à Israël.

Le Conseil fédéral est profondément préoccupé par les perspectives suivantes: le tracé risque de mener à une annexion *de facto* de terres palestiniennes de Cisjordanie par Israël, en violation de la Résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité; jointe à l'expansion continue des colonies de peuplement et des infrastructures notamment routières en Cisjordanie et à Gaza, la construction du mur apparaît comme un obstacle à la réalisation de la vision de deux Etats vivant côte à côte en paix et dans la sécurité telle qu'énoncée dans la Résolution 1397 (2002) du Conseil de sécurité de l'ONU et reprise dans la feuille de route du Quartette pour le Proche-Orient (USA, ONU, UE, Russie). La construction du mur constitue également une violation de l'esprit et de la lettre des Accords intérimaires d'Oslo de septembre 1995, aux termes desquels Israël s'était engagé à ne prendre aucune mesure susceptible d'affecter l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de Gaza."

Réponse écrite donnée le 28 janvier 2004 par le Conseil fédéral à l'interpellation Vermot-Mangold du 2 octobre 2003. BO CN 2004, Annexes, pp. 255-256. Voir également, à ce sujet, la réponse du Conseil

⁵⁴ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention du 18 octobre 1907 (RS 0.515.112) et Convention du 12 août 1949 (RS 0.518.51).

fédéral du 15 septembre 2004 à un postulat Maury-Pasquier du 6 juin 2004 (BO CN 2004, Annexes, pp. 391-393).

11. La neutralité

La pratique suisse en matière de droit international public 2005 - RSDIE 2006 p. 605

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 3.3, 7.10 et 11.1)

1.1 Traités internationaux et instruments non obligatoires

Le texte reproduit ci-après explicite la différence entre accords contraignants sur le plan juridique et ententes à caractère politique.

(Traduction)

"La qualification d'un accord international de traité international juridiquement contraignant ou, au contraire, de simple déclaration d'intention obligatoire politiquement mais non juridiquement dépend du contenu de l'instrument en cause. En procédant à cette qualification, on s'appuiera notamment sur le texte de l'instrument, sur les termes utilisés, envisagés dans leur contexte, mais aussi sur les circonstances entourant sa conclusion. Son appellation (traité, accord, mémorandum d'entente, déclaration d'intention, protocole, etc.) n'est pas décisive pour sa qualification, comme le montre la pratique internationale autant que suisse. Ainsi des textes relativement nombreux sont dénommés "mémorandum d'entente" ("memorandum of understanding"), souvent à la demande de la Partie étrangère et en raison des règles de son droit interne, même lorsqu'il s'agit, sous l'angle du contenu, d'un traité juridiquement contraignant. Sur le plan du droit international et suisse, ces instruments seront alors considérés, par exemple pour déterminer qui peut les conclure, comme étant des traités internationaux, quelle qu'en soit l'appellation. Il n'en est pas moins vrai, et cela va de soi, que l'étiquette affixée à l'instrument par les Parties fournit un indice sur le degré d'obligatorité que ces Parties entendaient lui conférer.

Il en résulte que rien, en principe, n'empêche de qualifier l'instrument (qui est en cause ici) d'"arrangement" ou d'"accord", ou de lui donner un titre similaire, au lieu de parler d'"un mémorandum d'entente". Etant donné, toutefois, que ces qualifications s'entendent d'habitude d'instruments juridiquement contraignants, il convient de veiller, en particulier, à en souligner le caractère non obligatoire sur le plan juridique. Cela peut se faire en choisissant judicieusement les mots (éviter le verbe "shall", etc.), en évitant des dispositions typiques pour des traités (clauses d'entrée en vigueur ou de dénonciation) et, dans le cas idéal, en insérant une disposition qui constate explicitement que l'instrument en cause ne crée ni des droits ni des obligations. Il convient également de s'abstenir de dénominations qui, en règle générale, servent à désigner des traités internationaux ("convention", "traité")."

Note de la DDIP du 10 février 2005. Document inédit.

1.2 Traités internationaux et droit constitutionnel suisse: référendum facultatif en matière de traités

Extrait d'une étude élaborée par l'Office fédéral de la justice, le passage qui suit concerne des questions semblables à celles examinées dans le document suivant (voir ci-dessous, n° 1.3), à savoir l'interprétation à donner aux articles 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 3, de la Constitution fédérale, l'article 22, alinéa 4, de la Loi fédérale du 13 décembre 2000 sur l'Assemblée fédérale (LParl; RS 171.10) et l'article 164, alinéa premier, lettres a à g, de la Constitution.

"Un examen de la pratique actuelle fait apparaître les points suivants:

1. L'opinion peut être considérée comme établie, au sein de l'administration fédérale, que le recours au référendum en matière de traités internationaux doit se conformer aux dispositions de l'article 22, alinéa 4, LParl et de l'article 164, alinéa premier, Cst. La première question qui se pose est de savoir si le traité concerne des droits ou des obligations, ou s'il attribue des compétences aux autorités chargées de son application (dispositions fixant des règles de droit). Il faut, ensuite, que ces dispositions soient considérées comme importantes: elles le seront dans la mesure où, si elles étaient édictées au niveau national, l'article 164, alinéa premier, Cst. imposerait qu'elles le soient sous la forme d'une loi au sens formel. On peut supposer qu'en règle générale, les normes "d'applicabilité directe" sont des "dispositions importantes fixant des règles de droit" au sens constitutionnel. Ces deux notions ne se recouvrent cependant pas complètement, et ne sont certainement pas équivalentes, parce que, d'une part, l'applicabilité directe d'une norme figurant dans un traité international peut être un sujet de controverse et, d'autre part, parce qu'il ne saurait être exclu que des dispositions d'un accord international soient considérées comme importantes alors qu'elles ne satisfont pas aux conditions posées par le droit international pour qu'il y ait applicabilité directe.

2. A ce jour, la question de savoir s'il était nécessaire, pour l'application d'un traité international, d'édicter ou de modifier des lois fédérales n'a jamais véritablement posé un problème.

- Les offices et les départements responsables, ainsi que le Conseil fédéral, adoptent cependant souvent des positions défensives et semblent tentés d'éviter de soumettre les accords au référendum. En revanche, certaines interventions durant les débats parlementaires semblent indiquer que l'Assemblée fédérale préférerait appliquer le principe *in dubio pro referendo*.

- La densité des commentaires et le détail des arguments qu'avance le Conseil fédéral varient fortement d'un message à l'autre: certains se contentent d'indiquer laconiquement que le traité est sujet au référendum, d'autres fournissent des explications détaillées; l'importance est parfois évaluée en fonction des thèmes et des domaines sur lesquels porte le traité, alors que, dans d'autres cas, il est fait référence à des dispositions concrètes du traité.

- Le Conseil fédéral a été moins clair, dans ses explications au Parlement, sur la question de savoir si l'évaluation de l'importance devait se fonder sur des dispositions isolées ou sur l'ensemble d'un traité. Compte tenu de la pratique

développée par l'Assemblée fédérale s'agissant de l'unification multilatérale du droit, il faudra considérer, dans le doute, qu'une seule disposition (si tant est qu'elle est importante et qu'elle fixe des règles de droit) d'un traité international peut suffire pour que celui-ci soit déclaré sujet au référendum facultatif en matière de traités internationaux.

- Il n'est pas encore définitivement établi, au sein de l'administration fédérale, si un traité doit être considéré comme contenant des dispositions importantes fixant des règles de droit lorsqu'il prévoit des réglementations que le Conseil fédéral pourrait introduire par voie d'ordonnance en se basant sur une norme de délégation existante figurant dans une loi au sens formel. Le fait que le Conseil fédéral soit habilité à réglementer directement un domaine particulier pourrait être interprété comme signifiant qu'il s'agit de questions "non importantes". Mais d'un autre côté, le fait même qu'une norme de délégation a été inscrite dans une loi au sens formel peut au contraire être vu comme le signe de l'importance du domaine en question. Dans la doctrine, les avis divergent sur la question de savoir s'il est possible de déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions importantes fixant des règles de droit. Il serait par ailleurs possible, en usant trop largement des normes de délégations, de contourner les règles du référendum en matière de traités internationaux.

- La notion controversée d'"accord standard", qui a fait l'objet de discussions au sein de l'administration, a été définie par le Conseil fédéral comme une catégorie de traités internationaux pour lesquels des dispositions adéquates doivent être créées le plus rapidement possible dans une loi au sens formel pour déléguer explicitement au Conseil fédéral la compétence de conclure ces traités. Ce type d'accords a cependant nourri la suspicion des Chambres fédérales à l'égard d'un Conseil fédéral qui se laisserait guider, dans la question du référendum, par des aspects politiques et pratiques plutôt que par des considérations juridiques."

Extrait d'une étude de l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police, portant la date du 11 janvier 2005. JAAC 2005, fasc. 69/IV, n° 75.

1.3 Traités internationaux et droit constitutionnel suisse: référendum facultatif en matière de traités

L'extrait qui suit provient du Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies, du 15 novembre 2000, contre la criminalité transnationale organisée, du Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et du Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (FF 2005, pp. 6349 et 6389). Il porte sur le point de savoir si les instruments en cause sont assujettis au référendum facultatif.

"En vertu de l'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffres premier à 3, Cst., sont sujets au référendum facultatif les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (chiffre premier), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (chiffre 2) ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (chiffre 3). Les instruments internationaux qui sont l'objet du présent rapport peuvent être dénoncés en tout temps et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Il reste donc à savoir ce qu'il en est de la condition posée au chiffre 3.

Le droit pénal suisse en vigueur ne satisfait pas encore à tous points de vue aux exigences du Protocole contre la traite des êtres humains. Les adaptations nécessaires sont toutefois déjà prévues dans le contexte de l'adhésion au Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Le projet qui est l'objet du présent rapport pourra donc vraisemblablement être adopté sans qu'il soit nécessaire de prévoir une adaptation de la législation.

Les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ont été assujettis au référendum facultatif parce qu'on souhaitait que le droit de référendum porte sur les mêmes objets au niveau du droit international et au niveau du droit national. Les dispositions fixant des règles de droit sont définies à l'article 22, alinéa 4, de la Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (LParl).¹ Une disposition fixant des règles de droit est considérée comme importante au sens de la Constitution si elle appartient à l'une des catégories définies à l'article 164, alinéa premier, lettres a à g, Cst.;² sont ainsi importantes en particulier les dispositions fondamentales relatives aux droits et obligations des personnes, à la restriction des droits constitutionnels ainsi qu'aux tâches et aux prestations de la Confédération. Les critères déterminant l'assujettissement d'un traité international au référendum sont donc identiques à ceux qui sont appliqués pour déterminer si une disposition fixant une règle de droit doit revêtir la forme d'une loi fédérale ou non.

Les instruments internationaux qui sont l'objet du présent rapport contiennent des dispositions fixant des règles de droit (article 22, alinéa 4, LParl) qui doivent être considérées comme importantes au sens de l'article 164, alinéa premier, Cst. Les dispositions qui sont sujettes au référendum facultatif au niveau national doivent être assujetties au référendum facultatif en matière de traités internationaux s'il est prévu de prendre des engagements internationaux relatifs à l'application de ces normes. Par conséquent, l'arrêté fédéral d'approbation des textes conventionnels en cause dont nous proposons l'adoption doit être assujetti au référendum facultatif en matière de traités internationaux."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 26 octobre 2005, concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. FF 2005, p. 6269 (6345-6346).

¹ Loi fédérale du 13 décembre 2000 sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10). D'après l'article 22, alinéa 4, de cette loi, "(s)ont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences".

² Voici la liste complète: exercice des droits politiques; restriction des droits constitutionnels; droits et obligations des personnes; qualité de contribuable, objet des impôts et calcul du montant des impôts; tâches et prestations de la Confédération; obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral; et organisation et procédure des autorités fédérales.

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

(Voir aussi le n° 3.3)

2.1 Droit international et droit interne: monisme et dualisme. Règlement pacifique des différends: devoir des Etats Parties à une convention de règlement des différends de se conformer à l'arrêt de l'organe juridictionnel institué par cette convention. Droit des traités. Souveraineté de l'Etat

Faisant état d'un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande qui, selon lui, disait que cette Cour n'allait pas se conformer schématiquement aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, un député au Conseil national demanda au Conseil fédéral des éclaircissements sur les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.111), et le droit suisse. Voici la réponse écrite du Conseil fédéral:

"La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) établit un catalogue de droits universels qui jettent les bases d'une cohabitation dans la paix et la dignité, tant au niveau national que dans les relations avec tous les Etats qui les ont reconnus. Dans ce sens, la CEDH est conforme aux valeurs et aux traditions qui ont toujours été celles de la Confédération. L'adoption de la CEDH a permis, depuis les années cinquante, le développement progressif en Europe d'une zone caractérisée par la paix, le respect de la dignité humaine et des principes de l'Etat de droit.

1. La Constitution fédérale, approuvée par le peuple et les cantons, stipule expressément (article 5, alinéa 4, et article 191 Cst.) que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international et que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit international.³ Il appartient finalement aux tribunaux de procéder, dans le cas concret, à une pesée des intérêts en jeu. La Suisse ne dispose certes pas d'une stricte hiérarchie des normes, mais le droit international prime en principe les lois fédérales, tout au moins lorsque le législateur fédéral n'a pas voulu sciemment adopter une règle contraire au droit international. La place qu'occupent les traités internationaux dans la hiérarchie des normes du droit interne suisse est une question controversée dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Les règles impératives du droit international public (jus cogens) priment cependant toute disposition de droit public et fixent des limites aux révisions constitutionnelles. En vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, les Etats Parties sont tenus, conformément au principe *pacta sunt servanda*,⁴ de remplir les obligations du droit international qu'ils ont contractées. En ratifiant la CEDH, la Suisse s'est engagée à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges auxquels elle est partie (article 46, alinéa premier, CEDH).⁵

2. Il n'appartient en principe pas au Conseil fédéral de commenter les jugements des instances judiciaires étrangères ou nationales. Il constate toutefois que, dans son arrêt du 14 octobre 2004 mentionné par l'auteur de l'interpellation, la Cour constitutionnelle d'Allemagne a cassé la décision de l'instance inférieure et précisé que tous les organes de l'Etat étaient en principe liés par les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH) et tenus de mettre fin à une infraction à la CEDH ou de rétablir un état conforme à la convention. Dans son arrêt du 28 décembre 2004, la Cour constitutionnelle a expressément confirmé ce jugement dans la même affaire.

3. La Cour eur. DH constate, dans ses jugements, une violation de la CEDH à l'encontre d'un individu. L'Etat concerné est ensuite tenu de s'aligner sur le jugement et de supprimer la violation (article 46, alinéa premier, CEDH). Cette obligation est valable pour tous les Etats Parties à la CEDH et a été, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, expressément confirmée par la Cour constitutionnelle. Il en va de même pour la Suisse qui s'est engagée, lors de la ratification de la CEDH en 1974, d'assurer la compatibilité de son droit avec la convention. Dans l'arrêt cité par l'auteur de l'interpellation, la Cour constitutionnelle relève d'ailleurs qu'elle se doit d'empêcher ou d'éliminer, dans la mesure du possible, les violations du droit international et qu'elle est ainsi au service de la mise en œuvre du droit international.

4. Qu'un pays connaisse un système moniste ou dualiste ne joue aucun rôle, étant donné l'obligation concrète des Etats Parties de se conformer aux arrêts de la Cour eur. DH qui les concernent (article 46, alinéa premier, CEDH). Le passage du monisme au dualisme ne libérerait pas la Suisse de cette obligation. Les Etats Parties qui ont adopté un système dualiste ont, eux aussi, intégré les dispositions de la CEDH dans leur droit national.

5. Contrairement à l'affirmation de l'auteur de l'interpellation, la Cour constitutionnelle observe expressément que les tribunaux sont liés par un arrêt de la Cour eur. DH. Elle précise que le fait de ne pas prendre en considération une décision de cette Cour peut violer les droits fondamentaux et le principe de légalité. Les tribunaux allemands devront donc, à l'avenir aussi, tenir compte des arrêts de la Cour eur. DH. La Suisse a également pris un tel engagement en ratifiant la CEDH. Dans son Message concernant l'initiative sur l'internement,⁶ le Conseil fédéral a souligné que l'article 123a de la Constitution⁷ est conforme à la CEDH et doit être mis en œuvre à la lumière d'autres dispositions constitutionnelles. Le chef du DFJP (Département fédéral de justice et police) l'a officiellement confirmé après la votation."

³ L'article 5, alinéa 4, Cst. prévoit que "(l)la Confédération et les cantons respectent le droit international", tandis que, aux termes de l'article 191, "(l)le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international".

⁴ RS 0.111.

⁵ "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties."

⁶ Message du Conseil fédéral, 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. 3265).

⁷ Cette disposition porte sur l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents qualifiés d'extrêmement dangereux et non amendables.

Réponse écrite donnée par le Conseil fédéral, le 23 février 2005, à une interpellation déposée le 17 décembre 2004 par M. Mörgeli, député au Conseil national. BO CN 2005, Session d'été, Annexes, p. 212 (212-213).

2.2 Droit international conventionnel et droit interne: applicabilité directe du premier dans le cadre du second

Le passage ci-après, provenant d'un avis de la DDIP, examine l'applicabilité des dispositions d'une convention internationale sur le plan suisse.

"L'ensemble des dispositions qui figurent dans des traités internationaux se subdivise en deux catégories selon qu'elles sont dites "directement applicables" ("self-executing") ou non ("non self-executing"). L'applicabilité directe se définit comme l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir à aucune mesure interne d'exécution, des droits et des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités de l'Etat où cette règle est en vigueur.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a forgé des critères devant permettre de distinguer, parmi les règles du droit international, entre celles qui sont privées d'effet direct et celles qui en sont pourvues. Ainsi, pour qu'une règle soit directement applicable, il faut que "le contenu de la disposition en cause soit suffisamment clair et précis pour servir de fondement à une décision d'espèce". La règle doit donc "être susceptible d'application sur le plan judiciaire, porter sur des droits et des devoirs particuliers et s'adresser aux autorités chargées de l'application du droit" (ATF 121 V 246⁸).

Ne sont en revanche pas directement applicables les dispositions-programme, qui ne confèrent pas directement des droits et des obligations aux particuliers, mais s'adressent aux Etats et qui ne réglementent une matière que dans ses grands contours, en laissant une marge appréciable de liberté aux législateurs nationaux."

Avis de droit de la DDIP adressé le 31 mai 2005 à la Commission de recours du Département fédéral de l'économie. Document inédit.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 7.1, 7.7 et 8.1)

3.1 Reconnaissance d'Etats et de gouvernements. Fonctions des missions diplomatiques et des représentations auprès des organisations internationales

La lettre partiellement reproduite ci-après, émanant de la DDIP, porte sur la reconnaissance des passeports émis par l'Etat P. et, par extension, la reconnaissance de cet Etat, de même que l'accréditation de la mission permanente de P. auprès de l'Office des Nations Unies à Genève.

(Traduction)

"La Suisse a reconnu (l'Etat P.) en 1960. Le fait que, depuis 1991, en raison de l'absence de gouvernement dans cet Etat, aucun ambassadeur suisse n'y a pu être accrédité et que, à l'inverse, aucun ambassadeur de (P.) n'est à présent accrédité en Suisse n'a aucun effet sur la reconnaissance de (P.); il est en effet de pratique constante, depuis 1950, que la Suisse ne reconnaît en principe que les Etats et non les gouvernements.

Pour ce qui est de la reconnaissance de (P.), il importe également peu qu'une mission permanente (de cet Etat) soit accréditée auprès des Nations Unies à Genève. L'établissement de telles missions repose notamment sur l'Accord de siège entre les Nations Unies et la Suisse.⁹ Celui-ci oblige le pays hôte à faire la même situation juridique à toutes les missions permanentes près les Nations Unies. Il appartient toutefois à l'Organisation de décider si un Etat membre peut ouvrir une mission permanente et de reconnaître les personnes envoyées comme représentant cet Etat. Les missions permanentes sont soumises, par analogie, à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ((du 18 avril 1961) RS 0.191.01).

En principe les missions permanentes ne sont accréditées qu'auprès des Nations Unies et n'ont pas le statut de représentations auprès de la Suisse. Elles ne sauraient ainsi accomplir des tâches qui, normalement, relèvent des seules représentations diplomatiques. Elles ne peuvent, en particulier, émettre des passeports. Exceptionnellement la Suisse peut, il est vrai, reconnaître la qualité d'ambassade à une mission permanente, mais elle ne l'a pas fait en l'espèce. En ce qui concerne la Suisse, c'est donc l'Ambassade (de P.) à Paris qui est la représentation autorisée de ce pays. S'il n'existait aucune ambassade autorisée, la Suisse pourrait, dans des cas particuliers, accepter qu'une mission permanente émette des passeports. Cela présupposerait qu'en principe ces documents puissent être considérés comme valables, indépendamment de la représentation qui les a émis."

Lettre de la DDIP à l'Office fédéral des migrations du Département fédéral de justice et police, du 21 septembre 2005. Document inédit.

3.2 Immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers et de leurs biens, notamment culturels

⁸ *Pratique suisse 1995*, n° 2.1, RSDIE, 6^e année, 1996, p. 596.

⁹ Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies, des 11 juin/1^{er} juillet 1946 (RS 0.192.120.1).

Voici la réponse écrite faite par le Conseil fédéral à un postulat déposé par un député au Conseil national et ayant pour objet la "protection durable des biens d'Etats étrangers":

"En chargeant le Conseil fédéral d'examiner comment accorder de manière durable la protection prioritaire dont bénéficient les biens d'un Etat étranger en vertu du droit international public, le postulat part de la thèse selon laquelle actuellement, en Suisse, les biens d'un Etat étranger ne sont pas suffisamment protégés. Le postulat s'appuie sur l'Arrêté du Conseil fédéral de 1918¹⁰ ainsi que sur un projet de loi datant de 1923 qui régissaient la question du séquestre et des mesures d'exécution forcée à l'égard des biens d'Etats étrangers¹¹ dans une optique héritée d'un état de guerre. De même, en 1939, le Conseil fédéral édictait des dispositions selon lesquelles le séquestre des biens d'un Etat étranger ne pouvait être imposé qu'avec l'accord du Conseil fédéral.¹² Selon la pratique de l'administration fédérale et dans la mesure où cette dernière est en mesure de juger de la pratique des tribunaux, on ne connaît néanmoins actuellement aucun cas permettant de conclure que fréquemment, en Suisse, les biens d'Etats étrangers font l'objet de mesures d'exécution forcée non conformes au droit international public.

Même si le prétendu problème était encore d'actualité, la protection juridique applicable en Suisse aux biens d'Etats étrangers est entièrement garantie. Il convient de différencier les actions qu'un Etat entreprend en tant qu'Etat souverain (*acta jure imperii*), de celles qui peuvent aussi être accomplies par un particulier (*acta jure gestionis*). Selon la pratique en vigueur, et par analogie au caractère de norme coutumière de l'immunité des Etats, les tribunaux accordent l'immunité dans le premier cas et la refusent dans le second. Cela concerne non seulement l'immunité de juridiction, mais aussi l'immunité d'exécution. Deux autres garanties relevant du droit international public entrent aussi en ligne de compte pour ce qui est de la procédure d'exécution: il faut que la créance pour laquelle le séquestre est requis soit rattachée de manière suffisante avec la Suisse ("*Binnenbeziehung*", lien juridique suffisant avec la Suisse) et que l'objet du séquestre ne serve pas à des buts relevant de l'exercice de la puissance publique. Le droit applicable en matière d'exécution forcée est soumis à ces conditions de droit international public sans les mentionner expressément en détail (cf. article 30a et article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP,¹³ également applicables à la procédure de séquestre). Les dispositions citées ont été introduites à l'occasion de la révision de la LP en 1997. Le tribunal qui prononce le séquestre tout comme l'office des poursuites doivent les respecter. Les circulaires citées dans le postulat du Département fédéral de justice et police aux gouvernements cantonaux des 26 novembre 1979 et 8 juillet 1986 relatives à l'immunité des Etats étrangers quant à la juridiction et à l'exécution¹⁴ demeurent par ailleurs applicables.

Dans le cadre de la révision citée de la LP, il a été question d'une procédure intermédiaire dans laquelle le Département fédéral des affaires étrangères aurait examiné, avant l'exécution, l'éventualité d'une ordonnance de séquestre sous l'angle de sa conformité au droit international public. Cette option a néanmoins été laissée de côté, essentiellement parce que la révision renforçait de manière considérable la protection du débiteur frappé d'un séquestre à l'aide de moyens de droit incisis (introduction de l'opposition au séquestre en remplacement de l'action en suppression, par trop compliquée). Le nouveau droit du séquestre a rencontré un accueil très favorable dans la pratique.

Enfin, le Tribunal fédéral (cf. ATF 113 la 172¹⁵ autorise le recours de droit public d'un Etat étranger fondé sur l'article 84, alinéa premier, lettre c, OJ¹⁶ pour violation de son immunité de juridiction ou de son immunité d'exécution, même si on ne peut se référer à un accord international. Un recours de droit public peut également être formé en vertu de l'article 84, alinéa premier, lettre d, OJ,¹⁷ car l'invocation de l'immunité que confère le droit international public implique la contestation de la compétence des autorités suisses.

A l'échelle internationale, la requête visant un examen de la réciprocité par le Département fédéral des affaires étrangères ne répondrait pas à l'état actuel du droit international régional pertinent pour la Suisse (Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats, RS 0.273.1). En outre, elle irait à l'encontre de l'évolution du droit au niveau universel. Lors de leur 59^e Assemblée générale, les Nations Unies ont en effet adopté par consensus la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (Résolution A/RES/59/38 du (2) décembre 2004) qui, tout comme la convention européenne de 1972, ne prévoit pas d'exigence de réciprocité et définit les immunités conformément à la pratique actuelle de la Suisse.

En conclusion, que ce soit du fait de la situation juridique actuelle ou à la lumière de la pratique des tribunaux ou des autorités, rien n'indique qu'aujourd'hui en Suisse, des biens d'Etats étrangers soient insuffisamment protégés contre les mesures d'exécution forcée."

¹⁰ Arrêté du Conseil fédéral, du 12 juillet 1918, concernant le séquestre et les mesures d'exécution forcée à l'égard des biens mobiliers appartenant à un Etat étranger (RO 1918, p. 791).

¹¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 29 janvier 1923, concernant un projet de loi sur le séquestre et les mesures d'exécution forcée sur des biens appartenant à des Etats étrangers (FF 1923 I 416).

¹² Arrêté du Conseil fédéral, du 24 octobre 1939, concernant le séquestre et les mesures d'exécution forcée à l'égard des biens appartenant à des débiteurs établis à l'étranger (RO 1939, p. 1340).

¹³ Loi fédérale, du 11 avril 1989, sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1). D'après l'article 30a de cette loi, "(l)es traités internationaux et les dispositions de la (L)oi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) sont réservés". Aux termes de l'article 90, alinéa premier, chiffre 11, de la LP, sont insaisissables "les biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique".

¹⁴ JAAC 1980, fasc. 44/II, n° 54; *Pratique suisse 1986*, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 162.

¹⁵ *Pratique suisse 1987*, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209.

¹⁶ Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, dans sa teneur du 20 décembre 1968 (RS 173.110). L'article 84, alinéa premier, lettre c, de cette loi dispose que le recours de droit public au Tribunal fédéral est recevable contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation "de traités internationaux, sauf s'il s'agit d'une violation de leurs dispositions de droit civil ou de droit pénal par une décision cantonale".

¹⁷ Selon cette disposition, le recours de droit public au TF est recevable contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation "de prescriptions de droit fédéral sur la délimitation de la compétence des autorités à raison de la matière ou à raison du lieu".

Réponse écrite donnée le 11 mai 2005 par le Conseil fédéral à un postulat déposé le 18 mars 2005 par M. Freysinger, député au Conseil national. BO CN 2005, Session d'été, Annexes, p. 610 (611-612).

3.3 Insaisissabilité des biens appartenant au patrimoine culturel d'un Etat étranger. Droit coutumier en matière de protection de biens culturels. Droit international et droit interne

Un prétendu créancier de la Fédération de Russie, Noga, avait fait saisir la collection de tableaux du Musée national des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou, exposée au Musée Gianadda à Martigny (Valais). Voici, à ce sujet, le texte d'une télécopie urgente adressée par la DDIP à l'Office des poursuites et faillites du district de Martigny:

"La Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (RS 444.1) prévoit à l'article 10 que l'institution - qui reçoit en prêt un bien culturel provenant d'un Etat Partie à la Convention de l'UNESCO de 1970¹⁸ - peut demander à l'Office fédéral de la culture (du Département fédéral de l'intérieur) de délivrer à l'institution prêteuse une garantie de restitution pour la durée de l'exposition. La Fondation Gianadda n'a pas pu obtenir une telle garantie de l'Office fédéral de la culture, car la loi fédérale susmentionnée n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juin 2005. Etant donné que la nouvelle législation prévoit un délai de trois mois avant la date d'importation des biens culturels en Suisse (article 7 de l'Ordonnance sur le transfert des biens culturels (du 13 avril 2005) RS 444.11) pour présenter une demande de délivrance d'une garantie de restitution et que l'exposition a eu lieu cet été, aucune garantie n'a pu être établie. Cette dernière aurait empêché la saisie et entraîné que la nullité de ce dernier soit ordonnée.

Dans (une) lettre du 11 novembre 2005, nous avons attiré l'attention de l'Office des poursuites et des faillites de Genève sur la portée en droit international de la Convention des Nations Unies du (2 décembre 2004) sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens.¹⁹ Cette dernière consacre le principe de la non-saisissabilité des biens qui font partie du patrimoine culturel de l'Etat et de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

Nonobstant le fait que ladite convention n'est pas en vigueur pour la Suisse, elle n'en constitue pas moins l'expression du droit coutumier et a été acceptée comme telle par toute la communauté internationale. Il s'ensuit que la règle posée dans la convention des Nations Unies - qui conduit à ce que les biens d'un Etat faisant partie de son patrimoine culturel ne peuvent pas être saisis - produit les mêmes effets que si la garantie de la restitution avait été obtenue, c'est-à-dire que le séquestre doit être déclaré nul.

Le principe selon lequel le droit international l'emporte sur le droit interne est rappelé dans la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (état 11 janvier 2005).²⁰ En effet, l'article 30a de ladite loi précise que les traités internationaux et les dispositions de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé²¹ sont réservés.

Enfin, nous souhaiterions relever l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 10 août 2000 qui a statué dans une affaire opposant les mêmes parties, à savoir Noga et la Fédération de Russie.²² Il y est rappelé qu'une clause générale de renonciation à l'immunité de juridiction et d'exécution ne suffit pas à établir la manifestation de volonté de l'Etat de renoncer dans un cas précis à son immunité d'exécution (par exemple en matière de séquestre).

En concluant le Protocole du 31 juillet 2002 (relatif au prêt de la collection), les Parties n'ignoraient pas la portée de l'arrêt de la Cour d'Appel du 10 août 2000. Elles acceptaient ainsi implicitement que la renonciation aux immunités contenue au chiffre 5.3 dudit protocole devait être comprise selon les règles générales du droit international public, soit une renonciation à l'immunité portant exclusivement sur les actes *jure gestionis*. Si l'intention des Parties était d'aller au-delà, il eût fallu préciser expressément que la renonciation visait également les biens *jure imperii*, soit les biens qui servent à l'exercice de la puissance publique."

Communication de la DDIP, du 14 novembre 2005, à l'Office des poursuites et des faillites du district de Martigny. Document inédit.

3.4 Définition de l'organisation internationale

Extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 57^e session, du 2 mai au 3 juin et du 11 juillet au 5 août 2005 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 60^e session, Supplément n° 10 (A/60/10)):

"Avant d'entrer en matière sur la question de la responsabilité des organisations internationales, permettez-moi une brève remarque sur la définition de l'organisation telle qu'elle figure à l'article 2.²³ Pour le dire d'emblée, cette définition me paraît pertinente. Je voudrais à ce sujet surtout souligner la constatation qu'une organisation internationale peut

¹⁸ Convention du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert illicites des biens culturels.

¹⁹ Journal du droit international (Clunet), 132^e année, 2005, p. 1054.

²⁰ RS 281.1.

²¹ RS 291.

²² Journal du droit international (Clunet), 128^e année, 2001, p. 116.

²³ Il s'agit de l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, Rapport de la CDI cité dans le texte, p. 78. Cette disposition prévoit ce qui suit: "Aux fins du présent projet d'articles, on entend par "organisation internationale" toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des Etats, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des Etats."

également comprendre des entités autres que des Etats. En effet, nous faisons aujourd'hui face au phénomène croissant selon lequel plusieurs organisations internationales ne sont plus des organisations strictement gouvernementales. Avec la privatisation croissante d'activités étatiques, qui ne s'arrête pas au niveau national, nous serons confrontés encore d'avantage à l'établissement d'institutions internationales composées de partenaires aussi bien du secteur public que du secteur privé. Cette tendance aura également des répercussions sur la question de la responsabilité internationale de telles organisations mixtes."

Déclaration faite le 26 octobre 2005 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit. Pour un autre extrait de ce document, voir le n° 8.1.

3.5 Situation de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) en Suisse. Privilèges, immunités et personnalité internationale de cette Organisation. Contrôle international du respect des accords en matière nucléaire: activités de l'Organisation en territoire suisse. Question de la responsabilité internationale de la Suisse pour les activités d'une organisation intergouvernementale agissant sur le territoire national

L'avis de droit qui suit émane de la DDIP. Il porte sur les obligations de la Suisse concernant les inspections effectuées par l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) sur le site du CERN, au regard de l'Accord entre la Suisse et cette Organisation, du 11 juin 1955, pour déterminer le statut de celle-ci en Suisse (RS 0.192.122.42).

"Selon les informations que vous nous avez fournies, le CERN accepte, sur une base volontaire, que l'AIEA effectue des inspections sur son site, lesquelles se font en présence de représentants de l'Office fédéral de l'énergie. Il semble toutefois que certains inspecteurs de l'AIEA souhaiteraient avoir accès à l'ensemble des installations, alors que le CERN estime que l'Agence n'est pas légitimée à pénétrer dans certains locaux. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le CERN est autorisé à délimiter les inspections de l'AIEA et quelles sont les obligations de la Suisse à cet égard, respectivement si sa responsabilité internationale peut être engagée à la lumière du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Nous sommes en mesure de vous faire part de ce qui suit.

1. Le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires du 1^{er} juillet 1968 est entré en vigueur pour la Suisse le 9 mars 1977 (RS 0.515.03). Sur la base de ce traité a été conclu, le 6 septembre 1978, un Accord entre la Suisse et l'AIEA relatif à l'application de garanties dans le cadre du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (RS 0.515.031). Un Protocole additionnel à l'Accord entre la Suisse et l'AIEA relatif à l'application de garanties a été conclu le 16 juin 2000²⁴ et a donné lieu à l'Ordonnance sur l'application de garanties du 18 août 2004, entrée en vigueur le 1^{er} février 2005.²⁵

2. Nous ne sommes pas en position de déterminer dans quelle mesure les activités du CERN sont concernées par les garanties prévues par les traités internationaux mentionnées au point 1, ni quelle est l'étendue des compétences de l'AIEA pour des inspections se déroulant sur le territoire suisse en dehors du site du CERN. Nous ne pouvons en particulier pas déterminer dans quelle mesure les restrictions imposées par le CERN aux inspecteurs de l'AIEA seraient admissibles de la part d'entreprises ne bénéficiant pas de privilèges et immunités en Suisse. Nous ne connaissons pas non plus l'étendue des inspections que l'AIEA est autorisée, par le CERN, à effectuer sur le site du CERN, respectivement quelles sont les installations qui ne sont pas accessibles aux inspecteurs et les raisons des limitations imposées par le CERN à cet égard.

Les dispositions qui suivent nous semblent pertinentes dans le cadre des réflexions à mener.

Selon l'article III du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, "tout Etat non doté d'armes nucléaires qui est Partie au Traité s'engage à accepter les garanties stipulées dans un accord qui sera négocié et conclu avec l'Agence internationale de l'énergie atomique, ... à seule fin de vérifier l'exécution des obligations assumées par ledit Etat aux termes du présent traité en vue d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires ou d'autres dispositifs explosifs nucléaires. ... Les garanties requises s'appliqueront ... à toutes les activités nucléaires pacifiques exercées sur le territoire d'un tel Etat, sous sa juridiction, ou entreprises sous son contrôle en quelque lieu que ce soit."

Selon l'article 4 de l'accord entre la Suisse et l'AIEA, les garanties prévues sont mises en œuvre de manière à éviter d'entraver le progrès économique et technologique de la Suisse ou la coopération internationale dans le domaine des activités nucléaires pacifiques. En outre, l'article 5 oblige l'AIEA à prendre toutes les précautions utiles pour protéger les secrets commerciaux et industriels ou autres renseignements confidentiels dont elle aurait connaissance en raison de l'application de l'accord.

Selon l'article 8 de l'accord entre la Suisse et l'AIEA, "l'Agence ne demande que le minimum de renseignements nécessaire pour l'exécution de ses obligations en vertu du présent accord".

Le protocole additionnel prévoit à diverses reprises que si la Suisse n'est pas en mesure d'accorder l'accès à certains emplacements, elle fait tout ce qui est raisonnablement possible pour satisfaire sans retard aux exigences de l'Agence par d'autres moyens.

²⁴ RS 0.515.031.1.

²⁵ RO 2005, p. 267.

3. Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis que la première question à se poser, à laquelle seul l'Office fédéral de l'énergie peut répondre, est de déterminer si les restrictions posées par le CERN aux inspections de l'AIEA apparaissent légitimes et dans quelle mesure elles constitueraient une violation des obligations de la Suisse au regard du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires si de telles limitations étaient prises par une autre entité située sur le territoire suisse qui ne bénéficierait pas de privilèges et immunités. En d'autres termes, il faudrait à notre sens déterminer si la requête de certains inspecteurs de l'AIEA de visiter certaines installations du CERN est légitime à la lumière des tâches conférées à l'Agence, du fait notamment qu'elle doit se limiter à demander les renseignements qui sont réellement nécessaires et que les entités intéressées ont un droit légitime à la protection de leurs secrets industriels et commerciaux, ce qui inclut bien entendu le droit à la protection des résultats de recherches scientifiques légales.

4. Le CERN est une organisation intergouvernementale créée par la Convention pour l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire du 1^{er} juillet 1953, en vigueur pour la Suisse depuis le 29 septembre 1954 (RS 0.424.091). L'article IX de ladite convention précise:

"L'Organisation jouit de la personnalité juridique sur le territoire métropolitain de chaque Etat membre. L'Organisation, les représentants des Etats membres au Conseil, les membres de tous organes subsidiaires ... jouissent, sur le territoire métropolitain des Etats membres et dans le cadre d'accords à conclure par l'Organisation avec chaque Etat membre intéressé, des privilèges et immunités qui seraient jugés nécessaires à l'accomplissement des fonctions de l'Organisation."

Partant, le CERN est un sujet du droit international.

5. L'Accord entre le Conseil fédéral et le CERN pour déterminer le statut juridique de cette Organisation en Suisse (ci-après: l'accord de siège) reconnaît, à son article premier, la personnalité juridique internationale et la capacité juridique en Suisse du CERN.

Conformément à l'article 2, l'Organisation jouit des immunités et privilèges habituellement reconnus aux organisations internationales, dont l'immunité de juridiction et d'exécution (article 6). L'article 3 précise que les terrains et locaux de l'Organisation sont inviolables. Nul agent de l'autorité suisse ne peut y pénétrer sans le consentement exprès du Directeur général ou de son représentant dûment autorisé. Cette inviolabilité est absolue, de sorte qu'elle ne saurait être limitée par un autre traité international auquel la Suisse serait Partie, mais non le CERN.

En vertu de l'article 25 de l'accord de siège, "(l)a Suisse n'encourt, du fait de l'activité de l'Organisation sur son territoire, aucune responsabilité internationale quelconque pour les actes et omissions de l'Organisation ou pour ceux de ses agents agissant ou s'abstenant dans le cadre de leurs fonctions."

L'article 26 de l'accord de siège prévoit que:

"1. Rien dans le présent Accord n'affecte le droit du Conseil fédéral suisse de prendre toutes les précautions utiles dans l'intérêt de la sécurité de la Suisse.

2. Au cas où il estime nécessaire d'appliquer le premier paragraphe du présent article, le Conseil fédéral suisse se met, aussi rapidement que les circonstances le permettent, en rapport avec l'Organisation en vue d'arrêter, d'un commun accord, les mesures nécessaires pour protéger les intérêts de l'Organisation.

3. L'Organisation collabore avec les autorités suisses en vue d'éviter tout préjudice à la sécurité de la Suisse du fait de son activité."

6. Au vu de ce qui précède, nous parvenons aux conclusions suivantes:

a. Le CERN, jouissant de la personnalité juridique internationale, est un sujet du droit international, comme un Etat.

b. En raison de l'inviolabilité des locaux dont bénéficie le CERN en application de l'accord de siège, cette Organisation détermine librement les personnes habilitées à pénétrer sur son site et à visiter ses installations.

c. La Suisse, en tant qu'Etat hôte, ne serait pas en mesure d'obliger le CERN à accepter des inspections de l'AIEA si le CERN ne s'y prêtait pas volontairement. La Suisse ne serait pas davantage en mesure d'obliger le CERN à permettre l'accès des inspecteurs à des locaux spécifiques sur le site du CERN. Il appartient en conséquence à l'AIEA de régler avec le CERN les modalités des inspections qu'elle estime devoir faire sur le site du CERN.

d. Ce n'est que si la sécurité de la Suisse était gravement mise en danger que le Conseil fédéral pourrait être amené à prendre des mesures spécifiques, à supposer que le CERN ne prenne pas volontairement les précautions rendues nécessaires par les circonstances. Si un tel cas devait se présenter, la Suisse aurait l'obligation de prendre, en accord avec le CERN, toutes mesures nécessaires pour protéger les intérêts du CERN.

Le simple fait que le CERN refuse l'accès de certains de ses locaux aux inspecteurs de l'AIEA n'est pas suffisant pour justifier la mise en œuvre de l'article 26 de l'accord de siège en l'absence de toute indication concrète relative à une mise en danger de la Suisse.

e. Le CERN est établi sur le territoire suisse. Le fait que le CERN bénéficie de l'inviolabilité des locaux ne l'exempte pas de respecter le droit suisse en vigueur. Cependant, l'immunité de juridiction, dont jouit le CERN, empêche toute mesure d'exécution forcée au cas où le CERN ne respecterait pas certaines dispositions du droit suisse.

f. En vertu de l'accord de siège, qui constitue un traité international de même niveau que le traité de non-prolifération des armes nucléaires et les accords internationaux en découlant, la Suisse n'assume aucune responsabilité du fait des activités ou omissions du CERN. En conséquence, la Suisse ne saurait se voir reconnaître une quelconque

responsabilité internationale du seul fait que le CERN fixe des limites aux inspections de l'AIEA, à supposer que ces limites soient effectivement contraires aux normes fixées par le traité de non-prolifération des armes nucléaires.

7. Nous constatons par ailleurs que les Etats membres²⁶ et observateurs²⁷ du CERN sont tous membres de l'AIEA. Dès lors, il leur appartient de faire valoir au sein des organes du CERN leurs éventuelles préoccupations si le CERN devait mener des activités susceptibles de constituer une violation de leurs obligations en tant que Parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Cet élément constitue pour l'AIEA une garantie supplémentaire par rapport à celles qui font l'objet de l'accord conclu entre la Suisse et l'AIEA. De cette façon, l'Agence devrait pouvoir accepter certaines restrictions imposées par le CERN qui découlent de la personnalité juridique internationale du CERN.

8. Il n'y a, à ce jour, aucune indication permettant de penser que le CERN, en violation de la convention créant l'Organisation, mènerait des activités contraires au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. En conséquence, il n'y a aucune raison de penser que les limitations fixées par le CERN aux inspections de l'AIEA visent un autre but que la seule protection des résultats des recherches scientifiques menées dans ses installations."

Avis de droit adressé le 4 mars 2005 par la DDIP à l'Office fédéral de l'énergie du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

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

4.1 Protection diplomatique: nature; conditions d'exercice; pouvoir discrétionnaire de l'Etat

Extrait de la réponse écrite du Conseil fédéral à une interpellation déposée par un député au Conseil national:

"Selon la définition classique, la protection diplomatique est l'acte par lequel un Etat, faisant valoir son droit propre, intervient en faveur d'un de ses ressortissants lésé quand il estime que les normes minimales du droit international ont été violées aux dépens de ce ressortissant. Pour que la protection diplomatique puisse être exercée, il faut en principe que le ressortissant lésé ait épuisé toutes les voies de recours internes de l'Etat mis en cause. Que les intérêts soient d'ordre patrimonial ou autre, les conditions requises pour l'exercice de la protection diplomatique restent les mêmes. Les ressortissants suisses n'ont pas un droit personnel et subjectif à la protection diplomatique (ATF 130 I 312, c. 1.1, avec renvois²⁸ - quels que soient les intérêts lésés que le citoyen fait valoir. S'agissant de la protection diplomatique, les autorités jouissent d'un pouvoir discrétionnaire uniquement limité par l'interdiction de l'arbitraire: elles doivent décider en tenant compte des circonstances spécifiques du cas concret et des intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure."

Réponse écrite donnée le 4 mars 2005 par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 29 novembre 2004 par M. Recordon, député au Conseil national.

BO CN 2005, Session d'été, Annexes, p. 164 (165).

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n^{os} 3.5 et 7.7)

5.1 Inviolabilité du territoire étatique: légalité d'actions entreprises pour sauver et récupérer des nationaux à l'étranger. Légitime défense. Neutralité

Le bref texte qui suit provient d'une note de la DDIP relative à l'Ordonnance concernant l'engagement de la troupe pour la protection de personnes et de biens à l'étranger.

(Traduction)

"Vu la probabilité d'un recours à la force, la légalité des actions de secours à l'étranger soulève des problèmes sous l'angle du droit des gens. Ici aussi on part du principe que l'Etat visé doit acquiescer à de telles actions.

Bien qu'en pratique les interventions d'un Etat en faveur de ses propres ressortissants aient lieu sans un tel acquiescement, il y a controverse sur le point de savoir si, du point de vue du droit international, l'Etat en cause est habilité à procéder à de telles interventions. On estime généralement que l'Etat ne peut intervenir pour protéger ses nationaux sur la base du droit de légitime défense ancré à l'article 51 de la Charte des Nations Unies.²⁹ Il y a toutefois ceux qui, invoquant un droit coutumier de légitime défense, considèrent comme justifiées des actions de secours comportant l'utilisation de la force, entreprises pour sauver des nationaux.³⁰ La Commission "Intervention et

²⁶ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse.

²⁷ Inde, Israël, Japon, Russie, Turquie, Etats-Unis d'Amérique (+ Commission européenne, UNESCO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture)).

²⁸ *Pratique suisse 2004*, n° 4.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 743.

²⁹ Cette attitude négative est justifiée en faisant valoir que les représentations diplomatiques ou les ressortissants de l'Etat ne sont pas à considérer comme "agences externes" de celui-ci, ce qui fait que les atteintes à ces catégories ne sauraient être qualifiées d'agression au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

³⁰ Ce point de vue demeure cependant contesté, tout comme la thèse suivant laquelle une intervention peut se justifier en invoquant l'état de nécessité.

souveraineté étatique" ("Commission on Intervention and State Sovereignty"), quant à elle, rejette toute opération de sauvetage en tant que justification d'une action militaire.

Une autre exception possible à l'exigence de l'acquiescement de l'Etat concerné pourrait, en principe, se justifier là où un tel consentement est impossible à obtenir parce que c'est d'un "Etat défaillant" ("failed State") qu'il s'agit.

Ainsi, concrètement, les opérations destinées à sauver et à ramener au pays des civils et militaires peuvent s'avérer problématiques du point de vue du droit international public. A cela s'ajoute que des actions militaires entreprises pour libérer et récupérer des Suisses et Suissesses à l'étranger à l'occasion de conflits armés de caractère international peuvent s'avérer délicates sous l'angle de la neutralité parce qu'elles pourraient être vues comme favorisant l'une des parties, notamment lorsque l'action implique le recours à la force."

Note de la DDIP du 12 octobre 2005. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.1 et 3.5)

7.1 Acquisition d'immeubles devant être affectés à l'usage officiel d'Etats étrangers: exonération des droits d'enregistrement ainsi que des impôts sur le revenu et la fortune

Extrait d'un avis de droit de la DDIP:

"1. Conformément à l'article 23 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,³¹ l'Etat étranger qui acquiert un immeuble est exonéré des droits d'enregistrement, de tous les impôts (en Suisse, impôts fédéraux, cantonaux et communaux) sur le revenu et la fortune pour autant que: 1) l'immeuble soit affecté directement à son usage officiel, ce qui est le cas pour la chancellerie et la résidence du chef de mission; 2) l'Etat étranger soit le propriétaire effectif de l'immeuble.

Par impôt, on entend essentiellement, en matière d'acquisition d'immeuble, les droits de mutation qui représentent un montant important (pourcentage élevé du prix de vente de l'immeuble). En revanche, l'Etat étranger n'est pas exonéré des taxes perçues en rémunération de services particuliers rendus. En Suisse, sont considérés comme telles les émoluments du Registre foncier pour l'inscription des changements de propriété ainsi que les taxes d'équipement particulier lorsque cela est encore nécessaire.

2. Le fait que l'Etat étranger acquiert un immeuble d'un particulier ou d'une collectivité publique n'a aucune incidence sur l'exonération dont jouit cet Etat étranger. En effet, l'article 23, alinéa 2, de la convention de Vienne susmentionnée précise uniquement que, dans la mesure où la législation d'un Etat prévoit que les impôts et taxes mentionnés au premier alinéa sont dus par le particulier qui traite avec l'Etat et non par cet Etat, le particulier doit s'en acquitter et ne saurait invoquer l'alinéa premier pour en être exonéré.

3. Les autorités (de l'Etat M.) semblent interpréter l'article 23 de la convention de Vienne de manière pour le moins étrange puisqu'elles considèrent que, si l'Etat étranger acquiert un immeuble d'un particulier, il n'est pas exonéré des taxes et impôts. ... En tout état de cause, nous demandons que (l'Etat M.), dans la présente affaire, respecte les termes de l'article 23 de la convention de Vienne et demandons également la réciprocité à cet égard. Si (l'Etat M.) acquiert un immeuble en Suisse, que ce soit d'un particulier ou d'une collectivité publique, il sera exonéré des droits de mutation et de tout impôt. Il devra en revanche s'acquitter uniquement des frais d'inscription de la propriété dans le Registre foncier.

4. Enfin, il va de soi que les frais de notaire en vue de l'enregistrement des nouvelles propriétés (qui doivent être enregistrées au nom de la Confédération suisse qui, seule, peut être propriétaire d'un immeuble et non de l'Ambassade) doivent être payés."

Avis de droit de la DDIP du 18 août 2005. Document inédit.

7.2 Immunité des chefs d'Etat ou de gouvernement, des ministres des affaires étrangères, d'autres ministres et d'anciens ministres

Etude préparée par la DDIP, adressée à l'Office fédéral de la justice et portant sur l'extradition de l'ancien ministre B. vers D., son Etat national.

"1. En général

Le droit international accorde un statut privilégié à plusieurs catégories de personnes. Pour certaines d'entre elles (agents diplomatiques, agents consulaires, diplomates ad hoc), la matière est réglée conventionnellement.³² Pour les autres, les règles applicables sont à rechercher principalement dans le droit international coutumier.

Traditionnellement, ce droit reconnaît des immunités très étendues aux chefs d'Etat, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Ce principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans un arrêt du

³¹ RS 0.191.01.

³² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961 (RS 0.191.01); Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 (RS 0.191.02); Convention sur les missions spéciales, du 8 décembre 1969 (RS 0.191.2).

14 février 2002, où celle-ci a notamment affirmé que de telles personnes jouissent, pour toute la durée de leur mandat, d'une inviolabilité personnelle et d'une immunité de juridiction pénale absolue qui doivent être respectées par l'ensemble des Etats.³³

En revanche, les autres ministres ont un statut beaucoup plus faible, ce qui s'explique notamment par le fait que, jusqu'à une époque récente, les voyages de telles personnes à l'étranger étaient rares et que, par conséquent, le besoin de leur accorder un traitement particulier ne s'était pas fait ressentir. Ainsi, les quelques auteurs à s'être posé la question de leur statut ne leur accordaient une immunité que lorsqu'ils se rendaient à l'étranger dans l'exercice de leurs fonctions officielles,³⁴ ce qui rendait leur position analogue à celle des diplomates ad hoc. Le peu de décisions judiciaires rendues en la matière vont également dans ce sens.³⁵ Quant à savoir s'il conviendrait aujourd'hui de leur accorder une immunité plus large vu leur rôle accru sur la scène internationale, les rares auteurs à avoir traité ce point y répondent par la négative: l'immunité doit être considérée comme une exception par rapport à un régime général, de sorte qu'il serait contraire à la logique du système de l'interpréter de manière extensive.³⁶

Quant aux ministres qui ne sont plus en fonction, le principe est le même que pour les diplomates et les autres catégories de dirigeants politiques: puisqu'elle a principalement pour but de leur permettre d'exercer librement leurs fonctions, leur immunité *ratione personae* cesse logiquement de produire ses effets lorsque ces fonctions prennent fin. En revanche, leur immunité *ratione materiae* reste intacte, ce qui signifie qu'ils continuent à bénéficier de l'immunité pour ce qui a trait aux actes officiels. Dans la mesure où elle perdure, enfin, leur immunité, qui ne leur est pas conférée dans leur intérêt personnel, mais dans celui de l'Etat qu'ils représentent, peut cependant toujours être levée par ce dernier.

Dans le cas d'espèce, il nous reste donc à examiner si M. (B.) reste couvert par l'immunité *ratione materiae*. En d'autres termes, il faut se demander si les actes pour lesquels son extradition est demandée peuvent être considérés comme des actes officiels.

2. L'immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre

La question de savoir si des actes constitutifs d'infractions pénales contre le patrimoine ou l'administration de la justice (corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, etc.) doivent être considérés comme des actes officiels peut être traitée sous deux optiques diamétralement opposées: d'une part, on pourrait estimer que tous les actes accomplis par des dirigeants politiques dans l'exercice de leurs fonctions sont par nature des actes officiels. D'autre part, on pourrait affirmer que certains actes, bien qu'accomplis par des dirigeants politiques durant leur mandat officiel, ne constituent pas des actes officiels car par leur nature ils ne relèvent pas des fonctions que ces personnes sont appelées à exercer. La première approche conduirait à accorder une immunité *ratione materiae* aux anciens dirigeants politiques pour tous les actes accomplis quand ils étaient en fonction. La deuxième conception, en revanche, aurait pour conséquence que certaines catégories d'actes ne seraient pas couvertes par l'immunité.

Or, aussi bien la pratique internationale que la doctrine adoptent cette seconde conception. Du point de vue de la pratique, les éléments suivants sont à retenir:

- Premièrement, l'immunité d'un ancien dirigeant politique n'a jamais fait obstacle au blocage ou à la restitution de biens qu'il détenait dans un autre Etat; les personnes en question n'ont du reste tenté que très rarement de se prévaloir de l'immunité, et ceux qui l'ont fait ont été déboutés.³⁷

- Deuxièmement, on trouve dans la jurisprudence de certains Etats des jugements qui affirment explicitement que des délits patrimoniaux ne peuvent pas être considérés comme des actes officiels. Aux Etats-Unis, notamment, une Cour d'appel fédérale se prononça à ce sujet en 1962 déjà, dans une affaire concernant l'ancien chef d'Etat vénézuélien Carlos Peres Jiménez. La Cour jugea que "acts constituting the financial crimes of embezzlement or malversation, fraud or breach of trust, and receiving money or valuable securities knowing them to have been unlawfully obtained ... were no acts of ... sovereignty. ... They constituted common crimes committed by the Chief of State done in violation of his position and not in pursuance of it".^{38 39}

Ce principe fut confirmé par une autre Cour d'appel fédérale en relation avec les biens détenus aux Etats-Unis par Ferdinand Marcos: "No estoppel exists insulating a deposed dictator from accounting. No guarantee has been granted that immunity may be acquired by an ex-chief magistrate invoking the magic words "act of state" to cover his or her

³³ CIJ, affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (CIJ, Recueil 2002, p. 3).

³⁴ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, t. I/1, 2^e éd., Berlin/New York 1989, p. 258; K. Doehring, *Völkerrecht - ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, pp. 284 et s., n° 673; J. Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1998, p. 92; E.R.C. Van Bogaert, *Volkenrecht*, Anvers 1991, p. 362.

³⁵ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, du 28 avril 1961 (Revue générale de droit international public (RGDIP), t. 66, 1962, pp. 418 et s.), qui nie l'immunité de juridiction à un ministre étranger en considérant "la qualité de ministre d'Etat et non de ministre des affaires étrangères reconnue à Ali Ali Reza ne saurait suffire à lui assurer le bénéfice de cette immunité" (p. 419).

³⁶ A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, thèse, Genève (etc.) 2003, pp. 204 et ss.

³⁷ En Suisse, voir notamment ATF 113 Ib 257 (affaire Marcos) (Pratique suisse 1987, n° 7.1, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 226).

³⁸ *Jiménez v. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (5th Cir. 1962), cert.den. 373 U.S. 914 (1963), pp. 557 et s.

³⁹ (Traduction) "les actes constitutifs des crimes patrimoniaux de détournement de fonds ou de malversation, d'abus de confiance, de recel de fonds ou de papiers-valeurs, accomplis en sachant que ces fonds ou papiers étaient mal acquis, ... n'étaient pas des actes ... relevant de la puissance publique. ... Il s'agissait de crimes de droit commun commis par le chef d'Etat, qui abusait de ses fonctions plutôt que de les exercer."

past performances. ... Bribe-taking, theft, embezzlement, extortion, fraud and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proof that need not involve political questions."^{40 41}

- Troisièmement, il est arrivé à plusieurs reprises que d'anciens chefs d'Etat ou de gouvernement soient condamnés par des tribunaux étrangers pour blanchiment d'argent, sans que le caractère prétendument officiel de leurs actes ne s'y oppose. Un cas célèbre concerne l'ancien chef d'Etat panaméen Manuel Noriega, qui fut condamné le 1^{er} juillet 1999 à une peine de dix ans de prison et à plusieurs millions de francs d'amende par le Tribunal correctionnel de Paris.⁴² En Suisse, il y eut le cas de l'ancien Premier ministre ukrainien Pavlo Lazarenko, qui fut condamné le 29 juin 2000 à 18 mois d'emprisonnement par la justice genevoise.⁴³

La doctrine se prononce elle aussi très largement pour l'impossibilité de considérer comme actes de la fonction des actes de corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, ou des actes de nature analogue.⁴⁴ Il faut notamment souligner que, dans une résolution adoptée le 26 août 2001, l'Institut de droit international a consacré un principe qui va dans ce sens: "Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'Etat dans le territoire duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit."⁴⁵

Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

7.3 Collecte de renseignements par des membres de représentations diplomatiques étrangères en Suisse

Répondant à une question posée par l'une des divisions politiques du DFAE, la DDIP a dit ceci sur la pratique de membres de représentations diplomatiques étrangères en Suisse de photographier systématiquement les participants à des manifestations:

"1. En droit suisse, lors de la prise d'une personne en photo, la question du droit à l'image se pose. Le droit à l'image est un droit de la personnalité protégé par l'article 28 du Code civil suisse.⁴⁶ Une atteinte à la personnalité est illicite si elle n'est pas justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. Le droit à l'image confère donc à chacun le droit de disposer librement de sa propre image. Il permet de refuser d'être photographié. Par conséquent, une prise de vue sans le consentement de la personne est illicite. Toutefois, le consentement peut être implicite. En ce qui concerne les participants à une manifestation, il n'est pas nécessaire de demander l'accord de chacun pour fixer une foule sur la pellicule lorsque les individus qui la composent se fondent dans un ensemble.

Dans le cas d'espèce, une analyse des clichés en cause permettrait de déterminer la licéité ou l'illicéité des photographies. Dans l'éventualité où les photos prises sont utilisées à des fins de fichage, ces dernières doivent permettre l'identification des manifestants. Dès lors, on se trouve non pas face à des photos ayant pour objet un ensemble d'individus, mais face à des personnes photographiées de façon distincte. Dans ce cas de figure, le consentement des individus est nécessaire, sinon un tel agissement est constitutif d'une violation du droit à l'image, soit une atteinte illicite à la personnalité des personnes photographiées.

2. Dans l'hypothèse où les photos et les films contribuent au fichage des manifestants, il y a également lieu de traiter la question sous l'angle de la protection des données.

L'article 4 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁴⁷ dispose aux alinéas 1 et 2 ce qui suit:

- "1. Toute collecte de données personnelles ne peut être entreprise que d'une manière licite.
2. Leur traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité."

⁴⁰ Republic of the Philippines v. Marcos, 862 F 2d, 1355, pp. 1360 et s.

⁴¹ (Traduction) "Il n'y a aucun moyen pour un dictateur déchu de se soustraire à l'obligation de rendre des comptes. Un ancien magistrat ne bénéficie d'aucune garantie d'immunité qui lui permettrait, en invoquant la formule magique "exercice de la puissance publique", de couvrir les actes accomplis par lui ou elle par le passé. ... Corruption, vol, détournement de fonds, extorsion, abus de confiance et complicité dans de telles infractions sont tous des actes susceptibles d'être prouvés et ne soulèvent pas de questions politiques."

⁴² Cf. L. Balmond/P. Weckel, Chronique des faits internationaux, RGDIP, t. 103, 1999, p. 958.

⁴³ Arrêt non publié (cf. Le Temps du 30 juin 2000, p. 19).

⁴⁴ Voir notamment Borghi, op. cit., pp. 165 et ss; J. Verhoeven, Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat, in: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 359 et ss; L. Collins, Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers, in: (ibid.) pp. 221 et ss; M. Lugato, Il ricupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di stato, Rivista di diritto internazionale, vol. 80, 1997, pp. 104 et ss; A.C. Robitaille, The Marcos Cases: A Consideration of the Act of State Doctrine and the Pursuit of the Assets of Deposed Dictators, Boston College Third World Law Journal, vol. 9, 1989, pp. 81 et ss, en particulier pp. 92 et ss.

⁴⁵ Résolution du 26 août 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat ou de gouvernement, article 2, paragraphe 2, Annuaire de l'Institut de droit international (vol. 69,) 2000-2001, Paris 2003, pp. 742 et ss, p. 746). On constate qu'une telle approche pourrait conduire à refuser l'immunité en matière de délits patrimoniaux même à des dirigeants politiques en fonction; elle vaut dès lors a fortiori pour ce qui a trait aux anciens dirigeants politiques. Dans le même sens, voir notamment C. Dominicé, Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat, RGDIP, t. 103, 1999, pp. 297 et ss, en particulier pp. 307 et s.; A. Borghi, Corruption et immunité des dirigeants politiques, in: T. Balmelli/J. Jaggy, Les traités internationaux contre la corruption, Lausanne (etc.) 2004, pp. 91 et ss, en particulier pp. 95 et ss; W.M. Reisman, Harnessing International Law to Restrain and Recapture Indigenous Spoliations, American Journal of International Law, vol. 83, 1989, pp. 56 et ss.

⁴⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

⁴⁷ Loi du 19 juin 1992 (RS 235.1).

Le fait que les photos sont prises sans le consentement des personnes concernées rend la collecte ainsi entreprise illicite. Partant, on se trouve face à une violation de l'article 4 LPD.

L'article 6 LPD règle la question de la communication de données personnelles à l'étranger. La communication de données personnelles à l'étranger est interdite "si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une protection des données équivalente à celle qui est garantie en Suisse" (article 6, paragraphe premier, LPD). Le site internet du Préposé fédéral à la protection des données met à disposition de quiconque communique des données personnelles à l'étranger une liste indicative des pays assurant un niveau de protection des données équivalent au droit suisse (http://www.edsb.ch/f/themen/ausland/liste_f.pdf [lien plus actif]). (L'Etat F.) ne figure pas sur cette liste, ce qui signifie que, dans l'hypothèse où les photos prises devaient être transmises (vers F.), le transfert de ces dernières devrait être l'objet d'un contrat entre l'expéditeur des données et le destinataire, étant donné l'absence de normes sur la protection des données dans ce pays. Ces contrats-types, en fixant les obligations des parties au contrat, visent à assurer un niveau de protection équivalent au droit suisse.

Quant à la question de savoir si la personnalité des personnes concernées devait par un transfert de données (vers F.) s'en trouver gravement menacée, il y a lieu de répondre par l'affirmative. ... Sur cette base, il apparaît qu'un transfert de données personnelles (vers F.), sans conclusion d'un contrat-type, serait illicite au regard de la LPD.

La violation des obligations découlant de l'article 6 LPD est punie des arrêts ou de l'amende (article 34 LPD).

3. Les fonctions officielles supposées des photographes ... membres des représentations (de F.) en Suisse appellent, quant à elles, les remarques suivantes.

3.1. Conformément à l'article 41, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD),⁴⁸ à laquelle la Suisse et (l'Etat F.) sont Parties, toutes les personnes jouissant de privilèges et immunités du fait de leur fonction "ont le devoir de respecter les lois et les règlements de l'Etat accréditaire. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat". Cette disposition se retrouve mutatis mutandis à l'article 55, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.⁴⁹ Par conséquent, en application de cette règle, les agents diplomatiques doivent respecter la souveraineté et l'ordre juridique de l'Etat accréditaire, c'est-à-dire les lois et règlements dudit Etat. Ainsi, un agent diplomatique ne saurait subventionner un parti politique, prendre position dans les querelles qui peuvent diviser un Etat, ni, cela va de soi, fomenter des troubles ou prendre part à des complots destinés à renverser le gouvernement de l'Etat accréditaire.

De même, une mission diplomatique a l'obligation, dans le cadre de ses fonctions, de "s'informer par tous les moyens licites des conditions et de l'évolution des événements dans l'Etat accréditaire" (article 3 CVRD). Une mission diplomatique agit par l'intermédiaire de ses membres. Par conséquent, ce sont les actes de ces derniers auxquels on se réfère. Dans un avis du 31 janvier 1979, la Direction du droit international public concluait dès lors que le délit d'espionnage ne pouvait être qualifié d'acte accompli dans l'exercice des fonctions comme membre de la mission, car l'obtention de renseignements par des voies illégales, soit l'espionnage, ne faisait pas partie des fonctions de la mission. Partant, la règle de l'immunité de la juridiction pénale ne saurait couvrir l'espionnage, ce qui signifie qu'un agent diplomatique peut en principe être poursuivi pour ses activités d'espionnage (cf. *Pratique suisse en matière de droit international public* 1979, n° 7.2, in ASDI (vol. XXXVI) 1980, p. 210).

3.2. L'article 272 du Code pénal suisse⁵⁰ punit d'emprisonnement

"celui qui, dans l'intérêt d'un Etat étranger, ou d'un parti étranger ou d'une autre organisation de l'étranger, et au préjudice de la Suisse ou de ses ressortissants, habitants ou organismes, aura pratiqué un service de renseignement politique ou favorisé de tels agissements".

La disposition susmentionnée vise tout acte, fût-il isolé, qui constitue une surveillance ou encore une prise ou une transmission de tels renseignements. Est punissable le comportement qui forme objectivement l'un des anneaux de la chaîne des faits composant l'organisation ou la pratique d'un service prohibé de renseignements. Il faut par ailleurs que les renseignements se rapportent à des faits qui ne sont généralement pas connus. En d'autres termes, il doit s'agir d'informations qu'on ne peut se procurer qu'en se livrant à certaines investigations. Le renseignement peut être destiné à une mission diplomatique, à un poste consulaire ou à n'importe quel organisme de l'étranger qui est installé en Suisse. Il n'est pas davantage nécessaire pour qu'il y ait infraction que l'auteur ait agi sur mandat d'une autorité, d'un parti ou d'une organisation. Il n'est pas non plus indispensable que le destinataire ait tiré profit de l'information ou l'ait reçue, ni même que la Confédération ou toute autre personne physique ou morale ait subi un dommage. Il suffit que le service de renseignements ait lieu dans l'intérêt de l'étranger.

Dans une affaire sur des activités présumées des services secrets (de W.), le Procureur général de la Confédération a rappelé que: "la simple supposition qu'une surveillance à grande échelle par un service secret étranger est pensable et possible ne suffit pas pour ouvrir une procédure pénale. La loi exige des motifs suffisants pour soupçonner qu'il y a concrètement infraction. Sans ce soupçon, l'ouverture d'une procédure pénale par le Ministère public (MPC) n'a pas de base légale"

(cf. Allocution du Procureur général de la Confédération, Valentin Roschacher, Exposé de la démarche du MPC en relation avec l'affaire ..., Berne, ..., 2003). L'opportunité de l'ouverture d'une procédure pénale dans le cas qui nous occupe est de la compétence exclusive du Ministère public de la Confédération.

⁴⁸ Voir note 31.

⁴⁹ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

⁵⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

3.3. Du point de vue du droit international, un acte peut être imputé à un Etat et peut engager sa responsabilité internationale s'il est le fait de ses organes, de ses services ou de ses agents qui ont causé un préjudice par des mesures contraires au droit des gens. (L'Etat F.), étant Partie à la CVRD, est tenu de prévenir de tels actes et, dans l'éventualité où ceux-ci ont été commis, de punir leurs auteurs. L'inexécution de ces obligations constituerait un délit d'omission qui engagerait la responsabilité internationale (de l'Etat F.).

4. Pour conclure, une intervention auprès de l'Ambassade (de F.), à titre préventif, serait nécessaire et souhaitable. Nous sommes d'avis qu'il faudrait faire savoir à votre interlocuteur que de tels agissements ne sont pas admissibles aux termes du droit suisse et du droit international. Cela étant, si une mise en garde ne devait pas être suffisante et que de telles activités devaient perdurer et conduire à l'ouverture d'une procédure pénale contre un membre d'une représentation (de F.) en Suisse, il faudrait requérir la levée de l'immunité de juridiction de l'agent. Comme vraisemblablement aucune suite ne serait donnée à cette requête par les autorités (de F.), il faudrait demander le rappel de cette personne, voire la déclarer persona non grata."

Note de la DDIP à l'une des divisions politiques du DFAE, du 12 avril 2005. Document inédit.

7.4 Utilisation du courrier diplomatique

La note partiellement reproduite ci-après, préparée par la DDIP, examine le point de savoir si le courrier diplomatique peut être utilisé pour transmettre des réponses d'entreprises étrangères à des appels d'offres émis par les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF).

"1. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁵¹ prévoit que les colis constituant la valise diplomatique ne doivent contenir que de la correspondance officielle, des documents ou des objets à usage officiel (article 27, paragraphe 4). La Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires⁵² contient une disposition analogue (article 35, paragraphe 4). Il s'agit dès lors de déterminer si, à la lumière des dispositions ci-dessus, les offres effectuées par des entreprises étrangères adressées aux CFF constituent de la correspondance officielle.

2. Les articles 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et 35 de la convention de Vienne sur les relations consulaires stipulent que la liberté de communication de la mission diplomatique, respectivement du poste consulaire, porte sur les communications à des fins officielles avec le gouvernement de l'Etat accréditant ou d'envoi, les autorités de cet Etat et les autres missions diplomatiques et postes consulaires de cet Etat. Il s'ensuit que la liberté de communication n'englobe pas les communications entre l'Etat accréditant ou d'envoi et des particuliers via la mission diplomatique ou le poste consulaire. Partant, les colis constituant la valise diplomatique ou consulaire ne peuvent pas contenir de la correspondance ou des objets adressés personnellement à des ressortissants de l'Etat accréditant ou d'envoi, de l'Etat accréditaire ou de résidence, ou à des ressortissants d'Etats tiers.

Par ailleurs, le contenu de la valise diplomatique ou consulaire doit être "à usage officiel". Il doit permettre à la mission de remplir ses fonctions, telles qu'elles sont définies à l'article 3 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, soit, entre autres, "de promouvoir des relations amicales et de développer les relations économiques, culturelles et scientifiques" entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire. Les fonctions consulaires sont, quant à elles, définies à l'article 5 de la convention de Vienne sur les relations consulaires et consistent notamment à "protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, favoriser le développement de relations commerciales, économiques, culturelles et scientifiques entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence et ... promouvoir les relations amicales entre eux".

3. Enfin, nous relevons que la Directive du DFAE 400-0 (Service du courrier) prévoit, dans son chapitre IV relatif aux utilisateurs du courrier, que les représentations envoient par courrier au DFAE, aux fins de transmission, la correspondance officielle destinée à des offices fédéraux, à des institutions semi-publiques, à des entreprises ou à des particuliers en Suisse ou dans des pays tiers (chiffre 11). Elle stipule également que "pour la transmission de communications importantes et confidentielles émanant de tierces personnes concernant des affaires où des intérêts suisses importants sont en jeu et où des circonstances particulières ne permettent pas de correspondre par la poste ordinaire, il y a lieu de procéder de la manière suivante: le document est transmis avec une lettre d'accompagnement de la représentation au service compétent du DFAE. ... Sans autorisation préalable de la section du courrier, il est illicite d'offrir à des tierces personnes la possibilité de procéder à une transmission par le courrier (chiffre 12)."

4. Dans le cas de la transmission d'offres destinées au CFF, et sur la base de ce qui précède, nous parvenons aux constatations suivantes.

Selon une application stricte des conventions de Vienne, la correspondance de particuliers à l'étranger destinée à une entreprise suisse n'entre pas dans la définition de la correspondance officielle de l'article 27, paragraphe 4, de la convention sur les relations diplomatiques, respectivement l'article 35, paragraphe 5, de celle sur les relations consulaires. Nous retenons cette même conclusion même à l'égard des CFF, qui ne constituent pourtant pas n'importe quelle entreprise. En effet, s'ils ne sont plus juridiquement assimilés à une autorité fédérale, il s'agit néanmoins d'une société anonyme de droit public qui appartient à cent pour cent à la Confédération.

Pour notre part, il nous semble dès lors que le chiffre 11 du chapitre IV de la directive 400-0 ne peut pas être appliqué dans la mesure où il ne s'agit pas de correspondance officielle. Néanmoins, il en va assurément d'intérêts suisses importants. Dans cet esprit et sur la base de la directive susmentionnée (chiffre 12, lettre d), nous considérons qu'une

⁵¹ Voir note 31.

⁵² Voir note 49.

telle transmission pourrait être valablement effectuée, pour autant que la section du courrier en ait donné l'autorisation. Nous ignorons si l'information contenue dans l'appel d'offres des CFF selon laquelle les destinataires peuvent retourner leur offre par le biais de la représentation suisse repose sur une éventuelle autorisation qui aurait déjà été donnée aux CFF antérieurement par la DRE (Direction des ressources et du réseau extérieur). Si tel n'est pas le cas, une telle transmission nécessiterait à tout le moins le consentement de la section du courrier qui, à notre avis, ne devrait être donné que s'il estime qu'il s'agit d'affaires où des intérêts suisses importants sont en jeu."

Note de la DDIP à la Direction des ressources et du réseau extérieur du DFAE, du 26 septembre 2005. Document inédit.

7.5 Immunité fiscale des membres de représentations diplomatiques et de postes consulaires: taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

Extrait d'un avis de droit de la DDIP:

"La Suisse considère, à l'instar d'autres Etats, que la TVA est un impôt inclus dans le prix. Dès lors, les Etats n'ont pas l'obligation, sur la base des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires,⁵³ d'accorder l'exonération de la TVA aux membres des représentations diplomatiques et consulaires. Les exonérations de TVA accordées par la Suisse aux représentations diplomatiques et consulaires, ainsi qu'aux agents diplomatiques et aux fonctionnaires consulaires de carrière sont dès lors fondées exclusivement sur une décision unilatérale de la Suisse qui trouve son fondement dans la législation nationale et n'est pas imposée par une règle du droit international. En conséquence, il n'est pas contraire au droit international de ne pas accorder l'exonération de la TVA aux membres des représentations diplomatiques et consulaires, respectivement de ne l'accorder qu'à certaines catégories ou avec certaines limitations."

Avis de droit de la DDIP du 24 mars 2005. Document inédit.

7.6 Devoir de protection de l'Etat hôte: membres des représentations diplomatiques et consulaires ainsi que des missions spéciales; fonctionnaires des organisations intergouvernementales et des représentants des Etats auprès de ces organisations; participants à des conférences internationales; chefs d'Etat et de gouvernement et ministres des affaires étrangères. Responsabilité internationale de l'Etat hôte: prévention et punition; principe de diligence

La présente étude, préparée par la DDIP, se rapporte à une question soulevée par le Service fédéral de sécurité et relative à la protection internationale à accorder à un ancien président, un ancien premier ministre, ou un ancien ministre, ainsi qu'à l'éventuelle durée de cette protection. Une question additionnelle portait sur la protection due aux représentants des Länder de la République fédérale d'Allemagne. Voici le texte de l'étude de la DDIP:

"1. Devoir de protection

Tout Etat a, à l'égard de ses nationaux et des étrangers qui se trouvent sur son territoire, un devoir de protection. Alors que, pour les simples particuliers, il s'agit d'une protection normale, cette protection doit être renforcée en ce qui concerne les membres des représentations diplomatiques et consulaires, les fonctionnaires des organisations internationales et les autres personnes jouissant d'une protection internationale.

1.1 Traités internationaux

La Suisse est Partie à un certain nombre de traités internationaux qui codifient les privilèges et immunités dont jouissent certaines personnes en vertu du droit international et qui bénéficient, par conséquent, d'une protection internationale. Ces traités sont les suivants:

- la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD, RS 0.191.01) proclame, entre autres, l'inviolabilité de la personne de l'agent diplomatique. Ainsi, dans le cadre des immunités que ladite convention accorde aux agents diplomatiques, ces derniers ne peuvent être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention (article 29 CVRD);
- la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (CVRC, RS 0.191.02) octroie également aux membres des postes consulaires certains privilèges et immunités;
- la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2) complète la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et celle sur les relations consulaires. Par "mission spéciale", il y a lieu d'entendre une mission temporaire ayant un caractère représentatif de l'Etat, envoyée par un Etat auprès d'un autre Etat avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée. Cette convention aborde le statut des chefs d'Etat et des personnalités de rang élevé en visite officielle. De par cette convention, les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé jouissent des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international (article 21 de la convention);
- les accords de siège conclus par le Conseil fédéral avec les organisations internationales installées sur le territoire suisse. Ces accords règlent le statut des fonctionnaires des organisations internationales, ainsi que celui des représentants des Etats membres des organisations auprès des organes principaux et subsidiaires des organisations internationales. Ces accords de siège déterminent dès lors le statut des participants aux conférences convoquées par

⁵³ Conventions du 18 avril 1961 et du 24 avril 1963 (voir notes 31 et 49).

les organisations internationales;

- enfin, la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (ci-après la Convention de 1973, RS 0.351.5). Cette convention réprime toute atteinte à la personne, à la liberté ou à la dignité des personnes jouissant d'une protection internationale. Elle relève du domaine de l'entraide judiciaire internationale dès lors qu'elle permet également une collaboration entre Etats dans le cadre des infractions commises contre les personnes jouissant d'une protection internationale (article 4 de la convention). Elle fournit la base sur laquelle les Etats Parties peuvent se fonder pour établir leur compétence pénale à l'égard des actes de violence commis contre des personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international.

1.2 Devoir de protection spéciale

L'Etat qui accueille sur son territoire des biens ou des personnes qui jouissent de l'inviolabilité assume à leur égard des obligations définies par le droit international. Il a le devoir de protéger ces personnes et ces biens contre les atteintes de particuliers. Il s'agit d'une protection spéciale qui revêt principalement deux aspects: l'Etat est tenu de prévenir d'éventuels actes criminels et, lorsque ceux-ci ont été commis, de punir leurs auteurs. La violation de ces devoirs est susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat dans lequel les faits se sont produits.

Ces obligations ne revêtent pas toutefois un caractère absolu. Elles ont été définies dans un avis de droit du Département politique fédéral du 28 février 1955 dans les termes suivants: "... ni l'obligation de prévention, ni celle de punition n'ont un caractère absolu. La première ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'Etat doit faire preuve de "due diligence"; il n'est pas tenu d'empêcher n'importe quel incident d'une manière absolue, ce qui serait matériellement impossible. Quant à l'obligation de punir, elle est concrétisée dans le droit interne et plus spécialement dans le droit pénal ..."

Le droit international impose donc à l'Etat accréditaire une obligation de comportement mais non de résultat. L'obligation de prévention de l'Etat accréditaire s'apprécie selon le critère de la diligence.

1.3 Principe de diligence

La notion de diligence est généralement acceptée comme fondement de la responsabilité des Etats dans les délits d'omission. L'inaction d'un organe étatique n'est donc illicite que si elle est l'effet d'un manque de diligence, c'est-à-dire si elle constitue une négligence. La responsabilité pour négligence des Etats repose sur la comparaison établie entre la conduite de l'organe étatique en cause et celle qu'aurait adoptée, dans des circonstances semblables, l'organe d'un Etat bien ordonné.

Le droit international ne définit pas la diligence, mais elle doit se comprendre comme le degré d'attention et d'activité qu'exigent les circonstances. Il incombe donc à l'Etat accréditaire d'apprécier les circonstances de chaque cas d'espèce, puis d'adopter les mesures de protection et de surveillance qui lui paraissent opportunes, sans quoi sa responsabilité internationale est engagée.

2. Catégories de personnes et critères déterminants

Le choix des mesures de protection et de surveillance s'apprécie en fonction du statut de la personne en cause et selon les différents cas de figure. En premier lieu, il est nécessaire de faire une distinction entre les personnes jouissant d'une protection internationale et les personnes ne jouissant pas ou plus de cette protection. Dans un deuxième temps, il convient de s'intéresser aux critères qui permettent la mise en place de mesures de sécurité adaptées à chaque cas d'espèce.

2.1 Catégories de personnes

La convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, définit le champ d'application *ratione personae* par référence à la notion de personne jouissant d'une protection internationale.

Selon l'article premier, paragraphe premier, de la convention de 1973, l'expression "personnes jouissant d'une protection internationale" s'entend:

- a) de tout chef d'Etat, y compris chaque membre d'un organe collégial remplissant en vertu de la constitution de l'Etat considéré les fonctions de chef d'Etat; de tout chef de gouvernement ou de tout ministre des affaires étrangères, lorsqu'une telle personne se trouve dans un Etat étranger, ainsi que des membres de sa famille qui l'accompagnent;
- b) de tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un Etat et de tout fonctionnaire, personnalité officielle ou autre agent d'une organisation intergouvernementale, qui, à la date et au lieu où une infraction est commise contre sa personne, ses locaux officiels, son domicile privé ou ses moyens de transport, a droit conformément au droit international à une protection spéciale contre toute atteinte à sa personne, sa liberté ou sa dignité, ainsi que des membres de sa famille qui font partie de son ménage.

A aucun moment la convention de 1973 ne précise que ces personnes doivent être en fonction officielle pour bénéficier de la protection prévue par la convention. Si la notion "personnes jouissant de protection internationale" vise avant tout les personnes en exercice, nous verrons qu'elle concerne aussi, dans certaines circonstances, celles qui ne sont plus en fonction officielle.

2.2 Critères déterminants

Le devoir de protection spéciale auquel sont tenus les Etats s'apprécie selon certains critères qui influencent le degré de risque encouru par les personnes en cause lors de leurs déplacements. En dehors des critères habituellement utilisés ..., nous pensons qu'il faudrait tenir compte des critères qui suivent:

- l'importance du pays dans les relations internationales ...;
- la situation politique du pays. Il convient d'examiner s'il s'agit d'un Etat en guerre, soumis à la rébellion, ou dont certaines minorités sont dissidentes;
- la charge occupée par la personne. Une fonction honorifique comme celle du président israélien ou indien ne justifie pas la prise des mêmes mesures que pour le président français;
- l'existence de menaces personnelles pesant sur la personne joue également un rôle.

3. Personnes jouissant ou non d'une protection internationale

3.1.a) Personnes ayant une fonction officielle en visite officielle en Suisse

Les chefs d'Etat en fonction, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères, mais aussi toute personnalité officielle, qui sont en fonction, ont droit à une protection spéciale lorsqu'ils se rendent, avec leur délégation, en visite officielle en Suisse. Ils sont considérés comme des personnes jouissant d'une protection internationale. Ils tombent donc sous le couvert de la convention de 1973. Un ministre d'un Land allemand tombe sous la définition de personnalité officielle et bénéficie de la convention de 1973 lorsqu'il est en visite officielle. Partant, les personnes susmentionnées sont clairement des personnes jouissant d'une protection internationale au sens de la convention de 1973, pour lesquelles la Suisse assume un devoir de protection spéciale.

3.1.b) Personnes ayant une fonction officielle en Suisse pour une conférence privée

Un chef d'Etat en exercice ou un ministre des affaires étrangères en fonction ne viendra, en principe, jamais en Suisse exclusivement pour une conférence d'ordre privé. S'ils sont invités par un organisme privé pour tenir un discours, ils doubleront leur invitation par une visite officielle au Président de la Confédération et/ou au chef du DFAE ou à un autre chef de département. Pour eux, la protection sera la même pour cet événement privé que pour la partie officielle.

En revanche, si un ministre des finances d'un gouvernement étranger est invité par exemple par un organisme privé, sa protection pourra être nuancée et s'appréciera selon le degré de menace.

Un ministre d'un Land allemand en exercice qui vient en Suisse pour une conférence privée aura droit à une protection seulement si sa vie est menacée.

3.1.c) Personnes ayant une fonction officielle en visite privée en Suisse

Les personnes énumérées sous l'article premier, paragraphe premier, de la convention de 1973 peuvent séjourner en Suisse à titre privé, pour des vacances, par exemple. Ce faisant, même si ces personnes gardent le statut de personnes "jouissant d'une protection internationale", elles n'ont pas besoin du même niveau de protection que si elles sont en visite officielle. Leur protection s'appréciera en fonction des critères ci-dessus. Il est vrai que, pour un chef d'Etat en exercice, la protection sera toujours nécessaire en fonction des critères ci-dessus. Elle sera décroissante pour les chefs de gouvernements, voire inexistante pour un ministre des affaires étrangères et surtout un ministre d'un Land allemand.

3.2.a) Personnes n'ayant plus de fonction officielle en visite officielle en Suisse

On est en présence du cas de figure où des personnes jouissent d'une protection internationale lors de leur présence en Suisse non pas en raison du fait qu'elles avaient auparavant des fonctions officielles, mais parce qu'elles font partie d'une délégation officielle de leur pays en Suisse.

Elles sont invitées en Suisse par exemple:

- pour faire partie d'une délégation bilatérale de leur pays qui est invitée par la Suisse; ou
- pour faire partie d'une délégation multilatérale de leur pays auprès d'une organisation internationale lors d'une conférence internationale.

Les mesures de sécurité qui devront être prises dépendront des risques encourus. Dans ce contexte, le fait qu'un membre de la délégation est une personne qui avait auparavant des fonctions officielles au sens de la convention de 1973 devra être pris en considération.

3.2.b) Personnes n'ayant plus de fonction officielle en visite privée en Suisse

Le problème devient plus délicat lorsqu'une personne ne jouissant pas en principe d'une protection internationale se rend en Suisse en vue de prendre part à un événement organisé par un particulier. Le droit international n'impose pas d'obligation à la Suisse dans ce cas de figure. Cependant, dans pareille situation, il convient de voir si le caractère privé de la manifestation est relégué au second plan vu son importance sur le plan politique. Le 20 juin 2000, dans une réponse à une question ordinaire, le Conseil fédéral a qualifié le "World Economic Forum" de Davos "d'événement extraordinaire, en raison de son caractère unique et de son importance majeure pour les intérêts internationaux et économiques de la Suisse". Sur la base de ces considérations, la Confédération et le canton des Grisons ont mis sur pied un organe de coordination chargé de traiter de toutes les questions de sécurité liées au Forum.

Si l'on se sert de ce qualificatif et que l'on qualifie la manifestation "d'extraordinaire", une protection spéciale devra être accordée parce que la personne invitée sera assimilée à une personne jouissant de la protection internationale. Il va sans dire que les mesures de protection seront prévues en fonction des critères énumérés ci-dessus.

Si l'on parvient à la conclusion que la manifestation a un caractère exclusivement privé et dépourvu de toute connotation extraordinaire, la personne en cause n'aura pas droit en principe de la part de la Suisse à une protection spéciale.

Toutefois, là encore, il faut nuancer les propos, car l'exemple de l'ancien Président des Etats-Unis, Bill Clinton, qui donne une conférence dans un cercle privé, démontre bien qu'en raison de la personnalité de l'invité, une protection de la Suisse est requise."

Note de la DDIP au Service fédéral de sécurité du Département fédéral de justice et police, du 13 mai 2005. Document inédit.

7.7 Fonctions consulaires: délivrance de visas.Territoires occupés. Reconnaissance de situations et entités territoriales

Selon l'article 5, lettre d, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (la convention; RS 0.191.02), "(l)es fonctions consulaires consistent à: ... (d)élivrer des passeports et des documents de voyage aux ressortissants de l'Etat d'envoi, ainsi que des visas et documents appropriés aux personnes qui désirent se rendre dans l'Etat d'envoi".

Aux termes de l'article 3 de la convention, "(l)es fonctions consulaires sont exercées par des postes consulaires. Elles sont aussi exercées par des missions diplomatiques conformément aux dispositions de la présente convention." La mise en place d'un poste consulaire - et à plus forte raison d'une mission diplomatique - n'est possible qu'avec l'accord du futur Etat hôte, comme le précise l'article 4 de la convention: "Un poste consulaire ne peut être établi sur le territoire de l'Etat de résidence qu'avec le consentement de cet Etat."

Dans une note ayant pour objet les fonctions pouvant être exercées par le Bureau de représentation suisse à Ramallah, la DDIP déduit de ces dispositions qu'

"il n'est possible d'ouvrir un poste consulaire (et donc de délivrer des visas) que sur le territoire d'un Etat reconnu par la Suisse et seulement après que cet Etat ait autorisé la Suisse à ouvrir ce poste consulaire.

Jérusalem-Est, ainsi que la Cisjordanie et la bande de Gaza, ne font pas partie du territoire de l'Etat d'Israël (ce sont des territoires occupés par Israël). Ces territoires ne peuvent pas non plus être considérés par la Suisse comme faisant partie du territoire de l'Etat palestinien au sens de la convention car la Suisse n'a pas reconnu la Palestine en tant qu'Etat.

D'un point de vue juridique, il n'est donc pas possible, pour le Bureau de représentation suisse à Ramallah, de délivrer des visas à des personnes résidant à Jérusalem-Est, en Cisjordanie ou dans la bande de Gaza, faute de pouvoir ouvrir un poste consulaire.

Si les visas ne peuvent être délivrés formellement par le Bureau de représentation suisse à Ramallah, il est par contre admissible que, pour des raisons pratiques, des demandes de visas puissent y être déposées et traitées pour des personnes résidant à Jérusalem-Est, en Cisjordanie ou dans la bande de Gaza. D'après les informations que nous avons obtenues, cette pratique est suivie par plusieurs autres bureaux de représentation à Ramallah (Australie, Autriche, Allemagne, Canada).

Il convient de souligner que le dépôt et le traitement d'une demande de visa n'a aucune conséquence sur le statut du territoire sur lequel le Bureau qui a enregistré cette demande est situé ou sur le statut du territoire dans lequel le demandeur réside, ni ne préjuge de la position de la Suisse quant au statut présent et futur de ces territoires. A cet égard, il est intéressant de noter que le TOSI ("Trade Office of Swiss Industries") à Taipei est compétent pour recevoir et traiter des demandes de visas. Une telle pratique n'est en aucun cas susceptible d'entraîner une reconnaissance implicite de Taiwan comme Etat.

En d'autres termes, le fait que le Bureau de représentation suisse à Ramallah traite des demandes de visas déposées par des personnes résidant à Jérusalem-Est n'a aucune implication sur le statut présent et futur de ce territoire ni ne préjuge de la position de la Suisse quant à ce statut. Les habitants de Jérusalem-Est peuvent donc déposer leur demande de visa soit auprès de la section consulaire de l'Ambassade de Suisse à Tel-Aviv, soit auprès de notre Bureau de représentation à Ramallah.

D'un point de vue politique, exiger des habitants de Jérusalem-Est qu'ils déposent leur demande de visa à Tel-Aviv reviendrait implicitement à laisser entendre que Jérusalem-Est n'est pas un territoire occupé mais une partie du territoire israélien. Cela serait à notre sens incompatible avec les résolutions du Conseil de sécurité relatives à la "loi fondamentale" adoptée par la Knesset en 1980 faisant de Jérusalem la capitale d'Israël. Dans sa Résolution 476 (30 juin 1980), le Conseil de sécurité "réaffirme la nécessité impérieuse de mettre fin à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem". Dans sa Résolution 478 (20 août 1980), le Conseil de sécurité "décide de ne pas reconnaître la loi fondamentale et ... demande à tous les Etats Membres d'accepter cette décision".

Note de la DDIP à la Division politique II du DFAE, du 10 février 2005. Document inédit.

7.8 Condition du personnel local des postes consulaires en Suisse

La communication qui suit a été adressée par la DDIP à une secrétaire syndicale qui désirait des renseignements sur les règles applicables au personnel local des consulats étrangers.

"Nous sommes en mesure de vous confirmer que le personnel local des postes consulaires - à savoir le personnel de service engagé par un Etat pour effectuer des tâches subalternes au sein d'un poste consulaire en tant que membre du poste consulaire et qui ne fait pas partie du personnel de carrière de l'Etat d'envoi - est soumis au droit suisse du travail, à moins que le contrat de travail ne prévoie une éléction de droit conforme au droit suisse.

Ce personnel bénéficie par ailleurs des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires⁵⁴ et il y a lieu à cet égard de distinguer les personnes qui ont été engagées à l'étranger (sans faire partie du personnel de carrière de l'Etat d'envoi) des personnes qui sont engagées en Suisse (ressortissants suisses ou ressortissants étrangers au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement en Suisse au moment de leur engagement). La distinction est en particulier importante dans le domaine des assurances sociales dès lors que les membres du poste consulaire sont exemptés des dispositions de sécurité sociale suisses en vertu de ladite convention de Vienne, sous réserve des conventions bilatérales de sécurité sociale qui peuvent être applicables, sauf s'ils sont ressortissants suisses ou au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement suisse."

Communication faite le 14 octobre 2005 par la DDIP à une secrétaire syndicale. Document inédit.

7.9 Statut fiscal des organisations intergouvernementales et de leurs fonctionnaires

La note du DFAE reproduite ci-après, réponse à une note d'une ambassade étrangère, décrit ainsi le statut fiscal des organisations intergouvernementales et de leurs fonctionnaires en Suisse:

"En réponse à la demande de l'Ambassade, le Département peut lui communiquer les éléments suivants. Le statut juridique, les privilèges et immunités des fonctionnaires internationaux, y compris ceux de nationalité suisse, sont définis dans les accords de siège que le Conseil fédéral a conclu avec les organisations internationales sises en Suisse.

...

Au sein des organisations internationales du système des Nations Unies, les fonctionnaires internationaux de nationalité suisse sont exonérés de tout impôt sur les revenus versés par l'organisation. S'agissant des autres privilèges et immunités, ils jouissent de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et, d'une manière générale, de l'inviolabilité de leurs documents, en vertu des accords de siège.

Quant aux organisations internationales ne faisant pas partie du système des Nations Unies, les fonctionnaires suisses ne sont en principe pas exonérés des impôts, à moins que l'organisation concernée n'ait introduit un système d'imposition interne sur les traitements et salaires qu'elle verse à ses fonctionnaires. Ils jouissent également de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et, d'une manière générale, de l'inviolabilité de leurs documents.

Les personnes de nationalité étrangère qui ont déjà leur résidence en Suisse et qui deviennent fonctionnaires internationaux doivent déposer leur permis de séjour et reçoivent une carte de légitimation du Département fédéral des affaires étrangères, ainsi que le prévoient les accords de siège. Ils resteront au bénéfice du statut accordé par ceux-ci aussi longtemps qu'ils sont employés par l'organisation. Ce faisant, la Suisse les traite comme s'ils avaient été engagés à l'étranger.

Enfin, les organisations internationales sises en Suisse sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée pour les acquisitions destinées à leur usage officiel et pour les prestations de service faites pour leur usage officiel. En revanche, hormis les hauts fonctionnaires de ces organisations dont le statut est identique à celui des agents diplomatiques, les fonctionnaires internationaux, y compris ceux de nationalité suisse ou ayant une résidence permanente en Suisse, ne sont pas exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée."

Note du DFAE à l'Ambassade de l'Etat B. en Suisse, du 29 septembre 2005. Document inédit.

7.10 Immunité fiscale des fonctionnaires internationaux. Interprétation des traités internationaux

Dans l'arrêt partiellement reproduit ci-après, le TF examine la question de l'immunité fiscale des fonctionnaires internationaux à Genève.

"Selon l'article 31, chiffre premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111; ci-après: la Convention), entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990, un traité international doit être interprété de bonne foi selon le sens ordinaire à attribuer aux termes utilisés dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (sur ces critères d'interprétation, cf. Mustafa Kamil Yasseen, L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités, in: Recueil des cours de l'Académie de droit international 1976, vol. III, pp. 20 et ss). Même si elle n'est applicable qu'aux traités conclus entre Etats et non pas à ceux conclus avec des organisations internationales (articles premier et 3 de la convention; cf. également le Message du Conseil fédéral du 17 mai 1989 relatif à l'adhésion de la Suisse à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et à la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, in: FF 1989 II, pp. 697 et ss, p. 705), cette disposition exprime des principes généraux du droit coutumier international et correspond aux règles posées par la jurisprudence (ATF 122 II 234, c. 4c, p. 238 et les références citées⁵⁵; cf. également FF 1989 II, pp. 714-715).

Les privilèges fiscaux octroyés aux fonctionnaires internationaux par les conventions conclues avec des organisations internationales sont notamment fondés sur le principe de l'égalité entre les Etats membres de l'organisation

⁵⁴ Voir note 49.

⁵⁵ JdT 1997 I 556.

internationale en cause; selon ce principe aucun Etat ne doit profiter des contributions financières versées par les autres Etats membres de l'organisation, ce qui serait indirectement le cas si l'Etat du siège de l'organisation imposait les salaires versés par celle-ci (cf. Gérard Ménetrey, Les privilèges fiscaux des fonctionnaires internationaux, *Revue de droit administratif et de droit fiscal* (RDAF, 34^e année) 1973, pp. 225 et ss, p. 228). Ces privilèges ont également pour but de préserver l'indépendance des fonctionnaires de l'organisation internationale en cause en les soustrayant à la souveraineté fiscale de l'Etat du siège qui disposerait sinon d'un moyen de pression à leur encontre (Ignaz Seidl-Hohenveldern/Gerhard Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7^e éd., (Cologne) 2000, n. 1927, p. 288).

5.7. Dans une décision du 28 janvier 1952, le Conseil fédéral a expressément indiqué l'interprétation à donner à l'article V, section 15, lettre b, chiffre premier, de l'Accord ONU⁵⁶ en affirmant (cf. la note figurant dans le texte publié au Recueil systématique du droit fédéral):

"Sont considérés comme 'traitements et émoluments' les montants versés par l'organisation à un fonctionnaire actif à titre de salaire, d'indemnité de voyage ou de rétribution pour un travail ou un service rendu. Les termes 'traitements et émoluments' ne s'appliquent pas aux prestations dues par les caisses de pension ou toute autre institution de prévoyance."

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, en rapport avec l'article 6, lettre c, de la Charte constitutive de la Banque des règlements internationaux (RS 0.192.122.971)⁵⁷ exonérant de tout impôt "les rémunérations et les salaires payés par la banque à ses administrateurs et à son personnel n'ayant pas la nationalité suisse", qu'il fallait s'en tenir à une interprétation littérale du texte selon laquelle l'immunité fiscale ne s'étendait pas aux pensions de retraite servies par la banque (ATF 87 I 376, c. le, p. 380⁵⁸). De même, dans l'arrêt 2A.233/1996 (RDAF 1998 II 73),⁵⁹ le Tribunal fédéral a été appelé à se prononcer sur l'imposition des pensions de retraite versées à un ancien fonctionnaire du BIT. Dans ce cadre, il a interprété les différentes normes relevantes de l'Accord OIT et de l'Arrangement d'exécution OIT⁶⁰ ... pour en conclure que ces pensions ne bénéficiaient d'aucune exonération et étaient soumises à l'impôt sur le revenu.

6.1. Il ressort de ce qui précède que les accords et arrangements susnommés avec l'ONU, l'OMPI et l'OIT⁶¹ prévoient tous, de manière identique, soit (sic) une exonération des traitements, émoluments et indemnités (à part l'accord avec l'ONU qui ne mentionne pas les indemnités) versés par l'organisation concernée ainsi que des prestations en capital dues par une caisse de pension ou une institution de prévoyance. Dans son sens ordinaire, le terme "traitement" désigne en particulier la rémunération d'un fonctionnaire et, par extension, le gain attaché à un emploi régulier d'une certaine importance sociale; dans le même sens, les "émoluments" sont les rétributions des actes tarifés d'un officier ministériel et, par extension, la rétribution représentant un traitement fixe ou variable; les "indemnités" quant à elles désignent notamment ce qui est attribué à quelqu'un en réparation d'un dommage, d'un préjudice ou de la perte d'un droit ou bien ce qui est attribué en compensation de certains frais (cf. Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2004). Il ne ressort ainsi pas du sens ordinaire des termes employés dans les dispositions précitées des différents accords et des arrangements d'exécution qu'elles concernent également les retraites et rentes de veuve. En outre, les seules prestations versées en cas de départ à la retraite d'un fonctionnaire qui sont expressément exonérées sont celles faites sous forme de capital (article V, section 15, lettre b, chiffre premier, accord ONU, article 16, lettre f, accord OIT et article 12, chiffre premier, arrangement d'exécution OIT). On ne saurait interpréter ces textes de façon extensive afin d'y inclure les rentes. Ces textes sont clairs et ils ne mentionnent pas les rentes comme faisant partie des revenus exonérés, que leur bénéficiaire soit, ou non, lui-même fonctionnaire international. Par ailleurs ..., les privilèges fiscaux prévus par ces textes ne sont pas établis en vue d'accorder aux fonctionnaires concernés des avantages et commodités personnels.

La formule "impôt - dit 'taxe' - sur la fortune ou le revenu" contenue dans le *Modus vivendi* de 1926⁶² ne peut non plus signifier que les fonctionnaires de deuxième catégorie sont exonérés de façon générale des impôts sur le revenu et la fortune. En effet, une telle exonération n'est même pas octroyée aux agents diplomatiques qui bénéficient, contrairement aux fonctionnaires de deuxième catégorie, des privilèges et immunités plus étendus accordés par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). L'article 34, lettres b et d, de cette convention prescrit, notamment, que ces agents sont soumis aux impôts et taxes sur les biens immobiliers situés sur le territoire de l'Etat accréditaire ainsi que sur les revenus privés qui ont leur source dans cet Etat. Il en va de même de l'article VIII, alinéa premier, du *Modus vivendi* de 1926 qui exonère les fonctionnaires de première catégorie de tous les impôts directs à l'exception des charges réelles grevant les propriétés immobilières (impôt foncier). La Mission

⁵⁶ L'article V, section 15, lettre b, paragraphe premier, de l'Accord des 11 juin/1^{er} juillet 1946 sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (accord ONU; RS 0.192.120.1) prévoit ceci: "Les fonctionnaires des Nations Unies ... b. Seront exonérés de tout impôt sur les traitements et émoluments versés par l'Organisation des Nations Unies; 1. Toutes prestations en capital dues par la caisse des pensions et toute autre institution de prévoyance sociale à des agents, fonctionnaires ou employés de l'Organisation des Nations Unies, en quelque circonstance que ce soit - échéance, interruption, suspension des services -, seront, au moment de leur versement, exemptées en Suisse de tous impôts quelconques sur le capital et le revenu."

⁵⁷ Charte du 20 janvier 1930.

⁵⁸ *Pratique suisse* 1961, ASDI, vol. XIX, 1962, p. 128.

⁵⁹ Il s'agit de l'arrêt reproduit dans *Pratique suisse* 1996, n° 7.7, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 698, mais les dates indiquées ne correspondent pas.

⁶⁰ Accord entre la Suisse et l'Organisation internationale du travail, du 11 mars 1946, pour régler le statut juridique de cette Organisation en Suisse, et Arrangement d'exécution portant la même date (Accord OIT et Arrangement d'exécution OIT; RS 0.192.120.282 et 0.192.120.282.1).

⁶¹ Accord entre la Suisse et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), du 9 décembre 1970, pour déterminer le statut juridique en Suisse de cette Organisation (Accord OMTI; RS 0.192.122.23).

⁶² Pour les *Modus vivendi* de 1921 et 1926, voir P. GUGGENHEIM (dir.), *Répertoire suisse de droit international 1914-1939*, Bâle 1975, vol. III, p. 1600, et Nations Unies, Série législative, ST/LEG/SER.B/11, p. 127.

suisse et (la Direction) du droit international public ont dès lors considéré à plusieurs reprises que le terme "impôt - dit 'taxe' - sur la fortune ou le revenu" ne pouvait concerner que la fortune mobilière et les revenus de celle-ci, à l'exclusion de tout autre (sic). Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette interprétation."

Arrêt du TF, du 9 mai 2005, dans la cause *Hoirie de X. c. Administration fédérale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève*, c. 5.6. *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 61^e année, 2005-2, p. 317 (326-328).

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 3.4, 3.5 et 7.6)

8.1 Responsabilité des organisations internationales et de leurs Etats membres

Extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 57^e session, du 2 mai au 3 juin et du 11 juillet au 5 août 2005 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 60^e session, Supplément n° 10 (A/60/10)):

"Une première problématique que ma délégation voudrait aborder est la question de savoir quelles sont les obligations internationales auxquelles l'organisation doit répondre. L'article 3, paragraphe 2, dit, dans sa lettre b), qu'un fait internationalement illicite "(c)onstitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale". Cette notion implique que l'organisation n'est pas liée par n'importe quelle règle internationale, mais seulement par celles qui l'obligent spécifiquement. Il va de soi que l'organisation internationale est juridiquement liée par son propre statut de base ainsi que par d'autres obligations conventionnelles auxquelles elle a souscrit. Mais qu'en est-il du droit international coutumier et des principes du droit international? Est-ce qu'on peut d'une manière générale admettre qu'il s'agit là également d'obligations qui lient l'organisation internationale au sens de l'article 3 du projet d'articles? En posant cette question, ma délégation n'entend pas prétendre que les organisations internationales ne seraient pas liées par le droit coutumier, par exemple par les normes impératives du droit international. Cependant, pour déterminer dans un litige futur quelle est exactement l'obligation particulière de l'organisation internationale, il faudrait à notre avis approfondir la question de la portée et l'étendue d'obligations de nature coutumière et conventionnelle pour les organisations internationales.

Ma deuxième remarque sous l'aspect de la nature de l'obligation se réfère à l'article 8, notamment au paragraphe 2 selon lequel le non-respect d'une règle interne de l'organisation peut aussi constituer une violation d'une obligation internationale. En ce qui concerne les règles statutaires d'une organisation internationale, ma délégation recommanderait de faire une distinction entre les dispositions qui s'adressent à des tiers, d'une part, et les règles de nature strictement interne, d'autre part, par exemple des règlements de type administratif.

Ces derniers constitueraient, selon l'avis de cette délégation, plutôt des normes internes à l'organisation dont le respect devrait être assuré par les mécanismes propres à celle-ci.

...

Dans la seconde partie de mon intervention relative à la responsabilité des organisations internationales, ma délégation souhaiterait aborder la question de l'attribution du comportement à l'organisation internationale. Ici se pose notamment (le problème de) la délicate relation entre le comportement de l'organisation internationale et celui de ses Etats membres. Même s'il est vrai, juridiquement, que l'organisation internationale a sa propre volonté, qui est distincte de celle de ses membres, l'expérience pratique démontre cependant que ces deux niveaux ne peuvent pas toujours être séparés facilement.

Mes remarques se réfèrent notamment au Chapitre IV du projet d'articles. Tout en reconnaissant que les articles ici proposés sont inspirés par le projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats - ce qui paraît constituer une bonne approche - quelques questions restent encore à éclaircir. Je mentionnerais plus particulièrement l'article 15 relatif aux décisions, recommandations et autorisations adressées aux Etats membres.⁶³ Cette délégation partage l'avis exprimé par d'autres délégations, notamment (celle de) l'Autriche, que cet article doit être approfondi pour clarifier sa portée. Ainsi, comme la délégation de l'Irlande l'a dit à juste titre, les Etats ne devraient pas pouvoir se cacher derrière le comportement de l'organisation internationale. Dans cet ordre d'idées, le fait qu'une organisation internationale peut engager sa responsabilité par le fait qu'un Etat exécute une recommandation, qui n'a en règle générale pas de caractère obligatoire, mérite d'être réexaminé."

⁶³ Cet article dispose ce qui suit:

"1. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un Etat membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale.

2. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:

a) elle autorise un Etat membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale, ou si elle recommande à un Etat membre ou à une organisation internationale membre de commettre un tel fait, et

b) cet Etat ou cette organisation internationale commet le fait en question en s'appuyant sur cette autorisation ou cette recommandation.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'Etat membre ou l'organisation internationale membre auquel s'adresse la décision, l'autorisation ou la recommandation."

Déclaration faite le 26 octobre 2005 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit. Pour un autre extrait de ce document, voir le n° 3.4.

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

(Voir les n°s 2.1, 3.5, 5.1 et 11.1)

10. Droit des conflits armés

(Voir les n°s 7.7. et 11.1)

11. La neutralité

(Voir aussi le n° 5.1)

11.1 Droit et politique de neutralité; droits et devoirs de l'Etat neutre, en particulier de l'Etat neutre permanent; neutralité et sanctions internationales; politique de neutralité. La Suisse et le conflit irakien: raisons de l'application du droit de la neutralité à ce conflit; mesures prises par la Suisse avant, pendant et après les opérations militaires. Occupation de l'Irak et retour à la souveraineté. Recours à la force et sécurité collective. Droit de la guerre. Jus cogens

L'étude intitulée: "La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak" fait la synthèse de la pratique suisse face à ce conflit. Elle a été préparée par le Conseil fédéral en réponse à un postulat de M. Reimann, député au Conseil des Etats, et à une motion déposée au Conseil national par le Groupe parlementaire de l'Union démocratique du centre (UDC). Voici un large extrait de ce document:

"3. La neutralité - bref rappel

La neutralité est le principe de politique étrangère selon lequel un Etat s'engage à ne pas participer militairement à un conflit interétatique déterminé (neutralité temporaire) ou à l'ensemble des conflits à venir (neutralité permanente) en contrepartie du respect de son intégrité territoriale par les belligérants. La Suisse est un Etat neutre permanent.

3.1 Droit et politique de neutralité

3.1.1 Droit de la neutralité

Les droits et les devoirs des Etats neutres ainsi que ceux des Etats belligérants sont inscrits dans les deux Conventions de La Haye de 1907 (guerre sur terre et guerre sur mer).⁶⁴ Les conventions de La Haye sont complétées par la coutume internationale.⁶⁵ Ces règles s'appliquent en période de conflit armé entre Etats (donc pas en cas de guerre civile). Les Etats sont juridiquement tenus de les respecter.

Les droits de l'Etat neutre: l'Etat neutre se voit garantir l'inviolabilité de son territoire. Les entreprises privées situées sur son territoire peuvent commercer librement avec les Etats en guerre. Cette liberté vaut également pour le transit et l'exportation d'armes et de munitions par les entreprises privées. Si l'Etat neutre impose des restrictions à ce type de commerce, il doit les appliquer aux deux belligérants de manière identique. A noter que la Suisse, à travers sa législation sur l'exportation de matériel de guerre, contrôle les exportations de ce matériel.⁶⁶

Les devoirs de l'Etat neutre: l'Etat neutre ne doit pas participer militairement à un conflit entre d'autres Etats. Il lui est en particulier interdit de soutenir les belligérants à l'aide de matériel de guerre ou de troupes. Il n'est pas non plus autorisé à mettre son territoire, y compris son espace aérien, à la disposition des belligérants à des fins militaires. En outre, l'Etat neutre doit être en mesure de défendre militairement son territoire.

L'obligation supplémentaire de l'Etat neutre permanent: les conventions de La Haye ne règlent pas le statut de l'Etat neutre permanent en temps de paix. Quant au droit coutumier, il ne lui impose qu'une seule obligation supplémentaire;

⁶⁴ Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21), Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances en cas de guerre maritime (RS 0.515.22).

⁶⁵ Selon la coutume internationale, les règles découlant des deux conventions de La Haye de 1907 relatives aux droits et aux devoirs des Etats neutres en cas de guerre maritime et de guerre sur terre sont applicables par analogie à la guerre aérienne. Par exemple, en vertu de l'article 2 de la convention de 1907 relative aux droits et aux devoirs de l'Etat neutre en cas de conflit sur terre, un Etat neutre ne doit pas tolérer le passage sur son territoire de munitions, de troupes ou de convois engagés dans un conflit armé. En cas de guerre aérienne, cette règle devra être interprétée comme interdisant également l'utilisation, par les belligérants, de l'espace aérien de l'Etat neutre à des fins militaires.

⁶⁶ Article 22 de la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG, du 13 décembre 1996) (RS 514.51): "La fabrication, le courtage, l'exportation et le transit de matériel de guerre pour des destinataires à l'étranger seront autorisés si ces activités ne contreviennent pas au droit international et ne sont pas contraires aux principes de la politique étrangère de la Suisse et à ses obligations internationales."

Article 5 de l'ordonnance sur le matériel de guerre (du 25 février 1998) (RS 514.51): "L'autorisation concernant les marchés passés avec l'étranger et la conclusion de contrats aux termes de l'article 20 LFMG doit reposer sur les considérations suivantes:

- a. le maintien de la paix, de la sécurité internationale et de la stabilité régionale;
- b. la situation qui prévaut dans le pays de destination: il faut tenir compte notamment du respect des droits de l'homme et de la renonciation à utiliser des enfants-soldats;
- c. les efforts déployés par la Suisse dans le domaine de la coopération au développement;
- d. l'attitude du pays de destination envers la communauté internationale, notamment sous l'angle du respect du droit international public;
- e. la conduite adoptée par les pays qui, comme, la Suisse, sont affiliés aux régimes internationaux de contrôle des exportations."

il ne doit pas se mettre dans une situation qui pourrait éventuellement l'amener, en cas de conflit, à violer les obligations qui découlent de son statut d'Etat neutre. Cela signifie en particulier qu'il lui est interdit de participer à une alliance militaire (par exemple l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord)). En effet, si son allié était attaqué, l'Etat neutre serait alors contraint de lui venir militairement en aide et il violerait ainsi la première obligation découlant du statut d'Etat neutre, à savoir l'obligation de ne pas participer militairement à un conflit armé.

Droit de neutralité et sanctions internationales: selon la pratique des Etats neutres et la doctrine dominante, le droit de la neutralité ne s'applique pas, par principe, aux sanctions économiques. La Suisse peut donc participer aux sanctions économiques prises par l'ONU, l'UE (Union Européenne) ou tout groupe d'Etats.

Le droit de la neutralité ne s'applique pas non plus aux mesures militaires prises par le Conseil de sécurité de l'ONU en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. L'utilisation de la force décidée par l'ONU ne doit pas être assimilée à un conflit armé entre Etats au sens du droit de la neutralité, mais à des mesures visant à faire appliquer des décisions prises par le Conseil de sécurité agissant au nom de la communauté internationale en vue de rétablir la paix et la sécurité internationales. Le droit de la neutralité n'empêche donc pas les Etats neutres de s'associer aux sanctions militaires décidées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte.

Par contre, en l'absence d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU autorisant une action militaire, la situation est celle d'un conflit armé entre Etats de type classique. Dans cette hypothèse, les droits et les obligations liés au statut d'Etat neutre doivent être appliqués par la Suisse, ce qui a été le cas lors du conflit en Irak.

3.1.2 Politique de neutralité

Il s'agit de l'ensemble des mesures que l'Etat neutre permanent prend, de son propre chef et en dehors des obligations liées au droit de la neutralité, pour garantir l'efficacité et la crédibilité de sa neutralité. Contrairement au droit de la neutralité, la politique de neutralité n'est régie par aucune règle de droit. Une politique de neutralité crédible et cohérente sert principalement à convaincre les autres Etats de la capacité et de la disposition d'un Etat à se comporter de manière neutre en cas de conflit armé à venir.

3.2 Conception suisse de la neutralité

3.2.1 La neutralité dans la Constitution fédérale

La neutralité est mentionnée au titre 5 de la Constitution fédérale (autorités fédérales).⁶⁷ En vertu des articles 173 et 185, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral doivent prendre les mesures nécessaires pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse. La neutralité était d'ailleurs aussi mentionnée, dans les mêmes termes, dans les Constitutions fédérales de 1848 et de 1874. Reste que les rédacteurs des Constitutions de 1848, 1874 et 1999 ont sciemment évité de mentionner la neutralité dans les buts de la Confédération ou dans les principes de politique étrangère. Les documents de l'audition relative à l'élaboration de la première Constitution fédérale de 1848 eux-mêmes précisent: "La neutralité est un moyen au service d'une cause; elle est une règle politique paraissant actuellement comme la plus appropriée pour assurer l'indépendance de la Suisse."⁶⁸

3.2.2 La politique de neutralité suisse depuis la fin de la Guerre froide

Avec la fin de la Guerre froide, la probabilité qu'un conflit militaire entre les grandes puissances européennes éclate a largement diminué. Par contre, nous assistons à l'émergence de dangers de types différents qui appellent une réponse multilatérale: conflits déstructurés, guerres en dehors de l'Europe, mais ayant des implications sur notre continent, terrorisme, destruction de l'environnement, etc.

Après la chute du mur de Berlin, le Conseil fédéral a présenté le Rapport sur la neutralité de 1993⁶⁹ qui avait pour but, d'une part, de faire le point sur la nouvelle situation géopolitique de la Suisse, et, d'autre part, de permettre à la Suisse de continuer à mener une politique de neutralité adaptée aux besoins du moment. Le Rapport conclut que la neutralité doit être complétée par la notion de "sécurité par la coopération". Le Conseil fédéral considérait en effet qu'il était nécessaire de renforcer la coopération internationale afin de lutter plus efficacement contre ces menaces. La Suisse a donc intensifié ses relations avec les organisations internationales œuvrant dans le domaine de la sécurité internationale (ONU et OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe) notamment). Cette orientation de la politique de neutralité suisse a permis à notre pays de renforcer son engagement en faveur d'une politique de la paix dont le but est de contribuer à un ordre international juste et pacifique.

A la suite de la crise du Kosovo en 1998/1999, un groupe de travail ad hoc, institué par le Conseil fédéral, a rédigé un rapport sur la pratique suisse de la neutralité au cours de ce conflit (Rapport du 30 août 2000).⁷⁰

4. La Suisse et le conflit irakien

4.1 Les raisons de l'application du droit de la neutralité lors du conflit irakien

Comme nous l'avons vu au chapitre 3.1.1, le droit de la neutralité ne s'applique pas dans le cas d'une action de nature militaire s'appuyant sur une résolution prise par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. A l'opposé, une intervention militaire d'un ou de plusieurs Etats sur le territoire d'un autre Etat sans mandat

⁶⁷ Constitution du 12 septembre 1848 (Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse, vol. I, 1848-1849, p. 3); Constitution du 29 mai 1874 (RS 1848-1947, vol. 1, p. 3).

⁶⁸ D. Schindler, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Berne etc. 1987) n. 27 de l'article 8.

⁶⁹ Rapport du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 200); extraits dans *Pratique suisse 1993*, n° 11.1, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 629.

⁷⁰ Pratique suisse de la neutralité - aspects actuels (publié sur le site du DFAE: www.eda.admin.ch).

expres ou sans autorisation du Conseil de sécurité constitue un conflit armé entre Etats auquel le droit de la neutralité s'applique.⁷¹ Les opérations militaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni contre l'Irak, commencées le 20 mars 2003, remplissaient sans aucun doute les critères permettant de conclure à l'existence d'un conflit armé international.

Se pose alors la question de savoir si les opérations militaires contre l'Irak rentraient dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. Cette disposition consacre l'interdiction du recours à la force. Elle constitue le fondement principal de l'ordre juridique international et représente une règle impérative de droit international public.⁷² Seules deux exceptions permettent de déroger au principe de non-recours à la force: lorsque le Conseil de sécurité décide, en s'appuyant sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, de recourir à la force armée afin de rétablir la paix et la sécurité internationales ou dans le cas de la légitime défense (article 51 de la Charte).⁷³

L'analyse juridique qui suit est consacrée à l'argument principal que les puissances intervenantes ont mis en avant, à savoir que l'intervention militaire en Irak était autorisée par les résolutions existantes du Conseil de sécurité. La question de savoir comment la situation aurait dû être jugée s'il avait été question d'un cas de légitime défense selon l'article 51 de la Charte des Nations Unies peut rester ouverte,⁷⁴ car d'une part, les conditions matérielles du droit de légitime défense n'étaient pas remplies, et d'autre part, ni les Etats-Unis ni le Royaume-Uni n'ont appuyé leur action militaire sur le principe de la légitime défense. De même, on peut d'emblée écarter la question de la validité des mesures armées prises vis-à-vis des violations massives des droits de l'homme ("responsibility to protect") ("devoir de protection"). En effet, à la différence du conflit au Kosovo de 1999, durant lequel les Etats membres de l'OTAN ont justifié leurs interventions militaires par des motifs humanitaires, cet argument n'a pas été utilisé dans le cas du conflit en Irak.

La question de savoir si les actions militaires pouvaient se baser sur une résolution existante du Conseil de sécurité de l'ONU fut contestée. Le Conseil de sécurité des Nations Unies adopta le 8 novembre 2002 la Résolution 1441, qui exigeait la reprise des inspections et menaçait l'Irak de "conséquences sérieuses" en cas de non-respect du désarmement. En février 2003, le Royaume-Uni déposa au Conseil de sécurité des Nations Unies un projet de résolution, cosigné par les Etats-Unis et l'Espagne et appuyé par la Bulgarie, visant à autoriser le recours à la force armée contre l'Irak. En effet, relevant la "violation patente" par l'Irak de ses obligations définies dans les Résolutions 687 et 1441, ce projet indiquait, sans fixer d'échéance, que l'Irak n'avait pas saisi la dernière possibilité qui lui était offerte de se soustraire à une guerre.

Un mois après, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et l'Espagne soumettaient un nouveau projet de résolution demandant au Conseil de sécurité de constater, au plus tard le 17 mars, que le régime de Saddam Hussein n'avait pas procédé au désarmement demandé dans la résolution 1441 du 8 novembre 2002, sans évoquer formellement d'intervention armée.

Aucun consensus n'ayant pu être trouvé le 17 mars 2003 au sein du Conseil de sécurité, ces trois Etats renoncèrent à le soumettre au vote, mettant un terme aux efforts diplomatiques déployés afin de désarmer l'Irak par des moyens pacifiques. C'est ainsi que le 20 mars 2003, les forces américano-britanniques commencèrent leurs opérations militaires contre l'Irak.

Les Etats-Unis expliquèrent s'être basés sur des résolutions existantes du Conseil de sécurité pour l'utilisation de la force contre l'Irak,⁷⁵ en particulier les résolutions 678 et 687. La résolution 678 (1990) refermait l'autorisation du Conseil de sécurité de recourir à la force durant la première guerre d'Irak, alors que la résolution 687 (1991) fut adoptée dans un contexte précis, à savoir comme résolution concernant le cessez-le-feu imposant à l'Irak une série d'obligations relatives au désarmement et à l'élimination des armes de destruction massive.

Les Etats-Unis ont justifié la deuxième guerre en Irak de mars 2003 par l'inobservation, par l'Irak, des obligations découlant de la résolution 687, ce qui constituait donc une violation matérielle de celle-ci confirmée par la résolution 1441 (2002). Au travers des inobservations matérielles de cette résolution 687, le fondement constituant le cessez-le-feu devint sans objet, ce qui réactiva la résolution 678 contenant l'autorisation du recours à la force. Contrairement aux Etats-Unis, le Royaume-Uni n'en a pas déduit d'autorisation implicite.⁷⁶ D'après la conception britannique, une action militaire était le dernier moyen, car il était devenu évident qu'aucune autre solution ne pouvait amener l'Irak à respecter ses obligations.

Le fait est que ni la résolution 1441 (2002) du Conseil de sécurité, ni aucune résolution ultérieure ne permettait de légitimer l'utilisation de la force armée contre l'Irak. La résolution 1441 menaçait d'ailleurs l'Irak de conséquences

⁷¹ Au contraire, on ne parle pas de conflit entre Etats lorsque l'Etat approuve expressément une action militaire des forces armées étrangères sur son territoire national.

⁷² CIJ, arrêt Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, Recueil 1986, paragraphe 268, p. 134: "l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits ... obligation conventionnelle de s'abstenir dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies (article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies)."

⁷³ CIJ, arrêt du 12 décembre 1996, affaires des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), paragraphes 21 à 26: "... le principe de l'interdiction en droit international de l'emploi de la force et sa limitation constituée par le droit de légitime défense".

⁷⁴ D'après la pratique et la doctrine internationales, la légitime défense ne peut être admise que dans les cas où une attaque armée a lieu ou est imminente. Il n'est pas exigé d'un Etat qu'il s'attende à une attaque armée, mais la menace militaire doit être directe et imminente de manière qu'elle ne laisse aucun choix des moyens ni de temps pour la réflexion (il s'agit des principes découlant de la Formule de Webster du cas Caroline de 1837, à nos jours encore valables) (au sujet de cette affaire, cf. R.Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, *American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, p. 32).

⁷⁵ Lettre datée du 20 mars 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies ((document) S/2003/351).

⁷⁶ Lettre datée du 20 mars 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'Organisation des Nations Unies ((document) (S/2003/350).

sérieuses en cas de non-respect du désarmement et des obligations exigées par les inspections. Toutefois, elle ne contenait pas la même formulation que la résolution 678 (1990), qui visait à rétablir la paix et la sécurité en utilisant "tous les moyens nécessaires", formule à laquelle le Conseil de sécurité a eu recours depuis pour autoriser l'utilisation de la force armée.

Se servir de la résolution 687 (1991) pour établir le fondement d'une autorisation implicite pour l'utilisation de la force contre l'Irak apparaît, sous les aspects tant matériels que formels, comme douteux. Du point de vue matériel, la résolution 687 poursuivait un but spécifique et fut adoptée dans un contexte précis, à savoir comme résolution concernant le cessez-le-feu après la libération du Koweït. Une réinterprétation de cette résolution dans le but d'en déduire une autorisation pour une deuxième guerre en Irak serait en contradiction avec la genèse et les buts originaires de celle-ci. En outre, une nouvelle orientation et une réactivation de la résolution 687 ne devrait pas être laissée à la libre appréciation de chaque Etat, mais nécessiterait d'être approuvée formellement par le Conseil de sécurité.

Pour qu'une résolution du Conseil de sécurité puisse servir de base juridique à une intervention militaire, il est impératif que, compte tenu de l'importance primordiale de l'interdiction du recours à la force, cette résolution contienne une autorisation expresse et claire ou un mandat pour mener une action militaire dans le cadre d'une situation de crise existante. C'est donc parce que les actions militaires contre l'Irak n'avaient pas été autorisées par le Conseil de sécurité que le Conseil fédéral a jugé que la Suisse devait rester neutre dans la guerre d'Irak. Le 20 mars 2003, le Président de la Confédération a présenté la position du Conseil fédéral devant l'Assemblée générale des Nations Unies comme suit:⁷⁷ "La coalition dirigée par les Etats-Unis d'Amérique a décidé de recourir à la force sans l'approbation du Conseil de sécurité des Nations Unies. Nous sommes donc en présence d'un conflit armé entre Etats dans le cadre duquel le droit de la neutralité s'applique Le choix de la neutralité s'inscrit dans une longue tradition de la Suisse, laquelle correspond au droit international et marque notre attachement au respect de la Charte des Nations Unies. Le choix de la neutralité n'a rien à voir avec de l'indifférence à l'égard des menaces très graves que représentent la prolifération d'armes de destruction massive et le terrorisme à grande échelle Nous reconnaissons aussi que le recours à la force armée peut s'avérer le moyen ultime pour mettre fin à une situation de très grave danger. Mais l'usage des armes doit être légitime. Et pour être légitime, l'usage de la force doit être explicitement autorisé par le Conseil de sécurité ou être justifié par le motif de la légitime défense. L'un des traits essentiels de la politique étrangère de la Suisse est qu'elle est fondée sur le droit international. Ce point de référence doit conférer à notre politique étrangère un fondement solide, un profil reconnaissable et une ligne prévisible."⁷⁸

4.2 Les mesures prises par la Confédération en relation avec le conflit irakien

4.2.1 Avant les opérations militaires

Le 13 février 2003, l'Ambassade des Etats-Unis à Berne a demandé à la Suisse de bien vouloir lui octroyer une autorisation générale de survol pour différents aéronefs. Le droit de la neutralité impose à la Suisse de ne pas mettre son territoire, y compris aérien, à la disposition d'un Etat en guerre. On admet généralement que les survols à des fins militaires qui peuvent constituer des actes préparatoires de ce conflit ne doivent pas être autorisés. Même si le conflit en Irak n'avait pas encore commencé, la requête américaine s'inscrivait clairement dans une logique d'intervention militaire. Les Etats-Unis avaient déclaré à plusieurs reprises être prêts à intervenir seuls en Irak même sans l'autorisation du Conseil de sécurité. De nombreuses troupes étaient déjà déployées dans la région.

Le 21 février 2003, le Conseil fédéral a donc décidé de ne pas permettre le survol du territoire suisse à des fins militaires par les aéronefs américains, au motif que ces survols avaient pour objectif évident de préparer une opération militaire en Irak. Il a estimé que la Suisse ne devait pas mettre son territoire à la disposition d'un Etat sur le point de s'engager dans un conflit armé sans l'autorisation du Conseil de sécurité. Seuls les survols à des fins de surveillance ou de reconnaissance pouvaient encore être autorisés dans le respect de la décision du Conseil fédéral du 12 février 1997.⁷⁹

Dans sa décision du 21 février 2003, le Conseil fédéral a également décidé que, dans l'hypothèse où un conflit éclaterait en Irak sans l'aval du Conseil de sécurité de l'ONU, les survols du territoire suisse à des fins humanitaires et médicales resteraient autorisés. Dans le cas où les opérations militaires en Irak seraient préalablement autorisées par le Conseil de sécurité de l'ONU, la décision d'autoriser ou de refuser les survols de nature militaire serait prise par le Conseil fédéral au vu de l'ensemble des circonstances.

4.2.2 Pendant les opérations militaires

Pendant la durée du conflit en Irak, le Conseil fédéral a pris des mesures touchant, d'une part, aux questions de survol et, d'autre part, à la problématique du contrôle des exportations de matériel de guerre et de la fourniture de prestations de nature militaire dans le cadre du conflit.

i) Interdiction de survol

L'une des obligations liées au statut d'Etat neutre est de ne pas mettre son territoire - y compris son territoire aérien - à la disposition d'un Etat en guerre. En application de ce principe, le 20 mars 2003 - jour du commencement de la guerre en Irak -, le Conseil fédéral a confirmé sa décision du 21 février 2003. Il a interdit aux aéronefs des pays de la coalition de survoler le territoire suisse dans deux cas de figure:

- lorsque les aéronefs sont engagés dans le conflit en Irak;

⁷⁷ Déclaration du Conseil fédéral concernant la crise en Irak (BO(CN)) 2003, p. 531.

⁷⁸ Voir également *Pratique suisse* 2003, n° 11.3, RSDIE, 14^e année, 2004, p. 712.

⁷⁹ L'Office fédéral de l'aviation civile (du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication), d'entente avec les Forces aériennes et la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères, peut délivrer une autorisation de survol pour des aéronefs équipés d'instruments de surveillance ou de reconnaissance.

- lorsque le nombre de demandes d'autorisation de survol dépasse le courant normal, c'est-à-dire la moyenne du nombre de survols en temps normal.

A la différence de sa décision du 21 février 2003, l'interdiction valait aussi pour les survols à des fins de reconnaissance et de surveillance.

Conformément à la décision du Conseil fédéral du 21 février 2003, les survols à des fins humanitaires et médicales, y compris le transport de blessés, étaient autorisés.

ii) Contrôle des exportations

Une autre obligation de l'Etat neutre est de ne pas fournir de matériel de guerre à un Etat belligérant.⁸⁰ Le 20 mars 2003, le Conseil fédéral a donc interdit à la Confédération de livrer du matériel de guerre et des prestations dans ce domaine aux Etats engagés dans le conflit.

Par contre, le droit de la neutralité ne restreint pas la liberté de commerce.⁸¹ Ainsi, les entreprises privées peuvent librement continuer de vendre du matériel ou des prestations de nature militaire aux Etats en guerre. Néanmoins, le Conseil fédéral voulant éviter que des entreprises situées en Suisse fournissent du matériel de guerre ou des prestations aux Etats belligérants en vue de leur utilisation dans le cadre du conflit en Irak, il a soumis à un régime d'autorisation les exportations de matériel de guerre et de prestations des entreprises privées situées en Suisse à destination des Etats en guerre. Toutefois, conformément à la loi sur le matériel de guerre, une autorisation est nécessaire pour l'exportation de matériel de guerre. Pour éviter que du matériel de guerre, pour l'exportation duquel une autorisation a déjà été donnée, puisse être utilisé pour des opérations militaires en Irak, le Conseil fédéral a décidé de mettre sur pied un organe de contrôle qui a réexaminé sous cet angle les autorisations d'exportation déjà octroyées. En outre, il a décidé de biffer de l'Annexe 2⁸² l'Ordonnance sur le matériel de guerre. Le Conseil fédéral avait également l'intention de rendre obligatoire l'octroi d'une autorisation pour les transferts de technologie depuis la Suisse dans ces pays et de ainsi éviter qu'une éventuelle interdiction d'exportation puisse être contournée. La proposition du DFE (Département fédéral de l'économie) de supprimer six pays de l'Annexe 2 (les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, la Pologne et l'Espagne) n'a toutefois pas été examinée par le Conseil fédéral, cette proposition étant devenue sans objet en raison de la levée des mesures.

Dans sa décision du 20 mars 2003, le Conseil fédéral a précisé que les exportations de matériel et de prestations militaires par des entreprises privées ne seraient pas autorisées dans les deux cas de figure suivants:

- si l'exportation de ce matériel ou la fourniture de cette prestation constitue une contribution aux opérations militaires en Irak;
- si l'exportation de ce matériel ou de cette prestation dépasse le courant normal, c'est-à-dire si cette exportation a pour effet, en raison du conflit en Irak, de provoquer une augmentation du niveau moyen des exportations vers le pays concerné.

La RUAG a été soumise à une condition supplémentaire en raison de son statut particulier.⁸³ Le Conseil fédéral a exigé de la RUAG et des sociétés qu'elle contrôle à plus de 50% qu'elles certifient par écrit au moment de la demande d'exportation que le matériel ou la prestation ne seront pas utilisés dans le cadre du conflit en Irak.

Le Conseil fédéral a demandé au DFAE et au DFE de constituer un organe de contrôle chargé, d'une part, d'actualiser l'Annexe 2 de l'ordonnance sur le matériel de guerre mentionnée plus haut en fonction de l'évolution du conflit, et, d'autre part, de décider, conformément aux critères fixés par le Conseil fédéral, de l'acceptation ou du rejet des demandes d'autorisations d'exportation formulées par la RUAG et les entreprises privées. Au cours de sa courte période d'existence (28 mars-15 avril 2003), cette instance, composée de collaborateurs du DFE, du DFAE (Département fédéral de l'économie), et du DDPS (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports), a accepté toutes les demandes d'exportation qui lui ont été soumises. Cela s'explique par le fait que les entreprises suisses, comparativement aux autres pays, ne fabriquent que très peu de systèmes d'armement complets immédiatement utilisables comme tels dans des opérations militaires. En outre, il est arrivé souvent que des autorisations concernant du matériel de guerre à destination d'autorités de police, d'expositions ou de personnes privées soient discutées bien que celles-ci ne fussent ni suspendues ni annulées. Enfin, jusqu'à la décision du Conseil fédéral du 16 avril, toutes les déclarations requises pour obtenir des licences déjà octroyées n'ont pas été transmises au Seco (Secrétariat d'Etat à l'économie). En particulier, il manquait des déclarations pour l'exportation vers

⁸⁰ Sous l'aspect du droit de la neutralité en cas de guerre sur terre, il n'existe pas de règle de droit écrit en ce qui concerne les exportations étatiques. En revanche, une règle de droit coutumier, inspirée de l'article 6 de la convention de La Haye de 1907 relative à la neutralité en cas de guerre sur mer, interdit les exportations étatiques (article 6 de la convention de La Haye de 1907, relative à la neutralité en cas de guerre sur mer: "La remise, à quelque titre que ce soit, faite directement ou indirectement par une Puissance neutre à une Puissance belligérante, de vaisseaux de guerre, de munitions, ou d'un matériel de guerre quelconque, est interdite."

⁸¹ Aux termes de l'article 7 de la convention de La Haye de 1907 sur la neutralité en cas de guerre sur terre, un Etat neutre n'est pas tenu "d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte de l'un ou de l'autre des belligérants, d'armes, de munitions, et, en général, de tout ce qui peut être utile à une armée ou une flotte". A noter que selon l'article 9 de la même convention, "toutes mesures restrictives ou prohibitives prises par une Puissance neutre à l'égard des matières visées par les articles 7 et 8 devront être uniformément appliquées par elle aux belligérants". Toutefois, lorsqu'un des belligérants est frappé de sanctions décidées par le Conseil de sécurité de l'ONU, le principe d'égalité de traitement entre belligérants n'est pas applicable. Cela signifie que la Suisse n'est pas tenue, du seul fait qu'elle applique les sanctions de l'ONU à l'égard de l'Irak (embargo sur le matériel militaire à destination de l'Irak - Résolution 661 du Conseil de sécurité du 6 septembre 1990), de restreindre ses exportations à l'égard d'Etats tiers.

⁸² Cette Annexe contient une liste des pays pour lesquels aucune autorisation spécifique d'exportation de matériel de guerre n'est exigée. En conséquence, les exportations de matériel ou de prestations de nature militaire vers les Etats belligérants devaient dès lors faire l'objet d'une autorisation.

⁸³ La RUAG est une ancienne entreprise d'armement de la Confédération devenue, depuis le 1^{er} janvier 1999, une société anonyme de droit privé dont la Confédération est l'actionnaire majoritaire.

la Grande-Bretagne. Si le 16 avril, le Conseil fédéral n'avait pas écarté les restrictions d'exportations, les licences en question auraient dû être révoquées après l'expiration du délai du droit d'être entendu (17 avril).

iii) Neutralité et droit international humanitaire

Etre neutre ne signifiant pas être indifférent, la Suisse n'a pas ménagé ses efforts au cours du conflit pour inciter les belligérants à respecter le droit international humanitaire.

En tant que Haute Partie Contractante aux Conventions de Genève de 1949⁸⁴ et à la lumière de sa tradition humanitaire, la Suisse rappelle aux parties au conflit qu'elles doivent impérativement respecter et faire respecter les obligations stipulées dans ces instruments.

Quand bien même ni l'Irak, ni les Etats-Unis ne sont Parties aux protocoles additionnels aux conventions de Genève, de nombreuses obligations contenues dans le Premier Protocole additionnel⁸⁵ sont des règles coutumières et s'appliquent à ce titre. Toutes ces règles constituent le standard minimum applicable en temps de conflit armé. Ces principes ont notamment été rappelés par le Conseil de sécurité dans sa Résolution 1472.⁸⁶

Le principe de la distinction entre personnes civiles et combattants et le principe de la proportionnalité revêtent une importance particulière. Il est interdit d'utiliser des personnes civiles comme boucliers humains. Les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité et doivent être protégés notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique. La Suisse souligne également que le droit international humanitaire impose des limites aux méthodes et aux moyens de conduire les hostilités et que l'usage d'armes qui causent des maux superflus est interdit. Elle exhorte en outre les parties au conflit à s'abstenir de toute utilisation d'armes de destruction massive.

En outre, elle a insisté pour que les objectifs militaires soient judicieusement choisis afin de s'assurer que ni les populations civiles, ni des objets civils ne soient pris pour cible. Elle a également plaidé, au cours du conflit, pour l'ouverture de couloirs humanitaires et pour le respect de ceux-ci. De plus, elle a insisté pour que tout prisonnier soit traité humainement et dans le respect des conventions de Genève. La Suisse a également demandé aux belligérants d'assurer la protection des biens culturels.

Enfin, la Suisse a organisé avant et pendant le conflit deux réunions internationales sur l'aide humanitaire dans le but d'échanger des informations, d'identifier les problèmes qui se posent sur le terrain et de faciliter la coordination de l'aide humanitaire en Irak.

4.2.3 Après les opérations militaires

i) Détermination de la fin du conflit

Faute d'une règle spécifique de droit international qui définisse la fin du conflit militaire, il faut recourir à des éléments formels et effectifs comme critères d'appréciation. Formellement, un conflit cesse avec un accord de capitulation ou, selon les circonstances, avec un cessez-le-feu. En fin de compte, ce qui est déterminant, c'est que les hostilités soient effectivement terminées.⁸⁷ Cela peut par exemple se passer lorsqu'une partie n'est plus en mesure de se défendre militairement (*debellatio*); la défaite peut conduire à une occupation militaire.

En ce qui concerne l'Etat neutre, c'est à lui-même qu'il revient de déterminer si, au regard des circonstances, le conflit peut être considéré comme terminé au sens du droit de la neutralité et si les mesures correspondantes peuvent être levées. Le Conseil fédéral ayant décidé de l'application du droit de la neutralité au début du conflit et ayant pris un certain nombre de mesures concomitantes, il lui appartenait également de constater la fin du conflit et de décider la levée de ces différentes mesures. Les obligations de l'Etat neutre prennent fin dès lors que les combats ont cessé, que le territoire est sous le contrôle de l'Etat belligérant et que les troupes adverses ne sont plus en mesure d'opposer une résistance organisée et substantielle. Le 16 avril 2003, le Conseil fédéral a estimé que les conditions permettant de conclure à la fin des hostilités étaient réunies. En conséquence, le droit de la neutralité n'était plus applicable et les mesures prises par le Conseil fédéral avant et au cours du conflit ont donc été levées.

Cependant, il est important de noter que la constatation de la fin des hostilités n'entraîne pas la cessation de l'applicabilité du droit international humanitaire. En effet, l'article 6 de la IV^e Convention de Genève prévoit qu'en territoire occupé, la convention reste entièrement applicable pendant une période d'un an suivant la fin des opérations militaires, après quoi la puissance occupante ne serait liée que dans la mesure où elle continue d'exercer des fonctions gouvernementales.

ii) Vente de F5E/F (Tiger) aux Etats-Unis

Dans une intervention parlementaire (03.1043), le Conseiller national Andreas Gross a posé la question de savoir si la vente de F5E/F aux Etats-Unis à la fin du mois d'avril 2003 ne posait pas de problème du point de vue de la neutralité.

⁸⁴ Conventions de Genève du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 518.42 et 0.518.51).

⁸⁵ Protocole additionnel I du 8 juin 1977 (RS 0.518.521).

⁸⁶ Résolution 1472 du Conseil de sécurité adoptée le 28 mars 2003. Elle précise qu'aux termes de l'article 55 de la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 11 août 1949, la puissance occupante a le devoir d'assurer, dans toute la mesure de ses moyens, l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux et doit notamment importer les vivres, les fournitures médicales et les autres produits nécessaires lorsque les ressources du territoire occupé sont insuffisantes.

⁸⁷ Article 6, alinéa 2, de la quatrième convention de Genève du 12 août 1949 (RS 0.518.51), qui parle de "fin générale des opérations militaires".

Dans sa réponse, le Conseil fédéral a expliqué que la question de la neutralité et de la loi sur le matériel de guerre ne se posait plus en l'occurrence puisque la première livraison de F5E/F (Tiger) à l'armée américaine était intervenue après la constatation de la fin du conflit par le Conseil fédéral (16 avril 2003).⁸⁸

Par ailleurs, il convient de préciser que les Etats-Unis ont officiellement certifié par écrit que ces avions ne seraient pas engagés dans des combats en Irak ou ailleurs, qu'ils seraient stationnés dans l'Arizona (Marine Corps Air Station de Yuma) et qu'ils seraient exclusivement utilisés lors d'exercices.

5. La situation juridique en Irak durant l'occupation

Dans sa Résolution 1483 du 22 mai 2003, le Conseil de sécurité a pris acte de la prise de contrôle de l'Irak par les Etats-Unis et le Royaume-Uni en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié, en leur demandant "de promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer des conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique" (paragraphe 4). Dans son paragraphe 5, la résolution "demande à toutes les parties concernées de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907"⁸⁹.

Le 14 août 2003, le Conseil de sécurité adopte la résolution 1500 (2003), dans laquelle il se félicite de l'établissement, le 13 juillet 2003, du Conseil de gouvernement de l'Irak, "qui marque une étape importante vers la formation par le peuple irakien d'un gouvernement représentatif internationalement reconnu qui exercera la souveraineté de l'Irak", et décide, pour aider le Secrétaire général à s'acquitter du mandat que lui assigne la résolution 1483 (2003), d'établir la Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Irak (MANUI).

Malgré la présence de puissances occupantes et l'établissement d'un "Conseil de gouvernement" composé d'Irakiens, les combats ont continué dans différentes parties du pays. De violents combats locaux menés par des groupes de résistance ont eu lieu ainsi que plusieurs attentats. Face à cette situation tendue, le Conseil de sécurité a mis en place une force multinationale par la Résolution 1511 du 16 octobre 2003, votée à l'unanimité, en l'autorisant "à prendre toutes les mesures nécessaires" pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak (paragraphe 13), en priant les Etats membres de l'ONU de "fournir une assistance ... y compris des forces militaires" à cette force multinationale.

Selon la décision du Conseil fédéral du 16 avril 2003 mentionnée précédemment, le droit de la neutralité n'était plus applicable dans le cadre de l'Irak après cette date, le conflit armé de ce pays avec les Alliés ayant cessé. Certes, la situation en Irak continuait à être dominée par des émeutes violentes et même par des révoltes s'étendant sur plusieurs villes et provinces. Cependant, on ne peut pas qualifier ces confrontations armées de conflit international auquel le droit de neutralité s'appliquerait. Si la puissance occupante essaye de rétablir l'ordre, elle fait usage des pouvoirs policiers que lui confie le statut d'occupation. De plus, la situation a changé juridiquement par l'adoption de la résolution 1511 du 16 octobre 2003. Comme le Conseil de sécurité a autorisé l'emploi de la force pour maintenir la sécurité et la stabilité en Irak, le droit de la neutralité n'était pas applicable à ces mesures, conformément à la pratique du Conseil fédéral.

6. L'établissement de la souveraineté irakienne

Avec la Résolution 1546 du 8 juin 2004, adoptée en vertu du chapitre VII, une nouvelle étape est franchie. Dans cette nouvelle résolution, le Conseil de sécurité note que l'occupation prendra fin le 30 juin 2004 et que l'Irak retrouvera sa pleine souveraineté avec la formation d'un gouvernement intérimaire. De plus, la résolution définit le rôle de l'ONU durant la période transitoire jusqu'aux élections démocratiques du 31 janvier 2005 et renouvelle l'autorisation déjà donnée à la force multinationale sous commandement américain tout en déterminant son mandat. La présence de cette force reste cependant sujette à la volonté du Gouvernement irakien. Le Conseil de sécurité a clairement déclaré qu'il y mettrait fin plus tôt si le Gouvernement le lui demandait (paragraphe 12 de la résolution 1546).

A l'instar des résolutions précédentes du Conseil de sécurité sur l'Irak, la résolution 1546 (2004) a force obligatoire pour la Suisse en vertu de l'article 25 de la Charte. Dans son paragraphe 21, le Conseil de sécurité lève les interdictions frappant la vente ou la fourniture à l'Irak d'armes et de matériel de guerre dont le Gouvernement d'Irak ou la force multinationale ont besoin.

Malgré la situation inchangée et instable de la sécurité en Irak, il n'y a effectivement pas de combat armé justifiant l'application du droit de la neutralité. Juridiquement, en raison de la résolution 1546 du Conseil de sécurité, la neutralité ne s'applique pas. L'appréciation faite sur la base du droit de la neutralité n'exempte néanmoins pas la Suisse de sa responsabilité d'évaluer la situation au regard de ses principes de politique de neutralité, ceux-ci visant à la fiabilité et à la cohérence d'une neutralité permanente (cf. chiffre 3.1.2).

7. Conclusions

Les opérations militaires internationales contre l'Irak ont sans aucun doute constitué un conflit armé entre Etats. C'est parce que l'action des Etats-Unis et de leurs alliés n'avait pas été autorisée par le Conseil de sécurité que le Conseil fédéral a jugé que le droit de la neutralité trouvait à s'appliquer au cours de la guerre d'Irak. Il ne s'agissait évidemment pas d'une décision dirigée contre les Etats-Unis ou d'un soutien à l'Irak: en allant à contre-courant de l'unilatéralisme, la Suisse défendait le droit international et le système de sécurité collective de l'ONU.

⁸⁸ BO CN 2003, Session d'automne, Annexes, p. 235.

⁸⁹ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur le même sujet (RS 0.515.112).

Pendant le conflit irakien, la Suisse a appliqué ses obligations d'Etat neutre avec cohérence et ténacité. A l'étranger, ses agissements ont été compris et respectés. La neutralité a fait ses preuves comme instrument servant à la sauvegarde de l'indépendance et de la sécurité de la Suisse.

La neutralité n'a pas empêché la Suisse de s'engager, pendant et après le conflit armé, en faveur de la population civile, des victimes de guerre et des prisonniers. Ses actes ont toujours visé à un meilleur respect des droits de l'homme et du droit humanitaire. Pour cela, la Suisse a reçu attention, respect et reconnaissance."

Texte intitulé: "La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak" et daté du 2 décembre 2005. FF 2005, p. 6535 (6542-6555).

La pratique suisse en matière de droit international public 2006 - RSDIE 2007 p. 743

1. Les sources du droit international

1.1 Traités internationaux et déclarations à caractère politique

Oeuvre de la DDIP, la note qui suit a pour objet la Convention du 7 novembre 1991 sur la protection des Alpes (RS 0.700.1), un traité-cadre qui vise à assurer le développement durable de l'espace alpin. Dans ce but, la Convention prévoit la prise de "mesures appropriées" dans les domaines désignées par elle. En devenant Parties à la convention, les Etats contractants s'engagent à en régler la mise en œuvre au moyen de protocoles.

L'article 2, paragraphe 2, lettre a, de la convention prévoit l'adoption de mesures dans le domaine "population et culture". Les Parties n'ont pas, toutefois, pu s'entendre sur un protocole relatif à ce domaine. Ainsi, un groupe de travail a été chargé de préparer, au lieu d'un protocole, une déclaration politique en la matière, ce qui a indisposé l'organisation non gouvernementale la plus importante pour la réalisation des buts poursuivis par la convention. C'est pour cette raison qu'un compromis a finalement dû être trouvé, qui consiste à soumettre la déclaration politique à l'examen du Comité permanent établi par la convention.

(Traduction)

"Lors de la 32^e réunion du Comité permanent de la Conférence alpine, qui a eu lieu à Bolzano du 4 au 6 avril 2006, le Groupe de travail a pu présenter un projet de "déclaration" (...). On relèvera que la structure de ce projet (préambule, puis catalogue détaillé de mesures) est celle d'un protocole plutôt que d'une déclaration politique. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un texte revêt le caractère d'un traité international contraignant ou celui d'une déclaration juridiquement facultative, obligatoire au niveau politique seulement, le nom qu'on lui donne n'entre pas seul en ligne de compte. Ce nom fournit sans doute un indice, mais c'est avant tout le contenu qui importe. Ainsi, un instrument appelé "déclaration d'entente" ("memorandum of understanding") mais ayant le caractère d'un traité international sous l'angle du contenu est considéré comme tel par les autorités suisses (notamment en ce qui concerne la compétence pour conclure sur le plan du droit interne). A notre avis, seul un *instrument juridiquement non contraignant* est compatible avec la décision d'adopter une déclaration politique lors de la prochaine réunion des ministres (Conférence alpine). Il s'agit maintenant d'examiner de plus près le projet de "déclaration" (...).

Préambule

La notion de préambule étant associée à l'idée d'un texte juridiquement obligatoire, il serait préférable d'utiliser une expression plus neutre, "remarque liminaire" par exemple. La phrase principale du préambule dispose: "Les Parties contractantes de la Convention alpine ... ont convenu des priorités suivantes et proposent les mesures qui suivent". L'expression "ont convenu" fait penser plutôt à un instrument juridiquement contraignant. Il serait indiqué de remplacer cette expression par une formulation plus neutre, par exemple "se sont accordées". Il serait également préférable de remplacer l'expression "(l)es Parties contractantes de la Convention alpine" par "(l)es Gouvernements des Etats faisant partie de l'arc alpin". Enfin la partie introductive de la déclaration pourrait se terminer par la phrase suivante: "Cette déclaration ne crée pas d'obligations juridiques pour les Gouvernements des Etats faisant partie de l'arc alpin" - phrase qui pourrait également former la clause finale de la déclaration.

Mesures prévues

On notera d'abord que les mesures proposées sont très détaillées, ce qui est plutôt inhabituel pour une déclaration politique. Une partie de ces mesures sont décrites d'une façon trop "précise" pour un texte juridiquement facultatif. Le point 2.1.1, par exemple, est ainsi rédigé: "Nous encourageons l'étude, ..., notamment en ce qui concerne la mise en place et le développement de centres locaux de documentation ...". Au point 2.2.1 il est question "... d'améliorer les conditions-cadre nécessaires, notamment par la formation et (le) recyclage professionnel des professeurs ...". Des verbes tels que "encourager" et "améliorer" dénotent une tâche concrète et devraient être remplacés par des expressions moins ambitieuses, "saluer" par exemple.¹ Etant donné que les mesures annoncées dans la "déclaration" affectent souvent la compétence des cantons (culture et éducation), il faut être particulièrement prudent.

Disposition finale

Cette disposition a la teneur suivante: "Les Parties contractantes de la Convention alpine conviennent d'assurer la mise en œuvre de la présente déclaration par des mesures appropriées dans le cadre des systèmes juridiques étatiques en vigueur et des ressources disponibles". L'expression "mise en œuvre de la déclaration" porte elle aussi à croire que ce texte doit être appliqué comme s'il s'agissait d'un protocole de mise en application. De même serait-il souhaitable de remplacer le verbe "assurer". Ainsi la disposition finale pourrait avoir la teneur suivante: "Les Etats Parties (...) s'efforcent de mettre en œuvre les mesures proposées dans le cadre des systèmes juridiques étatiques en vigueur et des ressources disponibles.""

Note de la DDIP du 2 mai 2006. Document inédit.

1.2 Traités et contrats entre Etats

¹ L'Allemagne a émis des réserves quant à ces termes et a exprimé une préférence pour des notions telles que "saluer" et "s'efforcer".

Le passage reproduit ci-après, emprunté à une communication de la DDIP, analyse la différence entre traités interétatiques et contrats entre Etats.

"Deux Etats peuvent conclure un acte qui est soustrait au droit international public et soumis au droit interne de l'un d'eux ou d'un Etat tiers déterminé; cet acte n'est pas un traité, mais un contrat. La détermination de l'ordre juridique qui régit un acte international dépend d'abord de la volonté des parties et de l'objet de l'accord, voire de sa nature, de sa forme ou de sa finalité (ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2000, pp. 24 et ss; JOE VERHOEVEN, *Traités ou contrats entre Etats? Sur le conflit de loi en droit des gens*, Journal du droit international 1984, pp. 5-36; PETER ASELMANN, *Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge*, Göttingen 1971, pp. 82 et ss). En général un achat, un emprunt ou un bail est soumis au droit privé. Le problème des actes qui régissent en même temps des questions de pur droit privé et des questions qui relèvent essentiellement du droit international ou de la souveraineté étatique est plus ardu. Il est alors utile de procéder à une élection de droit, qui n'est toutefois pas toujours possible sans limite (cf. PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, Genève 1985, p. 37; AUST, *op. cit.*, p. 25). En résumé, il faut retenir comme principe que *seuls les actes entre Etats qui sont soumis dans leur ensemble au droit privé d'un Etat, qui peuvent l'être et dont l'objet, par nature, ne relève pas de la souveraineté étatique, peuvent ne pas constituer des traités internationaux* et ainsi, notamment, échapper aux règles constitutionnelles et légales en matière de conclusion de traités."

Communication de la DDIP, du 20 février 2006, adressée à l'Office fédéral de l'environnement du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

1.3 Conclusion d'accords internationaux non écrits en droit des gens et en droit suisse. Compétence pour conclure de tels accords et force obligatoire de ceux-ci

Extrait d'une communication adressée par le DFAE à la Délégation des Commissions de gestion du Conseil National et du Conseil des Etats:

"En droit international, il est possible de conclure des accords internationaux non écrits, comme l'admet l'article 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV; RS 0.111): "Le fait que la présente Convention ne s'applique (...) (pas) aux accords internationaux qui n'ont pas été conclus par écrit, ne porte pas atteinte (...) à la valeur juridique de tels accords". Sous réserve des questions de preuve, le droit international reconnaît ainsi la validité des accords oraux.

Le droit interne reste muet quant à la conclusion d'éventuels traités internationaux non écrits. Tous les traités doivent donc respecter les procédures constitutionnelles et légales prévues, notamment celles qui fixent les compétences de conclusion. Le droit suisse n'exclut pas par principe la conclusion d'accords oraux, mais au vu des règles à respecter pour les accords dont la compétence de conclusion appartient au Parlement ou au Conseil fédéral, la conclusion d'un accord oral à ce niveau pourrait créer certaines difficultés procédurales et probatoires. Il semble en revanche plausible qu'un département ou un office, agissant par exemple par son chef, puisse conclure un accord par oral (sic) lorsque la compétence de conclure est déléguée à ce niveau par la loi.

...

Il sied de préciser que, selon le droit international, si la Suisse devait avoir exprimé son consentement à être liée, elle ne pourrait probablement pas invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité (article 27 CV), fût-il oral. En général, un Etat ne peut pas se délier de ses obligations internationales en faisant valoir une violation de dispositions internes concernant la compétence pour conclure, sauf si cette violation est manifeste pour les autres Etats et touche une règle fondamentale de droit interne (article 46 CV)."

Communication du DFAE aux Commissions de gestion du Conseil National et du Conseil des Etats, du 6 avril 2006. Document inédit.

1.4 Traités et autres ententes internationales: compétence pour conclure (Assemblée fédérale ou Conseil fédéral; unités subordonnées); compétence pour les dénoncer (Conseil fédéral; unités subordonnées). Responsabilité internationale pour inexécution d'obligations conventionnelles. Actes internationaux non régis par le droit des gens

Le lecteur trouvera ci-après le texte intégral d'une étude relative aux sujets indiqués ci-dessus, adressée à tous les offices de l'administration fédérale par la DDIP et l'Office fédéral de la justice:

"A. Introduction

Les besoins grandissants de collaboration internationale à l'échelon des administrations publiques ont mis en évidence la nécessité, pour ces unités, de régler directement entre elles et par écrit des questions internationales spécifiques. La présente communication a pour but de déterminer la mesure et les conditions dans lesquelles ces unités administratives sont compétentes pour agir en la matière.

Un *traité international* est un accord international conclu par écrit entre deux ou plusieurs sujets du droit international public, par lequel ceux-ci expriment leur volonté concordante d'assumer des obligations régies par le droit international ou de renoncer à des droits.² En revanche, un *instrument non contraignant* repose sur une déclaration d'intention politique commune des Parties, lesquelles n'entendent pas se lier sur le plan juridique. Par souci de clarté, la présente

² Cf. article 2, chiffre premier, lettre a, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111).

communication utilise dans la mesure du possible le terme *traité* pour tout acte contraignant, l'expression *instrument non contraignant* pour leur contraire et le terme *acte* comme vocable générique.

Pour déterminer la compétence de conclusion de tout acte international, le droit international public renvoie au droit interne des Etats.³ Chaque Etat dispose ainsi de ses propres règles. En Suisse, l'analyse de la compétence pour conclure un acte international s'effectue *in concreto* selon les règles constitutionnelles et légales suisses, quel que soit le niveau de compétence retenu par une autre Partie contractante.

Il sied de préciser d'abord la distinction entre les traités internationaux et les instruments non contraignants (B). Lors de l'examen de la législation et de la pratique qui ont cours en Suisse en matière de compétence de conclusion, il s'impose de suivre cette distinction entre les traités internationaux (C) et les instruments qui n'ont aucune force contraignante (D). Enfin seront abordés la question spécifique des conventions entre administrations (E), celle de la compétence de dénonciation (F) et quelques cas particuliers (G).

B. Distinction entre traités internationaux et instruments non contraignants

1. Dénomination

L'intitulé d'un acte international⁴ n'est pas décisif,⁵ bien qu'il puisse constituer un élément d'interprétation de l'intention des Parties.⁶ Il importe en revanche de savoir si les Parties entendaient conférer à leur entente un caractère juridiquement contraignant ou non,⁷ ce qui ressort du texte de l'acte.

2. Détermination du caractère contraignant ou non

En principe, un mémorandum d'entente (*memorandum of understanding*, *MoU*), contrairement à un traité international, n'est pas source de droits et d'obligations, mais se borne à refléter la volonté politique de deux Etats de formaliser ou de renforcer leur collaboration dans certains domaines particuliers.⁸ Il convient en principe, pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, de ne pas intituler *MoU* un authentique traité.

Il ne suffit toutefois pas qu'un acte signé par deux Etats soit formellement intitulé *MoU* pour avoir une nature non contraignante. Encore faut-il que le texte soit rédigé en des termes suffisamment généraux qui n'expriment pas d'engagement juridique. Il s'agit d'adopter ainsi des termes comme "*souhaite*" ou "*peut*" plutôt que "*s'engage à*" ou "*doit*".⁹ Il est même fréquent de prévoir une disposition spécifique dans le texte d'un tel acte qui précise que celui-ci ne crée aucune obligation juridiquement contraignante pour les Parties. Il importe cependant d'éviter qu'une telle clause excluant la volonté des Parties de créer des droits et des obligations ne soit contredite dans le même acte par des formulations contraignantes.

En résumé, en présence d'un acte international, il faut d'abord répondre à la question de savoir s'il contient des obligations qui engagent juridiquement la Confédération.

C. Traités internationaux

1. Compétence de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral¹⁰

Aux termes de l'article 166, alinéa 2, de la Constitution fédérale (...), il appartient à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international.¹¹ La compétence propre de l'exécutif est en effet prévue dans de nombreuses lois spéciales ainsi que dans la LOGA, dont l'article 7a rappelle que le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux de portée mineure¹² ou lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale.

³ PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, pp. 145 et s.

⁴ Par exemple, traité, convention, accord, arrangement, échange de lettres ou de notes, pacte, charte, statut, concordat, acte, déclaration, protocole, *modus vivendi*, avenant, règlement, déclaration d'intention, recommandation, résolution, décision, note verbale, lettre diplomatique, aide-mémoire, mémorandum d'entente, procès-verbal, communiqué.

⁵ Article 2, chiffre premier, lettre a, *in fine*, CV.

⁶ Les dénominations citées sous note 4, non exhaustives, sont classées dans un ordre qui peut être retenu, à titre indicatif, comme hiérarchique décroissant, sous l'angle de l'importance des actes et de leur portée juridique.

⁷ (Initiative parlementaire. Loi sur les rapports entre les Conseils. Adaptation à la nouvelle Constitution. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil National, FF 1999 IV 4471) FF 1999 IV 4492, *ad* article 47^{bis}, alinéa 3, de l'ancienne loi sur les rapports entre les conseils, actuellement article 7a, alinéa 2, de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010); ANTOINE FAVRE, *Principes du droit des gens*, Fribourg 1974, pp. 201 et s.

⁸ Pour un développement, *cf.* par exemple ANTHONY AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2000, pp. 17 et s. et 26 et ss; DOMINIQUE CARREAU, *Droit international*, 7^e éd., Paris 2001, pp. 202 et ss.

⁹ Pour des suggestions de formulation en anglais, *cf.* AUST, cité note 8, pp. 27, 37 et ss, et 404.

¹⁰ La présente communication contient un bref résumé; pour un exposé complet des procédures ordinaire et simplifiée, *cf.* "Conclusion des traités internationaux. Délimitation entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée", in: JAAC 1987, fasc. 51/(IV), n° 58, pp. 386 et ss (*Pratique suisse* 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178); PASCAL MAHON, in: *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, n° 9, *ad* article 184, p. 1394; VALENTIN ZELLWEGER, *Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts*, in: *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Berne 2001, pp. 251 et ss; JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., Berne 2001, pp. 109 et ss; ROBERT BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zurich 2002, pp. 368 et ss.

¹¹ *Cf.* aussi articles 7a LOGA et 24, alinéa 2, de la Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl; RS 171.10).

¹² Aux termes de l'article 7a, alinéa 2, LOGA, sont considérés comme traités de portée mineure notamment les traités qui ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants (a), servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale (b), portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où

2. Compétence des unités administratives subordonnées

Le Parlement peut déléguer la compétence de conclure des traités internationaux non seulement au Conseil fédéral, mais aussi directement aux unités administratives subordonnées. Le Conseil fédéral quant à lui peut subdéléguer à un département la compétence de conclure un traité (article 48a, alinéa premier, première phrase, LOGA). Une norme générale et abstraite prévue dans une ordonnance ou une autorisation individuelle ou collective concrète sous la forme d'un arrêté du Conseil fédéral est nécessaire à cet effet. Le Conseil fédéral peut aussi déléguer sa compétence à un groupement ou à un office s'il s'agit de traités de portée mineure (article 48a, alinéa premier, 2^e phrase, LOGA) ou si une autre base légale expresse existe à cet effet.¹³ L'article 48a, alinéa premier, LOGA constitue la base légale formelle de portée générale habilitant le Conseil fédéral à déléguer la compétence de conclure des traités à un département, voire à un groupement ou à un office lorsqu'il s'agit de traités de portée mineure.¹⁴

La capacité de conclure n'est d'ordinaire pas reconnue à l'unité administrative dont la mission générale comprend l'objet de l'acte (pas de pouvoirs implicites). Il serait dès lors faux d'autoriser par principe un département, un groupement ou un office à conclure un traité international dans un domaine dans lequel il a la compétence matérielle, en vertu par exemple des ordonnances d'organisation des départements fédéraux (cf. RS 172.110 à 172.217). En application de l'article 184, alinéa premier, Cst., qui charge le Conseil fédéral des affaires étrangères, il doit en effet demeurer du ressort de l'exécutif de décider, sur la base d'une appréciation globale de la situation des relations internationales, quand, avec qui et sur quel sujet il estime opportun de conclure un traité. Dans la mesure où la législation délègue des tâches à des unités administratives en matière de traités internationaux, il ne peut s'agir que des tâches de préparation, voire d'exécution, sauf disposition expresse prévoyant la compétence de conclusion proprement dite.¹⁵ En outre, vouloir considérer qu'un département, un groupement ou un office dispose d'une compétence générale de conclure des traités internationaux dans les domaines où la compétence matérielle lui appartient reviendrait à autoriser un contournement systématique des règles constitutionnelles et légales, tant il est vrai qu'il existe toujours une unité administrative, serait-ce par défaut, qui dispose de la compétence matérielle dans un domaine donné.

3. Responsabilité internationale

Seul un sujet du droit international public a la capacité requise pour conclure un traité international et devenir ainsi titulaire de droits et d'obligations internationales. L'Etat est le sujet qui, par excellence, possède la capacité de conclure un traité.¹⁶

La négation des pouvoirs implicites en droit interne mérite une attention particulière, car, en droit international, une unité administrative qui agit est présumée compétente: lorsqu'une entité décentralisée ou administrative subordonnée conclut un traité, la responsabilité internationale de l'Etat dont cette entité dépend est engagée pour les obligations endossées, sauf si celle-ci a excédé, de manière manifeste ou reconnaissable pour l'autre Partie, les compétences qui lui sont reconnues en droit interne.¹⁷

Lorsqu'il s'agit d'attribuer à un Etat un éventuel fait internationalement illicite, aucune distinction n'est établie entre les autorités centrales et décentralisées.¹⁸ "There is no difference in international law between a treaty concluded on behalf of states and one concluded on behalf of governments or their ministries (for this purpose the term includes other agencies of the state, but generally not public bodies which have legal personality separate from that of the state¹⁹ since a treaty entered into force by a government or ministry binds the state, and changes of government will not affect its binding force".²⁰ ²¹ Ainsi une unité administrative ne peut-elle se voir imputer à elle-même des droits et des obligations internationales, même si ceux-ci entrent dans son domaine d'action habituel.

l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international (c), s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes (d).

¹³ Cf. FF 1999 IV 4492 et s., avec deux exemples relativement récents de subdélégations légales; cf. aussi JAAC 1987, fasc. 51(IV), n° 58, pp. 400 et s.; ZELLWEGER, cité note 10, pp. 401 et s.; BAUMANN, cité note 10, p. 376.

¹⁴ Un avis doctrinal isolé (ZELLWEGER, cité note 10, pp. 402 et ss) admet à certaines conditions une compétence exclusive des unités administratives subordonnées, sans délégation légale, pour la conclusion d'actes internationaux qui régissent des liens juridiques individuels et concrets. Cet auteur procède à une actualisation de la distinction, fameuse en droit international, entre les "traités-lois" ("rechtsetzende Verträge") qui contiennent des normes générales et abstraites et les "traités-contrats" ("rechtsgeschäftliche Verträge") qui règlent des rapports juridiques individuels et concrets (cf. par exemple FAVRE, cité note 7, pp. 202 et ss; PAUL GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, t. I, Genève 1967, p. 93). Dans cette hypothèse, un département, un groupement ou un office se verrait confier la compétence de conclure des "traités-contrats" sans qu'une délégation expresse ne soit nécessaire, par exemple pour la construction d'installations transfrontalières (routes, chemins de fer, hôpitaux, écoles ou stations d'épuration), pour des projets concrets en matière de coopération au développement, pour la participation de militaires suisses à des exercices à l'étranger ou pour l'achat d'un immeuble pour une ambassade. Cette opinion correspond à un élargissement notable de la pratique et ne peut pas être suivie. C'est en effet toujours la responsabilité internationale de l'Etat lui-même qui est engagée par de tels traités; nécessite s'ensuit de respecter les compétences légales.

¹⁵ Cf. cependant E.2 ci-dessous.

¹⁶ AUST, cité note 8, pp. 47 et ss; PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, Genève 1985, pp. 65 et ss.

¹⁷ Articles 27 et 46 CV; cf. par exemple DAILLIER/PELLET, cité note 3, pp. 190 et s.; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/TORSTEN STEIN, *Völkerrecht*, 10^e éd., Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2000, n°s 244 et ss; pour une analyse historique et plus complète, cf. LUZIUS WILDHABER, *Treaty-Making Power and Constitution*, Bâle/Stuttgart 1971, pp. 146 et ss.

¹⁸ DAILLIER/PELLET, cité note 3, pp. 128 et 773 et s.; cf. aussi FAVRE, cité note 7, pp. 212 et 651 et ss; GENEVIÈVE BURDEAU, *Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents*, in: *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris 1981, pp. 103 et ss, 116 et s., et 125 et s.

¹⁹ Cf. G.2 ci-dessous.

²⁰ AUST, cité note 8, p. 48.

²¹ (Traduction) "En droit international il n'y a pas de différence entre un traité conclu pour le compte d'Etats ou pour celui de gouvernements ou leurs ministères (et, sur ce point, l'expression comprend d'autres agences de l'Etat, mais non pas, en général, les entités publiques dotées d'une personnalité juridique différente de celle de l'Etat), car un traité mis en vigueur par un gouvernement ou un ministère engage l'Etat, et des changements de gouvernement n'en affectent pas la force contraignante."

En *résumé*, la compétence pour approuver un traité international appartient en principe à l'Assemblée fédérale. Celle-ci peut déléguer, dans une base légale formelle, la compétence de conclure un traité international au Conseil fédéral, à un département, voire à un groupement ou un office pour des traités de portée mineure.

D. Instruments non contraignants

1. Compétence de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral

La compétence pour conclure des instruments internationaux qui ne contiennent pas d'obligations juridiques n'est pas expressément réglée par le droit suisse. Conformément à la pratique, le principe de base est celui de la compétence du Conseil fédéral, en vertu de la responsabilité de celui-ci pour la conduite des relations de la Suisse avec l'étranger. C'est en effet le Conseil fédéral qui, selon l'article 184, alinéa premier, Cst., est responsable des affaires étrangères ainsi que de la représentation de la Suisse à l'étranger, sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale, l'information et la consultation des Commissions de politique extérieure restant intactes.²²

2. Compétence des unités subordonnées

Le principe de la compétence du Conseil fédéral de conclure des instruments non contraignants doit toutefois être précisé. En effet, lorsque la compétence de conclure des traités internationaux dans un domaine particulier est déléguée par une base légale formelle²³ à un département, un groupement ou un office, cette unité administrative dispose aussi de la compétence de conclure des instruments non contraignants en ce domaine.

En l'absence d'une telle base légale, un département, un groupement ou un office ne peut pas, de manière générale, conclure des instruments internationaux non contraignants. Cela vaut même dans les domaines dans lesquels ces entités disposent de la compétence matérielle en vertu par exemple des ordonnances d'organisation.²⁴ Toutefois, de tels instruments non contraignants peuvent être conclus au niveau des départements s'ils n'ont qu'une importance très limitée en matière de conduite de la politique étrangère - celle-ci étant réservée au Conseil fédéral. Pour juger de cette importance, il est possible de s'inspirer partiellement des critères de l'article 7a, alinéa 2, lettre d, LOGA.²⁵ Ceux-ci ne constituent que des suggestions et ne sont pas décisifs. Les départements peuvent donc, sans qu'une délégation expresse ne soit indispensable, conclure de tels instruments non contraignants de leur propre compétence s'il s'agit d'instruments internationaux à caractère purement opérationnel, qui s'adressent en premier lieu aux autorités ou qui règlent des questions administratives ou techniques, comme des échanges d'information non protégées de peu d'importance ou des visites réciproques, de nature facultative. En cas de doute, il convient de solliciter l'approbation du Conseil fédéral.

En revanche, la compétence de conclure de tels instruments non contraignants, fussent-ils de peu d'importance, ne peut appartenir aux seuls groupements ou offices, sauf si une base légale formelle attribue à cette entité la compétence de conclure aussi des traités internationaux dans le domaine visé. Hormis cette exception, la compétence demeure au minimum au niveau du département et de son chef, l'aspect politique de l'engagement pris par la Suisse étant ainsi assumé et contrôlé au niveau adéquat.

En *résumé*, le Conseil fédéral est compétent pour conclure des instruments internationaux non contraignants. Un département peut l'être pour des instruments dont l'importance est très limitée pour la politique étrangère de la Suisse. Un groupement ou un office ne l'est que s'il dispose d'une délégation de compétence pour conclure également des traités en ce domaine.

E. Conventions entre administrations

1. Définition

Une entente écrite conclue entre deux ou plusieurs Etats prend en principe soit la forme d'un traité international soit celle d'un instrument non contraignant. La "convention entre administrations" (*Verwaltungsvereinbarung*, *Verwaltungsabkommen*) constituerait-elle une troisième catégorie?

Le droit international ne donne pas de définition précise de la convention entre administrations. Le droit positif suisse non plus, contrairement à celui d'autres Etats,²⁶ ne connaît pas ce terme.²⁷ En pratique cependant, le terme "convention

²² Cf. article 152 LParl; ZELLWEGER, cité note 10, pp. 378 et ss; FF 1999 IV 4492; JAAC 1987, fasc. 51/(IV), n° 58, pp. 391 et ss.

²³ Cette base légale peut être générale (cf. article 48a, alinéa premier, LOGA) ou spéciale (cf. par exemple article 25b, alinéas 2 et 3, de la Loi (fédérale) du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20) ou article 3b de la Loi (fédérale) du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0).

²⁴ Cf. C.2 ci-dessus.

²⁵ "Sont considérés comme traités de portée mineure notamment les traités qui s'adressent en premier lieu aux autorités ou qui règlent des questions administratives ou techniques ...".

²⁶ La procédure interne de certains Etats peut autoriser la conclusion en une forme simplifiée de conventions entre administrations, par exemple sans qu'une approbation des organes législatif ou exécutif suprêmes ni une délégation expresse de la compétence de conclure ne soient exigées. Pour des exemples, cf. PAUL-F. SMETS, *La conclusion des accords en forme simplifiée*, Bruxelles 1969, pp. 101 et ss; pour l'Allemagne et l'Autriche, cf. aussi SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, cité note 17, n°s 222 et ss; pour d'autres éléments de droit comparé, cf. WILDHABER, cité note 17, pp. 106 et ss.

²⁷ Plusieurs avis de droit (...) ont néanmoins analysé la question: avis de la DDIP du DFAE du 7 octobre 1992 relatif à la réforme de la Conférence européenne des administrations des PTT (publié dans *Pratique suisse* 1992, n° 1.1, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 670); avis de la Section de droit international du Département politique fédéral de décembre 1980 sur la compétence de conclure des conventions entre administrations en Suisse; avis de la Division de la justice du Département fédéral de justice et police, du 9 mars 1978, sur la participation de la Suisse au programme de recherche de l'EURATOM (Communauté européenne de l'énergie atomique) relatif à la fusion thermonucléaire contrôlée; avis de droit de la Division de la justice du Département fédéral de justice et police, du 8 juillet 1977, relatif à la compétence pour approuver le contrat d'opération et de bail conclu entre les Chemins de fer fédéraux et la SNCF (Société nationale des Chemins de fer

administrative" (*Verwaltungsvereinbarung*) est parfois utilisé pour désigner certains accords des cantons, entre eux ou avec la Confédération, portant sur des prestations concrètes, par opposition à la convention législative (*rechtsetzende Vereinbarung*) qui pose des règles générales et abstraites.²⁸

De manière générale, toute collaboration internationale convenue par écrit, si elle n'est pas clairement contenue dans un instrument non contraignant, implique un certain degré d'engagement, serait-ce uniquement le fait de communiquer ou de se rencontrer. Une telle convention constitue ainsi un traité international, source de droits et d'obligations. Soumis au droit international public, un traité engage les sujets du droit international qui en répondent. Les obligations endossées par toute entité étatique sont, en droit international, imputées à l'Etat lui-même et non pas à l'unité administrative puisque celle-ci n'est pas sujet du droit international.²⁹

Il n'y a donc pas lieu de faire une différence entre une convention entre administrations et un traité international sous l'angle matériel des effets juridiques de ces actes. C'est pourquoi il importe d'éviter le recours à la dénomination "convention" entre administrations dans le titre d'instruments internationaux.³⁰

2. Droit et pratique suisse

A l'exception des clauses de délégation spécifiques contenues dans des lois spéciales, le droit suisse ne contient pas de norme particulière qui habiliterait les départements, les groupements ou les offices à conclure des conventions entre administrations. Il faut dès lors partir du principe que, pour conclure de telles ententes, constitutives de traités internationaux au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV; RS 0.111),³¹ il faut respecter les règles constitutionnelles et légales de compétence. Il s'agit en principe de conditions de validité au plan interne³² des actes en cause, ni plus ni moins.³³

En Suisse, il était retenu par le passé que l'obligation d'accomplir certaines formalités administratives ne constituait pas une obligation internationale au sens où ce terme est entendu pour l'interprétation des engagements pris dans un traité international et que seules des obligations internationales de droit matériel devaient être prises en considération à cet égard. Ainsi, selon un avis de droit de 1961 du Département politique fédéral,³⁴ l'obligation d'utiliser des types déterminés de formules officielles et même le devoir de communiquer à une autorité étrangère des renseignements de fait ne constituaient pas de vraies obligations matérielles en ce sens.

Aujourd'hui, une telle affirmation ne saurait être reprise telle quelle. Des dispositions légales expresses en matière de compétence de conclusion ont en effet été édictées entre-temps. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le 1^{er} janvier 2000, le Conseil fédéral doit se fonder sur une base légale pour conclure les traités qu'il pouvait auparavant approuver de son propre chef en se prévalant de la pratique constitutionnelle.³⁵ Ceci vaut à plus fortes raisons pour les unités administratives subordonnées.

Ainsi, si elle ne dispose pas d'une délégation de compétence conforme aux critères de l'article 48a, alinéa premier, LOGA, une telle entité ne peut en principe pas conclure seule un acte international, même si cet acte est dénommé convention entre administrations, même s'il est d'une importance marginale et même si l'administration étrangère peut quant à elle le conclure seule.

Cette exigence de base légale doit toutefois être précisée. Certains départements, groupements ou offices disposent en effet, par exemple aux termes des ordonnances d'organisation des départements ou de lois spéciales, de la compétence générale pour entretenir des relations internationales dans leurs domaines.³⁶ Cette compétence n'inclut en principe pas la capacité de conclure des traités internationaux.³⁷ Toutefois, un accord qui se limiterait à un règlement de formalités purement administratives ou organisationnelles, comme l'engagement de maintenir des contacts ou de

français) pour la gare de Bâle (s'agit-il de l'avis publié dans JAAC 1978, fasc. 42/III, n° 77, et, par la suite, dans *Pratique suisse* 1978, n° 1.3, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 123?).

²⁸ Cf. WILLY BORTER, *Demokratiegebot und interkantonaes Vertragsrecht: Konkordate, Verwaltungsabkommen, Absprachen*, Fribourg 1976, pp. 140 et ss. Dans un arrêt non publié du 7 mars 1988, le Tribunal fédéral avait nommé "accord administratif" ("Verwaltungsabkommen") ne contenant pas de règles de droit" une convention entre la Suisse et l'Allemagne à propos de l'aéroport de Zurich. Dans un arrêt de 1998 (ATF 124 II 293, c. 4b, bb), il semble toutefois avoir abandonné cette terminologie.

²⁹ Cf. C.3 ci-dessus.

³⁰ Même s'il n'est pas rare que des administrations de différents Etats souhaitent utiliser le terme de convention entre administrations pour désigner par exemple l'instrument qui formalise par écrit leur volonté de se réunir en une entité plus ou moins organisée - sans constituer une organisation internationale au sens du droit international public - dans un but de coopération ou d'échange de vues et d'informations. Lorsque les membres d'une organisation sont exclusivement des Etats, la pratique suisse préfère le terme d'organisation intergouvernementale à celui d'organisation internationale, pour mieux distinguer celle-ci de l'organisation internationale non gouvernementale (ONG). L'organisation intergouvernementale présuppose l'existence de plusieurs éléments constitutifs: fondement conventionnel (traité multilatéral de droit international public); propres organes créés par la volonté des parties (nature institutionnelle) et disposant d'une volonté propre, distincte de celle des parties (entité distincte); les membres sont des sujets de droit international public (en l'occurrence des Etats); but commun, en général durable, des parties contractantes (*affectio societatis*); personnalité juridique internationale de l'organisation, en particulier capacité de conclure des traités (cf. Annuaire de la Commission du droit international 1963 II p. 175).

³¹ Convention du 23 mai 1969.

³² Au niveau international, l'acte est en principe valide (cf. C.3 ci-dessus).

³³ Les exigences légales de la (sub-)délégation de la compétence pour conclure des traités internationaux ont été exposées sous C.2 ci-dessus.

³⁴ Aujourd'hui DFAE, in: JAAC 1961, fasc. 30, n° 13, p. 35 (*Pratique suisse* 1963, ASDI, vol. XXI, 1964, p. 140).

³⁵ FF 1999 IV 4488 et s.

³⁶ De nombreux départements, groupements ou offices régulièrement appelés à collaborer avec l'étranger disposent déjà de telles compétences en leurs domaines (cf., à titre d'exemples, l'article 2, lettre d, de l'Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur, RS 172.212.1, l'article 5, alinéa 2, lettre d, de l'Ordonnance du 14 juin 1999 sur l'organisation du Département fédéral de l'économie, RS 172.216.1 et l'article 10, alinéa 3, de l'Ordonnance du 26 novembre 2003 sur la recherche agronomique, RS 915.7). Les unités qui ne sont pas au bénéfice de telles clauses et en éprouveraient la nécessité doivent initier une modification législative dans ce sens.

³⁷ Cf. C.2 ci-dessus.

se rencontrer, peut tout de même être conclu par l'unité administrative de sa propre compétence, sur la base de la délégation légale générale dont elle dispose en son domaine. La disposition qui charge cette unité administrative des relations internationales doit en effet lui permettre également, au besoin, de formaliser cette coopération avec un partenaire étranger, dans la mesure où l'objet de l'acte reste limité à la collaboration d'usage. Une telle solution se justifie aussi par le fait que les effets matériels de droit international sont excessivement restreints dans une convention entre administrations ainsi définie. Les circonstances de conclusion démontrent d'ailleurs dans ces situations que la volonté des unités administratives ne va pas au-delà du souci de bien coopérer à leur niveau.

Lorsqu'une unité administrative dispose de cette compétence générale et qu'elle se pose la question de savoir si elle jouit de la compétence de conclure un acte précis, il faut donc examiner si les obligations endossées sont parmi celles qui, normalement et de bonne foi, sont incontournables dans toute collaboration internationale, ou si les engagements qui y sont souscrits vont au-delà de ceux qui résultent d'une simple collaboration administrative ou organisationnelle. Cette analyse, qui doit être effectuée individuellement et concrètement, est décisive pour trancher la question de la compétence de conclusion. Ainsi, le fait de s'obliger au versement d'une contribution financière dépasse la compétence des administrations, contrairement à de simples engagements à participer à des réunions ou à échanger certaines informations de fait d'importance mineure.

La finalité de l'accord constitue souvent un élément essentiel pour savoir si une telle base légale générale suffit pour qu'une administration dispose de la compétence de conclusion. Un accord qui a pour but de créer une entité particulière chargée de tâches de coordination entre les administrations de différents Etats échappe à la compétence des unités administratives, au contraire d'une entente destinée uniquement à entériner un échange ponctuel de données statistiques non protégées. En outre, les domaines dans lesquels les unités administratives peuvent se contenter d'une telle base légale générale pour conclure seules des instruments internationaux de ce type sont strictement limités aux objets qui se rattachent à la mission générale de l'entité.

La question qui se pose à ces unités est de savoir si une convention entre administrations telle que définie ici constitue l'instrument adéquat pour formaliser la collaboration désirée. Si le degré de cette collaboration souhaité est élevé - par exemple s'il s'agit d'institutionnaliser formellement cette collaboration dans la durée -, une base légale expresse pour conclure un traité sera nécessaire.

En résumé, une unité administrative a la compétence de conclure des traités non seulement si une base légale spécifique existe à cet effet, mais aussi, sur la base d'une clause qui lui délèguerait la compétence générale des relations internationales en son domaine, si les obligations souscrites se limitent à l'accomplissement de formalités purement administratives ou organisationnelles.

F. Compétence de dénonciation

De doctrine et de pratique constantes, le Conseil fédéral est compétent pour dénoncer les traités³⁸ sur la base de l'article 184, alinéa premier, Cst.³⁹ Cependant, lorsque la compétence de conclure un traité appartient à un département, un groupement ou un office, cette unité administrative dispose aussi de la compétence de dénoncer ce traité.⁴⁰

L'approbation parlementaire, voire même une soumission au référendum, ne sauraient néanmoins être exclues. Une telle procédure pour la dénonciation ne doit toutefois être envisagée que si elle est déjà prévue lors de la conclusion du traité ou, à défaut, uniquement pour des traités très importants,⁴¹ sous peine de vider partiellement de sa substance l'article 184, alinéa premier, Cst., qui charge le Conseil fédéral des affaires étrangères en général.

S'agissant d'un instrument non contraignant, l'autorité qui l'a conclu est aussi compétente pour le dénoncer.

G. Cas particuliers

1. Actes internationaux qui ne sont pas régis par le droit international

Deux Etats peuvent conclure un acte qui est soustrait au droit international public et soumis au droit interne de l'un d'eux ou d'un Etat tiers déterminé;⁴² cet acte n'est pas régi par le droit international et échappe ainsi à la définition du traité;⁴³ sa conclusion obéit à d'autres règles de compétence.

³⁸ JEAN MONNIER, *Les principes et règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*. Rapports et communications de la Société suisse des juristes 1986/2, p. 200 et les références citées.

³⁹ Cf. aussi C.2 et D.1 ci-dessus.

⁴⁰ DANIEL THÜRER/FRANZISKA ISLIKER, in: *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zurich 2002, n° 50, ad article 166, p. 1645.

⁴¹ THÜRER/ISLIKER, cité note 40, n° 51, ad article 166, pp. 1644 et s., qui citent les hypothèses d'un retrait de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention du 4 novembre 1950, RS 0.101) ou de l'Organisation mondiale du commerce. Une sortie de l'Organisation des Nations Unies appartiendrait aussi à cette catégorie.

⁴² AUST, cité note 8, pp. 24 et s.: PETER ASELMANN, *Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge*. Göttingen 1971.

⁴³ Pour trancher la question en droit international, la distinction du droit interne entre les contrats de droit privé et de droit administratif peut être utile (cf. à ce sujet MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis*, Bâle/Francfort, t. I, 6^e éd., 1986 et tome complémentaire 1990, n° 47) de même que la distinction traditionnelle du droit international entre les actes *jure imperii* et *jure gestionis* (cf. JOE VERHOEVEN, *Traités ou contrats entre Etats? Sur le conflit de loi en droit des gens*, Journal du droit international (111^e année) 1984, p. 20).

La détermination de l'ordre juridique qui régit un acte international dépend souvent de la nature même de l'acte et de son objet. Ainsi, en règle générale, un achat, un emprunt ou un bail est soumis au droit privé.⁴⁴ La question peut aussi dépendre des Parties concernées ou de la volonté de celles-ci, voire de la forme ou de la finalité de l'accord.⁴⁵

Plus difficile encore est la question de la nature juridique des actes qui régissent en même temps des questions de pur droit privé et des questions qui, par nature, relèvent essentiellement du droit international ou de la souveraineté étatique.

Si les Parties procèdent à une élection de droit, leur liberté de contracter selon le droit privé d'un Etat tiers peut être limitée par le droit interne.⁴⁶ Pour des actes qui ont une double nature, il faut en outre retenir la règle selon laquelle un acte international dont seulement certaines dispositions renvoient au droit privé n'en reste pas moins un authentique traité international.⁴⁷

Si les Etats Parties n'ont en revanche pas procédé à une élection de droit, il s'agit en principe d'un traité soumis au droit international, à tout le moins lorsque, par sa nature, l'objet de l'accord relève essentiellement de l'ordre juridique international. Si l'objet de l'acte touche avant tout au droit privé, tel un achat, un emprunt ou un bail, la question devra éventuellement être tranchée en considérant l'objet du contrat et les circonstances qui ont entouré sa conclusion.⁴⁸ Pour certains auteurs néanmoins, il est légitime de partir du principe que l'acte est soumis au droit international public, même si son contenu relève davantage du droit privé.⁴⁹ Demeure à cet égard la question de savoir si, lorsque les Etats Parties à un acte qui relève plutôt du droit privé se comportent comme l'auraient fait des contractants privés, leur accord peut encore véritablement être soumis au droit des traités.⁵⁰

Il faut ainsi retenir comme principe que seuls les actes entre Etats⁵¹ qui sont soumis dans leur ensemble au droit privé d'un Etat, qui peuvent l'être et dont l'objet, par nature, ne relève pas de la souveraineté étatique, échappent aux règles constitutionnelles et légales en matière de conclusion de traités internationaux.⁵²

2. Actes internationaux conclus par des personnes morales de droit public

Il arrive que les parties à un acte international soient des personnes morales de droit public qui ne sont pas des sujets du droit international public. Il faut alors examiner si ces entités ont la capacité et la mission d'engager l'Etat.⁵³ En voici des exemples.

En Suisse, la question se pose notamment pour les écoles polytechniques fédérales (EPF) et les laboratoires fédéraux de recherche. Le domaine des EPF est formé du Conseil des EPF, des EPF de Lausanne (EPFL) et de Zurich (EPFZ) ainsi que des quatre établissements fédéraux de recherche que sont l'Institut Paul Scherrer (IPS), l'Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage (FNP), le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux (LFEM) et l'Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux (IFAPE). Ni le Conseil des EPF ni le domaine des EPF n'ont la personnalité juridique, mais l'EPFZ et l'EPFL sont des établissements autonomes de droit public de la Confédération qui en jouissent (article 5, alinéa premier, de la Loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales (loi sur les EPF; RS 414.110)). Il en va de même des quatre établissements précités, afin qu'ils puissent entretenir des rapports indépendants avec des tiers dans l'accomplissement de leurs tâches opérationnelles.⁵⁴ Ils répondent donc eux-mêmes des engagements qu'ils prennent par des contrats. Ils sont alors tenus d'affirmer clairement qu'ils agissent pour leur propre compte et non pas au nom de la Confédération. Lorsqu'ils traitent en revanche de questions qui touchent à la souveraineté de l'Etat, et non pas aux tâches opérationnelles, notamment par la conclusion de traités internationaux, ils doivent être considérés comme des unités administratives rattachées au Département fédéral de l'intérieur (article 4, alinéa premier, de la loi sur les EPF). La loi sur les EPF précise que celles-ci et les établissements de recherche peuvent de leur propre compétence conclure des conventions de droit public ou de droit privé pour collaborer avec d'autres institutions de formation et de recherche en Suisse ou à l'étranger (article 3, alinéa premier et 2), mais que c'est le Conseil fédéral qui, dans le cadre de la loi et dans les limites des crédits alloués, conclut des conventions internationales (article 39, alinéa 3).

D'une nature juridique identique, la Poste Suisse (Poste) est aussi un établissement autonome de droit public de la Confédération. Elle est dotée d'une personnalité juridique propre et rattachée administrativement au Département

⁴⁴ BAUMANN, cité note 10, p. 40. La question est néanmoins contestée, un accord entre Etats ne relevant pas exclusivement du droit privé tant il est vrai qu'il sert à l'accomplissement de tâches étatiques; cf. HERSCH LAUTERPACHT, *Law of Treaties, Report to the International Law Commission*, Nations Unies, document A/CN.4/63, p. 33.

⁴⁵ ASELMANN, cité note 42, pp. 82 et ss; VERHOEVEN, cité note 43, pp. 5 et ss.

⁴⁶ Pour REUTER, cité note 16, p. 37, il y a aussi des règles de droit international qui empêcheraient de contracter selon un droit étranger, quand par nature l'objet de l'accord relève essentiellement du droit international; cf. IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, cité note 43, n° 47. Il est notamment interdit de chercher à contourner l'un ou l'autre ordre juridique par une élection de droit ainsi que de soumettre à un ordre juridique étranger, sans un strict respect des procédures constitutionnelles, des prérogatives de puissance publique.

⁴⁷ AUST, cité note 8, p. 25: "The fact that some of the provisions of a treaty refer to domestic law will not alter the status of the treaty." (Traduction) "Le fait que quelques dispositions d'un traité font référence au droit interne n'en affectent pas le caractère."

⁴⁸ REUTER, cité note 16, p. 37.

⁴⁹ ASELMANN, cité note 42, pp. 246 et s.

⁵⁰ DAILLIER/PELLET, cité note 3, p. 118 et les références.

⁵¹ La présente communication aborde uniquement la question des contrats entre Etats, à l'exception des "contrats d'Etats", c'est-à-dire des accords dont l'une seule des Parties est un Etat, l'autre étant un particulier ou une entité privée; à ce sujet, cf. par exemple CHARLES LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, Recueil des cours de l'Académie de droit international (de La Haye), t. 302, 2003, pp. 197 et ss; DAILLIER/PELLET, cité note 3, pp. 1095 et ss; CARREAU, cité note 8, pp. 179 et ss.

⁵² ASELMANN, cité note 42, pp. 172 et ss.

⁵³ REUTER, cité note 16, p. 36; CARREAU, cité note 8, pp. 177 et s.

⁵⁴ Message du Conseil fédéral du 27 février 2002 concernant la révision partielle de la loi sur les EPF (Ecoles polytechniques fédérales), FF 2002, pp. 3251, 3253.

fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. La loi précise que les traités internationaux sur la Poste sont conclus par le Conseil fédéral, mais que les accords avec les administrations postales et les fournisseurs de services postaux et de services de paiement d'autres pays sont conclus par la Poste (article 2, alinéa premier, et article 18 de la Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste, RS 783.1; cf. aussi article 8, alinéa premier, de la Constitution du 10 juillet 1964 de l'Union postale universelle, RS 0.783.51).

Les Chemins de fer fédéraux (CFF) sont quant à eux une société anonyme (SA) de droit public. La Confédération est actionnaire de la SA CFF et doit toujours détenir la majorité des voix et des actions (article 2, alinéa premier, et article 7 de la Loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux, LCFF; RS 742.31). En présence d'une société anonyme, qui n'est pas sujet du droit international public par elle-même, la question de la compétence pour conclure des traités ne se pose pas dans les mêmes termes. La question de l'imputabilité à l'Etat des actes d'une entreprise nationale de chemins de fer peut néanmoins s'avérer complexe; il faut tenir compte d'abord de l'étendue du pouvoir de représentation accordé à l'entreprise par l'Etat et de la nature étatique ou privée des obligations endossées, mais aussi de la législation de l'Etat sur l'entreprise en question (actionnariat, octroi de concessions, prestations de service public requises par l'Etat, etc.).⁵⁵

La question peut se poser pour d'autres entités encore,⁵⁶ comme les universités ou la Banque nationale suisse. Il faut alors se référer notamment aux lois particulières.⁵⁷ La question devrait être plus facile à résoudre en présence de personnes morales de droit privé qui accomplissent des tâches publiques, car la procuration interne et externe pour la conclusion d'un acte international doit alors être clairement donnée.

En *résumé*, la compétence de conclure des actes internationaux qui ne sont pas régis par le droit international ou qui lient des personnes morales de droit public peut, selon les circonstances, obéir à d'autres règles que celles qui ont cours pour la conclusion de traités internationaux.

Communication de la DDIP et de l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police, du 14 juin 2006 (auteur: CLAUDE SCHENKER, Chef suppléant de la Section des traités internationaux, DDIP)." JAAC 2006, fasc. 70/IV, n° 69.

1.5 Capacité et compétence des cantons suisses de conclure des traités internationaux. Responsabilité de la Suisse du fait de l'inexécution de traités conclus par les cantons

Le passage qui suit est tiré d'un avis de droit adressé par la DDIP au Secrétariat d'Etat pour l'économie.

(Traduction)

"Les compétences des cantons avaient été fixées par les *articles 9 et 10* de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (ancCst.⁵⁸, d'après lesquels le Conseil fédéral devait approuver les traités internationaux des cantons. A présent la matière est réglée aux *articles 55 et 56* de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (...). Les cantons peuvent, comme par le passé, conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence (article 56, alinéa premier, Cst.). Ces traités ne doivent être contrairement ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons (article 56, alinéa 2, première phrase, Cst.). Ils ne sont plus, en revanche, assujettis à l'approbation du Conseil fédéral. Cependant, les cantons sont tenus d'informer la Confédération avant de conclure un traité (article 56, alinéa 2, deuxième phrase, Cst.). Demeure inchangé le principe suivant lequel les cantons ne peuvent traiter directement qu'avec les autorités étrangères de rang inférieur, cette règle valant aussi, implicitement, pour la conclusion de traités. Dans les autres cas - c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'autorités centrales ou fédérales (étrangères) -, les relations des cantons avec l'étranger ont lieu par l'intermédiaire de la Confédération (article 56, alinéa 3, Cst.). Des accords de ce type sont conclus par le Conseil fédéral agissant au nom des cantons, qui sont Parties contractantes. Ils ont également la qualité de traités conclus par les cantons avec l'étranger; partant, ils doivent être approuvés par le Conseil fédéral, mais non par l'Assemblée fédérale. Ils sont du reste publiés par les cantons et non par la Confédération. Sur le plan international, c'est toutefois la Suisse qui répond de leur exécution vis-à-vis des Parties contractantes étrangères, bien que les droits et obligations découlant de ces traités et, partant, leur mise en œuvre soient principalement du ressort des cantons."

Avis de droit de la DDIP du 22 août 2006, adressé au Secrétariat d'Etat pour l'économie du Département fédéral de l'économie. JAAC 2006, fasc. 70/III, n° 47.

1.6 Interprétation des traités internationaux: règles conventionnelles et coutumières

⁵⁵ Voir la LCFF (Loi fédérale sur les Chemins de fer fédéraux); au surplus, le Conseil fédéral peut conclure avec d'autres Etats des accords qui prévoient d'octroyer l'accès au réseau à des entreprises étrangères (article 9, alinéa 4, de la Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer, LCdF; RS 742.101). En tant qu'actionnaire de la SA CFF, le Conseil fédéral reconnaît néanmoins que la SA peut participer à des programmes au moyen d'accords de coopération en Suisse et à l'étranger (Objectifs stratégiques du Conseil fédéral pour la SA CFF, 2003-2006, p. 5).

⁵⁶ A titre indicatif, une liste d'organes fédéraux (notamment les unités administratives de l'administration fédérale, centrale et décentralisée), ainsi que des établissements fédéraux autonomes et des institutions fédérales similaires, est publiée dans les annexes de l'Ordonnance du 8 septembre 1999 relative à la Loi fédérale sur l'archivage (RS 152.11, cf. aussi l'article 2 de l'ordonnance en lien avec l'article premier de la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage, RS 152.1).

⁵⁷ Article 22 de la Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur l'aide aux universités et la coopération dans le domaine des hautes écoles (RS 414.20); article premier de la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (RS 951.11).

⁵⁸ Voir le site de l'Office fédéral de justice (du Département fédéral de justice et police), sous: www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf (dernière visite: 29 mars 2006 [lien plus actif]).

Le passage ci-après reproduit concerne l'interprétation de l'Accord de promotion et de protection des investissements conclu le 29 avril 1991 entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie. En 2001, se fondant sur cet accord, X. initia une procédure arbitrale contre la République tchèque. Cette procédure aboutit à une sentence arbitrale partielle rendue à Genève en 2006. Par un recours de droit public au Tribunal fédéral, la République tchèque attaqua la sentence en faisant valoir que le tribunal arbitral avait dépassé la compétence qui lui revenait aux termes de l'accord entre les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie. Dans son arrêt écartant le recours, le Tribunal fédéral se prononça notamment sur l'interprétation des traités.

(Traduction)

"L'interprétation des traités est régie par les dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111). Cette convention est entrée en vigueur pour la République tchèque le 1^{er} janvier 1993, donc postérieurement à l'Accord de protection des investissements ici en cause, qui fut conclu en 1991; cela signifie (article 4) que la CV ne saurait s'appliquer directement à l'accord. Cela n'empêche pas, cependant, que l'interprétation de l'accord s'effectue à la lumière des principes généraux énoncés aux articles 31 et suivants de la CV, ce d'autant plus que ces articles codifient pour l'essentiel le droit international coutumier et correspondent à la pratique du Tribunal fédéral (ATF 122 II 234, c. 4c⁵⁹ et les références citées). D'après l'article 31, paragraphe premier, de la CV, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes vus dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral en cette matière, l'interprétation d'un traité doit partir de son texte, tel qu'il a pu être compris de bonne foi par les Parties contractantes compte tenu du but du traité. Si l'interprétation ainsi donnée au texte, telle qu'elle ressort de son sens ordinaire, ainsi que de l'objet et du but du traité, n'est pas manifestement absurde, une interprétation allant au-delà du texte - extensive ou restrictive - n'entre en considération que si le contexte ou la genèse du traité permettent de conclure de façon certaine que l'intention des Etats contractants s'écarte du texte (ATF 127 III 461, c. 3⁶⁰; ATF 125 V 503, c. 4b; 124 III 382, c. 6c, p. 394; tous ces arrêts comportent des références)."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 7 septembre 2006, dans la cause *République tchèque c. X.* (c. 5.4.1). Arrêt non publié.

1.7 Réserves aux traités internationaux et exercice d'options ouvertes par des clauses facultatives. Règlement pacifique des différends par la Cour internationale de Justice: clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire (article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour). Entraide judiciaire internationale et souveraineté territoriale.

Le texte reproduit ci-après est un avis de droit de la DDIP portant sur la qualification à donner, en droit international public, aux déclarations faites par les Etats contractants sur la base des articles 15 et 16 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70; RS 0.274.132).

(Traduction)

"I. Réserves et clauses facultatives en droit international public

A son article 2, paragraphe premier, lettre d, la Convention de Vienne (du 23 mai 1969) sur le droit des traités (CV)⁶¹ définit la réserve comme étant "une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat".

Les règles relatives aux réserves et leurs effets juridiques sont contenues dans les articles 19 et suivants de la CV. Les réserves doivent être formulées au moment de signer, de ratifier, d'accepter ou d'approuver le traité. Elles ne sont permises que si le traité en dispose ainsi ou si elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but de celui-ci.⁶² La réserve modifie le contenu de l'obligation conventionnelle visée, entre l'Etat réservataire et les autres Parties contractantes, dans la mesure prévue par elle (principe de réciprocité).⁶³

Les réserves ont pour objet de permettre à un maximum d'Etats de devenir Parties à un traité multilatéral même si celui-ci contient quelques dispositions qui n'ont pas fait l'objet d'un consensus. Au moyen d'une réserve les Etats peuvent exclure l'applicabilité, à leur égard, d'une disposition inacceptable, en limiter le champ d'application ou en modifier le contenu.⁶⁴ La même flexibilité peut être obtenue par d'autres moyens, notamment des clauses facultatives ou des clauses offrant des options.⁶⁵ Il s'agit là de clauses conventionnelles "permettant aux Parties contractantes de choisir, au moyen de déclarations unilatérales, entre diverses possibilités d'obligations conventionnelles ou d'assumer des devoirs allant au-delà de certains engagements conventionnels généraux".⁶⁶

⁵⁹ JdT 1997 I 556.

⁶⁰ JdT 2001 I 353.

⁶¹ RS 0.111.

⁶² Article 19 de la CV.

⁶³ Article 21 de la CV.

⁶⁴ ROLF KÜHNER, *Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin 1986, p. 13 (RUDOLF BERNHARDT, KARL DOEHRING et JOCHEN A. FROWEIN (dir.), *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 91); ALFRED VERDROSS et BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 2^e éd., Berlin 1981, p. 375.

⁶⁵ Clauses ou protocoles facultatifs, choix entre plusieurs obligations, bilatéralisation. Voir VERDROSS/SIMMA, cité note 64, pp. 375 et s.

⁶⁶ KÜHNER, cité note 64, pp. 50 et s.

Ces dispositions visent à étendre au maximum le champ d'application de la convention.

La clause facultative la plus connue est l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette clause permet de reconnaître une juridiction obligatoire à la Cour. Les déclarations fondées sur des clauses facultatives n'ont pas la nature de réserves, car elles ne restreignent pas le contenu du traité ni ne le modifient; au contraire, elles concrétisent les obligations conventionnelles dans le cadre des options offertes par le traité.⁶⁷ Il découle de cette distinction qu'ici le principe de réciprocité ne s'applique pas automatiquement. La réciprocité aurait eu pour conséquence que les Etats ayant opté en faveur de la règle plus libérale forceraient leurs partenaires à en faire de même, ce qui, clairement, aurait contrevenu au sens et au but des réglementations conventionnelles multilatérales assorties de clauses facultatives.⁶⁸ Cela étant, les Parties contractantes acceptent qu'en l'absence d'indications expresses contraires, leurs obligations conventionnelles varient dans les limites des options offertes par les clauses facultatives.⁶⁹

II. La Convention de La Haye de 1970

a) Généralités

La Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70) fut conclue à La Haye le 18 mars 1970; elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1995.⁷⁰ Cet instrument multilatéral, élaboré par la Conférence de La Haye, a remplacé le titre "commissions rogatoires" (articles 8 à 16) de la Convention de La Haye relative à la procédure civile (du 1^{er} mars) 1954⁷¹ (CLaH 54).⁷² Il a pour but de développer le système existant, d'élargir les moyens autorisés d'obtention des preuves et de maintenir simultanément les réglementations nationales moins restrictives.

La CLaH 70 comprend trois chapitres: (I) Commissions rogatoires; (II) obtention des preuves par des agents diplomatiques ou consulaires et par des commissaires; et (III) dispositions générales.

(I) Le premier chapitre règle l'obtention des preuves à l'aide de commissions rogatoires écrites, adressées par les autorités judiciaires de l'Etat requérant directement à l'autorité centrale de l'Etat requis, cette dernière transmettant la demande à l'autorité nationale compétente.

(II) Tenant compte de la pratique anglo-saxonne, le deuxième chapitre accorde des droits spéciaux aux agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, ainsi qu'aux commissaires. Vu la contradiction dans laquelle il se trouve avec l'idée que se font les Etats du continent européen de la souveraineté, ce chapitre permet aux Etats contractants, plus que ne le fait le chapitre premier, d'en concrétiser le contenu au moyen de réserves et de déclarations. Ainsi un consensus a pu être réalisé autour d'un régime minimum tout en prenant en considération, simultanément, les diverses réglementations nationales.⁷³

(III) Le troisième chapitre trace notamment le cadre dans lequel les options offertes doivent être exercés. Dans ce contexte, on s'intéressera en particulier aux articles 27, lettre b, 28, lettre g, 32, 33 et 34.

b) Le régime des articles 15 et 16 de la CLaH 70

Les articles 15 et 16 ouvrent le deuxième chapitre de la CLaH 70; ils énoncent les circonstances entourant l'obtention des preuves par des agents diplomatiques ou consulaires. Alors que le premier chapitre de la CLaH 70 couvre, outre l'obtention de preuves, également l'accomplissement d'*autres actes judiciaires*,⁷⁴ le deuxième chapitre ne porte que sur l'*obtention des preuves*. Les Etats contractants peuvent toutefois autoriser des activités plus importantes, conformément à leurs droits nationaux ou leurs obligations internationales,⁷⁵ ou s'entendre sur l'application de règles moins strictes.⁷⁶ L'obtention des preuves doit être librement consentie, sauf lorsque l'Etat contractant désigne une autorité qui applique les mesures de contrainte appropriées.⁷⁷

Les articles 15 et 16 règlent l'accomplissement d'actes d'instruction par les agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger. Ils se distinguent l'un de l'autre par le fait que, dans le cadre de l'article 15, l'obtention de preuves concerne un ressortissant de l'Etat d'envoi,⁷⁸ tandis que l'article 16 porte sur l'obtention de preuves concernant un ressortissant de l'Etat hôte ou d'un Etat tiers.⁷⁹ Les deux dispositions établissent une présomption quant à la nécessité d'obtenir,

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ GEORGES A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé*, Revue critique de droit international privé, t. 58, 1969, p. 415.

⁶⁹ On dépasserait le cadre du présent avis de droit en participant au débat sur l'admissibilité et la qualification d'affirmations qui limitent la portée des déclarations faites en application de la clause facultative. Ce qu'il convient de retenir ici, c'est que la réciprocité n'intervient que dans les cas où un Etat le dit expressément.

⁷⁰ RS 0.274.132.

⁷¹ RS 0.274.12.

⁷² Article 29 de la CLaH 70.

⁷³ Ph.W. Amram, Explanatory Report, 1970, partie I A. Ce document peut être consulté au site <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp120e.pdf>.

⁷⁴ Article premier de la CLaH 70.

⁷⁵ Article 27, lettre b, respectivement article 32 de la CLaH 70.

⁷⁶ Article 28, lettre g, de la CLaH 70.

⁷⁷ Article 18 de la CLaH 70.

⁷⁸ L'article 15, alinéa premier, de la CLaH 70 dispose: "En matière civile ou commerciale, un agent diplomatique ou consulaire d'un Etat contractant peut procéder, sans contrainte, sur le territoire d'un autre Etat contractant et dans la circonscription où il exerce ses fonctions, à tout acte d'instruction *ne visant que les ressortissants d'un Etat qu'il représente* et concernant une procédure engagée devant un tribunal dudit Etat."

⁷⁹ L'article 16, alinéa premier, de la CLaH 70 a la teneur suivante: "Un agent diplomatique ou consulaire d'un Etat contractant peut en outre procéder, sans contrainte, sur le territoire d'un autre Etat contractant et dans la circonscription où il exerce ses fonctions, à tout acte

pour procéder à l'opération d'obtention de preuves, la permission des autorités de l'Etat hôte. L'article 15 part de la présomption que cette opération peut s'effectuer sans l'autorisation de l'Etat hôte, alors que l'article 16 prévoit l'exigence d'une autorisation préalable.

L'article 33 de la CLaH 70 limite l'éventail⁸⁰ des réserves; les Parties contractantes peuvent notamment, en faisant une déclaration dans ce sens lors de la signature ou ratification de la convention, ou lors de l'adhésion à celle-ci, exclure en totalité ou en partie l'application du chapitre II. Autrement dit, l'applicabilité des articles 15 et 16, qui font partie de ce chapitre, peut être entièrement réservée.

Pour éviter cette solution radicale, les alinéas 2 des articles 15 et 16 renferment une clause facultative permettant aux Etats contractants de renverser les présomptions juridiques au moyen de déclarations. D'après l'article 34, de telles déclarations peuvent être retirées ou modifiées à tout moment. Pour ce qui est de l'article 15, on peut dire que l'obtention de preuves se rapportant à un ressortissant de l'Etat requérant dépend d'une autorisation; en ce qui concerne l'article 16, on dira qu'une autorisation n'est pas nécessaire. De plus l'article 19 permet à l'autorité compétente d'assortir la permission de conditions.

Les auteurs de la convention ont conçu ce système dans l'espoir que le plus grand nombre possible d'Etats souscriraient en principe aux articles 15 et 16 et feraient usage de l'instrument - beaucoup moins restrictif - des déclarations,⁸¹ qui peuvent être faites et retirées à tout moment.⁸² En revanche, s'il est vrai que les réserves peuvent être retirées en tout temps, elles sont dans la règle assujetties au principe de réciprocité qui empêcherait, le cas échéant, l'application des articles en cause entre les Parties concernées. Il faut relever, toutefois, que l'article 33, alinéa 3, prévoit une réglementation moins stricte en matière de réciprocité que celle qui découle de l'article 21 de la CV: il renonce à prescrire une réciprocité automatique et dispose que chaque autre Etat affecté par la réserve *peut* appliquer la même règle à l'égard de l'Etat réservataire. Il s'ensuit que, dans le cadre de la CLaH 70, les réserves elles aussi s'appliquent unilatéralement en l'absence de déclaration allant en sens contraire.

III. Les déclarations de la Suisse relatives aux articles 15 et 16

a) Qualification juridique

La souveraineté, telle qu'on l'entend en Suisse, interdit l'accomplissement d'actes de puissance publique pour le compte d'Etats étrangers en territoire suisse. L'article 271, chiffre premier, du Code pénal suisse⁸³ rend punissables de tels actes accomplis sans l'accord des autorités suisses. L'obtention des preuves est un acte relevant de l'exercice de la puissance publique qui relève de l'article 271 du code pénal. En devenant Partie à la CLaH 70, il était donc essentiel pour la Suisse de faire dépendre d'une autorisation l'accomplissement d'actes d'instruction par des agents diplomatiques ou consulaires.

Le 9 juin 1994, lors du dépôt de son instrument de ratification, la Suisse a fait parvenir diverses déclarations au Ministère néerlandais des affaires étrangères, notamment à propos des articles 15 et 16: "Conformément à l'article 35, la Suisse déclare que l'obtention des preuves selon les articles 15, 16 ... est subordonnée à une autorisation préalable du Département fédéral de justice et police. La demande d'autorisation doit être adressée à l'autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction."⁸⁴

Par cette déclaration la Suisse concrétisa la portée de l'article 15 de la CLaH 70 dans le sens de la clause facultative figurant à l'alinéa 2, en renversant la présomption établie au premier alinéa de l'article 15. En ce qui concerne l'article 16, elle ne fit que confirmer la présomption suivant laquelle une autorisation préalable est toujours requise s'agissant d'actes d'instruction visant des ressortissants étrangers.

La Suisse a renoncé à exclure des parties du chapitre 2 de la CLaH 70 en formulant une réserve, comme l'article 33 de la convention lui en donnait la possibilité, d'une part pour respecter l'esprit de celle-ci, d'autre part parce que la clause facultative de l'article 15 de la CLaH 70 permet d'octroyer des autorisations ponctuelles.⁸⁵ Autre élément décisif, l'acte d'instruction ne peut en aucun cas être accompli sous l'emprise de la contrainte, et les garanties procédurales prévues aux articles 19 à 21 de la CLaH 70 doivent être respectées.⁸⁶ Ainsi la Suisse, dans sa déclaration, s'est limitée à exercer sa faculté d'option prévue à l'article 15 et n'a formulé aucune réserve.

b) Conséquences juridiques

La CLaH 70 permet aux Etats contractants de préciser le contenu des articles 15 à 16 au moyen de clauses facultatives. Les déclarations de la Suisse font que, indépendamment de la nationalité de l'individu à interroger, les agents diplomatiques et consulaires (étrangers) doivent au préalable solliciter l'autorisation de l'Office fédéral de la justice (du Département fédéral de justice et police).

d'instruction *visant les ressortissants de l'Etat de résidence ou d'un Etat tiers*, et concernant une procédure engagée devant un tribunal d'un Etat qu'il représente: a) si une autorité compétente désignée par l'Etat de résidence a donné son autorisation, soit d'une manière générale, soit pour chaque cas particulier, et b) s'il respecte les conditions que l'autorité compétente a fixées dans l'autorisation."

⁸⁰ L'article 33, alinéa premier, deuxième phrase, précise: "Aucune autre réserve ne sera admise."

⁸¹ AMRAM, cité note 73, partie II K.

⁸² Article 35, alinéa 2, lettre c, et article 34 de la CLaH 70.

⁸³ (Code pénal suisse du 21 décembre 1937) RS 311.0.

⁸⁴ Voir les déclarations faites par la Suisse à propos de la CLaH 70 (RS 0.274.132).

⁸⁵ Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 8 septembre 1993 sur la ratification de quatre instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale) (FF 1993 III 1185, 1221).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1222.

Les clauses facultatives ont pour effet que les rapports bilatéraux entre Parties à la convention sont assujettis à des règles différentes et que le principe de réciprocité ne s'applique pas de façon automatique. Les représentants suisses à l'étranger doivent ainsi procéder de différentes manières, suivant l'Etat hôte qui est en cause. Certains Etats contractants ont, par leurs déclarations, mis un terme à l'obligation d'obtenir une autorisation en général. D'autres, quoique favorables en principe à une pratique libérale en matière d'autorisations, ont assorti d'une clause explicite de réciprocité leurs déclarations au sujet des clauses facultatives figurant au chapitre II, de sorte que ces déclarations ne s'appliquent qu'à l'égard des Etats qui, eux-aussi, renoncent à demander une autorisation. Etant donné que ces Etats se conforment aux exigences minimums de la CLaH 70, ils peuvent légitimement assortir leurs déclarations de clauses de réciprocité. Il en découle que les représentations suisses à l'étranger doivent être informées de l'attitude restrictive observée par leur pays et qu'elles doivent, pour chaque acte d'instruction, s'informer du contenu de la déclaration faite par l'Etat hôte dans le cadre de la CLaH 70.

Conclusion

Des réserves au sens de l'article 2, lettre d, de la CV ne peuvent être faites à la CLaH 70 que dans la mesure prévue à l'article 33 de celle-ci. Les articles 15 et 16 peuvent être exclus en totalité ou en partie par des réserves; ils ne peuvent, en revanche, pas être complétés. Les deux articles renferment toutefois une clause facultative permettant leur concrétisation. Les déclarations faites dans l'exercice de cette option ne sont pas des réserves au sens de la CV. Les relations bilatérales entre Parties contractantes sont donc assujetties aux règles diverses qui résultent des déclarations individuelles faites par chaque Etat Partie."

Avis de droit de la DDIP du 22 mai 2006. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 1.3)

2.1 Droit international conventionnel et droit interne: incorporation; applicabilité directe

Le passage ci-après est emprunté au Message du Conseil fédéral concernant l'approbation du Protocole III additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949⁸⁷ relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel et conclu le 8 décembre 2005 (FF 2006, p. 1909).

"La Suisse fait partie des Etats de tradition moniste. En conséquence, le Protocole additionnel III fait automatiquement partie intégrante, dès son entrée en vigueur, de l'ordre juridique suisse, comme tous les autres traités internationaux. L'effet déployé par les dispositions en droit interne dépend toutefois de leur degré de précision. Une disposition peut être invoquée directement devant le juge et être appliquée directement par ce dernier si sa teneur est suffisamment claire et précise pour fonder un jugement en l'espèce. La norme en question doit en outre conférer à l'intéressé des droits et des devoirs, partant régir sa situation juridique. En revanche, une disposition de droit international public n'est pas directement applicable et donc non justiciable si elle se borne à définir un programme, à fixer de directives destinées au législateur des Etats Parties ou si elle s'adresse aux seules instances politiques. De manière générale, on peut dire que la plupart des dispositions du Protocole additionnel III s'adressent uniquement aux autorités politiques, aux instances internationales et aux sociétés nationales de secours, ce qui exclut leur justiciabilité."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 25 janvier 2006, concernant l'approbation et la mise en œuvre du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, ainsi que les modifications de lois liées à cette mise en œuvre. FF 2006, p. 1889 (1889-1900).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les nos 7.1, 7.4 et 8.1)

3.1 Personnalité juridique et capacité, privilèges et immunités des organisations intergouvernementales

Tiré d'une note de la DDIP, le passage reproduit ci-après a pour objet un projet de traité datant de 2000, intéressant l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et intitulé "Convention portant sur la personnalité juridique internationale, sur la capacité juridique ainsi que sur les privilèges et immunités". Une première négociation consacrée à ce projet échoua. En été 2006, le projet fut ranimé et le Conseil ministériel de l'OSCE fut invité à convoquer un groupe d'experts pour le réexaminer. Voici une description de l'attitude de la Suisse face au statut juridique de l'OSCE:

"La Suisse a toujours été en mesure de reconnaître une personnalité juridique internationale limitée à l'OSCE pour lui permettre de réaliser ses objectifs. Le Conseil fédéral a conclu un accord de siège avec la Cour OSCE qui a son siège à Genève⁸⁸ et accorde, de manière unilatérale, des privilèges et immunités aux réunions de l'OSCE en Suisse. Il s'ensuit que le projet de convention n'est pas indispensable à notre pays, mais le DFAE a toujours soutenu le projet

⁸⁷ RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51.

⁸⁸ Accord du 17 novembre 1997 (RS 0.192.120.193.1). La Cour de conciliation et d'arbitrage dans le cadre de l'OSCE a été instituée par la Convention de Stockholm du 15 décembre 1992 (RS 0.193.225).

par *solidarité* avec les pays qui rencontraient des difficultés juridiques. Cette fois encore, nous serons présents si un groupe de travail devait être constitué et soutiendrons l'élaboration d'une convention sur la personnalité juridique internationale de l'OSCE, la capacité juridique, ainsi que sur les privilèges et immunités."

Note de la DDIP du 24 novembre 2006. Document inédit.

3.2 Immunité de juridiction et d'exécution des organisations intergouvernementales: nature juridique; applicabilité du droit matériel suisse à ces organisations et responsabilité pour des violations de ce droit. Inviolabilité des locaux des organisations en cause

L'avis de la DDIP dont le texte suit concerne la rénovation du bâtiment de l'Organisation internationale du travail (OIT) à Genève et les obligations de l'Organisation et de l'Etat de son siège dans ce contexte.

"1. Les organisations internationales se voient conférer une immunité absolue et complète, ne comportant aucune restriction, aux termes des accords de siège qu'elles ont conclus avec la Suisse. C'est le cas de l'OIT. L'article 6 de l'Accord du 11 mars 1946 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation internationale du travail pour régler le statut juridique de cette Organisation en Suisse (RS 0.192.120.282) prévoit ...:

"1. L'Organisation internationale du travail bénéficie, pour elle-même, ses propriétés et ses biens, quel que soit le lieu où ils se trouvent ou la personne qui les détient, de l'immunité à l'égard de toute forme d'action judiciaire, sauf dans la mesure où cette immunité a été formellement levée par le Directeur du Bureau international du travail ou son représentant régulièrement autorisé.

2. Les propriétés et biens de l'Organisation internationale du travail, quel que soit le lieu où ils se trouvent ou la personne qui les détient, sont au bénéfice de l'immunité à l'égard de toute mesure de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation et de toute autre forme de saisie ou d'ingérence de toute autorité publique de quelque nature que ce soit."

2. Quoique bénéficiant d'une immunité absolue, l'OIT reste en principe soumise au droit suisse. En effet, l'inviolabilité et l'immunité de juridiction dont elle jouit en tant qu'organisation internationale ne sont que des immunités de procédure. Elles ont pour effet de paralyser certains modes de recours que la loi attache à sa violation, mais elles ne la dispensent pas de l'application de la loi. Il est cependant clair que les organisations internationales doivent se conformer aux normes de la construction, et notamment à celles qui visent à assurer la sécurité des utilisateurs d'un immeuble. Il est d'ailleurs dans l'intérêt de l'Organisation de veiller à prendre toute mesure appropriée à cet égard.

3. *Il appartient aux autorités cantonales compétentes de délivrer les autorisations de construire*, en se conformant aux exigences du droit suisse. Les autorités compétentes seraient ainsi dans l'obligation de refuser une autorisation de construire pour des travaux qui seraient fondés sur les normes internationales de la construction qui ne sont pas conformes aux exigences minimales posées par le droit suisse. A défaut de respecter le droit suisse, les autorités cantonales compétentes pour l'octroi de l'autorisation de construire pourraient engager leur responsabilité en cas de dommages causés à des tiers découlant du fait que les normes suisses n'ont pas été respectées. Ainsi, l'OIT ne pourra obtenir l'autorisation de construire pour les travaux envisagés que si les normes suisses - et en particulier les normes incendie - sont respectées.

4. En raison de l'inviolabilité des locaux dont jouit l'Organisation, les autorités compétentes suisses ne sont autorisées à procéder à des contrôles techniques qu'en accord avec l'Organisation. Cette dernière pourrait donc - *en théorie* - refuser l'accès à ses locaux aux inspecteurs cantonaux chargés de vérifier la conformité du bâtiment aux normes suisses.

5. Si nous devons avoir des informations sur le fait que l'OIT procéderait à des travaux non conformes à l'autorisation de construire qui a été délivrée, il appartiendrait au DFAE - dans le cadre de son rôle dans la mise en œuvre de la politique d'Etat hôte - d'intervenir par la voie diplomatique auprès de l'OIT pour exiger de cette dernière le respect du droit applicable.

6. Il y a néanmoins lieu de rappeler que l'accord de siège susmentionné du 11 mars 1946 prévoit à son article 24: "La Suisse, n'encourt, du fait de l'activité de l'Organisation internationale du travail sur son territoire, aucune responsabilité quelconque pour les actes et omissions de l'Organisation ou pour ceux de ses agents agissant ou s'abstenant dans le cadre de leurs fonctions."

Au cas où l'Organisation déciderait de passer outre les exigences du droit suisse et de procéder à des travaux qui n'auraient pas été autorisés dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire, l'OIT assumerait l'entière responsabilité pour les conséquences pouvant en découler."

Avis de la DDIP adressé le 18 décembre 2006 à la Division politique III du DFAE. Document inédit.

4. Droit des étrangers et protection diplomatique

4.1 Protection diplomatique: conditions; absence de droit à cette protection. Requêtes individuelles adressées à la Cour européenne des droits de l'homme

Le passage qui suit, tiré d'une lettre de la DDIP adressée à un individu partie à une procédure civile devant les tribunaux de l'Etat P., examine les conditions auxquelles la Suisse pourrait assumer, à l'égard de l'Etat en question, la protection diplomatique de cet individu.

(Traduction)

"Pour que la Suisse puisse intervenir auprès des autorités (de P.) en votre faveur, ou en celle de votre compagne, il faudrait d'abord qu'il y ait eu violation claire d'une règle du droit international protégeant les ressortissants étrangers. La Suisse ne peut agir si vous possédez la nationalité (de P.). Il en irait de même en cas de double nationalité; dans cette hypothèse, l'Etat P. peut agir, à votre égard, comme si vous étiez exclusivement un de ses nationaux. Il en irait de même pour votre compagne si celle-ci possédait la nationalité (de P.).

Il serait en outre nécessaire, préalablement à une intervention de la Suisse, que les recours aux instances judiciaires de (P.) aient été épuisés. Cela signifie qu'il faut d'abord saisir les tribunaux; il convient donc, au cas où la décision du tribunal civil serait défavorable, de s'adresser à l'instance d'appel. Nous ignorons si, en l'espèce, un appel serait toujours recevable. Votre lettre adressée au Président (de l'Etat P.), cependant, ne vaudrait pas épuisement des recours internes.

...

Comme on l'a dit, la protection diplomatique ne peut être exercée qu'en cas de violation de règles du droit des gens ou de discrimination manifeste. A cela s'ajoute que les garanties prévues par la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁹ sont applicables (dans l'Etat P.), ce qui signifie que les individus peuvent adresser des requêtes à la Cour européenne des droits de l'homme. Il n'existe aucun droit d'exiger une intervention politique de la part de la Suisse."

Lettre de la DDIP du 8 mai 2006. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir les n^{os} 1.7, 7.1 et 7.3)

6. Identité, continuité et succession d'Etats

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.1 et 3.2)

7.1 Privilèges, immunités et facilités accordés aux agents diplomatiques et consulaires étrangers ainsi qu'aux agents internationaux sur le territoire de l'Etat hôte

La Suisse est un Etat hôte par excellence, non seulement d'ambassades, consulats et missions spéciales, mais aussi de toutes sortes d'organisations, agences et personnalités étrangères. Ces entités et personnes bénéficient d'un statut international qui entraîne l'octroi de privilèges, d'immunités et de facilités, ainsi que d'aides financières. Dans le but d'unifier et de codifier cette pratique, et de la placer sur une base légale, un projet de loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières, accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (FF 2006, p. 7671) a été élaboré et soumis aux Chambres fédérales. De larges extraits du Message du Conseil fédéral sur ce projet sont reproduits ci-après. Dans un premier extrait, le Conseil fédéral énumère et décrit les bénéficiaires des privilèges, immunités et facilités prévus par le projet:

"2.3 Privilèges, immunités et facilités

2.3.1 Bénéficiaires

L'article 2 (du projet de loi) précise les bénéficiaires des privilèges, immunités et facilités. Il s'agit de bénéficiaires institutionnels, c'est-à-dire d'organes internationaux, dont la liste exhaustive est donnée à l'alinéa premier. Les organisations internationales non gouvernementales (OING), telles notamment les fédérations sportives internationales, ne sont pas des bénéficiaires au sens de cette disposition.

La pratique internationale et les conventions internationales pertinentes prévoient toujours l'octroi de privilèges, immunités et facilités non seulement à l'organe lui-même, mais également à toutes les personnes qui sont appelées officiellement auprès de lui, à un titre ou à un autre, de façon temporaire ou permanente, ainsi qu'aux personnes qui les accompagnent. Le but de ces privilèges et immunités n'est pas d'avantager des individus, mais bien d'assurer l'accomplissement efficace de leurs fonctions officielles. Ainsi, les personnes mentionnées à l'article 2, alinéa 2, ne bénéficieront pas de privilèges, immunités et facilités pour elles-mêmes, mais dans l'intérêt de l'organe international concerné et elles ne pourront bénéficier d'un statut privilégié que si l'organe lui-même remplit les conditions fixées par la loi sur l'Etat hôte. Ce principe est d'ailleurs explicitement rappelé dans le préambule de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.⁹⁰

Les personnes appelées en qualité officielle ne peuvent pas être désignées de manière exhaustive, car leur définition dépend de l'acte de création de l'organe concerné, du type d'organe dont il s'agit (les catégories ne sont pas uniformes d'une organisation intergouvernementale à l'autre ou d'un tribunal international à l'autre) et de la pratique internationale. A titre d'exemple, mentionnons les délégués, le personnel, les experts, les juges, procureurs, greffiers et membres du greffe d'un tribunal international ou d'un tribunal arbitral, les parties à une procédure devant un tel tribunal, ainsi que leurs avocats, experts et témoins. La pratique internationale prévoit par ailleurs un statut différencié selon la position

⁸⁹ Convention du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

⁹⁰ RS 0.191.01.

que la personne concernée occupe auprès du bénéficiaire institutionnel. Ainsi, le fonctionnaire d'une organisation intergouvernementale qui accomplit des tâches administratives ne bénéficiera pas de privilèges et immunités aussi étendus que le Secrétaire général de l'organisation.

2.3.1.1 Les organisations intergouvernementales (article 2, alinéa premier, lettre a)

Il s'agit de l'organisation intergouvernementale au sens classique du terme, telles que l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées des Nations Unies, l'Association européenne de libre-échange (AELE) ou l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'organisation intergouvernementale se définit comme une organisation créée par un traité entre Etats - ou entre Etats et organisations intergouvernementales - qui lui confère la personnalité juridique internationale. Seuls des Etats ou des organisations intergouvernementales - c'est-à-dire des sujets du droit international - peuvent en être membres. Ces derniers poursuivent un but commun, généralement durable. L'organisation intergouvernementale dispose d'organes indépendants des membres de l'organisation susceptibles d'exprimer une opinion distincte de celle des Etats membres qui la composent. L'organisation intergouvernementale accomplit par ailleurs des tâches de nature étatique et son financement est assuré essentiellement par les contributions de ses membres (Etats et organisations intergouvernementales).

Le Conseil fédéral a, sur la base de l'Arrêté fédéral de 1955,⁹¹ conclu les accords de siège qui régissent le statut juridique des organisations intergouvernementales qui ont établi dans notre pays leur siège principal ou un siège secondaire (...).

2.3.1.2 Les institutions internationales (article 2, alinéa premier, lettre b)

L'institution internationale est très proche de l'organisation intergouvernementale. Elle n'en remplit toutefois pas l'ensemble des critères tels qu'ils sont définis par la pratique internationale et la doctrine. C'est pourquoi la doctrine utilise la plupart du temps, pour ce type d'organisme, la notion d'organisation internationale. Toutefois, pour des raisons de clarté juridique, il s'avère nécessaire d'attribuer à cette catégorie d'acteur international une appellation qui lui soit propre, la notion d'organisation internationale étant par ailleurs aussi utilisée pour qualifier l'organisation intergouvernementale ou, parfois même, l'organisation internationale non gouvernementale.

L'organisation intergouvernementale dispose toujours de la personnalité juridique internationale, qui lui est conférée par le traité international qui la crée. Tel n'est pas le cas de l'institution internationale qui jouit toutefois d'une place particulière dans les relations internationales. Nous pouvons citer comme exemples des institutions telles que l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (FISCR) ou encore le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme (GFATM). Le Conseil fédéral a conclu un accord de siège avec chacune de ces trois dernières institutions internationales, respectivement le 19 mars 1993 avec le CICR,⁹² le 29 novembre 1996 avec la FISCR,⁹³ et le 13 décembre 2004 avec le GFATM,⁹⁴ en se fondant sur l'arrêté fédéral de 1955. Les Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des Etats, consultées sur le principe de conclure un accord de siège avec le CICR, n'avaient alors élevé aucune objection à ce que le Conseil fédéral approuve ledit accord de siège de sa propre compétence sur cette base.

L'institution internationale est une composante importante des relations internationales. Si, lors de sa création, ses membres n'ont pas souhaité la constituer en tant que véritable organisation intergouvernementale, il y a souvent à cela des raisons politiques qui ont par la suite perdu une partie de leur pertinence face au développement des activités de l'institution au fil des ans. Il arrive un moment où les membres de l'institution se trouvent devant le besoin de conférer à l'institution une position différente au sein de la communauté internationale justifiant le besoin de lui accorder des privilèges, immunités et facilités qui ne leur apparaissent pas nécessaires lors de la création de l'institution; ils ne sont toutefois pas en mesure de transformer formellement l'institution internationale en une organisation intergouvernementale, la plupart du temps pour des raisons politiques et par crainte de toucher à l'équilibre obtenu au sein de l'institution. L'OSCE se trouve actuellement dans cette situation: ses membres cherchent le moyen d'accorder à l'Organisation des privilèges, immunités et facilités devenus nécessaires à son fonctionnement, mais ils sont confrontés aux difficultés juridiques d'une telle entreprise. La Suisse entend, au travers de la loi sur l'Etat hôte, se donner les moyens de répondre à ce genre d'attentes, dans l'intérêt des institutions concernées aussi bien que dans celui de la Suisse comme Etat hôte.

2.3.1.3 Les organisations internationales quasi gouvernementales (article 2, alinéa premier, lettre c)

Créée sur la base du droit interne d'un Etat, en particulier du droit suisse, sous la forme de l'association - ou plus rarement de la fondation -, l'organisation internationale quasi gouvernementale se situe entre l'organisation intergouvernementale ou l'institution internationale et l'organisation non gouvernementale classique (ONG). Dans le cadre de la consultation, certains ont exprimé leur difficulté à distinguer l'organisation internationale quasi gouvernementale de l'organisation internationale non gouvernementale (OING). Ces deux types d'organisations se distinguent en particulier par la structure de leurs membres et de leur financement, ainsi que par les tâches qui leur sont confiées. En effet, les membres de l'organisation internationale quasi gouvernementale sont en majorité des Etats ou des entités de droit public et le financement de l'organisation est en majorité d'origine publique. L'organisation internationale quasi gouvernementale se voit en outre attribuer des tâches qui répondent à un intérêt public et devraient

⁹¹ Arrêté fédéral du 30 septembre 1955 concernant la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut juridique en Suisse (RS 192.12).

⁹² RS 0.192.122.50.

⁹³ RS 0.192.122.51.

⁹⁴ RS 0.192.122.818.11.

être prises en charge par les Etats si elles n'étaient pas assurées par l'organisation. De son côté, l'OING est généralement composée essentiellement de personnes morales de droit interne (associations, entreprises, etc.) et de particuliers. Son financement est d'origine privée et ses tâches n'ont pas de caractère étatique particulier.

Il est fréquent que l'organisation internationale quasi gouvernementale soit une émanation, à l'origine, d'initiatives privées qui ont toutefois suscité un intérêt particulier suffisant pour que les Etats en deviennent membres à part entière, afin d'y faire valoir des intérêts étatiques. L'OING cherche généralement à garder ses distances avec les Etats de façon à sauvegarder son indépendance. Au contraire, l'organisation internationale quasi gouvernementale cherche à se rapprocher des Etats, notamment en facilitant leur accession en qualité de membres de l'organisation, afin de donner une portée internationale différente à son action: une transformation en organisation intergouvernementale classique n'est toutefois pas possible. En effet, l'organisation intergouvernementale ne peut avoir comme membres que des Etats ou d'autres organisations intergouvernementales, alors que l'organisation internationale quasi gouvernementale permet aux Etats de collaborer à droits égaux avec des membres non étatiques. Il n'en demeure pas moins que le caractère interétatique prédominant de ce type d'organisation justifie l'octroi d'un statut particulier en Suisse, afin de lui permettre, tout comme à l'organisation intergouvernementale ou à l'institution internationale, d'accomplir ses tâches en toute indépendance et sans que la Suisse, comme Etat hôte, ne tire des avantages financiers de sa présence sur son territoire.

La notion d'organisation internationale quasi gouvernementale a été reprise par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 4 octobre 1978.⁹⁵ Il s'agissait en l'espèce d'un recours déposé contre l'approbation donnée par le Conseil d'Etat genevois à la conclusion d'un accord entre le Conseil fédéral et la IATA (Association du transport aérien international). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral précise:

"On peut à cet égard relever qu'à l'avis de certains auteurs, l'IATA doit être considérée comme une organisation "quasi gouvernementale" (...). C'est dans le même sens, semble-t-il, que (...) le Conseil fédéral a conclu avec l'Union interparlementaire, organisation "semi-officielle" ayant son siège à Genève, mais non créée par un accord intergouvernemental, un accord destiné à régler le statut juridique de cette organisation en Suisse, et qui confère aux fonctionnaires du bureau de l'Union non seulement des exemptions fiscales, mais aussi, dans de certaines limites, une immunité de juridiction et d'autres privilèges accordés normalement aux diplomates (RO 1971, p. 1602). Le Conseil fédéral a considéré que cette institution présentait un caractère intergouvernemental prédominant (...). C'est ainsi sans arbitraire que le Conseil d'Etat (genevois) a considéré l'IATA comme une organisation internationale publique au sens de l'article 7 LCP. Dès lors, il lui appartenait de donner l'approbation du canton requise par l'arrêté fédéral (du 30 septembre 1955 concernant la conclusion ou la modification d'accords avec des organisations internationales en vue de déterminer leur statut juridique en Suisse)".

Le Conseil fédéral, se fondant sur l'arrêté fédéral de 1955, a conclu des accords avec l'Association du transport aérien international (IATA. Accord du 20 décembre 1976⁹⁶, l'Union mondiale pour la Nature (UICN. Accord du 17 décembre 1986⁹⁷, la Société internationale de télécommunications aéronautiques (SITA. Accord du 4 juin 1992⁹⁸, le Conseil international des aéroports (ACI. Accord du 30 janvier 1997⁹⁹ et l'Agence mondiale antidopage (AMA. Accord du 5 mars 2001¹⁰⁰). Les accords conclus jusqu'à présent avec ce type d'organisation ont toutefois une portée limitée en ce sens que, contrairement aux accords conclus avec les organisations intergouvernementales ou les institutions internationales, il s'agit d'accords de nature fiscale qui ne visent qu'à régler le statut fiscal en Suisse de l'organisation concernée et de son personnel non suisse.

2.3.1.4 Les missions diplomatiques, les postes consulaires, les missions permanentes et les missions spéciales (article 2, alinéa premier, lettres a à g)

(Ici le message commence par décrire les missions diplomatiques et les postes consulaires, régis par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), instruments qui reflètent le droit coutumier en ces matières. Puis il passe aux missions permanentes et spéciales.)

La mission permanente est la représentation d'un Etat auprès d'une organisation intergouvernementale. Elle s'établit donc à l'endroit où les organisations internationales ont leur siège, soit, pour la Suisse, à Genève où sont concentrées la majorité des organisations internationales actives dans notre pays. Même si le droit international ne prévoyait pas, à l'origine, l'obligation d'accorder des privilèges et immunités à ce genre de représentations, il est très vite devenu évident, au sein de la communauté internationale, que la reconnaissance d'un statut privilégié aux missions permanentes et à leurs membres s'imposait pour assurer le respect d'autres obligations de l'Etat hôte prévues dans les accords de siège, à savoir notamment celle d'assurer à l'organisation internationale une totale indépendance et la possibilité pour les Etats membres de l'organisation de participer activement aux travaux de cette dernière. C'est ainsi que le Conseil fédéral a été amené à prendre deux décisions, soit le 31 mai 1948 et le 20 mai 1958, mettant les missions permanentes des Etats auprès des organisations internationales au bénéfice des mêmes privilèges, immunités et facilités que les missions diplomatiques à Berne. Il s'ensuit que la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques est applicable par analogie aux missions permanentes depuis que ladite convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 24 avril 1964. Il ne s'agit pas d'une pratique propre à la Suisse. Les autres Etats hôtes d'organisations

⁹⁵ ATF 104 Ia 350 (*Pratique suisse 1978*, n° 3.4, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 151).

⁹⁶ RS 0.192.122.748.

⁹⁷ RS 0.192.122.451.

⁹⁸ RS 0.192.122.784.

⁹⁹ RS 0.192.122.749.

¹⁰⁰ RS 0.192.120.240.

internationales accordent également un statut privilégié aux missions permanentes établies auprès des organisations internationales qu'ils accueillent, le plus souvent par une application - à l'instar de la Suisse - de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou par des dispositions de droit interne reprenant le contenu de cette convention.

Selon la pratique actuelle, la notion de mission permanente regroupe:

- les missions permanentes auprès de l'Office des Nations Unies ou d'autres organisations internationales;
- les missions permanentes auprès de l'Organisation mondiale du commerce;
- les représentations permanentes auprès de la Conférence du désarmement;
- les délégations permanentes d'organisations internationales auprès des organisations internationales;
- les bureaux d'observateurs et assimilés.

La mission spéciale est également régie par une convention internationale, à savoir la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales.¹⁰¹ Il s'agit d'une mission temporaire ayant un caractère représentatif de l'Etat, envoyée par un Etat auprès d'un autre Etat pour discuter de quelques points particuliers. La Convention sur les missions spéciales prévoit des privilèges, immunités et facilités analogues à ceux qui sont prévus par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, adaptés au fait qu'il s'agit de missions de nature temporaire.

...

2.3.1.5 Les conférences internationales (article 2, alinéa premier, lettre b)

La Suisse est depuis toujours considérée par la communauté internationale comme un lieu privilégié pour l'accueil de conférences internationales, notamment en raison de la qualité des services et des prestations qu'elle offre. Dans ce domaine également, la concurrence entre Etats hôtes est cependant très vive.

La notion de conférence internationale est largement connue. Il convient toutefois de bien distinguer celle-ci des réunions convoquées par des organisations non gouvernementales ou des séminaires d'entreprises. C'est ainsi qu'une conférence internationale est en règle générale réunie sous l'égide d'un organisme international à caractère interétatique, mais elle peut également être convoquée par un groupe d'Etats ou par la Suisse. Ses participants sont en majorité des représentants d'Etats ou d'organisations intergouvernementales, même si, de plus en plus souvent, les organisations internationales non gouvernementales (OING) sont associées à ses travaux comme observateurs. La tendance actuelle penche vers la participation des représentants des OING et de la société civile,¹⁰² en tant que membres à part entière de certaines conférences internationales, comme ce fut le cas, par exemple, pour le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI).

Une conférence internationale peut avoir un caractère politique - telles les conférences visant à rétablir ou assurer la paix dans une région troublée - ou poursuivre des buts plus techniques tels que l'élaboration et l'adoption d'une nouvelle convention internationale.

...

Lorsque la conférence internationale est convoquée par une organisation au bénéfice d'un accord de siège ou d'un accord de nature fiscale conclu avec la Suisse, cet accord s'applique également à la conférence et à ses participants. Pour les autres conférences - lorsqu'il n'existe pas de traité international qui prévoit l'octroi des privilèges et immunités d'usage -, le Conseil fédéral prend une décision dans chaque cas particulier. Il a pour pratique d'appliquer la convention de Vienne de 1969 sur les missions spéciales aux représentants des Etats et des organisations intergouvernementales qui participent à la conférence (toutefois, les représentants d'organisations intergouvernementales établies en Suisse restent au bénéfice des privilèges et immunités prévus par l'accord de siège pertinent). Il est fréquent que l'établissement d'un secrétariat de la conférence soit nécessaire pour assurer le bon déroulement de cette dernière. Le Conseil fédéral applique alors par analogie au secrétariat de la conférence et à ses membres les dispositions pertinentes de l'Accord de siège qui régit le statut juridique de l'Office des Nations Unies à Genève.¹⁰³

2.3.1.6 Les secrétariats ou autres organes créés par un traité international (article 2, alinéa premier, lettre i)

Le secrétariat ou autre organe créé par un traité international se distingue essentiellement de l'organisation intergouvernementale par l'absence de personnalité juridique internationale du secrétariat ou de l'autre organe. Il est en effet fréquent qu'un traité international crée un secrétariat ou d'autres organes internationaux tels que des commissions de recours ou d'experts, des organes consultatifs, etc., sans pour autant viser à la mise sur pied d'une organisation intergouvernementale au sens strict du terme, considérée dans le cas particulier comme trop complexe administrativement pour les tâches à accomplir. Dans de tels cas, les pouvoirs décisionnels restent de la compétence de la seule assemblée des Parties, le secrétariat ou les autres organes se voyant attribuer par le traité international des tâches techniques, administratives ou consultatives.

...

¹⁰¹ RS 0.191.02.

¹⁰² La "société civile" est la sphère au sein de laquelle les citoyens et les initiatives sociales s'organisent en fonction d'objectifs, demandes et intérêts divers. Les éléments qui la composent agissent collectivement par le biais de leurs organisations, mouvements, groupements et institutions indépendants de l'Etat qui ont normalement un caractère bénévole et agissent sur le plan local, national et international pour défendre et promouvoir dans l'intérêt de tous des intérêts sociaux, économiques et culturels. Ces organisations se distinguent du secteur privé et des ONG notamment par le fait que, souvent, elles ne sont pas officiellement déclarées, qu'elles ne sont pas toujours strictement organisées, et qu'il est fréquent que leurs membres ne soient pas reconnus comme tels par les autorités.

¹⁰³ (Accord des 11 juin/1^{er} juillet 1946) RS 0.192.120.1.

Jusqu'à présent, les Etats Parties à ce type de conventions qui souhaitaient établir le secrétariat de la convention en Suisse et bénéficier d'un statut privilégié se voyaient obligés de rattacher le secrétariat créé par la convention à une organisation intergouvernementale ou à une organisation internationale quasi gouvernementale afin qu'il puisse bénéficier du statut conféré à ces dernières par l'Etat hôte. En effet, l'absence de personnalité juridique internationale du secrétariat faisait obstacle à la conclusion d'un accord de siège ou de nature fiscale. Toutefois, un tel rattachement à une organisation existante implique un pouvoir de contrôle de l'organisation hôte que les Etats Parties à la convention souhaitent éviter. Il devient donc toujours plus évident que les secrétariats et autres organes doivent, tout comme les organisations intergouvernementales, pouvoir bénéficier de privilèges, immunités et facilités tout en conservant leur autonomie. Pour pouvoir conclure un accord de siège, le secrétariat ou l'autre organe devra en avoir reçu le mandat par une décision de l'assemblée des Etats Parties à la convention instituant le secrétariat ou l'autre organe, ou directement par la convention elle-même.

(Après avoir examiné le statut des commissions indépendantes - article 2, alinéa premier, lettre j, du projet de loi -, le message passe aux juridictions internationales.)

2.3.1.8 Les tribunaux internationaux (article 2, alinéa premier, lettre k)

Un tribunal international est créé par un traité international ou une résolution d'une organisation intergouvernementale ou d'une institution internationale. Il ne saurait être confondu avec un tribunal commercial destiné à juger des litiges entre entreprises privées. Le dernier exemple en date est évidemment la Cour pénale internationale créée par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2002.¹⁰⁴ Nous pouvons également citer les tribunaux créés par des résolutions d'organisations intergouvernementales, tels le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Ces tribunaux ont pour mandat de juger les auteurs de crimes particulièrement graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble. Les tribunaux susmentionnés sont établis à La Haye, aux Pays-Bas, où ils bénéficient de privilèges, immunités et facilités en vertu des actes internationaux qui les ont créés et des accords de siège conclus avec eux par le Gouvernement néerlandais.

2.3.1.9 Les tribunaux arbitraux (article 2, alinéa premier, lettre l)

Un tribunal arbitral est créé en application d'une clause d'arbitrage figurant dans un traité international ou par un accord entre les Etats parties à l'arbitrage. Il s'agit ici d'un tribunal chargé de trancher un point de droit entre Etats, qu'il ne faut pas confondre avec le tribunal arbitral commercial mis sur pied par des entreprises dans le cadre d'un litige de nature commerciale, sur la base d'un contrat de droit privé.

Nous pouvons citer comme exemple le Tribunal de Taba. Rappelons que le Compromis d'arbitrage du 11 septembre 1986 entre le Gouvernement de la République Arabe d'Egypte et le Gouvernement d'Israël a institué un tribunal arbitral afin de régler un différend concernant le territoire de Taba. Les parties ont choisi Genève comme siège du Tribunal. Le canton de Genève a mis les locaux nécessaires à disposition du Tribunal et la Confédération a accordé les privilèges et immunités nécessaires en appliquant au Tribunal, à ses membres et aux personnes participant à ses travaux la convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969. La Suisse a également accueilli en 1978 le Tribunal d'arbitrage désigné par les Gouvernements de la République française et des Etats-Unis d'Amérique pour statuer sur des questions liées à des mesures prises par les deux Gouvernements et intéressant le trafic aérien entre les deux pays et, en 1977, le Tribunal arbitral chargé de la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni. Dans ces deux derniers cas, le Conseil fédéral a conclu avec chacun des Etats concernés par l'arbitrage un accord sur les privilèges et immunités du tribunal et de ses membres, en reprenant pour l'essentiel les dispositions de la convention sur les missions spéciales de 1969.

La Convention du 15 décembre 1992 relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de l'OSCE¹⁰⁵ établit une cour de conciliation et d'arbitrage aux fins de régler, par la voie de la conciliation ou de l'arbitrage, les différends qui lui sont soumis par les Etats Parties. La convention fixe le siège de la Cour à Genève et le Conseil fédéral a conclu un accord de siège avec la Cour le 17 novembre 1997.¹⁰⁶

2.3.1.10 Les autres organismes internationaux (article 2, alinéa premier, lettre m)

La notion d'autre organisme international complète la liste exhaustive des bénéficiaires institutionnels de privilèges, immunités et facilités. Elle vise à tenir compte du fait que les relations internationales multilatérales sont en constante évolution. Il n'est donc pas possible de prévoir aujourd'hui les nouvelles formes de coopération internationale qui émergeront demain. Il importe ainsi de donner au Conseil fédéral les moyens de répondre aux défis futurs lorsqu'il s'agira de faire face à une demande spécifique et concrète d'établissement en Suisse d'un nouvel organisme ne répondant pas aux définitions des autres bénéficiaires institutionnels au sens de la loi sur l'Etat hôte. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le Conseil fédéral pourra, sur la base de la loi sur l'Etat hôte, accorder des privilèges, immunités et facilités à un autre organisme international.

...

2.3.1.11 Les personnes appelées, à titre permanent ou non, en qualité officielle auprès d'un bénéficiaire institutionnel (article 2, alinéa 2, lettre a)

¹⁰⁴ RS 0.312.1.

¹⁰⁵ RS 0.193.235.

¹⁰⁶ RS 0.192.120.193.1.

L'octroi de privilèges, immunités et facilités aux personnes appelées en qualité officielle auprès des bénéficiaires institutionnels de l'article 2, alinéa premier, a les mêmes justifications qu'en ce qui concerne l'octroi d'un statut privilégié aux bénéficiaires institutionnels eux-mêmes; il s'agit de créer les conditions leur permettant d'exercer leurs fonctions en toute indépendance, sans que l'Etat hôte n'ait le moyen, par une application trop stricte de sa législation nationale, d'influencer la façon dont elles exerceront leur mandat international. Ainsi que cela a été souligné plus haut, le droit coutumier prévoit l'octroi de privilèges, immunités et facilités à ces personnes et ceci non pas à titre individuel, mais dans l'intérêt du bénéficiaire institutionnel concerné. Dès lors, les personnes appelées en qualité officielle ne jouiront d'un statut privilégié qu'à la condition que l'organisme qui justifie leur présence en Suisse remplisse lui-même les conditions nécessaires à l'octroi de privilèges, immunités et facilités.

Les personnes appelées en qualité officielle varient selon la catégorie du bénéficiaire institutionnel. Si certaines vivent dans l'Etat hôte pour des périodes relativement longues et y établissent leur résidence pour la durée de leurs fonctions, d'autres en revanche n'y séjournent que pour une durée limitée, sans y transférer leur domicile légal.

Ainsi, en ce qui concerne l'organisation intergouvernementale, l'institution internationale et l'organisation internationale quasi gouvernementale, ce sont traditionnellement les représentants de leurs membres, les membres de leur personnel, mais également les experts et d'autres personnes appelées en qualité officielle, en règle générale de façon temporaire (il peut s'agir notamment de personnes participant à titre personnel en tant qu'observateurs ou orateurs). Il s'agit de la liste traditionnelle des personnes considérées comme étant appelées en qualité officielle, qui est reprise aussi bien dans les traités multilatéraux pertinents que dans les accords de siège ou les accords de nature fiscale conclus par la Suisse.

En ce qui concerne les missions diplomatiques, les postes consulaires et les missions permanentes, les personnes appelées en qualité officielle sont définies dans les conventions internationales concernées. Il s'agit essentiellement de leurs membres et, pour les missions spéciales, des membres des délégations et du secrétariat de la mission spéciale.

Pour la conférence internationale, les personnes appelées en qualité officielle sont notamment les membres des délégations et le personnel du secrétariat, mais également toute autre personne appelée par les organisateurs de la conférence à y participer (en tant qu'orateur, expert, observateur, etc.). Etant donné que la conférence exerce son mandat sur une durée limitée (de quelques jours à quelques semaines), les personnes qui y participent ne transfèrent en principe pas leur domicile - en particulier leur domicile fiscal - dans l'Etat où se tient la conférence et n'y séjournent que pour la durée de la conférence, sans exercer sur le territoire de l'Etat hôte d'activité de nature commerciale. Dès lors, même lorsque les privilèges, immunités et facilités octroyés à une conférence internationale dans un cas déterminé comportent formellement l'octroi d'exonérations fiscales en faveur des personnes appelées en qualité officielle, une telle clause - destinée à confirmer à l'entité organisatrice de la conférence que la Suisse ne percevra pas l'impôt en question - n'aura le plus souvent pas de conséquences directes en termes de pertes fiscales. Les privilèges, immunités et facilités ne sont bien entendu accordés que pour la durée de la conférence et du voyage d'aller et retour.

En ce qui concerne le secrétariat ou autre organe créé par un traité international, il s'agit bien évidemment des membres du personnel, des membres des organes créés par le traité, d'experts etc. Les catégories de personnes appelées auprès d'un tel secrétariat ou autre organe sont comparables à celles qui sont appelées auprès des organisations intergouvernementales.

Il en est de même pour la commission indépendante, s'agissant d'accueillir en Suisse ses membres, les membres de son personnel et toutes personnes nécessaires à son fonctionnement.

Les tribunaux internationaux disposent de catégories particulières de personnes appelées en qualité officielle et il convient de fixer dans l'accord de siège entre la Suisse et le tribunal international l'étendue des privilèges, immunités et facilités accordés par la Suisse, dans les limites définies par le traité portant création dudit tribunal international. A titre d'exemple, l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, signé par la Suisse le 10 septembre 2002, prévoit des privilèges et immunités non seulement pour la Cour elle-même, mais également pour les représentants des Etats Parties au Statut de la Cour qui assistent aux séances de l'Assemblée et de ses organes subsidiaires ou aux représentants des autres Etats ou d'organisations intergouvernementales invités à y participer à titre d'observateurs. Sont également mis au bénéfice de privilèges et d'immunités en vertu dudit accord les juges, le procureur, les procureurs adjoints et le greffier, le greffier adjoint et le personnel du Bureau du Procureur, ainsi que le personnel du greffe, les conseils de la défense (avocats), les témoins, les victimes, les experts et toutes autres personnes dont la présence est requise au siège de la Cour. Il va de soi que toutes ces catégories de personnes ne bénéficient pas des mêmes privilèges et immunités. Ceux-ci sont modulés en fonction du rôle que doit jouer la personne concernée. Il est également tenu compte, notamment en matière fiscale, de la question de savoir si la personne était déjà domiciliée dans l'Etat où elle exerce sa fonction officielle avant que ladite fonction ne lui soit attribuée. Enfin, une grande partie des personnes susmentionnées ne sont pas appelées à s'établir dans l'Etat hôte, mais ne devront y séjourner que dans la mesure nécessaire à l'exercice de leur mandat, de sorte qu'elles n'établiront pas de domicile - notamment fiscal - en Suisse. Dès lors, là également, même lorsqu'il est nécessaire de préciser conventionnellement l'octroi d'exonérations fiscales, une telle clause n'aura pas de conséquences directes en termes de pertes fiscales s'agissant de toutes les personnes qui ne séjournent que brièvement en Suisse dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions officielles.

Les tribunaux arbitraux font eux aussi appel à des arbitres, greffiers et membres du greffe. Les parties à l'arbitrage, leurs avocats, experts et témoins doivent également pouvoir bénéficier de la protection conférée par les privilèges et immunités pour la durée de leurs fonctions.

2.3.1.12 Les personnalités exerçant un mandat international (article 2, alinéa 2, lettre b)

L'octroi de privilèges, immunités et facilités à des personnalités exerçant un mandat international devra nécessairement revêtir un caractère exceptionnel. Il peut en effet arriver que des personnalités internationalement reconnues se voient confier un mandat international - limité dans le temps - par une organisation intergouvernementale, une institution internationale ou un groupe d'Etats. Il peut s'agir d'anciens secrétaires généraux de l'ONU par exemple ou d'anciens directeurs généraux de l'Office des Nations Unies à Genève ou d'autres organisations intergouvernementales qui, tout en n'exerçant plus de fonction officielle, sont toujours à même de faire profiter la communauté internationale des compétences acquises au cours de leur carrière internationale en exerçant des mandats particuliers ou ponctuels dans l'intérêt de la communauté internationale. L'octroi de privilèges, immunités et facilités doit leur permettre d'accomplir leur mandat en toute indépendance.

...

(Un autre extrait du message a pour objet le contenu des privilèges, immunités et facilités prévus par le projet de loi:)

2.3.2 Contenu des privilèges, immunités et facilités (article 3)

Les privilèges et immunités énumérés à l'article 3 découlent du droit international coutumier et sont repris dans de nombreuses conventions internationales bilatérales et multilatérales. Le droit international prévoit également une pondération de la portée des privilèges et immunités accordés selon la qualité de l'organe international dont il s'agit, d'une part, et les fonctions occupées par la personne appelée en qualité officielle, d'autre part. La pratique constante du Conseil fédéral, en application de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de la convention de Vienne sur les relations consulaires et de la convention sur les missions spéciales, et telle que reflétée par les accords de siège, les accords de nature fiscale et les différentes décisions unilatérales qu'il a adoptées, reprend ces distinctions.

2.3.2.1 Inviolabilité

L'inviolabilité des locaux utilisés à des fins officielles par le bénéficiaire institutionnel et de la résidence privée de certaines personnes, tels les diplomates ou les hauts fonctionnaires d'organisations intergouvernementales, a pour but d'interdire à l'Etat hôte de pénétrer dans lesdits locaux sans une autorisation expresse, afin d'éviter toute tentative de l'Etat hôte de s'immiscer dans les affaires internes du bénéficiaire. Il en est de même en ce qui concerne l'inviolabilité de la personne, des biens, archives, documents et correspondance ou encore de la valise diplomatique, l'Etat hôte ne pouvant ainsi s'arroger le droit de surveiller les informations à disposition des bénéficiaires institutionnels et des personnes appelées en qualité officielle auprès d'eux.

La théorie de l'"exterritorialité" est parfois invoquée par les bénéficiaires de l'inviolabilité. Toutefois, cette théorie a été abandonnée depuis de très nombreuses années et les bénéficiaires de l'inviolabilité restent soumis à l'ensemble du droit applicable dans l'Etat accréditaire (Etat hôte), même si l'inviolabilité empêche cet Etat de prendre les mesures d'exécution prévues par sa législation.

2.3.2.2 Immunité de juridiction et d'exécution

L'immunité de juridiction et d'exécution pénale, civile et administrative vise également à empêcher l'Etat hôte de faire pression sur le bénéficiaire institutionnel ou les personnes appelées en qualité officielle auprès de lui par des poursuites judiciaires qui entraveraient sa capacité d'exercer son mandat. En parallèle, il existe toutefois, en droit international, des procédures de levée de l'immunité; les Etats pour les membres de leurs missions et leurs représentants dans les enceintes internationales, ainsi que les organisations pour les personnes qui leur sont soumises, sont invités à lever l'immunité des intéressés à chaque fois que cela peut être fait sans entraver le bon fonctionnement de l'organisation ou de la représentation. Dans les cas particulièrement graves d'abus des privilèges et immunités, l'Etat hôte peut demander le rappel d'une personne au bénéfice de privilèges et immunités dont l'employeur a refusé de lever l'immunité. Cette possibilité - reconnue en droit international coutumier et dans les traités internationaux - est précisée à l'article 31 du projet de loi.

En outre, la Suisse coopère avec le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi qu'avec la Cour pénale internationale. Elle pourrait être amenée à coopérer à l'avenir avec d'autres tribunaux pénaux internationaux s'ils devaient être créés. Une telle coopération implique que les personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par l'un de ces tribunaux pénaux internationaux ne pourront pas invoquer en Suisse les immunités de juridiction et d'exécution dont elles pourraient bénéficier dans le cadre de leurs fonctions officielles, de sorte que les autorités suisses compétentes seront habilitées à exécuter les mandats d'arrêt en question.

2.3.2.3 Exemptions fiscales et douanières

Le droit international public, qu'il s'agisse des traités portant création d'une organisation ou de protocoles relatifs aux privilèges et immunités, prévoit un certain nombre de privilèges en matière fiscale et douanière. Ils ont pour fondement le fait que l'Etat hôte ne saurait tirer un avantage particulier du seul fait qu'il accueille sur son territoire le siège d'un bénéficiaire institutionnel. Cette justification est valable pour tous les bénéficiaires de l'article 2, alinéa premier, y compris pour les organisations internationales quasi gouvernementales, du fait en particulier que leur financement provient majoritairement de sources publiques et que les tâches attribuées à l'organisation devraient être exercées par les Etats si elles n'étaient pas assumées par l'organisation.

Ainsi, l'Etat hôte accorde des exonérations fiscales aux organismes internationaux afin de ne pas profiter financièrement de la présence sur son territoire de ces organismes financés par l'ensemble des membres et pas seulement par les pouvoirs publics suisses. De même, les personnes appelées en qualité officielle se voient accorder l'exemption des impôts directs, soit sur l'ensemble de leurs revenus et de leur fortune (dans les limites prévues par le droit international), soit uniquement sur les salaires découlant de leur activité internationale. La portée de cette

exonération va dépendre de la fonction occupée par la personne bénéficiaire. L'exemption des impôts indirects dépendra elle aussi du bénéficiaire. Les bénéficiaires institutionnels auxquels l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est accordée ne peuvent en bénéficier que sur les acquisitions de biens et de services à leur usage officiel, comme cela est précisé dans l'Ordonnance relative à la loi sur la TVA (OLTVA).¹⁰⁷ L'exemption de la TVA n'est par ailleurs accordée qu'aux personnes appelées en qualité officielle qui se sont vu accorder le statut diplomatique (agents diplomatiques des représentations étrangères, fonctionnaires consulaires de carrière, hauts fonctionnaires des organisations intergouvernementales), ainsi qu'aux membres de leur famille faisant ménage commun avec elles. Il va de soi que cette exemption de la TVA n'est accordée aux personnes bénéficiaires que pour les acquisitions de biens et de services faites à leur usage strictement personnel. Enfin, la notion d'impôt indirect couvre non seulement la TVA, mais également les droits de timbre, alors que l'impôt anticipé relève quant à lui de la catégorie des impôts directs.

Dans le domaine fiscal, une distinction est en règle générale opérée, dans la pratique suisse, entre les ressortissants suisses et les ressortissants étrangers qui viennent de l'étranger pour accomplir en Suisse leurs fonctions, à moins qu'un traité international n'interdise une telle distinction. Ainsi, conformément à l'article 38 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les membres d'une représentation étrangère qui sont de nationalité suisse ou qui étaient des résidents permanents en Suisse au moment de leur engagement, c'est-à-dire qui bénéficiaient déjà d'un permis de séjour (permis B) ou d'un permis de résidence (permis C), ne jouissent que d'immunités fonctionnelles, mais restent soumis aux impôts en Suisse, et ceci quelles que soient leurs fonctions au sein de la représentation étrangère (agent diplomatique, membre du personnel administratif et technique, membre du personnel de service). Le salaire des domestiques privés des personnes bénéficiaires au sens de l'article 2, alinéa 2, est également exonéré fiscalement lorsque ces domestiques privés ne sont ni ressortissants, ni résidents de l'Etat accréditaire (Etat hôte). Les fonctionnaires internationaux de nationalité suisse ne peuvent bénéficier d'exonérations fiscales qu'à la condition que le bénéficiaire institutionnel qui les emploie ait introduit un système d'imposition interne, pour autant que le droit international permette de poser une telle condition. L'exonération des impôts directs accordée par la Suisse vise alors en quelque sorte à éviter une double imposition. L'ONU, toutes les institutions spécialisées du système des Nations Unies et l'OMC ont instauré une telle imposition interne.

En matière douanière, les bénéficiaires peuvent importer certaines marchandises - en particulier leurs effets de déménagement et les articles destinés à leur usage officiel ou strictement personnel - sans avoir à s'acquitter de droits à l'importation. Là également, des distinctions sont opérées à l'égard des ressortissants suisses.

...

(Suivent des passages ayant trait à la libre disposition de fonds, devises, numéraires et d'autres valeurs mobilières, ainsi qu'à la liberté de mouvement, puis le message s'arrête à l'exemption du régime de sécurité sociale.)

2.3.2.6 Exemption du régime de la sécurité sociale suisse

En règle générale, les conventions internationales créant un organisme international prévoient l'exclusion - pour l'organisme et son personnel - de toute obligation découlant de la législation en matière d'assurances sociales de l'Etat hôte. Les bénéficiaires institutionnels mettent en place leur propre régime de sécurité sociale à l'intention de leur personnel, ceci afin, d'une part, d'assurer une même couverture sociale à leurs employés quel que soit le lieu de leurs activités dans le monde et, d'autre part, de ne pas dépendre de la législation de l'Etat hôte dans la définition des droits sociaux de leurs fonctionnaires. Par ailleurs, ces assurances sociales sont financées par les contributions des membres des organismes internationaux, ce qui justifie la création d'un système propre à l'organisme, du moins lorsque celui-ci a atteint une certaine "masse critique" quant au nombre de personnes couvertes par un tel système d'assurances sociales. Il est donc logique que les personnes couvertes par le régime de sécurité sociale propre à l'organisation qui les emploie soient exemptées du régime de sécurité sociale de l'Etat hôte, afin d'éviter que les intéressés ne soient soumis à deux régimes cumulativement, et donc à l'obligation de verser deux fois des cotisations sociales.

En vertu des accords de siège, l'organisme international n'est pas soumis, en tant qu'employeur, aux assurances sociales suisses (...). Les fonctionnaires qui n'ont pas la nationalité suisse ne sont pas soumis à la législation Les accords de siège que la Suisse conclut exemptent les fonctionnaires internationaux - quelle que soit leur nationalité - de l'assurance-accidents obligatoire suisse seulement si l'organisation leur accorde une protection équivalente contre les suites d'accidents professionnels et non professionnels et les maladies professionnelles. Les fonctionnaires internationaux ne sont en outre pas soumis à la législation suisse sur l'assurance-maladie obligatoire.

Les fonctionnaires de nationalité suisse ne sont considérés comme n'étant pas assurés obligatoirement ... qu'à condition qu'ils soient affiliés à un système de prévoyance prévu par l'organisme qui les emploie. Ils conservent toutefois la possibilité d'adhérer, à titre volontaire ..., étant entendu qu'une telle affiliation individuelle n'entraîne aucune contribution financière obligatoire de la part de l'organisme employeur. Ces modalités font l'objet d'un échange de lettres entre la Suisse et l'organisme concerné en parallèle à la conclusion de l'accord de siège.¹⁰⁸

La situation des représentations diplomatiques et consulaires au regard des assurances sociales se présente de manière un peu différente de celle des organismes internationaux. En effet, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la convention de Vienne sur les relations consulaires posent comme principe l'exemption des dispositions de sécurité sociale en vigueur dans l'Etat accréditaire. Toutefois, ces dispositions ne sont pas directement applicables à l'égard des Etats avec lesquels la Suisse a conclu des accords bilatéraux de sécurité sociale, lesquels

¹⁰⁷ (Ordonnance du 29 mars 2000) RS 641.201.

¹⁰⁸ Voir l'Arrêté fédéral du 22 mars 1996 déléguant au Conseil fédéral la compétence de conclure avec des organisations internationales des accords relatifs au statut des fonctionnaires internationaux de nationalité suisse en matière d'assurances sociales suisses ... (RO 1996, p. 2116).

règlent en général, dans les relations entre la Suisse et lesdits Etats, le statut au regard des assurances sociales des membres des représentations diplomatiques et consulaires de ces Etats, respectivement la situation en matière de sécurité sociale des ressortissants de ces Etats travaillant sur le territoire suisse pour des représentations diplomatiques ou consulaires d'Etats tiers. L'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes conclu avec la Communauté européenne et les Etats membres prévoit également des dispositions particulières pour les Etats Parties à l'accord¹⁰⁹ par un renvoi au Règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.¹¹⁰ Conformément à la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), telle qu'amendée par l'Accord de Vaduz du 21 juin 2001,¹¹¹ le règlement 1408/71 susmentionné s'applique également dans les relations entre les Etats membres de l'AELE.

La situation des domestiques privés des internationaux au regard des assurances sociales a suscité des questions dans le cadre de la (procédure de) consultation, s'agissant de trouver le moyen de protéger cette catégorie de travailleurs. 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 a été mise à jour le 1^{er} mai 2006;¹¹² elle précise que les domestiques privés sont en principe affiliés obligatoirement en Suisse aux assurances sociales, à moins de pouvoir, en vertu du droit international applicable, être affiliés à la sécurité sociale d'un autre Etat. Les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires prévoient que ce type de personnel est exempté du régime suisse d'assurances sociales à condition que le domestique privé ne soit pas ressortissant suisse ou n'ait pas sa résidence permanente en Suisse au moment de son engagement et qu'il soit soumis aux dispositions de sécurité sociale dans un autre Etat. Cependant, ce principe général est largement rendu inapplicable par les règles spéciales découlant des conventions bilatérales de sécurité sociale auxquelles la Suisse est Partie, ainsi que par les traités mentionnés au paragraphe précédent, qui imposent généralement l'affiliation du domestique privé au régime d'assurances sociales du lieu de son activité professionnelle (avec certaines possibilités d'option). Le Conseil fédéral n'a pas l'intention d'exempter les domestiques privés du régime suisse des assurances sociales lorsqu'il n'y est pas contraint par des règles de droit international.

(Le message passe ensuite aux prescriptions sur l'accès à la Suisse et le séjour, ainsi qu'à l'exemption du service public et des charges militaires, de même qu'aux facilités qui sont accordées aux personnes accompagnantes, notamment en ce qui concerne l'accès au marché du travail. Puis il examine l'étendue des privilèges, immunités et facilités.)

2.3.3 Etendue des privilèges, immunités et facilités (article 4)

Comme cela a déjà été souligné, le droit international prévoit une pondération des privilèges, immunités et facilités selon la nature du bénéficiaire institutionnel et les fonctions de la personne appelée en qualité officielle auprès de lui. Cette pondération est déjà effectuée actuellement et tous les bénéficiaires institutionnels de l'article 2, alinéa premier, ne bénéficieront pas dans la même mesure des privilèges, immunités et facilités prévus à l'article 3. De même, les personnes mentionnées à l'article 2, alinéa 2, ne seront pas non plus mises au bénéfice de l'ensemble des privilèges, immunités et facilités envisagés.

Il appartiendra au Conseil fédéral, conformément à l'article 4, de moduler le statut juridique qu'il accordera aux différents bénéficiaires en fonction de leur importance dans les relations internationales multilatérales. Pour ce faire, il devra bien entendu tenir compte des obligations découlant pour lui des règles du droit international applicables - en particulier des traités auxquels la Suisse est Partie. Il tiendra également compte des privilèges, immunités et facilités consentis jusqu'à présent.

L'article 4, alinéa 2, prévoit, conformément à la pratique, que l'exonération des impôts directs ne sera accordée aux ressortissants suisses qu'à la condition que le bénéficiaire institutionnel auprès duquel ils sont appelés ait introduit un système d'imposition interne effective, pour autant que le droit international permette une telle limitation. Actuellement, toutes les organisations internationales qui emploient des ressortissants suisses au bénéfice de l'exonération des impôts directs ont introduit un système d'imposition interne effective. Comme jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'accordera une telle exemption aux ressortissants suisses que si elle est liée à une imposition interne au sein de l'organisation concernée, à moins que des règles de droit international, telles qu'un protocole multilatéral réglant les privilèges et immunités de l'organisation, ne lui interdisent de poser une telle condition. L'article 4, alinéa 3, spécifie que l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) ne sera accordée, comme c'est le cas actuellement, qu'aux personnes qui jouissent d'un statut diplomatique. Conformément à l'article 20, alinéa 2, de l'Ordonnance du 29 mars 2000 relative à la TVA (OLTVA),¹¹³ les ressortissants suisses n'ont pas droit au dégrèvement de la TVA. L'Ordonnance du 23 août 1989 concernant les privilèges douaniers des missions diplomatiques à Berne et des postes consulaires en Suisse¹¹⁴ et l'Ordonnance du 13 novembre 1985 concernant les privilèges douaniers des organisations internationales, des Etats dans leurs relations avec ces organisations et des missions spéciales d'Etats étrangers¹¹⁵ ne sont pas applicables aux personnes de nationalité suisse (articles 39, respectivement 41, desdites ordonnances).

¹⁰⁹ RS 0.142.112.681.

¹¹⁰ RS 0.831.109.268.1.

¹¹¹ RS 0.632.31.

¹¹² La Directive peut être consultée aux adresses Internet suivantes: www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intorg/un/unge/gepri.html et www.dfae.admin.ch/protocole.

¹¹³ RS 641.201.

¹¹⁴ RS 631.144.0.

¹¹⁵ RS 631.145.0.

Comme mentionné ci-dessus, il appartiendra au Conseil fédéral de déterminer l'étendue personnelle et matérielle des privilèges, immunités et facilités de l'article 3. Le Conseil fédéral a choisi toutefois de spécifier au niveau de la loi certaines limites concernant les exonérations fiscales et douanières dans un souci de transparence, compte tenu de l'importance de ce domaine et de l'impact qu'il peut avoir notamment pour les cantons. On ne saurait en déduire *a contrario* que le Conseil fédéral ne peut pas déterminer l'étendue personnelle et matérielle des autres privilèges et immunités qui font l'objet de l'article 3.

Selon la pratique actuelle, les organisations intergouvernementales et les institutions internationales peuvent conclure avec le Conseil fédéral un accord de siège fixant les privilèges et immunités d'usage pour l'organisation, respectivement l'institution elle-même, et pour les personnes appelées en qualité officielle. Alors que l'organisation ou l'institution se voit accorder l'inviolabilité des locaux, biens, archives, documents, etc., ainsi que l'exonération des impôts directs et indirects, son personnel est divisé en différentes catégories. Les hauts fonctionnaires se voient attribuer le statut diplomatique et les autres fonctionnaires des privilèges et immunités fonctionnels, y compris l'exonération fiscale sur les salaires.

La convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques prévoit un statut juridique différent selon qu'il s'agit des agents diplomatiques, du personnel administratif et technique ou du personnel de service de la mission diplomatique. Les autres conventions internationales établissent des différences analogues.

Ainsi que cela a été relevé plus haut, le Conseil fédéral a conclu des accords de nature fiscale avec des organisations internationales quasi gouvernementales. Alors que les accords de siège régissent l'ensemble du statut juridique en Suisse des organismes avec lesquels ils ont été conclus, les accords de nature fiscale règlent uniquement le statut fiscal de l'organisation (exonération des impôts directs et indirects fédéraux, cantonaux et communaux, l'exonération de la TVA étant limitée aux acquisitions de biens et de services à l'usage officiel de l'organisation) et de son personnel étranger en Suisse (exonération des impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux sur les salaires); ils contiennent également des dispositions sur la situation du personnel non suisse au regard des assurances sociales suisses lorsque ce personnel n'est pas soumis à l'impôt dans notre pays. Les ressortissants suisses, quant à eux, ne bénéficient pas d'exonération fiscales particulières, ni d'exemptions du régime d'assurances sociales. En règle générale, l'accord de nature fiscale réserve le principe de la progressivité (taux global), à savoir la possibilité pour les autorités fiscales de tenir compte des revenus exonérés pour déterminer le taux d'impôt applicable aux revenus non exonérés du personnel de l'organisation. Le Conseil fédéral a l'intention de poursuivre sa pratique en la matière. Il n'est cependant pas exclu qu'il soit amené à l'avenir à accorder à ce type d'organisation certains privilèges et immunités de nature diplomatique (par exemple l'immunité de juridiction et d'exécution en faveur de l'organisation elle-même) en sus des exonérations fiscales déjà consenties.

Le statut juridique des missions diplomatiques, des postes consulaires, des missions permanentes et des missions spéciales découle des conventions internationales applicables et la conclusion d'un accord spécifique n'est dès lors pas nécessaire.

S'agissant des conférences internationales, le Conseil fédéral a pour pratique de décider sur une base unilatérale le statut qu'il y a lieu d'accorder à une conférence et à ses participants en l'absence d'un accord de siège avec l'entité organisatrice ou d'un traité international comportant des obligations à la charge de l'Etat hôte. En règle générale, le DFAE confirme par écrit à l'organisateur de la conférence l'octroi des privilèges et immunités d'usage, soit, selon la pratique actuelle, l'application à la conférence et à ses participants de la convention sur les missions spéciales et, pour le secrétariat de la conférence, l'application par analogie des dispositions pertinentes de l'accord de siège régissant le statut juridique de l'ONU en Suisse.¹¹⁶ Le DFAE a été à plusieurs reprises confronté à des demandes visant à conclure un accord sur l'octroi des privilèges, immunités et facilités à la conférence, car certains des organisateurs ont pour pratique de conclure des accords formels en la matière et entendent l'appliquer de manière uniforme à tous les Etats dans lesquels ils tiennent une conférence. Il est donc envisagé à l'avenir que des accords puissent être conclus en la matière lorsque cela s'avère nécessaire. Les privilèges et immunités accordés aux conférences internationales et à leurs participants ne devraient pas engendrer de conséquences fiscales, s'agissant particulièrement des personnes physiques. En effet, les personnes qui ne résident pas habituellement en Suisse ne créent pas de rattachement pour imposition avec la Suisse en raison de la courte durée de leur séjour, lié à leur participation à ladite conférence. Les ressortissants suisses et les résidents permanents demeurent quant à eux soumis aux règles fiscales ordinaires.

Selon la pratique actuelle, seuls les participants aux conférences qui représentent des Etats ou des organisations intergouvernementales peuvent se voir accorder des privilèges, immunités et facilités. Les représentants des organisations internationales non gouvernementales (OING) et du secteur privé ne bénéficient d'aucun statut particulier. Or, l'évolution actuelle au plan international tend à associer toujours d'avantage les OING et le secteur privé en tant que membres à part entière de la conférence et de moins en moins en tant que simples observateurs. Il découle de cette évolution que des organisations intergouvernementales ont demandé à la Suisse d'accorder à ce type de participants des privilèges et immunités pour leur garantir qu'ils ne seront pas poursuivis en raison des propos qu'ils peuvent tenir lors de leurs discours au sein de la conférence. La Suisse a toujours refusé l'octroi à un statut privilégié aux représentants des OING et du secteur privé participant à une conférence internationale. Il n'est toutefois pas exclu que l'octroi d'un statut privilégié aux représentants des OING soit une condition préalable posée à la tenue de la conférence internationale en Suisse. Il pourrait alors être envisagé, si les circonstances le justifient, d'accorder à ce type de participants une immunité de juridiction restreinte quant à sa portée et pour la seule durée de la conférence; il y aura lieu, dans cette hypothèse, de convenir avec les responsables de la conférence internationale des modalités de levée de cette immunité pour le cas où un représentant d'une OING abuserait de la protection qui lui serait ainsi

¹¹⁶ RS 191.2.

consentie. Le statut particulier qui pourrait être conféré aux représentants des OING participant à une conférence internationale déterminée serait consenti en faveur de la conférence internationale concernée et non pas en faveur de l'OING en tant que telle.

L'étendue des privilèges, immunités et facilités consentis à un secrétariat ou tout autre organe créé par un traité international devrait correspondre au statut accordé à une organisation intergouvernementale et faire l'objet d'un accord de siège, étant donné les similitudes entre ces types d'organismes. Il en sera de même pour le tribunal international et le tribunal arbitral, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires en raison des fonctions particulières attribuées à un tribunal notamment s'agissant du statut applicable aux parties et aux avocats. Il convient de souligner à cet égard que les traités internationaux ou résolutions de l'ONU à l'origine des tribunaux internationaux existants fixent déjà très clairement les obligations des Etats en la matière. Ces documents déterminent une pratique internationale généralement reconnue et serviront certainement de bases à la création d'éventuels autres tribunaux internationaux. La Suisse se fondera sur les standards du droit international, et en particulier sur les dispositions prévues en faveur de la Cour pénale internationale, pour déterminer le moment venu l'étendue des privilèges, immunités et facilités qu'il y aura lieu d'accorder à un tribunal international qui établirait son siège en Suisse. En principe et sous réserve de dispositions différentes de l'acte constitutif du tribunal, d'un protocole sur les privilèges et immunités ou de tout autre traité international, les ressortissants suisses et les résidents permanents en Suisse qui ne feraient pas partie du personnel du tribunal devraient rester soumis aux règles ordinaires du droit fiscal applicable; ceci pourrait concerner par exemple les avocats des parties qui seraient établis en Suisse et seraient appelés à plaider devant un tribunal international en Suisse.

L'étendue des privilèges, immunités et facilités de la commission indépendante sera, comme jusqu'à présent, déterminée par le Conseil fédéral. Selon la pratique actuelle, la commission indépendante, ses membres et les membres de son secrétariat, ainsi que les experts auxquels elle pourrait faire appel se voient appliquer par analogie les dispositions pertinentes de l'accord de siège conclu avec l'ONU. Toutefois, l'exonération fiscale n'est pas accordée aux personnes de nationalité suisse qui travaillent pour le compte de la commission ou de son secrétariat. Conformément à la pratique suivie jusqu'à présent, les résidents permanents (bénéficiaires d'un permis B ou C lors de leur engagement au sein de la commission indépendante ou de son secrétariat) jouissent des mêmes privilèges, immunités et facilités que les autres étrangers membres de la commission, ceux de son secrétariat ou ses experts.

Enfin, s'agissant de l'autre organisme international, le Conseil fédéral devra déterminer les privilèges, immunités et facilités à lui accorder en tenant compte du caractère exceptionnel de ces cas et des circonstances prévalant au moment de l'examen d'un cas particulier. Les privilèges, immunités et facilités seront les plus restreints possibles et pourraient comporter, outre l'inviolabilité des bâtiments, archives, documents, etc. en faveur de l'organisme, notamment une exonération des impôts directs et indirects en faveur de l'organisme lui-même, voire une exonération des impôts directs sur les salaires versés au personnel non suisse de l'organisme, pour autant qu'il ne s'agisse pas de résidents permanents. En tous les cas, les privilèges, immunités et facilités consentis devront répondre à un réel besoin au regard des circonstances juridiques et politiques prévalant lors de la décision.

(Après avoir consacré un bref passage à la durée des privilèges, immunités et facilités - article 5 du projet de loi - le message en aborde les conditions d'octroi, traitées à l'article 6 du projet:)

2.3.5 Conditions d'octroi des privilèges, immunités et facilités

2.3.5.1. Conditions générales (article 6)

L'article 6 prévoit certaines conditions générales - cumulatives - qui doivent être remplies par tous les bénéficiaires institutionnels de l'article 2, alinéa premier, qui souhaitent se voir accorder des privilèges, immunités et facilités en Suisse. Le fait pour un organisme de remplir les conditions posées par la loi sur l'Etat hôte ne confèrera à ce dernier aucun droit subjectif à obtenir des privilèges, immunités et facilités, sous réserve des droits et obligations découlant à cet égard de traités internationaux auxquels la Suisse est Partie, à commencer par les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires ou les traités constitutifs d'organisations intergouvernementales qui prévoient des dispositions en la matière à charge des Etats membres. Le projet de loi retient des formules potestatives, de sorte qu'il s'agira de déterminer dans chaque cas particulier s'il est opportun en l'espèce d'accorder à un tel organisme les privilèges, immunités et facilités correspondants.

Ainsi, ils doivent avoir un siège en Suisse ou y exercer des activités. En effet, les décisions que la Suisse peut prendre en la matière ou les accords de siège qu'elle peut conclure n'ont d'effets que sur le territoire suisse puisqu'un Etat ne saurait imposer des obligations à un autre Etat qui ne serait pas Partie à un accord international. La loi sur l'Etat hôte doit permettre de régler le statut juridique des organismes qui établissent un siège en Suisse. Toutefois, des organisations ayant leur siège dans un autre Etat peuvent également avoir certaines activités en Suisse sans y établir un siège, notamment s'agissant de tenir régulièrement dans notre pays des réunions des organes, groupes de travail, etc. dans le cadre du mandat qui leur est attribué par leur acte constitutif. Tel est par exemple le cas d'une organisation intergouvernementale comme l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) dont le siège est à Rome, mais qui tient régulièrement en Suisse des réunions internationales. Les personnes bénéficiaires de privilèges, immunités et facilités doivent également soit résider en Suisse, soit y exercer des activités sans pour autant y établir leur domicile légal. Il peut s'agir de personnes actives en Suisse de façon temporaire, mais également de fonctionnaires internationaux qui, travaillant à Genève, auraient décidé de résider en France voisine. Il va de soi que le régime juridique qui leur est consenti par la Suisse ne saurait imposer des obligations à la France dans un tel contexte.

Les bénéficiaires institutionnels doivent bien entendu poursuivre des buts non lucratifs d'utilité internationale. Cette notion est celle qui est utilisée dans la Convention européenne du 24 avril 1986 sur la reconnaissance de la personnalité

juridique des organisations internationales non gouvernementales,¹¹⁷ entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1991. Ce critère permet de distinguer les bénéficiaires au sens de la loi sur l'Etat hôte des sociétés commerciales ou d'autres entités qui ont pour but de distribuer les bénéfices économiques entre les membres. Un bénéficiaire institutionnel peut cependant, sans changer de nature, faire des bénéfices à l'occasion d'une opération déterminée (vente d'une publication par exemple), pour autant que cette opération serve à réaliser un but non lucratif. C'est ainsi que l'ONU peut vendre, dans les locaux de son siège genevois, des publications en lien avec ses activités ou qu'elle est autorisée à émettre des timbres-poste par exemple. Le but poursuivi par le bénéficiaire doit également avoir une utilité internationale et non pas simplement nationale ou locale. Autrement dit, le but doit être utile à la communauté internationale. Sont donc exclues des entités telles que les partis politiques ou les autres organisations politiques dont les buts et les activités sont centrés sur les problèmes internes d'un pays donné.¹¹⁸

Il découle de ce but d'utilité internationale que le bénéficiaire institutionnel doit exercer des activités dans le domaine des relations internationales. Par ailleurs, sa présence sur le territoire suisse doit avoir un intérêt particulier pour la Suisse. Cette présence peut être temporaire ou permanente et l'intérêt de la Suisse à cet égard peut être de nature politique ou directement lié aux activités du bénéficiaire.

L'article 56, lettre g, de la Loi sur l'impôt fédéral direct¹¹⁹ et l'article 23, alinéa premier, lettre f, de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹²⁰ contiennent une disposition analogue. Ils prévoient que les personnes morales qui poursuivent des buts de service public ou d'utilité publique sont exonérées de l'impôt fédéral direct - respectivement des impôts cantonaux - sur le bénéfice exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts. DANIELLE YERSIN, dans la *Revue fiscale suisse* n° 5/2002, page 316, précise à cet égard: "La doctrine et la jurisprudence considèrent que la notion de 'but d'utilité publique' se caractérise par deux éléments: l'intérêt général que doit présenter l'institution qui prétend à l'exonération et le désintéressement de son activité. Est d'intérêt général l'activité déployée en faveur et à l'avantage de la communauté internationale et reconnue comme telle par l'opinion publique. L'intérêt général comprend dès lors ce qui est considéré par des cercles relativement larges de la population comme nécessaire, souhaitable et utile à la collectivité, c'est-à-dire à un cercle indéterminé de bénéficiaires. Les tâches d'utilité publique ne sont pas limitées à celles dont se chargerait l'Etat, la poursuite de l'intérêt général n'étant pas réservée à celui-ci. Quant au caractère désintéressé de l'activité, il est réalisé lorsque les membres de l'institution consentent des sacrifices financiers, c'est-à-dire lorsqu'ils font des prestations ou renoncent à une contre-prestation ou à un 'bénéfice personnel' (D. YERSIN, *Le statut fiscal des partis politiques, de leurs membres et sympathisants*, Archives (de droit fiscal suisse, vol. 58, 1989), pp. 97, 104 et nombreuses références). Enfin, l'affectation de la fortune et du revenu d'une corporation ou d'un établissement à des buts d'utilité publique suppose d'une part qu'ils soient consacrés irrévocablement à de tels buts d'après les statuts et, d'autre part, qu'ils soient effectivement utilisés dans ces buts (ATF 120 Ib 374, c. 2b)."

Les définitions retenues pour les termes utilisés dans la LIFD et la LHID devront servir, *mutatis mutandis*, aux autorités compétentes pour l'interprétation de la notion de buts non lucratifs retenue dans la loi sur l'Etat hôte.

(Ici le message étudie les conditions supplémentaires spécifiques à certains bénéficiaires - articles 7 à 15 du projet de loi - pour aborder ensuite d'autres domaines, tels que l'acquisition d'immeubles à des fins officielles ainsi que l'aide financière et les autres mesures de soutien pouvant être prises par l'Etat hôte - voir les articles 16 à 17 et 18 à 23 du projet. Le dernier passage du message reproduit ici touche au statut des organisations non gouvernementales:)

2.6.1 Principes (article 24)

Les organisations internationales non gouvernementales (OING) occupent une place toujours plus importante dans les relations internationales. Elles sont notamment souvent invitées à participer à des conférences internationales et à contribuer aux travaux des organisations intergouvernementales ou des institutions internationales. Les Etats les consultent plus fréquemment et plus régulièrement.

Jusqu'à présent, les OING n'ont bénéficié d'aucune reconnaissance spécifique au niveau du droit fédéral. Sans être mentionnées expressément, elles se voient appliquer des dispositions relatives aux associations et fondations (articles 60 et suivants du Code civil¹²¹ ou aux personnes morales d'utilité publique (notamment dans le cadre des législations fiscales). Il s'agit maintenant de leur accorder une reconnaissance politique en tant qu'acteurs dans le domaine de la politique d'Etat hôte.

Pour autant, cette reconnaissance ne confère pas aux OING le droit de réclamer des privilèges et immunités. C'est pourquoi elles ne figurent pas dans la liste des bénéficiaires de l'article 2. Néanmoins, l'article 24 permet à la Confédération de faciliter l'établissement et les activités des OING en Suisse, dans les limites du droit applicable, lorsqu'elles représentent un intérêt particulier dans le cadre de la politique d'Etat hôte. La loi sur l'Etat hôte rappelle que les OING bénéficient des mesures prévues par les autres lois fédérales, telles que la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ou les dispositions relatives à l'engagement de personnel étranger, étant entendu que les conditions d'octroi et les compétences déterminées par lesdites lois fédérales doivent être respectées. L'OING pourra notamment demander à bénéficier de dispositions telles que l'article 56, lettre g, LIFD, aux conditions posées par la LIFD, la décision étant prise par les autorités compétentes désignées par la LIFD. Il n'est pas envisagé d'accorder des exemptions fiscales en

¹¹⁷ RS 0.192.111.

¹¹⁸ Voir le Message relatif à l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe du 24 avril 1986 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales (Série des traités européens, n° 124) (FF 1989 III 1473 et ss).

¹¹⁹ (Loi du 14 décembre 1990) RS 642.11.

¹²⁰ (Loi du 14 décembre 1990) RS 642.14.

¹²¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

application de cette disposition à des organisations qui exerceraient des activités commerciales principales, dès lors qu'elles ne rempliraient pas les conditions posées par la LIFD.

Dans le cadre de la (procédure de) consultation, la situation des fédérations sportives internationales a été soulignée. En tant qu'OING, elles occupent en effet une place particulière dans le monde du sport, tant dans le sport d'élite que dans la promotion d'activités sportives au sein de la population. Elles sont très différentes les unes des autres, notamment quant à leurs capacités financières et leurs modes de fonctionnement. Certains auraient souhaité que leur soient appliqués des critères particuliers supplémentaires, notamment par une modification de la LIFD, afin de leur imposer l'obligation de présenter leurs bilans et les salaires versés à leurs dirigeants. Dans la mesure où les fédérations sportives internationales ne sont pas des bénéficiaires de privilèges et immunités au sens de l'article 2 et où les exonérations fiscales dont elles pourraient bénéficier découlent de la LIFD, le Conseil fédéral est d'avis que les modifications de la LIFD demandées relèvent de la politique fiscale et non de la politique d'Etat hôte. Par ailleurs, il faut éviter de créer, par ce moyen, une inégalité de traitement entre les OING pouvant prétendre à se voir appliquer l'article 56, lettre g, LIFD. En conséquence, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu d'intégrer de telles modifications de la LIFD en marge de l'adoption de la loi sur l'Etat hôte.

2.6.2 Définition de l'OING (article 25)

Les différences essentielles entre l'OING et l'ONG classique relèvent du cercle géographique de leurs activités et de leurs membres. La définition de l'OING donnée à l'article 25 vise tout d'abord à distinguer l'ONG classique, active au niveau national ou régional, de l'OING qui exerce une activité effective dans plusieurs Etats. Par ailleurs, compte tenu du grand nombre d'OING existantes qui œuvrent dans des domaines très divers d'intérêt particulier pour la société civile, il est nécessaire de déterminer le cercle des OING pouvant se voir accorder les facilités prévues par le droit fédéral en raison de leur intérêt pour la politique d'Etat hôte de la Confédération, sans toutefois restreindre la portée des autres lois fédérales.

L'article 25 rappelle que l'OING doit, comme l'ONG, être constituée en la forme de l'association ou de la fondation de droit suisse et jouir ainsi d'une capacité juridique en droit interne. Elle doit cependant avoir des membres de différentes nationalités et mener des activités effectives dans plusieurs Etats, pour marquer son caractère international. L'OING doit poursuivre des buts de service public ou d'utilité publique, se distinguant ainsi de l'organisme économique ou politique (...). Elle doit collaborer avec une organisation intergouvernementale ou une institution internationale; une telle collaboration peut être déterminée par un statut d'observateur, mais il peut également s'agir d'autres formes de collaboration, telles que la participation à des groupes de travail, des programmes, etc. Enfin, la présence de l'OING sur le territoire suisse doit présenter un intérêt particulier pour la Suisse."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 13 septembre 2006, relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières, accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte. FF 2006, p. 7603 (7616-7619, 7620-7621, 7622-7623, 7625, 7626, 7627-7629, 7630-7632, 7633-7635, 7637-7640, 7641-7643, 7655-7656).

7.2. Valise diplomatique

Extrait d'une communication de la DDIP:

"La Suisse n'autorise pas que sa valise diplomatique soit passée par les rayons X. Selon l'article 27, alinéa 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD),¹²² la valise diplomatique n'est pas inviolable en soi; elle ne peut cependant être ni ouverte ni retenue. En revanche, ce qui est inviolable, c'est la correspondance officielle de la mission diplomatique (cf. article 27, alinéa 2, CVRD). Et là, le fait de passer la valise diplomatique aux rayons X et, par conséquent, la correspondance diplomatique, peut constituer une violation de la convention de Vienne.

Il est vrai que, de nos jours, les machines des rayons X ne permettent pas encore de lire la correspondance diplomatique, mais cela ne saurait tarder. Si on ne peut lire la correspondance, on peut en revanche détecter de manière précise le contenu de la valise ou celui du sac.

Il convient de rappeler la prise de position de la Suisse au MAE (Ministère des affaires étrangères de l'Etat U.) et, au besoin, de se joindre à une démarche commune de la communauté diplomatique. Dans les années 90, (les pays Y. et Z.) avaient adopté la même attitude que (U.) et une intervention de la Suisse, soutenue par la communauté diplomatique dans ces pays, les a fait changer d'avis. (Nous ne savons) pas si vous aurez le même succès! Les interventions de la France et de la Fédération de Russie n'auront pas fait fléchir le MAE (de U.) pour le moment.

Encore une précision au sujet de la pratique suisse. La Suisse admet que la valise diplomatique soit passée au détecteur de métal. Nous sommes de l'avis que, dans ce cas-là, il n'y a pas de violation de la convention de Vienne."

Communication de la DDIP à une ambassade de Suisse à l'étranger, du 7 juillet 2006. Document inédit.

7.3 Fonctions diplomatiques et consulaires: exercice de fonctions d'officier d'état civil et de légalisation d'actes d'état civil

Voici un avis de droit de la DDIP définissant la compétence des représentations étrangères en matière d'état civil et de légalisation d'actes officiels:

¹²² Convention du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

"La question doit être examinée, d'une part, sous l'angle des fonctions diplomatiques et consulaires telles qu'elles sont définies par le droit international général et, plus spécifiquement, par le droit diplomatique et consulaire et, d'autre part, sous l'angle du droit interne suisse. Par ailleurs, comme nous l'expliquons ci-dessous, il y a lieu de distinguer entre l'exercice de fonctions d'officier d'état civil et la légalisation d'actes d'état civil.

1. L'article 5, lettre f, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹²³ dispose que: "(l)es fonctions consulaires consistent à ... f. Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas."

S'agissant de *l'accomplissement de fonctions d'officiers d'état civil* par des représentations diplomatiques et consulaires en Suisse, la pratique suisse actuelle est claire et trouve son expression dans la note générale adressée le 8 février 1995 à toutes les représentations étrangères accréditées en Suisse: *les représentations diplomatiques et consulaires ne sont pas autorisées à accomplir en Suisse des fonctions qui sont réservées aux officiers d'état civil*, telles la célébration de mariages et la reconnaissance d'un enfant.

2. S'agissant de la *légalisation d'actes*, y compris d'actes d'état civil, la réponse est moins évidente. La légalisation, au sens strict et telle qu'elle est définie par la Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (RS 0.172.030.4), constitue la formalité destinée à attester la véracité de la signature apposée sur un acte. La légalisation est généralement considérée comme un acte administratif, quelle que soit la qualité du légalisateur (magistrat, officier public ou fonctionnaire). La légalisation relève du droit notarial et, en Suisse, elle est laissée à la compétence des cantons. Chaque canton détermine les actes qui doivent être légalisés.

Du point de vue du droit international, il convient de déterminer, en application de l'article 5, lettre f, de la convention de Vienne susmentionnée, si rien ne s'oppose à ce que les représentations diplomatiques et consulaires étrangères procèdent en Suisse à des légalisations.

Nous pouvons relever, en premier lieu, que le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 (RS 191.1) prévoit, aux articles 26 et suivants, que les représentations suisses sont habilitées à légaliser les sceaux et signatures officiels apposés par les autorités fédérales et cantonales, par les autorités de l'Etat accréditaire qui ont leur siège dans la circonscription consulaire et par les représentations d'Etats étrangers établies dans la circonscription consulaire. Elles sont également habilitées à légaliser la signature des ressortissants suisses sur des actes sous seing privé, de même que les signatures apposées par des étrangers, à moins que les lois de l'Etat accréditaire ne s'y opposent. Ainsi, l'ensemble de nos représentations sont habilitées à légaliser des signatures, alors qu'elles ne sont pas autorisées à exercer des fonctions d'état civil (seules quelques-unes l'étaient jusqu'au 31 décembre 2005 mais, par la modification du 9 décembre 2005 de l'Ordonnance sur l'état civil,¹²⁴ les quatre arrêtés fédéraux qui autorisaient quelques représentations à exercer des fonctions d'état civil ont été abrogés). *Cette réglementation démontre dès lors que les autorités suisses distinguent entre les actes de légalisation et les actes faisant partie des fonctions d'officier d'état civil.*

3. Au-delà des conventions bilatérales et multilatérales qui règlent les exigences en matière de légalisation entre Etats, la légalisation d'un acte par une représentation étrangère n'est interdite ni par le droit international général, ni par le droit consulaire, ni par le droit interne suisse. A la lumière des principes de bonne foi et de réciprocité qui président aux relations internationales, il nous semble qu'on ne peut exclure la légalisation d'un acte par une représentation étrangère. ETIENNE BOURGNON, dans son article *La légalisation des signatures en droit suisse et international*, in: *Revue suisse du notariat et du registre foncier* (68^e année) 1987, pp. 73 et ss) affirme d'ailleurs que la légalisation est une fonction consulaire admise par la coutume internationale. *Les représentations étrangères ne sont ainsi pas, à priori, privées de toute fonction de légalisation, comme elles le sont des fonctions d'officier d'état civil.*

4. Dans (un) courrier du 20 octobre 2003 ..., le Directeur cantonal genevois de l'état civil indiquait qu'à l'exception des pays de l'Union européenne, des pays membres de la Commission internationale de l'Etat civil,¹²⁵ des pays ayant signé la Convention de La Haye sur l'apostille¹²⁶ et des pays du Nord de l'Amérique, les autorités genevoises exigent des documents légalisés par le (ministère des affaires étrangères) concerné ainsi que par nos représentations diplomatiques à l'étranger. Les explications fournies par l'état civil genevois à une telle exigence sont, d'une part, la garantie d'une certaine fiabilité des pièces présentées et, d'autre part, qu'une autre manière de procéder ne leur permettrait plus d'exiger des documents émis par les autorités administratives d'un pays et qu'il faudrait se "contenter de documents délivrés par les représentations étrangères en Suisse, mettant en doute la fiabilité des inscriptions d'état civil basées sur des pièces établies par ces représentations".

Or, comme indiqué plus haut, la question n'est pas la délivrance de documents d'état civil par une représentation étrangère - conformément à la pratique suisse, elle n'est pas compétente pour ce faire - mais bien la légalisation de tels documents qui émanent précisément des autorités administratives d'un pays. Nous sommes ainsi d'avis qu'en présence d'un acte d'état civil officiel, établi par l'autorité compétente du pays X, et d'une déclaration de la représentation du pays X selon laquelle l'acte est authentique et dûment enregistré par les autorités de son Etat et d'une légalisation des signatures et sceaux apposés sur cet acte par ladite représentation, cela devrait permettre aux autorités cantonales de l'état civil de reconnaître, dans un cas concret, un tel acte, sans qu'il n'y ait aucune violation du

¹²³ RS 0.191.02.

¹²⁴ Ordonnance du 28 avril 2004 (RS 211.112.2).

¹²⁵ Organe établi par le Protocole relatif à la Commission internationale de l'état civil, du 25 septembre 1950 (RS 0.203).

¹²⁶ Il s'agit de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (RS 0.172.030.4).

droit international, ni (d) droit suisse, sous réserve des éventuelles exigences supplémentaires posées par le droit cantonal."

Communication de la DDIP à l'Office de l'état civil du Département fédéral de justice et police, du 6 février 2006. Document inédit.

7.4 Statut juridique du personnel de service et des domestiques privés engagés par les représentations d'Etats étrangers. Immunité de juridiction des Etats étrangers

Voici une note élaborée par la DDIP qui a pour but de clarifier le régime juridique du personnel au service de la résidence du chef de mission ou de poste (personnel de service) et engagé par l'Etat accréditant ou d'envoi, d'une part, et des personnes engagées par le chef de mission ou de poste lui-même (domestiques privés), d'autre part. Selon la DDIP, cette distinction est importante car les deux catégories jouissent, d'après la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02), de statuts juridiques différents; de plus entraîne-t-elle un traitement différent en cas de litiges entre employeurs et employés.

"1. Définitions

Personnel de service: personnel de la mission diplomatique/du poste consulaire employé au service domestique de la mission/du poste et qui est engagé par l'Etat accréditant/Etat d'envoi (article premier, lettre g, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques; article premier, lettre f, Convention de Vienne sur les relations consulaires). Il peut s'agir de personnel affecté au service de la mission elle-même ou au service de la résidence du chef de mission/poste.

A l'origine, le personnel de service engagé par l'Etat accréditant/d'envoi avait généralement la nationalité de cet Etat et faisait partie du personnel de carrière transférable de celui-ci. La pratique des Etats a toutefois évolué et ceux-ci, notamment en raison des coûts liés aux transferts de personnel, engagent de moins en moins souvent du personnel de service de carrière pour l'accomplissement de tâches subalternes (chauffeur, jardinier, etc.). Compte tenu de cette évolution, sur le plan de la terminologie, la Suisse distingue au sein du personnel de service le *personnel de service de carrière* et le *personnel de service "local"* (communément appelé "personnel local").

Personnel de service "local": personnel engagé par l'Etat accréditant/Etat d'envoi sur une base de droit privé (suisse ou étranger), au service de la mission diplomatique/du poste consulaire et ne faisant pas partie du personnel de carrière transférable de l'Etat accréditant/Etat d'envoi et qui n'est pas de nationalité suisse ou titulaire d'un permis de séjour ou d'établissement de droit ordinaire (permis B ou C). Au sens des conventions de Vienne susmentionnées, ce personnel appartient à la catégorie du personnel de service.

Domestique privé: personnes employées au service domestique d'un membre de la mission/du poste, y compris du chef de mission/de poste, et qui ne sont pas des employés de l'Etat accréditant/Etat d'envoi.

Agent diplomatique: conformément à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, il jouit d'une immunité de juridiction absolue. Le domestique qui souhaite engager une procédure contre son employeur devant la juridiction suisse compétente doit, au préalable, obtenir la levée de l'immunité de l'employeur. La décision appartient à l'Etat accréditant. Si ce dernier refuse de lever l'immunité de son agent, la procédure est bloquée et peut, le cas échéant, se poursuivre lorsque l'agent diplomatique aura quitté ses fonctions en Suisse (situation qui aboutira, en général, à un jugement par défaut dont l'exécution sera difficile à obtenir).

Il y a lieu de relever que les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires prévoient un régime juridique différent lorsque le membre du personnel de la mission ou le domestique privé est de nationalité suisse ou réside déjà en Suisse sur la base d'un permis de droit ordinaire (permis B ou C). La terminologie de "personnel local" *ne s'applique pas* au personnel de la mission/du poste qui est de nationalité suisse ou titulaire d'un permis B ou C. Le personnel "local" tel que défini ci-dessus et faisant partie du personnel de service au sens des conventions de Vienne, est ainsi soit du personnel engagé à l'étranger, soit du personnel déjà sous carte de légitimation en Suisse.

Seul le chef de mission/poste peut avoir à son service du personnel de service (personnel local) engagé formellement par l'Etat et/ou des domestiques privés engagés par le chef de mission/de poste. Les autres membres de la mission/du poste ne peuvent avoir à leur service que des domestiques privés.

2. Régime juridique

Personnel de service de carrière et personnel de service "local": le droit applicable est celui qui est fixé dans le contrat de travail. En l'absence d'une clause explicite dans le contrat de travail ou en l'absence de contrat écrit de travail (en particulier pour le personnel de service "local") ou lorsque le droit étranger (certaines de ses clauses) est considéré comme contraire à l'ordre juridique suisse, les tribunaux suisses appliquent, de jurisprudence constante, le droit suisse lorsqu'il s'agit de personnel subalterne. Les tribunaux ont toutefois gardé, jusqu'à présent, une certaine retenue dans la mesure où ils ne s'autorisent à déterminer le salaire dû par l'employeur (en se fondant sur les salaires locaux habituellement versés dans la profession) que si les conditions de travail sont clairement inférieures aux normes suisses.

Domestiques privés: les contrats conclus avec les domestiques privés sont soumis au droit suisse. Le DFAE a édicté une directive sur l'engagement des domestiques privés. Fondée sur le droit suisse, elle prévoit les conditions minimales en matière d'heures de travail, de repos, de congés, de vacances, de salaires, etc. Lorsqu'il existe un contrat-type

cantonal de l'économie domestique (comme c'est le cas à Genève), il fait partie intégrante du droit suisse applicable. La directive du DFAE est disponible sur le site internet de la Mission permanente de la Suisse auprès de l'ONUG (Office des Nations Unies à Genève) et des autres organisations internationales à Genève (www.dfae.admin.ch/eda/fr/home/topics/intorg/un/unge/gepri.html) et sur le site internet du Protocole (www.eda.admin.ch/eda/fr/home/foreign/protcl/persnl/dirpp2006.html [lien plus actif]).

3. Immunités de juridiction en qualité d'employeur

En cas de litige, l'action est ouverte contre l'Etat s'il s'agit d'un membre du personnel de service; elle est ouverte contre l'agent diplomatique ou le fonctionnaire consulaire s'il s'agit d'un domestique privé. Il y a lieu de relever que les tribunaux suisses se considèrent systématiquement compétents lorsqu'il s'agit d'un litige concernant du personnel subalterne.

Etat: de jurisprudence constante, les tribunaux suisses considèrent que l'Etat jouit d'une *immunité de juridiction relative*. Lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (actes *jure imperii*), il peut invoquer son immunité de juridiction. En revanche, lorsqu'il agit comme titulaire de droit privé ou au même titre qu'un particulier (actes *jure gestionis*), il ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction. Les tribunaux suisses considèrent que la conclusion d'un contrat de travail avec du personnel subalterne de la mission diplomatique/du poste consulaire d'un Etat est un acte *jure gestionis* pour lequel l'Etat ne peut invoquer son immunité de juridiction. Cette conception est par ailleurs conforme à l'article 11 de la Convention des Nations Unies du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.¹²⁷ Cette dernière n'est pas encore en vigueur, mais elle reflète la position généralement admise par les Etats à cet égard.

Fonctionnaire consulaire: conformément à la convention de Vienne sur les relations consulaires, il jouit d'une immunité de juridiction uniquement pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Comme relevé ci-dessus, les tribunaux suisses considèrent que la conclusion d'un contrat de travail par un fonctionnaire consulaire avec un domestique privé ne relève pas de l'exercice des fonctions officielles et le fonctionnaire consulaire ne peut dès lors pas invoquer son immunité de juridiction pour échapper à la compétence des tribunaux suisses en cas de litige avec son domestique privé.

Quant à l'*immunité d'exécution*, si l'Etat est condamné, des mesures d'exécution ne peuvent être prises que sur des biens de l'Etat qui ne sont pas affectés au fonctionnement de ses représentations diplomatiques et consulaires en Suisse. Si l'agent diplomatique est condamné, ses biens personnels ne peuvent être saisis dans la mesure où il jouit de l'inviolabilité de ses biens conformément à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Enfin, si le fonctionnaire consulaire est condamné, ses biens personnels peuvent être saisis en exécution du jugement puisqu'il ne bénéficie pas de l'inviolabilité de ses biens, conformément à la convention de Vienne sur les relations consulaires.

NB: La qualification qui est donnée au moment de l'engagement de personnel (personnel de service - domestique privé) n'a pas d'effet obligatoire pour un tribunal. Même si le DFAE accepte la demande d'un Etat d'engager une personne comme personnel de service, ceci ne constitue aucune garantie, en cas de litige, qu'un tribunal accepterait cette qualification sans examen des circonstances du cas particulier. Au surplus, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le DFAE n'est pas en mesure d'intervenir auprès d'un tribunal saisi d'une demande d'un domestique privé ou d'un membre du personnel de service, sous réserve de la procédure de levée d'immunité de l'agent diplomatique, le cas échéant, voire de la confirmation du statut d'une personne partie à la procédure. Seule la partie défenderesse (Etat, agent diplomatique ou fonctionnaire consulaire) peut faire valoir auprès du tribunal ses arguments (immunité, incompétence du tribunal ou application d'un droit étranger)."

Note de la DDIP du 16 mai 2006. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 1.4, 1.5 et 3.2)

8.1 Responsabilité des organisations internationales et de leurs Etats membres

Le texte qui suit est extrait d'une intervention du représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il porte sur le Projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) relatif à la responsabilité des organisations internationales (Rapport de la CDI sur les travaux de sa 58^e session, du 1^{er} mai au 9 juin et du 3 juillet au 11 août 2006, Assemblée générale, Documents officiels, 61^e session, Supplément n° 10 (A/61/10), pp. 258-303) et, notamment, les articles 27 à 29 du projet.

"Ma délégation se félicite tout d'abord des progrès accomplis cette année, dus en particulier à la contribution importante du Rapporteur spécial, M. Giorgio Gaja. Elle souhaite apporter quelques remarques préliminaires relatives aux articles 27 à 29 du projet d'articles et ajouter quelques éléments de réponse aux *deux questions spécifiques* posées par la Commission.

...

L'article 27 du projet d'articles dispose qu'un Etat qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où celui-ci constituerait - en l'absence de coercition - un fait internationalement illicite *de cette organisation*. En d'autres termes: La responsabilité de l'Etat contraignant est engagée *seulement* si l'organisation contrainte a commis une violation des obligations auxquelles *elle* est soumise. C'est un point

¹²⁷ Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 59/38 du 2 décembre 2004.

que nous avons déjà abordé dans le cadre du débat sur l'article 18 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats¹²⁸ qui est formulé de manière analogue et sur lequel nous continuons à avoir des doutes.

Nous continuons à penser qu'il existe une deuxième hypothèse pour laquelle la responsabilité d'un Etat pour coercition d'une autre entité (un autre Etat ou une organisation internationale) devrait être statuée: l'hypothèse où le fait en question constitue un fait internationalement illicite *de l'Etat qui contraint*. En effet, un Etat ne peut pas échapper à ses propres obligations internationales en exerçant de la contrainte sur une autre entité - en particulier sur une organisation qui, elle, n'est pas soumise aux mêmes obligations que l'Etat - afin que cette dernière commette à sa place la violation d'une obligation qui incombe à l'Etat contraignant. Ceci nous semble être un principe fondamental.

Ce principe est d'ailleurs reconnu de manière générale à l'article 28, qui concerne la responsabilité internationale d'un Etat en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale. L'article 28 précise, dans son paragraphe 2, que le paragraphe premier s'applique "*que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale*". Ce principe doit être applicable, il nous semble *a fortiori*, à la situation de contrainte.

Il est vrai que l'article 28 pourrait couvrir un certain nombre de cas qui, à nos yeux, auraient dû être couverts par l'article 27, mais, dans sa rédaction actuelle, ne le sont pas. Ainsi le problème semblerait partiellement résolu. Mais il ne faut pas perdre de vue les différences conceptuelles importantes entre les deux dispositions. Rappelons seulement qu'aux termes de l'article 28, l'Etat dont la responsabilité est engagée du fait d'une organisation internationale est nécessairement membre de cette organisation. Dans le cas envisagé par le projet d'article 27, toutefois, l'Etat responsable peut ou non être membre de l'organisation. Si l'Etat qui contraint une organisation internationale n'est pas membre de cette organisation, seul l'article 27, et non l'article 28, est applicable.

La rédaction actuelle du projet d'article 27 nous paraît trop restrictive. Elle pourrait inciter à des abus. A notre avis, l'hypothèse où l'Etat contraint une organisation internationale afin que cette dernière commette un fait illicite à sa place devrait être explicitement retenue. L'article pourrait alors se lire comme suit:

"Un Etat qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) celui-ci constituerait, en l'absence de coercition, un fait internationalement illicite de cette organisation internationale *ou de l'Etat contraignant*; et
- b) ledit Etat agit en connaissance des circonstances du fait. "

Une modification analogue devrait d'ailleurs être apportée aussi au projet d'article 14. Cet article vise simplement la situation inverse: le cas où c'est l'organisation internationale qui contraint un Etat ou une autre organisation internationale. Les deux situations devraient naturellement être traitées de la même manière.

...

La deuxième observation porte sur *l'article 28*. Ma délégation reconnaît et soutient le principe que la responsabilité internationale puisse être engagée par l'attribution de compétence d'un Etat à une organisation internationale. La rédaction actuelle de cet article ne nous semble pas non plus se prêter à des critiques, dans la mesure où elle reflète les principes dégagés par les juridictions internationales en la matière - en particulier le principe de la "protection équivalente" que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Peut-être l'emploi du verbe "se soustraire" pourrait toutefois être réexaminé afin de le remplacer par un terme plus neutre (et, comme d'autres délégations l'ont souhaité ce matin, plus précis) pour mieux exprimer encore l'idée de base qui nous paraît correcte.

Comme il est expliqué dans le Commentaire (de la CDI), le projet d'article 28 envisage une situation qui est dans une certaine mesure analogue à celle que vise le projet d'article 15. La comparaison des deux dispositions révèle, toutefois, que l'article 15 est formulé d'une manière beaucoup plus large que l'article 28.

Aux termes de l'article 15, la responsabilité de l'organisation internationale peut être engagée par ses décisions obligatoires, mais aussi par ses simples recommandations et autorisations non contraignantes. Cela ressort clairement du paragraphe 2 de l'article 15. La responsabilité de l'organisation internationale pour ses actes est alors comprise d'une manière très large, alors que la responsabilité de l'Etat pour l'attribution de compétence à une organisation internationale visée à l'article 28 est beaucoup plus restreinte. Nous nous interrogeons sur la pertinence de cette différence de traitement.

Si un rapprochement de ces deux articles devait avoir lieu dans l'avenir, nous pencherions plutôt en faveur d'une rédaction plus restrictive selon le modèle de l'article 28. Peut-être l'article 15 vise un peu trop loin.

...

Je passe aux observations de ma délégation se rapportant à *l'article 29*. Le projet d'article 29 est fondé sur l'hypothèse que la responsabilité d'un Etat n'est pas engagée du seul fait de son appartenance à une organisation. Nous acceptons en principe cette hypothèse.

Il y aurait peut-être une exception théorique à mentionner: le cas de l'appartenance d'un Etat à une organisation internationale dont le but et l'activité principale seraient en soi contraires au droit international - une organisation internationale "criminelle" pour ainsi dire. Dans un tel cas, je le souligne, hypothétique, on pourrait s'imaginer que l'appartenance d'un Etat à une telle organisation pourrait suffire à elle seule pour engager la responsabilité de l'Etat.

¹²⁸ Voir le commentaire 3 de l'article 27, Rapport de la CDI cité dans le texte, p. 294.

...

Toujours dans le contexte de l'article 29, je souhaiterais aborder la *première question* spécifique qui est posée par la Commission et qui se lit comme il suit: "Les membres d'une organisation internationale qui ne sont pas responsables d'un fait internationalement illicite de cette organisation sont-ils tenus d'indemniser la personne lésée, dans les cas où l'organisation n'est pas à même de le faire?"

Pour ma délégation, une obligation de compenser ou d'indemniser ne peut résulter que du constat préalable que l'Etat est responsable. Pour cette raison, ma délégation pense qu'à la première question de la Commission, *posée en ces termes*, il ne peut être répondu que par la négative. Toute réponse différente reviendrait à affirmer qu'il existe bel et bien une responsabilité engagée par le simple fait de l'appartenance à une organisation internationale, une idée que la Commission a rejeté - et, comme on vient de dire, à juste titre.

Mais la question peut-être plus intéressante - et la vraie difficulté - est celle de savoir jusqu'à quel point on peut réellement établir si un membre d'une organisation internationale est ou n'est pas responsable pour les actes de cette organisation. La réponse qui est donnée par la Commission se trouve bien sûr dans les articles 25 à 29. La question plus spécifique se pose alors de savoir si ces articles, en particulier la "clause de sauvegarde" contenue au projet d'article 29, sont suffisamment complets pour que toutes les situations soient effectivement réglées. Nous n'en sommes pas entièrement sûrs. Et le fait que la Commission nous pose la question précitée est peut-être révélateur qu'elle n'est pas non plus convaincue que les articles 25 à 29, dans leur rédaction actuelle, soient complets.

Ma délégation s'interroge en particulier sur l'existence d'une *responsabilité plus générale mais subsidiaire* des membres d'une organisation internationale.

L'article 28 couvre la situation de l'*attribution* de compétence à une organisation. Si l'on comprend par "attribution" la délégation ou la création de compétences relativement abstraites au moment où l'Etat devient membre de l'organisation, nous pensons que la responsabilité d'un membre d'une organisation internationale ne s'arrête pas ici.

Nous pensons que chaque membre d'une organisation internationale a une *obligation générale et continue de coopérer de bonne foi* avec les autres membres de l'organisation et avec les organes de l'organisation elle-même *pour s'assurer que les actes émanant de l'organisation sont compatibles avec le droit applicable à elle*. Bien sûr, la portée concrète d'une telle obligation positive dépendra de plusieurs facteurs, par exemple:

- Quel est le but de l'organisation?
- Quels sont les "risques" inhérents à ces activités dans la perspective du respect du droit international par l'organisation?
- Quelle est la structure interne de l'organisation?
- Quels sont les "*checks and balances*"¹²⁹ qui y sont prévus?
- Quelle est l'influence concrète du membre sur le processus décisionnel de l'organe dont émane l'acte en question?

A notre avis, cela ne change en rien, toutefois, le principe selon lequel la responsabilité d'un membre doit être reconnue non seulement sur la base de l'attribution de compétence initiale (situation couverte par l'article 28), mais aussi sur la base d'une obligation continue de coopérer afin que l'organisation soit dans une position de pouvoir se conformer au droit international: une obligation résiduelle qui n'existe que dans les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé d'un membre dans les circonstances et compte tenu des possibilités concrètes dont il dispose.

De surcroît, on ne pourra admettre qu'un membre d'une organisation puisse rester simplement passif en présence de flagrantes violations du droit international qui ont été ou sont en train d'être commises par cette organisation. Si ce membre néglige consciemment ces violations alors qu'on pourrait raisonnablement attendre de lui, dans les circonstances d'espèce, qu'il tente de les arrêter, la responsabilité de ce membre pourra, à nos yeux, être engagée même en dehors des situations actuellement visées aux articles 25 à 29. Même si l'organisation a une personnalité juridique distincte, elle est et elle demeure une création des Etats membres.

Nous espérons que la Commission pourra approfondir cette problématique dans ses travaux futurs sur le sujet. Ce faisant, nous pensons qu'elle pourra aussi trouver les réponses au sujet traité dans sa première question.

...

La *deuxième question* spécifique posée par la Commission est celle de savoir si les Etats et les autres organisations doivent coopérer pour mettre fin à une violation grave commise par une organisation internationale s'agissant de la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. La réponse de la délégation suisse à cette question est "oui".

- Pour ce qui est des *membres* de cette organisation internationale, cette réponse découle déjà de la prolongation du raisonnement présenté tout à l'heure. Nous venons de dire, en effet, que pour les membres d'une organisation internationale, une obligation de coopérer devrait peut-être aller au-delà de la prévention de la violation du seul *jus cogens*.

- Pour les Etats ou organisations *non membres* de cette organisation, l'obligation de coopérer pour mettre fin à une violation d'une norme impérative du droit international général découle du raisonnement qui est à la base de l'article 41 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

¹²⁹ (Traduction) "mécanismes de contrôle et facteurs d'équilibre".

Le contenu de l'article 41, paragraphe premier, du projet d'articles sur la responsabilité des Etats devrait être repris, et introduit, *mutatis mutandis*, dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales."

Déclaration faite le 30 octobre 2006 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Document inédit.

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

(Voir les n^{os} 1.7 et 7.1)

10. Droit des conflits armés

11. La neutralité

La pratique suisse en matière de droit international public 2007 - RSDIE 2008 p. 457

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les nos 5.2, 9.1, 10.2, 11.1 et 11.2)

1.1 Nature juridique des "mémoires d'entente". Interprétation des traités. Procédure interne d'approbation

Le texte qui suit est l'œuvre de la DDIP. Il examine la nature juridique d'un "mémoire d'entente" (memorandum of understanding) qui allait être conclu entre la Suisse et l'Etat G.

(Traduction)

"Pour établir si un instrument est juridiquement ou politiquement contraignant, il faut recourir aux règles d'interprétation contenues dans la Convention de Vienne, du 23 mai 1969, sur le droit des traités (particulièrement ses articles 31 et 32). C'est le texte de l'instrument dans son ensemble et non son titre qui compte. Les formules utilisées dans le projet (de memorandum) qui est en cause ("shall strengthen", "agree to strengthen", "will conduct", "shall hold", "shall take place", "shall be invited", "shall determine", "shall utilise", "shall be", etc.¹ appartiennent au langage conventionnel et, conjointement avec la description précise des modalités de coopération agréées, font apparaître une volonté claire des Parties de s'engager sur le plan juridique. Les clauses relatives au "dispute settlement" (...) et à "entry into force, duration and termination"² (...) ne se rencontrent guère dans des instruments contraignants sur le seul plan politique. Si les Parties souhaitent exclure la création de liens juridiques, elles doivent le dire explicitement et affaiblir ou supprimer les formules et dispositions évoquées ci-dessus.

Ranger un texte parmi les instruments juridiquement obligatoires au sens du droit international ne dit encore rien sur sa portée en matière de politique étrangère, lorsqu'on le compare à des textes qui ne sont obligatoires que sur le plan politique (mémoires d'entente au sens étroit). Il existe des traités internationaux relativement peu importants, soit des "traités mineurs" ou, pour emprunter la terminologie actuelle, des "traités de portée limitée" (article 7a de la Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³, qui n'ont guère de signification sur le plan des relations étrangères. Il y a, en revanche, des engagements politiques d'une grande importance (par exemple la collaboration dans le cadre du Partenariat pour la paix (PPP), du Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA) ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe) qui n'ont pas la qualité d'obligations conventionnelles. La Suisse respecte ses obligations juridiques autant que ses engagements politiques. La différence entre ces deux catégories réside dans les sanctions qui s'y rattachent (soit juridiques, soit relevant "seulement" des relations étrangères), ce qui ne dit rien sur l'importance des conséquences d'un non-respect du devoir.

Les instruments de caractère politique (mémoires d'entente au sens étroit) doivent, en règle générale, être soumis au Conseil fédéral, qui est chargé des affaires étrangères (article 184 Cst. et publication commune de la DDIP et de l'Office fédéral de la justice (du Département fédéral de justice et police), du 14 juin 2006⁴. Les instruments juridiquement contraignants, s'ils sont de "portée limitée", doivent également être approuvés par le Conseil fédéral agissant seul, qui les porte à la connaissance du Parlement dans son rapport annuel sur les traités internationaux. Dans ce genre de cas, sous l'angle des procédures d'approbation, les différences entre instruments juridiquement ou politiquement contraignants sont donc minimes."

Note de la DDIP du 6 mars 2007. Document inédit.

1.2 Nature juridique des "mémoires d'entente" et compétence pour les conclure

L'auteur de la note qui suit, la DDIP, s'interroge sur la nature de mémoires d'entente (Memoranda of Understanding, MoU) et sur la compétence, en droit suisse, de conclure de tels instruments.

"Une déclaration d'intention, telle qu'un MoU, est un instrument international non contraignant. Elle engage toujours l'Etat en tant que tel, étant donné que seul l'Etat est un sujet du droit au niveau international. Selon l'article 184 de notre Constitution fédérale, le Conseil fédéral est chargé de la politique étrangère sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale. Il en découle que le Conseil fédéral est compétent pour la conclusion de tels instruments.

Des dérogations à cette règle, à savoir une compétence de conclure des instruments internationaux non contraignants en dessous (du niveau du) Conseil fédéral, sont exceptionnelles et ne sont autorisées que dans deux situations:

1. lorsque la compétence pour la conclusion de traités dans le même domaine a été déléguée de manière générale et abstraite ou dans un cas concret à un département, ce dernier peut aussi participer à une déclaration d'intention;
2. lorsque l'instrument ne représente qu'une importance limitée pour la conduite de la politique extérieure de la Suisse, un département est habilité à le conclure.

Le droit suisse ne connaît aucune autre règle qui permettrait à un département d'émettre seul une déclaration d'intention avec un Etat étranger. En particulier, l'on ne saurait affirmer qu'un MoU qui servirait à l'exécution de déclarations antérieures approuvées par le Conseil fédéral pourrait être conclu par un département sans dérogation expresse.

¹ (Traduction) "renforcera", "conviennent de renforcer", "conduira", "tiendra", "se produira", "sera invité", "déterminera", "utilisera", "sera".

² (Traduction) "règlement des différends"; "entrée en vigueur, durée et extension".

³ Loi du 21 mars 1997 (RS 172.010).

⁴ *Pratique suisse* 2006, n° 1.4, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 747 (751-752).

Cette situation juridique a été répétée dans une note d'information au Conseil fédéral soumise conjointement par le DFJP (Département fédéral de justice et police) et le DFAE le 4 novembre 2003. Elle correspond à la pratique constante de notre administration et a été rendue publique dans JAAC 70.69.⁵

Nous souhaitons par ailleurs (relever) que c'est en particulier le DFAE qui a un intérêt à ce que des instruments internationaux, même non contraignants, soient soumis au Conseil fédéral. En effet, le DFAE a, à maintes reprises, demandé aux autres départements de saisir le Conseil fédéral pour la conclusion de MoU. Ce procédé permet de s'assurer que tous les instruments conclus avec d'autres Etats s'intègrent aux stratégies en matière de politique étrangère. Ainsi, la cohérence de notre politique étrangère s'en retrouve renforcée."

Note de la DDIP, du 7 juin 2007, sur la compétence de conclure des mémoranda d'entente. Document inédit.

1.3 Qui doit produire des pleins pouvoirs lors de la négociation de traités internationaux?

L'avis de droit reproduit ci-après concerne le point de savoir si le Président de la Confédération est tenu, lors de la signature d'un traité, de produire des pleins pouvoirs. Voici l'opinion de la DDIP:

"L'article 7, paragraphe 2, lettre a, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111) prévoit que les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont considérés comme représentant leur Etat pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité en vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs.

Le Conseil fédéral suisse, en tant que gouvernement, se singularise toutefois en ce sens qu'il constitue un collège d'égaux, dépourvu de chef. Dès lors, en droit interne, le Président de la Confédération au sens de l'article 176 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (...) n'est ni le chef du gouvernement, ni même le chef de l'Etat, fonction assumée par le Conseil fédéral dans son ensemble (J.-F. Aubert/P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, ad article 176, n° 5). La Suisse ne prévoyant pas qu'une personne soit chef d'Etat ou de gouvernement en ce sens, la question se pose de savoir si le Président de la Confédération a besoin de produire un document de pleins pouvoirs pour être considéré comme représentant valablement la Suisse pour la signature d'un traité international.

Sous l'angle du droit international néanmoins, le Président de la Confédération doit être compris dans les termes de "chef d'Etat" au sens de l'article 7, paragraphe 2, lettre a, CV. Dans les travaux préparatoires de la CV, certaines propositions avaient été émises pour tenter de mieux tenir compte des structures constitutionnelles internes des Etats, mais elles ont finalement toutes été rejetées ou retirées (P. Kovacs, in: *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruxelles 2006, t. 1, pp. 21 et ss, ad article 7, n°s 46 et ss; cf. aussi I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., (Manchester) 1985, p. 32). Mais la doctrine donne des précisions expresses sur les Etats qui ont préféré l'institution d'un "présidium", soit d'un organe collégial qui exerce les prérogatives du chef d'Etat. A cet égard, à la suite de la pratique diplomatique, la doctrine considère que l'habilitation automatique découlant de l'article 7, paragraphe 2, lettre a, CV est limitée à la première personnalité du présidium (président du présidium, etc.), symbolisant cet organe. Les autres membres du présidium doivent en revanche être munis des pleins pouvoirs pour accomplir l'un des actes visés à l'article 7 (Kovacs, op.cit., n° 47), à l'exception du Ministre des affaires étrangères (MAE). Les Etats ayant maintenu de tels présidiums ne sont probablement pas légion comme le précise le même auteur sans faire référence à la Suisse - il est hongrois et mentionne les pays socialistes uniquement -, mais il n'y a pas de raison de ne pas appliquer cette doctrine à la Suisse, tant la réponse donnée en droit international semble claire et incontestée. D'ailleurs les Conseillers fédéraux qui ne sont ni Président ni MAE doivent être à chaque fois munis des pleins pouvoirs délivrés par le (Conseil fédéral), signés alors par le Président et le Chancelier.

Et même si l'on trouvait des arguments pour contester cette doctrine ou pour ne pas l'appliquer à la Suisse, le Président de la Confédération devrait alors être considéré, au moins par analogie, comme un chef de gouvernement, ayant selon cette disposition de la CV les mêmes droits et dispenses de pleins pouvoirs que les chefs d'Etat. La *ratio legis* de cette disposition semble clairement viser au minimum une autre personne que le MAE, qu'il soit primus ou primus inter pares.

En conclusion, le Président de la Confédération peut, seul, valablement engager la Confédération en tant que tel, sans avoir à produire de pleins pouvoirs."

Avis de droit de la DDIP du 6 décembre 2007. JAAC 2008.12, pp. 189-190.

1.4 Attitude de la Suisse en sa qualité de dépositaire de traités multilatéraux en ce qui concerne le sort des réserves aux traités internationaux lors d'une succession d'Etats

Le texte qui suit répond à une enquête menée par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies à New York pour la Commission du droit international. L'enquête portait notamment sur deux points: 1) Lorsqu'un Etat succède à un traité international, qu'advient-il des réserves émises par l'Etat prédécesseur? Existe-t-il une présomption en faveur du maintien de ces réserves? 2) Un Etat succédant à un traité est-il habilité à formuler de nouvelles réserves (c'est-à-dire des réserves qui n'ont pas été faites par l'Etat prédécesseur)? Et faut-il distinguer, à ce propos, entre la situation des Etats nouvellement indépendants (issus de la décolonisation) et celle d'autres Etats successeurs)?

⁵ JAAC 2006, fasc. 70/IV, n° 69 (*Pratique suisse 2006*, n° 1.4, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 747).

"Vos questions sont complexes surtout dans la mesure où elles dépendent de la pratique en matière de succession en général. Les éléments de réponse ci-dessous apportent donc cette nuance. Ils sont tirés essentiellement d'une brève publication (*La succession d'Etats en matière de réserves aux traités et de déclarations y relatives. Fonctions de l'Etat dépositaire*, in: Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE) 1997, pp. 682-685, qui donne des précisions plus spécifiques à la succession aux Conventions de Genève)⁶ ainsi que d'un mémoire universitaire (Andrea Bosshard, *La succession d'Etat aux traités multilatéraux et le rôle des dépositaires. La pratique internationale et l'exemple de la Suisse*. Mémoire présenté à l'Université de Genève en octobre 1998, à notre connaissance non publié).

Pour la Suisse, il n'y a pas de reprise automatique par un Etat successeur des droits et obligations d'un Etat prédécesseur (pas de continuité ipso jure). La voie de la succession constitue un mode de participation aux traités, au même titre que la ratification ou l'adhésion, mais à la différence substantielle que l'expression du consentement à être lié rétroagit à la date de l'indépendance de l'Etat successeur.

L'Etat qui choisit de devenir Partie à un traité par la voie de l'adhésion plutôt que de suivre celle de la succession n'a pas à s'exprimer sur les réserves ou les déclarations formulées par l'Etat prédécesseur dont il est issu. Celles-ci ne sont évidemment pas reprises.

La situation n'est en revanche pas aussi claire lorsque l'expression du consentement à être lié se présente sous la forme d'une déclaration de succession. En effet, si l'Etat successeur ne se prononce pas expressément sur les réserves ou les déclarations formulées par son prédécesseur, il naît une incertitude juridique que la Suisse s'efforcera de lever. A noter que la Suisse n'opère aucune distinction suivant qu'il s'agit de l'accession à l'indépendance d'une ancienne colonie, d'une unification ou d'une séparation d'Etat. Elle se borne à notifier la succession aux autres Etats Parties, après avoir procédé à la vérification des aspects purement formels de la déclaration de succession.

La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités⁷ établit une présomption selon laquelle l'Etat qui n'exprime pas d'intention contraire est réputé maintenir les réserves ou les déclarations formulées par son prédécesseur. La Suisse a longtemps retenu la présomption inverse à l'égard des Etats dont la déclaration de succession était muette sur ce point: en l'absence de précisions, elle considérait que la succession valait sans réserves. Sa pratique plus récente est cependant différente et ne fait appel à aucune présomption. Elle consiste, chaque fois que cela s'avère nécessaire, à inviter l'auteur de la déclaration de succession à préciser s'il reprend ou non à son compte les réserves et déclarations formulées par son prédécesseur. Il semble que les Etats sollicités ont toujours fourni au dépositaire les éclaircissements souhaités.

Pour la Suisse, il n'appartient pas au dépositaire de trancher la question de savoir si un Etat successeur peut être admis à formuler de nouvelles réserves au moment de la notification de sa déclaration de succession. Si la Suisse, dans l'exercice de son rôle dépositaire, venait à être confrontée à une telle question, elle se mettrait en rapport avec l'Etat successeur pour le rendre attentif aux difficultés que ses nouvelles réserves seraient susceptibles de soulever et lui suggérerait d'envisager la possibilité d'emprunter la voie de l'adhésion pour devenir Partie à un traité, auquel cas sa déclaration de succession pourrait être retirée ou simplement considérée comme nulle et non avenue."

Communication faite le 12 mars 2007 par la DDIP au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies à New York. Document inédit.

1.5 Fonctions des dépositaires de traités multilatéraux, s'agissant notamment de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève de 1949. Corrections linguistiques. Réserves aux traités

Ce thème fait l'objet de l'Annexe 2 du Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral pour 2007 (FF 2007, p. 5257). Voici le texte intégral de cette Annexe:

"1. Les fonctions du dépositaire selon la Convention de Vienne sur le droit des traités et selon la pratique générale du droit international public

Les traités internationaux multilatéraux instituent en principe un Etat ou une organisation internationale en tant que dépositaire. Ainsi l'ONU est-elle aujourd'hui désignée comme dépositaire de la plupart des traités internationaux multilatéraux. Lorsqu'ils négocient un traité, les Etats ont une totale liberté dans le choix du dépositaire. Si un Etat, outre ses fonctions de dépositaire, est simultanément Partie au traité, il exerce aussi naturellement les droits et les devoirs de tout Etat Partie.

La Suisse est actuellement dépositaire d'environ 70 traités internationaux.

Le dépositaire a d'abord pour tâche de conserver, pour le compte des Etats Parties, l'original du traité ainsi que les documents qui s'y rapportent comme les instruments de ratification. Il leur fournit au besoin des copies certifiées conformes du texte du traité. Ensuite, le dépositaire a pour tâche de réceptionner les communications des Etats et leurs actes déterminants pour la mise en œuvre et le champ d'application du traité en question. Il en informe les autres Etats Parties.

Les fonctions du dépositaire d'un traité international sont énumérées de manière non exhaustive à l'article 77 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸(...),⁹ qui codifie le droit coutumier. Les dispositions de la Convention de

⁶ *Pratique suisse 1996*, n° 6.1, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 682.

⁷ Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1946, p. 3.

⁸ Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (convention de Vienne; RS 0.111).

⁹ Cette disposition a la teneur suivante:

Vienne ne s'appliquent toutefois que de manière subsidiaire, c'est-à-dire seulement dans la mesure où un traité international ne contient pas de disposition contraire ou plus spécifique.

Les fonctions du dépositaire se limitent donc essentiellement à la réception, à l'examen formel, à la transmission et à la conservation des communications et actes des Etats Parties, présents ou futurs. Le dépositaire peut en outre contrôler le respect des conditions formelles auxquelles les Etats doivent satisfaire à propos de tel ou tel acte. A titre d'exemples, il peut retourner un instrument d'adhésion qui ne serait pas signé par une personne valablement mandatée au sens du droit international et il peut également contrôler dans chaque cas si les conditions d'adhésion à un traité sont effectivement remplies.

En revanche, il n'appartient pas au dépositaire d'effectuer un contrôle matériel des actes soumis. Cette compétence appartient exclusivement aux Etats Parties. Par exemple, la question de la légitimité des corrections proposées à l'une des versions linguistiques est uniquement du ressort des Etats Parties.¹⁰ Il appartient de même à ceux-ci de juger de l'admissibilité matérielle de réserves qui seraient formulées à l'encontre d'un traité.¹¹ Le dépositaire doit se limiter dans ces cas à transmettre les documents reçus.

Lorsqu'il s'agit de porter un jugement matériel sur tel ou tel acte lié à un traité, le dépositaire qui serait simultanément un Etat Partie doit veiller à distinguer son rôle de dépositaire de sa position de Partie. Le dépositaire est tenu d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions.¹² Il va toutefois de soi que cet Etat peut exercer parallèlement et de manière illimitée ses droits de Partie.

Le devoir d'impartialité du dépositaire ne l'oblige aucunement à la passivité. L'Etat désigné comme dépositaire lors des négociations d'un nouveau traité l'est souvent parce qu'il a joué un rôle significatif lors des travaux préparatoires ou parce qu'il attache une très grande importance au domaine régi. Le choix du dépositaire a dès lors souvent valeur de reconnaissance pour la diligence démontrée. Il peut exprimer aussi l'attente que cet engagement particulier se poursuive à l'avenir.

Les dépositaires s'efforcent en particulier d'obtenir le plus grand nombre d'adhésions possibles aux traités qu'ils gèrent. L'ONU, par exemple, organise chaque année un "treaty event" au cours duquel les Etats sont spécialement appelés, pour les traités déposés auprès de l'ONU et relevant d'un domaine thématique déterminé, à les ratifier ou à y adhérer. Il n'est pas rare que d'autres dépositaires exhortent les Etats signataires d'un traité à le ratifier, par exemple lorsqu'il ne manque que peu de Parties pour permettre l'entrée en vigueur du traité. La prise d'une certaine responsabilité pour un bon fonctionnement et une large application du traité est usuelle.

2. Les fonctions du dépositaire selon les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels

Les Conventions de Genève¹³ contiennent plusieurs dispositions sur le rôle du dépositaire (...). Celles-ci ne vont toutefois pas au-delà des tâches qui incombent au dépositaire en vertu de la convention de Vienne.

En revanche, les articles 97 et 98 du protocole additionnel I¹⁴ (et l'article 24 du protocole additionnel II,¹⁵ correspondant à l'article 97 précité) prévoient que le dépositaire a comme tâche supplémentaire de convoquer des conférences pour examiner des propositions d'amendement. L'article 7 du protocole additionnel I fait en outre obligation au dépositaire de convoquer des réunions et des conférences des Etats Parties en vue d'examiner les problèmes généraux relatifs à l'application des conventions et du protocole. Les protocoles additionnels II et III¹⁶ ne contiennent en revanche ni de norme semblable ni d'autres dispositions sur les fonctions du dépositaire.

3. Pratique de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève

3.1 Fonctions classiques du dépositaire

En tant que dépositaire, la Suisse assure les fonctions que lui attribuent les conventions de Genève et la convention de Vienne. Se basant sur l'article 77 de la convention de Vienne, elle veille constamment à maintenir son impartialité de dépositaire. Ainsi en 1989, lorsque la Palestine - dont le statut d'Etat était alors contesté au sein de la communauté internationale - a déposé un instrument d'adhésion aux conventions de Genève, la Suisse n'a pas décidé elle-même si

1. A moins que le traité n'en dispose ou que les Etats contractants n'en conviennent autrement, les fonctions du dépositaire sont notamment les suivantes: a) assurer la garde du texte original du traité et des pleins pouvoirs qui lui seraient remis; b) établir des copies certifiées conformes du texte original et tous autres textes du traité en d'autres langues qui peuvent être requis par le traité, et les communiquer aux Parties au traité et aux Etats ayant qualité pour le devenir; c) recevoir toutes signatures du traité, recevoir et garder tous instruments, notifications et communications relatifs au traité; d) examiner si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est en bonne et due forme et, le cas échéant, porter la question à l'attention de l'Etat en cause; e) informer les Parties au traité et les Etats ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité; f) informer les Etats ayant qualité pour devenir Parties au traité de la date à laquelle a été reçu ou déposé le nombre de signatures ou d'instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion requis pour l'entrée en vigueur du traité; g) assurer l'enregistrement du traité auprès du Secrétaire de l'Organisation des Nations Unies; h) remplir les fonctions spécifiées dans d'autres dispositions de la présente Convention.
2. Lorsqu'une divergence apparaît entre un Etat et le dépositaire au sujet de l'accomplissement des fonctions de ce dernier, le dépositaire doit porter la question à l'attention des Etats signataires et des Etats contractants ou, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause."

¹⁰ Article 79 de la convention de Vienne.

¹¹ Article 20 de la convention de Vienne. Il en va néanmoins différemment lorsque la réserve est inadmissible pour des raisons formelles, par exemple lorsque le traité lui-même exclut la possibilité de formuler des réserves.

¹² Article 76, alinéa 2, de la convention de Vienne.

¹³ RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51.

¹⁴ RS 0.518.521.

¹⁵ RS 0.518.522.

¹⁶ RS 0.518.523.

la Palestine pouvait être admise comme Partie. Mais elle a dûment communiqué cette déclaration d'adhésion aux Etats Parties sans prendre position et leur a laissé le soin de trancher la question.

La Suisse a en outre plusieurs fois refusé des déclarations effectuées en application de l'article 96, paragraphe 3, du protocole additionnel I, parce que les auteurs de ces déclarations ne remplissaient pas les conditions prévues par le protocole lui-même.¹⁷ Le dépositaire ne peut cependant agir ainsi que dans des cas évidents. Lorsqu'il y a doute sur la réalisation des conditions, le dépositaire doit soumettre la question aux Etats Parties.

3.2 Référence de la Suisse à son rôle de dépositaire lors de son engagement pour le respect des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels

Le rôle classique de dépositaire ne signifie cependant pas qu'il serait interdit à la Suisse de prendre une responsabilité plus étendue pour les conventions de Genève. Comme Etat Partie déjà, elle est tenue non seulement de respecter les dispositions conventionnelles dans son ordre juridique propre, mais en outre, solidairement, de veiller à leur respect par les autres Etats Parties (article premier commun aux quatre conventions et au protocole additionnel I). La Suisse est ainsi tenue, en tant qu'Etat Partie - à l'instar de tous les autres Etats Parties -, de veiller à l'observation des conventions de Genève. Son rôle d'Etat dépositaire ne fait pas naître d'obligations particulières à cet égard. Sur la base de sa tradition humanitaire, la Suisse a cependant souvent joué un rôle particulier. Ainsi la XXVI^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de 1995 a-t-elle chargé la Suisse, dans sa Recommandation n° VII,¹⁸ d'organiser des réunions périodiques pour examiner les problèmes généraux d'application et de respect des conventions. La Suisse a organisé la première de ces réunions en 1998. La Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge n'ayant pas pu se dérouler, au début des années 90, en raison de la question du statut que devait avoir la Palestine, la Suisse a, entre 1993 et 1995, convoqué des rencontres d'experts dans le but d'améliorer la connaissance et le respect du droit international humanitaire. La Suisse a par ailleurs organisé à plusieurs reprises, sur l'initiative d'Etats Parties ou sur la base de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, des conférences des Etats Parties aux conventions de Genève, avant tout dans le contexte du conflit israélo-palestinien. En 1997, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté en sa 10^e session extraordinaire d'urgence une résolution appelant les Etats Parties aux conventions de Genève à convoquer une conférence des Etats Parties à la quatrième convention de Genève. Se basant sur ce texte ainsi que sur d'autres résolutions, la Suisse a mené d'intenses consultations parmi les Etats Parties et elle a, de 1998 à 2001, dirigé un certain nombre de conférences et rencontres d'experts. Plusieurs de ces résolutions donnent mandat à la Suisse, en tant que dépositaire, de mener à bien les démarches nécessaires à la préparation de ces conférences. La Suisse a également été expressément remerciée pour son engagement en tant que dépositaire en faveur du bon fonctionnement des conventions de Genève.

La Résolution ES-10/15 du 20 juillet 2004 est un autre exemple à mentionner. L'Assemblée générale de l'ONU a également adopté cette résolution lors de sa 10^e session extraordinaire d'urgence, à la suite de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice (CIJ) sur la *Barrière de séparation dans le Territoire palestinien occupé*.¹⁹ La Suisse y a été priée de procéder à des consultations sur le respect de la quatrième convention de Genève dans le Territoire palestinien occupé, en particulier sur la possibilité de convoquer à nouveau la Conférence des Etats Parties à cette convention. Ainsi la Suisse a-t-elle mené des consultations de novembre 2004 à juin 2005 avec tous les Etats Parties et, en juillet 2005, elle en a livré les résultats dans un rapport au Président de l'Assemblée générale de l'ONU.

C'est également la Suisse, en tant que dépositaire et toujours dans le but de renforcer le droit international humanitaire, qui a mené les travaux préparatoires et les rencontres qui ont finalement permis l'adoption du protocole additionnel III. Pour garantir l'impartialité nécessaire du dépositaire, ces rencontres ont à chaque fois été précédées de contacts et de consultations intensifs, afin de s'assurer de l'aval de tous les Etats Parties. Cet accord, le cas échéant associé au mandat d'une organisation internationale comme l'ONU, est indispensable pour que le dépositaire puisse exercer des fonctions qui, en renforçant la mise en œuvre des traités, vont au-delà de celles qui sont expressément prévues par le droit international public, à l'image de la convocation de conférences des Etats Parties.²⁰

4. Conclusion

Les fonctions essentielles du dépositaire, soit la conservation du traité et son suivi administratif en bonne et due forme, sont de nature notariale. Dans la mesure où la Suisse exerce cette tâche, elle s'en tient strictement à la nature formelle de son mandat. Ses communications officielles (notifications) aux Etats Parties se limitent dès lors exclusivement aux aspects procéduraux ou aux questions juridiques techniques (signatures, ratifications, etc.).

En tant qu'Etat Partie, la Suisse a l'obligation juridique de respecter et de faire respecter les conventions de Genève et le protocole additionnel III, conformément à l'article premier commun à ces traités. Sur la base de sa tradition humanitaire, elle s'est, dans le passé, particulièrement engagée en ce sens.

¹⁷ Selon cette disposition, une autorité représentant un peuple engagé dans un conflit armé contre un Etat Partie peut s'engager à appliquer les conventions et le protocole I relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au dépositaire. Le dépositaire a dès lors refusé de recevoir de telles déclarations lorsque le conflit armé était engagé contre un Etat qui n'était pas Partie au protocole I.

¹⁸ Recommandation de la réunion du Groupe d'experts intergouvernemental pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 23-27 janvier 1995, www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5FZFL2), approuvée par la Résolution I de la XXVI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

¹⁹ Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, www.icj-cij.org/docket/files/131/1670.pdf. Cf. aussi la prise de position écrite du 30 janvier 2004, dans laquelle la Suisse se prononce en faveur de l'application au Territoire palestinien occupé de la quatrième convention de Genève. La Suisse n'était d'ailleurs encore jamais intervenue jusqu'à ce jour comme tiers dans une procédure pendante devant la CIJ.

²⁰ Le "treaty event" précité, organisé annuellement par l'ONU, illustre cette activité. L'ONU agit alors en tant que dépositaire de ces traités dans le but d'augmenter le nombre des Etats Parties.

Il est essentiel en pratique que la Suisse, comme elle le fait conséquemment, distingue son rôle notarial de sa responsabilité politique et morale. Ainsi n'a-t-elle encore jamais, dans un conflit donné, appelé les Etats au respect du droit international humanitaire au moyen d'une notification. Et, dans son engagement pour le respect du droit de Genève, elle veille à agir impartialement et dans l'intérêt de tous les Etats Parties."

Annexe 2 au Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral pour 2007, du 15 juin 2007. FF 2007, p. 5291 (5291-5295).

1.6 Nature juridique des dispositions de la Charte des Nations Unies et des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation. Priorité des devoirs découlant de la Charte par rapport aux autres obligations conventionnelles (article 103 de la Charte). Devoir du Conseil de sécurité d'agir conformément aux buts et principes de la Charte. Droit international et droit interne. Droit impératif (*jus cogens*)

L'arrêt partiellement reproduit ci-après porte sur la Résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies relative aux sanctions contre les Taliban, étendues par la Résolution 1333 (2000) à Oussama bin Laden et à l'organisation "Al-Qaïda". Le Comité des sanctions constitué par les 15 membres du Conseil de sécurité est chargé de la mise en œuvre des sanctions ainsi décrétées et il gère une liste des organisations et personnes visées par elles.

Le 7 octobre 2000, le Conseil fédéral édicta l'Ordonnance instituant des mesures à l'égard de personnes et entités ayant des liens avec Oussama bin Laden, du groupe "Al-Qaïda" et des Taliban (RS 946.203; ci-après: OTaliban). Ce texte gèle les avoirs et les ressources économiques appartenant à, ou contrôlés par, des personnes physiques et morales, des groupes ou des entités cités à l'Annexe 2 de l'ordonnance et interdit de mettre à leur disposition, directement ou indirectement, des fonds ou des ressources économiques (article 3, alinéas premier et 2). Les personnes physiques figurant à l'Annexe 2 sont interdites d'entrée ou de transit en Suisse (article 4a, alinéa premier).

Le 9 novembre 2001, le Comité des sanctions mit M. Youssef Nada et diverses organisations liées à lui sur sa liste. Le 30 novembre de la même année, ces noms furent inscrits à l'Annexe 2 de l'OTaliban. Le 22 septembre 2005 enfin, à l'issue d'une enquête menée en Suisse qui n'avait pas permis de constater l'absence de liens avec les organisations visées par les sanctions, M. Nada demanda que son nom soit rayé de la liste.

Après des péripéties qu'il n'y a pas lieu de relater ici, l'affaire aboutit, en avril 2007, au Tribunal fédéral, qui décida de rejeter la demande de M. Nada.

Le recourant a soutenu que c'était de façon autonome que la Suisse avait fait figurer son nom à l'Annexe 2 de l'OTaliban, ce qui impliquait la possibilité de le supprimer de manière autonome, du moment qu'il n'y avait aucun indice de liens entre lui et Oussama bin Laden, Al-Qaïda ou les Taliban. Il a également fait valoir que les décisions du Conseil de sécurité en matière de sanctions ne sont pas contraignantes, que l'inscription sur les listes des personnes visées par les sanctions sans possibilité d'être entendues viole l'interdiction de la discrimination, la liberté personnelle, la garantie de la propriété, la liberté en matière économique, le droit d'être entendu et le droit à un procès équitable. Les décisions du Conseil de sécurité en matière de sanctions sont, d'après le recourant, contraires à la Charte des Nations Unies et enfreignent même les règles impératives (*jus cogens*) du droit des gens, ce qui fait que la Suisse n'a pas à s'y conformer.

Au considérant 4 de son arrêt, le Tribunal fédéral constate que l'OTaliban date d'une époque où la Suisse n'était pas encore membre des Nations Unies, que cette ordonnance était fondée sur l'article 184, paragraphe 3, de la Cst.²¹ et qu'elle mettait en œuvre de façon autonome les sanctions arrêtées par le Conseil de sécurité. C'était également de manière autonome que le recourant et les organisations liées à lui étaient inscrits à l'Annexe 2 de l'OTaliban.

La situation a changé. L'OTaliban est désormais fondée sur la Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les embargos, RS 946.231). Le 10 septembre 2002, la Suisse est devenue membre des Nations Unies. Cette situation nouvelle emporte des conséquences pour la présente affaire. Il s'agit désormais d'examiner, dit le Tribunal fédéral, si la Suisse, en tant que membre des Nations Unies, est tenue par les décisions du Conseil de sécurité et de son Comité des sanctions en matière de sanctions et, dans l'affirmative, si cette obligation fait obstacle à la suppression du nom du requérant de l'Annexe 2 de l'OTaliban ou si les autorités suisses bénéficient d'une certaine latitude en la matière.

(Traduction)

²¹ Aux termes de cette disposition, "(l)orsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances doivent être limitées dans le temps."

"5. Aux termes de l'article 25 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120; ci-après: Charte), les Etats membres s'obligent à accepter et à appliquer les résolutions du Conseil de sécurité conformément à la Charte. Ces décisions (pour autant qu'il ne s'agisse pas de recommandations facultatives) lient donc les Etats membres. Pour ce qui est des résolutions du Conseil prises sur la base des articles 41 et 42 de la Charte en vue de maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales, la même conclusion se déduit également de l'article 48, paragraphe 2, de la Charte.

5.1 Les obligations imposées aux Etats membres par la Charte prévaudront, non seulement sur le droit interne de ces Etats, mais aussi, en vertu de l'article 103 de la Charte,²² sur tout autre accord international. D'après la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ), cela vaut pour tous les accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux conclus par les Etats Parties (arrêt du 26 novembre 1984 en l'affaire relative aux Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ, Recueil 1984, pp. 392 et ss, particulièrement p. 440, paragraphe 107), indépendamment du point de savoir si ces accords ont été conclus préalablement ou postérieurement à l'avènement de la Charte (cf. sur ce point la réserve figurant à l'article 30, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111)).

5.2 Cette priorité revient non seulement à la Charte elle-même, mais aussi aux engagements résultant des résolutions contraignantes pour les Etats membres adoptées par le Conseil de sécurité (Ordonnances de la CIJ du 14 avril 1992, Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (mesures conservatoires), CIJ, Recueil 1992, pp. 3 et ss et 114 et ss, en particulier p. 15, paragraphe 39, et p. 126, paragraphe 42; voir également Rudolf Bernhardt, in: B. Simma/H. Mosler/A. Randelzhofer/C. Tomuschat/R. Wolfrum (dir.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2^e éd., Munich 2002, n. 9 ad article 103 de la Charte; Jean-Marc Thouvenin, in: J.-P. Cot/A. Pellet/M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd. (Paris 2005), article 103 de la Charte, p. 2135; Ferdinand Trautmannsdorf, *Die Organe der Vereinten Nationen*, in: F. Cede/L. Sucharipa-Behrmann (dir.), *Die Vereinten Nationen. Recht und Praxis*, Vienne 1999, p. 35).

5.3 Le Conseil de sécurité est lui-même lié par la Charte et doit agir conformément à ses buts et principes (article 24, paragraphe 2, de la Charte), qui comprennent le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article premier, paragraphe 3, de la Charte). En principe, les Etats membres ne sont toutefois pas autorisés à se soustraire à une obligation en prétextant qu'une résolution régulièrement adoptée par le Conseil de sécurité quant à son fond est contraire à la Charte (Jost Delbrück, in: Simma/Mosler/Randelzhofer/Tomuschat/Wolfrum, op.cit., n. 18 ad article 25 de la Charte). Il en va ainsi notamment des résolutions du Conseil de sécurité adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte en vue de maintenir ou de rétablir la paix et de la sécurité internationales (Bernhardt, op.cit., n. 23 ad article 103 de la Charte, qui n'en exclut le caractère contraignant que lorsque l'incompétence a été manifeste: "manifest ultra-vires decisions").

5.4 Sur cette base, le Tribunal de première instance des Communautés Européennes a décidé, dans deux arrêts du 21 septembre 2005, qu'il n'était pas habilité à examiner la légalité des résolutions du Conseil de sécurité relatives aux sanctions contre les Taliban et "Al-Qaïda" sous l'angle des droits fondamentaux reconnus au sein de la Communauté; il était au contraire tenu d'interpréter le droit communautaire de façon à le rendre compatible avec les obligations des Etats membres découlant de la Charte (le Tribunal fédéral cite une série d'arrêts).

Le Tribunal de première instance a admis que la force obligatoire de résolutions du Conseil de sécurité n'est limitée que par le jus cogens, c'est-à-dire les principes impératifs et fondamentaux qui engagent tous les sujets du droit des gens, y compris les organes de l'ONU (sic), principes dont on ne saurait s'écarter. Le Tribunal de première instance a donc examiné les résolutions relatives aux sanctions sous cet angle et a conclu que le jus cogens n'a pas été violé (le Tribunal fédéral cite des arrêts).

Dans sa majorité, la doctrine elle aussi admet que le jus cogens, particulièrement les règles impératives assurant la protection universelle des droits de l'homme, viennent tempérer le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité (citations de doctrine).

5.5 D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEurDH), les Etats membres répondent de la mise en œuvre d'engagements qui leur sont imposés par des organisations intergouvernementales dans la mesure où ils disposent d'une certaine latitude. En l'absence d'une telle latitude, la CEurDH se borne à examiner si l'organisation concernée offre une protection équivalente aux individus et si la protection prévue par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH; RS 0.111) n'a pas, dans le cas d'espèce, été réalisée de façon insuffisante (voir dernièrement l'arrêt du 30 juin 2005 en l'affaire *Bosphorus c. Irlande* (n° 45036/98), paragraphes 152 et ss ...).

En revanche, la Cour n'a pas encore décidé si cela vaut également pour les obligations découlant de résolutions contraignantes prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte. Il est vrai que, dans l'affaire *Bosphorus*, il s'agissait de droit communautaire devant assurer la mise en œuvre de sanctions prises par les Nations Unies à l'encontre de l'ex-Yougoslavie; le caractère obligatoire des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et l'équivalence de la protection des droits fondamentaux offerte au sein des Nations Unies n'ont pas été examinées par la CEurDH (voir Daniel Frank, *UNO-Sanktionen gegen Terrorismus und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: *Festschrift Wildhaber* (Baden-Baden) 2007, pp. 237-257, en particulier p. 248).

La doctrine a pu soutenir que les Etats Parties à la CEDH répondent des violations de règles conventionnelles lors de l'application de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (Iain Cameron, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Rapport remis au

²² Cet article porte que, "(e)n 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".

Conseil de l'Europe le 6 février 2006, pp. 3 et 23 et ss), en tout cas lorsque, étant membres du Conseil de sécurité des Nations Unies, ils ne se sont pas opposés à l'adoption d'un régime de sanctions contraire à la CEDH (voir FRANK, *op.cit.*, p. 254). Ces auteurs ne pensent pas pour autant que de telles résolutions stipulant des sanctions peuvent être négligées; au contraire, ils cherchent à déduire de la CEDH une obligation des Etats Parties de favoriser un régime de sanctions conforme à cette convention.

6. 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.

6.1 Cette disposition vaut pour l'ensemble du droit international liant la Suisse. Ce droit englobe, outre les traités, le droit international coutumier et les règles générales du droit international, ainsi que les décisions des organisations internationales qui déploient des effets contraignants pour la Suisse (Message du Conseil fédéral sur la nouvelle Constitution, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 436 et s. ad article 180 Cst.). Il en résulte que les résolutions du Conseil de sécurité prononçant des sanctions doivent être appliquées par le Tribunal fédéral.

6.2 Il est cependant vrai que l'article 190 Cst. ne renferme aucune règle relative aux conflits qui peuvent surgir entre les différentes règles du droit des gens applicables en Suisse, en l'espèce entre les résolutions du Conseil de sécurité décrétant des sanctions et les garanties prévues par la CEDH et le Pacte II des Nations Unies.²³ Si le conflit ne peut être résolu par la voie de l'interprétation, on fera appel aux règles du droit international relatives à la hiérarchie des normes de ce droit. Selon ces règles, les dispositions de la Charte l'emportent (article 103 de la Charte; article 30, paragraphe premier, de la CV).²⁴ L'application universelle et uniforme des sanctions décrétées par les Nations Unies serait compromise si les tribunaux des Etats membres étaient habilités, en raison d'éventuelles violations de droit fondamentaux garantis par la CEDH ou le pacte II des Nations Unies - droits qui recouvrent largement ceux protégés par les constitutions nationales -, à annuler ou à modifier ces sanctions.

7. Une limite est toutefois mise à l'obligation d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité: le *jus cogens*, en tant que droit impératif, obligatoire pour tous les sujets du droit des gens. Il faut donc examiner si les résolutions du Conseil de sécurité prévoyant des sanctions contreviennent au *jus cogens*, comme le prétend le recourant.

7.1 Sont de *jus cogens* - donc impératives - les règles du droit international indérogeables, même lorsqu'il y a accord entre les Parties; sont donc nuls les traités contraires à ces règles (cf. les articles 53, 64 et 71 CV²⁵). Même dans le cadre de la Charte des Nations Unies, les Etats ne peuvent ainsi faire abstraction de ces règles (voir K. Doebling, *(Un)lawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences*, Max-Planck Yearbook of United Nations Law, vol. I, pp. 91-109), pp. 101 et ss). Parmi les indices du caractère impératif d'une règle se trouvent les dispositions conventionnelles qui qualifient de non dérogeables certains droits ou devoirs, par exemple en interdisant aux Etats contractants d'adopter des règles contraires, de suspendre certaines dispositions en cas de nécessité, ou en excluant la possibilité de faire des réserves (voir à ce sujet Eva Kornicke, *lus cogens und Umweltvölkerrecht*, thèse, Bâle 1997, pp. 58 et ss; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, pp. 178 et s.; Stefan Oeter, *lus cogens und der Schutz der Menschenrechte*, in: *Festschrift Wildhaber* (Baden-Baden) 2007, pp. 507 et s.).

7.2 Dans les cas cités ci-devant (c. 5.4), la Cour Européenne de Justice (CEJ) a conclu à l'absence d'une violation du *jus cogens*. D'une part, les droits fondamentaux invoqués par les demandeurs (droit de propriété, droits de la défense et droit effectif à un procès équitable) n'auraient pas de caractère absolu, particulièrement dans le contexte des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte. D'autre part, il s'agirait de mesures de durée limitée dont le maintien est examiné par le Conseil tous les 12 à 18 mois; de plus, des exceptions et dispenses peuvent être consenties dans des cas d'espèce, et une procédure formelle devant le Comité des sanctions est prévue pour de tels cas (citations de jurisprudence).

7.3 Cette conclusion paraît exacte.

On admet généralement que le *jus cogens* englobe des droits de l'homme fondamentaux tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de traitement dégradant, la prohibition de l'esclavage et de la traite, l'interdiction des peines collectives, le principe de la responsabilité individuelle en matière de poursuite pénale et le principe du non-refoulement (cf. l'arrêt 1A.124/2001 du 28 mars 2002, c. 3.5, avec des renvois à la doctrine et à la pratique du Conseil fédéral). D'aucuns vont plus loin en incluant également l'interdiction des arrestations arbitraires et certaines garanties procédurales y relatives (Oeter, *op.cit.*, pp. 506 et 510 et s. avec des renvois).

D'autres droits fondamentaux, en revanche, n'appartiennent pas à cette catégorie même s'ils revêtent une haute importance pour la Suisse (voir le Message du Conseil fédéral, du 25 octobre 2006, relatif à l'initiative populaire fédérale "pour des naturalisations démocratiques", FF 2006, p. 8481, chiffre 1.2.4.4). Cela vaut, en particulier, pour les droits fondamentaux à la propriété et à la liberté économique ((C.) Tomuschat (Note relative à l'arrêt T-306/01 de la CEJ, *Common Market Law Review* 2006), pp. 547 et s.). Les garanties procédurales invoquées par le recourant (droit d'être entendu; droit à un procès équitable selon l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH et l'article 14, paragraphe premier, du pacte II des Nations Unies; droit à un recours effectif, prévu à l'article 13 de la CEDH et à l'article 2, paragraphe 3, du pacte II des Nations Unies) ne font pas davantage partie du "noyau dur", non dérogeable des

²³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 septembre 1966 (RS 0.103.2).

²⁴ L'article 30, paragraphe premier, prévoit que: "Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats Parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants."

²⁵ L'article 53 stipule la nullité des traités qui sont en conflit avec des règles impératives du droit international, tandis que l'article 64 dispose que si une nouvelle règle impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec elle "devient nul et prend fin". L'article 71, enfin, évoque les conséquences de l'application de ces dispositions.

conventions internationales relatives aux droits de l'homme (voir l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH et l'article 4, paragraphe 2, du pacte II des Nations Unies), et, par voie de conséquence, ne relèvent pas en principe du jus cogens (message du 25 octobre 2006, FF 2006, FF 2006, p. 8481, chiffre 1.2.4.4; voir également l'arrêt 1A.124/2001 du 28 mars 2002, c. 3.5, qui laisse la question ouverte pour la procédure pénale).

7.4 Concernant plus particulièrement les sanctions décidées par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte, on ne peut dégager aucun consensus des Etats tendant à reconnaître aux particuliers des garanties procédurales contraignantes.

Les sanctions décrétées imposent des restrictions économiques douloureuses aux personnes visées mais leur laissent les moyens de subsistance nécessaires (voir la Résolution 1452 (2002), chiffre 1a), ce qui signifie que l'on ne peut parler ni de mise en danger de la vie ou de la santé, ni de traitement inhumain ou dégradant. L'interdiction de voyager limite la liberté de mouvement des individus concernés mais n'a pas, en principe, le caractère d'une privation de liberté puisque ces individus peuvent circuler librement à l'intérieur de l'Etat de leur domicile (...); il est également prévu expressément qu'ils peuvent entrer dans le territoire de leur Etat d'origine (voir la Résolution 1735 (2006), chiffre 1.b).

En règle générale les sanctions sont décidées par le Conseil de sécurité sans que les individus puissent les commenter, avant ou après leur adoption, ou les faire examiner par des instances internationales ou nationales. L'introduction d'une procédure de "de-listing" et les améliorations décidées en 2006 (possibilité pour l'individu de saisir directement le Comité des sanctions; précisions apportées aux critères permettant inscrire une personne sur la liste ou d'en supprimer le nom; devoir de justifier les propositions en vue de placer un individu sur la liste; devoir des Etats membres de notifier les personnes visées) ont amené un progrès notable par rapport à la situation antérieure. Même si ce système permet toujours d'importantes entorses aux droits fondamentaux (citations), aucune atteinte n'est portée au jus cogens."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 14 novembre 2007, dans la cause Nada c. SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie) et Département fédéral de l'économie publique. ATF 133 II 450, c. 5 à 7 (457-463).

1.7 Traités internationaux: dénonciation; changement fondamental de circonstances. Succession d'Etats en matière de traités

Par un traité intitulé: "Déclaration concernant la légalisation d'actes de l'état civil", la Suisse et l'Etat X. avaient convenu que les extraits ou expéditions d'actes d'état civil délivrés dans l'un des deux Etats devaient faire foi dans l'autre sans légalisation et à certaines conditions. Par une déclaration postérieure, ces deux Etats ont prévu la même dispense pour deux territoires dépendants de X.

La Suisse et l'Etat X. sont actuellement liés par un autre traité multilatéral postérieur régissant cette matière, la Convention relative à la délivrance gratuite et à la dispense de légalisation des expéditions d'actes de l'état civil, faite à Luxembourg le 26 septembre 1957 (RS 0.211.112.12). Celle-ci est en vigueur pour la Suisse et pour X.

La question de l'applicabilité de ces deux déclarations ne se pose plus pour l'un des deux territoires, faute de déclaration de succession lors de l'accession de celui-ci à l'indépendance, mais demeure ouverte en ce qui concerne le second territoire, A., qui, en devenant indépendant avant de prendre le nom de B., déclara succéder aux traités qui liaient X. Un changement de nom ultérieur de B. en C. n'a pas de portée juridique particulière dans ce contexte.

C. n'étant quant à lui pas Partie à la convention précitée de 1957, les deux déclarations entre la Suisse et X. sont juridiquement toujours en vigueur dans les relations entre la Suisse et C. Elles dispensent dès lors de légalisation en Suisse les actes d'état civil issus de C.

Toutefois, la confiance dans les autorités mises en place et contrôlées par X. à l'époque n'existe plus aujourd'hui envers les autorités de C. Un récent rapport atteste d'une corruption largement répandue en matière d'état civil dans le pays C. et de nombreux documents falsifiés. Ces éléments ne permettent toutefois pas à eux seuls de considérer que les deux déclarations ne sont plus applicables, qu'elles sont obsolètes ou devenues sans objet. Les déclarations ne contiennent aucune disposition relative à leur dénonciation ou à leur suspension.

Voici l'avis de la DDIP relatif au point de savoir quelles procédures permettraient à la Suisse de se dégager des deux instruments:

"S'agissant des règles juridiques relatives à l'application des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111) n'existait certes pas encore lors de la signature de la seconde Déclaration et elle prévoit le principe de sa non-rétroactivité (article 4). Toutefois, la CV étant issue de la coutume et largement reconnue comme expression de la coutume, il sied effectivement de s'y référer, à tout le moins sur la question de l'obligation de respecter un traité (article 26, dont le titre est l'adage séculaire *pacta sunt servanda*) ainsi que sur l'extinction ou la dénonciation d'un traité en vigueur et sur la suspension de son application (cf. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2000, pp. 10-11). La Cour internationale de Justice (CIJ) a d'ailleurs expressément affirmé à plusieurs reprises que les articles 60 à 62 CV sont à bien des égards déclaratoires du droit coutumier et dès lors applicables aux traités antérieurs à l'entrée en vigueur de la CV (cf. arrêt du 25 septembre 1997 de la CIJ dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie/Slovaquie, paragraphes 46, 99 et 104, ainsi que les références citées).

L'article 56, paragraphe premier, CV prévoit qu'un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins (lettre a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait, ou (lettre b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité. L'article 56, paragraphe 2, CV dispose qu'une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe premier.

Concernant le changement fondamental de circonstances, il ne peut pas, selon le principe de droit international public fixé par la CV, être invoqué comme motif pour suspendre l'application d'un traité, pour y mettre fin ou pour s'en retirer. Il est fait exception à ce principe si l'existence de ces circonstances a constitué une base essentielle du consentement des Parties à être liées et si ce changement a pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité (article 62, paragraphes premier et 3, CV).

Même si ces deux conditions cumulatives sont réalisées, un changement fondamental de circonstances n'entraîne pas automatiquement la suspension ou la fin du traité. Aux termes de l'article 62 CV, en effet, l'imprévision ou *clausula rebus sic stantibus* peut seulement être invoquée par une partie pour suspendre l'application du traité, pour y mettre fin ou s'en retirer. Dès lors, en tout état de cause, si la Suisse prend une décision en ce sens, elle doit le communiquer à (C.).

Dans sa décision précitée, la CIJ a toutefois précisé qu'"un changement fondamental de circonstances doit être imprévu; les circonstances existant à l'époque où le traité a été conclu doivent avoir constitué une base essentielle du consentement des Parties à être liées par le traité. Le fait que l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels" (arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* précité, paragraphe 104).

S'agissant de la procédure interne applicable en Suisse, la DDIP/DFAE est d'avis que la compétence de décider une dénonciation ou une suspension de ces deux déclarations appartient au Conseil fédéral, que la voie choisie soit celle de la dénonciation ou celle de la suspension, et que la *clausula rebus sic stantibus* soit ou non invoquée. En effet, de doctrine et de pratique constantes, "le Conseil fédéral est compétent pour dénoncer les traités sur la base de l'article 184, alinéa premier, de la Constitution fédérale" (JAAC 70.69/2006, pp. 1112 et s., et les références citées²⁶).

Les deux déclarations étant formellement en vigueur, la seule question qui demeure ouverte est celle de savoir comment la Suisse peut y mettre fin ou en suspendre l'application. En l'absence de disposition dans les déclarations elles-mêmes, il faudrait normalement retenir qu'un traité bilatéral ne peut être dénoncé que par consentement mutuel des Parties.

La DDIP/DFAE part cependant du principe que cette hypothèse - comme celle d'entrer en négociation avec (C.) - ne sont pas réalistes et, quoi qu'il en soit, il lui apparaît comme probable que, nonobstant son prescrit, l'article 56 CV n'interdit pas une dénonciation unilatérale en l'espèce. Cette affirmation est fondée surtout sur l'objet du traité, qui n'est pas forcément durable par définition. Certes, il devient actuellement plus difficile de prétendre qu'un traité qui ne contient pas de disposition concernant sa terminaison serait dénonçable, car les Etats qui souhaitent cette possibilité le prévoient le plus souvent (cf. Aust, *op.cit.*, pp. 233 et ss). Mais cette pratique n'était probablement pas établie à l'époque de la signature de ces deux déclarations, si bien qu'il sied de conclure à une dénonciation possible en l'espèce.

En excluant l'hypothèse d'une suspension, qui supposerait la volonté d'appliquer à nouveau les accords dans un avenir proche, la première solution serait dès lors une dénonciation de ces deux déclarations vis-à-vis de (C.) en application de l'article 56 CV. Il appartient pour ce faire à l'office compétent de saisir le Conseil fédéral pour la prise d'une décision de dénonciation, laquelle serait notifiée par le DFAE à (C.). Une telle décision n'est pas soumise à la condition d'un changement fondamental de circonstances, mais ne peut prendre effet que, au plus tôt, douze mois après la notification adressée par la Suisse à (C.).

Si ce délai devait poser problème du fait par exemple de la gravité des irrégularités constatées sur les documents d'état civil présentés et qu'il s'imposerait d'agir plus vite, la seconde solution à examiner est celle du changement fondamental de circonstances. Elle nécessiterait également la saisine du Conseil fédéral pour la prise d'une décision de "dénonciation" à notifier à (C.) par le DFAE, mais, à la différence de la première solution présentée, la Suisse pourrait mettre fin aux déclarations avec effet immédiat dès la notification suisse, sans devoir respecter ce délai de douze mois.

L'examen du bien-fondé juridique de cette option nécessite toutefois davantage de renseignements de faits. La CV pose en réalité cinq conditions cumulatives pour que l'invocation de ce principe soit possible (cf. Aust, *op.cit.*, p. 241): 1) le changement doit se rapporter à des circonstances qui existaient au moment de la conclusion; 2) il doit être fondamental; 3) il doit ne pas avoir été prévu au moment de la conclusion; 4) l'existence des circonstances doit avoir constitué une base essentielle du consentement des Parties à être liées par le traité; et 5) l'effet du changement doit être de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

Ces cinq conditions peuvent apparaître comme satisfaites en l'espèce. Toutefois, comme le rappelle la CIJ, l'invocation de l'imprévision doit rester exceptionnelle. En outre, la Suisse ne pourrait peut-être que difficilement, de bonne foi, invoquer aujourd'hui la *clausula rebus sic stantibus* si les arguments sur lesquels elle s'appuie pour ce faire perdurent depuis longtemps. Il serait important dans ce contexte de savoir si les documents d'état civil issus de (C.) présentent des irrégularités depuis longtemps ou si au contraire le(s) premier(s) cas vien(nen)t d'être découvert(s). Il faudrait aussi déterminer si la corruption en matière d'état civil dont il est fait état dans le rapport mentionné est un élément nouveau

²⁶ Pratique suisse 2006, n° 1.4, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 756.

ou un fait connu depuis des années, auquel cas la Suisse eût dû invoquer le changement de circonstances sans attendre, pour demeurer de bonne foi. Si la Suisse a quelque peu tardé en ce sens, la première solution est probablement plus appropriée.

Conclusion

La dénonciation des deux déclarations est possible selon l'article 56 CV, avec un préavis de douze mois. En outre, même s'il n'est pas exclu qu'elle fasse l'objet de contestations juridiques, l'invocation de l'imprévision selon l'article 62 CV, pour se départir des accords avec effet immédiat, est également possible en théorie. Le choix de la meilleure de ces deux solutions devra probablement se faire en tenant compte de l'ensemble des circonstances, qui ne sont pas toutes connues en l'état. A l'interne (*sic*), ces deux modes de procéder nécessitent une décision du Conseil fédéral."

Avis de droit de la DDIP du 8 mars 2007, JAAC 2008.18, pp. 331-335.

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

(Voir le n° 1.6)

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n°s 7.3, 7.6 et 10.2)

3.1 Reconnaissance d'Etats et de gouvernements: pratique suisse

Dans l'Annexe 1 du Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral pour 2007, consacrée à la neutralité, l'on trouve, sous la rubrique "Universalité des relations internationales", le passage ci-après, qui se rapporte à la reconnaissance des Etats et gouvernements étrangers:

"Ce souci d'universalité se trouve aussi dans la pratique de la Suisse en matière de reconnaissance d'Etats. A cet égard, la Suisse entretient, dans la mesure du possible, des relations internationales avec tous les Etats, pour autant qu'ils remplissent les trois conditions fixées par le droit international (territoire, population, gouvernement effectif). Elle renonce en principe à exiger des conditions supplémentaires pour une reconnaissance. Elle se réserve cependant le droit, dans le cadre de sa décision concernant la reconnaissance d'un Etat, de prendre en considération d'autres éléments, notamment l'attitude de la communauté internationale des Etats ou d'un groupe d'Etats important.

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la Suisse reconnaît les Etats mais pas les gouvernements. Lorsqu'un pays change de gouvernement, la Suisse se limite, en règle générale, à poursuivre ses relations avec l'Etat concerné et donc avec le nouveau gouvernement."

Annexe 1 au Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral pour 2007, du 15 juin 2007. FF 2007, p. 5283 (5285). Pour d'autres extraits de document, voir le n° 11.1.

3.2 Reconnaissance des Etats et des gouvernements

Le document partiellement reproduit ici, œuvre de la DDIP, décrit sommairement la manière dont la Suisse envisage les questions de la reconnaissance des Etats et des gouvernements.

"1. Signification du terme "reconnaissance" en droit international et conséquences juridiques

La reconnaissance d'un Etat signifie que ledit Etat est considéré par la communauté internationale (ou par les pays le reconnaissant) comme un sujet du droit international avec lequel on peut entrer en relations officielles (diplomatiques, consulaires ou autres) et conclure des traités internationaux.

En revanche, la portée de la reconnaissance d'un gouvernement n'est pas clairement définie en droit international. En règle générale, on y associe une certaine représentativité, voire une légitimité internationale du gouvernement en question. Mais comme il n'existe pas de critères déterminés en droit international pour se prononcer sur cette légitimité, il est difficile de dire quelles conséquences juridiques découlent d'un tel constat.

2. Reconnaissance d'Etats

La Suisse, comme la plupart des autres Etats, reconnaît un nouvel Etat si celui-ci réunit trois conditions: a) un peuple bien défini; b) un territoire délimité; c) une autorité publique qui est en mesure de mettre en œuvre de manière effective la souveraineté étatique tant à l'intérieur que vers l'extérieur.

La reconnaissance d'Etats est un droit souverain, unilatéral et discrétionnaire. Un nouvel Etat n'a donc pas de droit subjectif à être reconnu par la Suisse.

En reconnaissant un nouvel Etat, la Suisse a coutume d'agir de concert avec les Etats jugés proches des positions suisses.

Dans la pratique, la reconnaissance est souvent liée politiquement au respect de certaines conditions, par exemple observation de la Charte de l'ONU ou respect des principes de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'homme.

3. Reconnaissance de gouvernements?

La Suisse a coutume de ne pas reconnaître officiellement des gouvernements. Cette attitude repose sur les motifs suivants:

- a) La pratique suisse en matière de reconnaissance d'Etats se base principalement sur des critères de droit international: tandis que le droit international définit les éléments constitutifs d'un Etat, il n'existe pas de standards communs en droit international fixant les critères pour la reconnaissance d'un gouvernement.
- b) Une appréciation sur la légitimité ou non d'un gouvernement nécessiterait inévitablement un examen approfondi, voire un jugement de valeur sur les normes constitutionnelles ou légales qui ont permis au gouvernement en question d'accéder au pouvoir. C'est une tâche difficile et délicate, parce qu'il faudrait chaque fois analyser le droit interne du pays en question, un droit qu'on ne connaît d'ailleurs souvent pas ou pas suffisamment.
- c) Il n'est pas rare que les opinions internationales sur la légitimité démocratique d'un gouvernement divergent. Comment par exemple se positionner dans une situation où une élection n'a été considérée que partiellement satisfaisante sous l'aspect démocratique? La non-reconnaissance de gouvernements évite ce genre de discussions délicates.
- d) Le droit international ne conditionne pas la reconnaissance d'Etats à la légitimité du gouvernement en question. Il repose uniquement sur le principe de l'effectivité: Pour être reconnu, l'Etat doit disposer d'un gouvernement capable de représenter son pays sur la scène internationale et d'assumer des obligations en droit international.
- e) Enfin, si la Suisse traitait uniquement avec des gouvernements reconnus par elle comme "légitimes" (quitte à définir ce terme), elle contreviendrait au principe de l'universalité de ses relations, qui constitue l'un des éléments-clés de sa politique étrangère d'Etat neutre.

Pour toutes ces raisons, la Suisse s'attache au principe de l'effectivité dans ses relations avec d'autres Etats. Elle traite avec les représentants qui détiennent effectivement le pouvoir gouvernemental et qui agissent au nom du pays en question. Cette approche pragmatique a amené la Suisse à communiquer avec ceux qui détiennent le pouvoir effectif sur un territoire et lui a permis d'entreprendre des activités humanitaires, des efforts de médiation, etc."

Avis de droit de la DDIP du 26 juin 2007. JAAC 2008.6, pp. 128-130.

3.3 Immunité d'exécution des Etats étrangers et renonciation à cette immunité

Le texte qui suit est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral portant sur la saisie de biens détenus par l'IATA (International Air Transport Association) à Genève et appartenant à la société russe Moscow Center for Automated Air Traffic Control (MAATC). Cette saisie, opérée à la demande de la société Noga, était fondée sur une créance de celle-ci contre l'Etat russe. Le 14 décembre 2006, la Commission genevoise de surveillance des offices de poursuite et des faillites décida de rejeter une plainte de MAATC contre l'Office des poursuites de Genève, plainte fondée sur l'argument que les biens saisis appartenaient à une personne morale indépendante et, de ce fait, ne pouvaient être saisis au titre d'une dette contractée par la Fédération de Russie (article 95 de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, LP; RS 281.1), et surtout que, à supposer que les biens saisis appartenissent à la Fédération de Russie, cette dernière était au bénéfice de l'immunité d'exécution accordée aux Etats étrangers par le droit international public. Voici les considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral consacrés à ce dernier aspect de l'affaire.

"5. La recourante prétend ... que, à supposer que les biens saisis appartiennent à l'Etat russe, ils sont insaisissables en vertu de l'immunité d'exécution consacrée à l'article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP.²⁷

5.1 L'immunité d'exécution relève du droit international public, réservé par l'article 30a LP.²⁸ Cette réserve concerne en effet tant les traités internationaux que les principes non écrits du droit des gens comme celui de l'immunité (FF 1991 III 50²⁹).

La Convention européenne sur l'immunité des Etats conclue à Bâle le 16 mai 1972 (RS 0.273.1) a été ratifiée par la Suisse le 6 juillet 1982, mais ni signée ni ratifiée par la Russie. Le Tribunal fédéral a jugé que la plus grande réserve s'imposait quant à l'application, à titre de droit coutumier, de cette convention à des Etats non-Parties, cela même pour de simples références aux solutions retenues (ATF 120 II 400 c. 3d, p. 405;³⁰ (D.) Favre, L'immunité de juridiction et d'exécution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: *Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 476). C'est donc en vertu des principes généraux du droit des gens qu'il convient d'examiner le moyen dont se prévaut la recourante.

Ces principes ont été codifiés dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (ci-après: convention des Nations Unies sur les immunités des Etats), adoptée par l'Assemblée générale le 2 décembre 2004.³¹ Cette convention n'est pas encore en vigueur, mais elle a été signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et par la Russie le 1^{er} décembre 2006; elle se veut la codification de la coutume internationale en matière

²⁷ Aux termes de cette disposition sont insaisissables "les biens appartenant à un Etat étranger ou à une banque centrale étrangère qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique".

²⁸ Article qui réserve les traités internationaux et les dispositions de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

²⁹ Message du Conseil fédéral, du 8 mai 1991, concernant la révision de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (FF 1991 III 1).

³⁰ *Pratique suisse 1994*, n° 3.3, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 600.

³¹ Texte joint à la Résolution 59/38 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 2 décembre 2004.

d'immunités (cf. (J.) Candrian, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Semaine judiciaire 2006 II, pp. 95, 97).

5.2 La pratique suisse déduite du droit des gens pose trois conditions cumulatives à l'exécution forcée sur les biens d'un Etat étranger (cf. Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, Lettre du Département fédéral de justice et police du 8 juillet 1986 aux gouvernements cantonaux, BISchK (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs = Bulletin des préposés aux poursuites et faillites) 1986 pp. 234 et ss;³² (M.) Ochsner, Commentaire romand, Poursuite et faillite, (Bâle 2005), nn. 181-184, ad article 92 LP).

5.2.1 Tout d'abord, la prétention du poursuivant doit être liée à l'activité jure gestionis et non jure imperii de l'Etat poursuivi. Il s'agit de savoir si l'acte qui fonde la créance litigieuse relève, non de la puissance publique, mais d'un rapport juridique qui s'inscrit dans une activité économique privée, l'Etat étranger intervenant au même titre qu'un particulier (cf. ATF 130 III 136, c. 2.1, p. 141 et s. et les références). Le critère déterminant est la nature intrinsèque de l'opération envisagée et non le but poursuivi (ATF 130 III 136, c. 2.1, pp. 141 et s.;³³ ATF 113 la 172 c. 2, pp. 175 et s.).³⁴

En l'espèce, la créance litigieuse est fondée sur le Protocole d'accord du 31 juillet 2002, dont l'Etat russe "reconnaît expressément la nature privée et commerciale (...)" (chiffre 5.3). La recourante ne prétend d'ailleurs pas que le rapport de droit qui fonde la créance litigieuse serait un acte jure imperii. La condition relative à la nature de la créance litigieuse est ainsi remplie.

5.2.2 La prétention déduite en poursuite doit ensuite être issue d'un rapport de droit qui présente un rattachement suffisant avec la Suisse (Binnenbeziehung). Ce lien est suffisant lorsque le rapport d'obligation est né en Suisse ou qu'il doit y être exécuté, ou lorsque l'Etat étranger a procédé en Suisse à des actes qui sont propres à créer un lieu d'exécution; il est insuffisant s'il résulte de la seule localisation des biens du débiteur en Suisse ou du seul fait que la créance a été constatée par un tribunal arbitral qui a son siège en Suisse (ATF 106 la 142, c. 5, pp. 149-150³⁵ et les arrêts cités; Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, BISchK 1986, p. 236; (J.-F.) Egli, L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers et de leurs agents dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Centenaire de la LP, Zurich 1989, pp. 208 et s.).

En l'espèce, (un) protocole d'accord a été conclu et signé à Genève où le créancier a son siège; il n'est donc pas nécessaire de rechercher le lieu d'exécution d'une créance d'argent selon le droit luxembourgeois élu par les parties. La condition du lien suffisant avec la Suisse est ainsi également remplie.

5.2.3 Enfin, les biens saisis en Suisse ne doivent pas être affectés à des tâches incombant à l'Etat comme détenteur de la puissance publique. Cette condition, qui appartient aux règles du droit des gens (cf. (P.-R.) Gillieron, (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999-2003), n. 205, ad article 92 LP; également article 19, lettre c, de la convention des Nations Unies sur les immunités des Etats), est consacrée expressément à l'article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP.

La notion de biens affectés à des tâches relevant de la puissance publique doit être interprétée de façon large (ATF 112 la 148, c. 5a, p. 154;³⁶ Ochsner, op.cit., n. 185, ad article 92 LP; Egli, op.cit., p. 211). Elle comprend en tous les cas les biens des missions diplomatiques protégés de façon absolue par l'article 22, alinéa 3, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). En revanche, les liquidités, en espèces ou créances, contre une banque ne peuvent être soustraites à la saisie que si elles ont été clairement affectées à des buts concrets d'utilité publique, ce qui suppose leur séparation des autres biens (ATF 111 la 62, c. 7b, pp. 65 et s.;³⁷ FAVRE, op.cit., p. 483).

En l'espèce, la recourante considère que ses activités relèvent d'une prérogative de la souveraineté de l'Etat et que les actifs saisis sont des taxes qui servent à l'intérêt public, au même titre que les redevances perçues par Billag SA pour la Suisse. On relèvera à ce stade que, lorsqu'il s'agissait d'établir son droit de propriété exclusif sur les biens saisis, la recourante prétendait au contraire que les recettes perçues étaient le résultat de contrats de droit privé conclus avec les transporteurs aériens et que, dans le cadre de cette perception, elle était indépendante de l'Etat russe, dont elle était un contribuable autonome. L'autorité cantonale a laissé ouverte la question de l'affectation des biens saisis; elle a fondé l'essentiel de son raisonnement sur la renonciation à l'immunité par la Fédération de Russie.

5.3 Le protocole d'accord du 31 juillet 2002 comprend en effet une clause n° 5.3, rédigée comme suit: "En conséquence, le Gouvernement (de la Fédération de Russie) reconnaît expressément la nature privée et commerciale du présent protocole d'accord et renonce expressément et sans réserves à toutes immunités de juridiction et/ou d'exécution dont il pourrait être bénéficiaire". Seule la version française fait foi (clause n° 7).

5.3.1 La renonciation par un Etat à son immunité d'exécution est possible, en tous les cas si elle est expresse ((J.) Kren Kostkiewicz, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Berne 1998, pp. 440 et s.), ce qui est le cas en l'espèce. La convention des Nations Unies sur les immunités des Etats prévoit également la faculté de renoncer à l'immunité d'exécution, notamment par contrat écrit (article 19, lettre a, chiffre 11).

³² Circulaire partiellement reproduite dans *Pratique suisse* 1986, n° 3.3, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 162.

³³ *Pratique suisse* 2004, n° 3.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 731.

³⁴ *Pratique suisse* 1987, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209.

³⁵ *Pratique suisse* 1980, n° 3.4, ASDI, vol. XXXVII, 1981, p. 217.

³⁶ *Pratique suisse* 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158.

³⁷ *Pratique suisse* 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 60.

L'autorité cantonale a considéré que, en l'espèce, la clause de renonciation était suffisamment claire et explicite pour permettre la saisie de tous les biens, qu'ils soient affectés à des activités *jure gestionis* ou *jure imperii*.

5.3.2 La recourante prétend que cette clause ne doit pas être interprétée de façon littérale; la reconnaissance du caractère privé et commercial du litige impliquerait au contraire que la renonciation à l'immunité ne concerne que certains avoirs utilisés *jure gestionis*. Elle invoque à cet égard la prise de position du Département fédéral des affaires étrangères dans l'affaire de la saisie des tableaux prêtés à la Fondation Pierre Gianadda par le Musée national des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou, prise de position qui se fondait sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 août 2000.³⁸

Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris a déclaré nulle la saisie, à la demande de Noga, de comptes ouverts au nom de l'Ambassade de la Fédération de Russie en France, de la Représentation commerciale de la Fédération de Russie en France et de la Délégation permanente de la Fédération de Russie auprès de l'UNESCO. La Cour d'appel a considéré que la seule mention, dans les contrats litigieux, que "l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat" ne manifestait pas la volonté non équivoque de l'Etat russe de renoncer, en faveur de son cocontractant, personne morale de droit privé, à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter que cette société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger (Cour d'appel de Paris, 1^{re} Chambre, section A, arrêt n° 287 du 10 août 2000, Société Noga c. Fédération de Russie ...).

Dans le cadre de la saisie des tableaux prêtés à la Fondation Pierre Gianadda, le Département fédéral des affaires étrangères a considéré que, lors de la conclusion du protocole du 31 juillet 2002, les parties connaissaient la portée de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et qu'elles acceptaient ainsi implicitement que la renonciation aux immunités portât exclusivement sur les biens affectés à des activités *jure gestionis*. Cette interprétation n'a toutefois été mentionnée que subsidiairement, l'argumentation du Département fédéral des affaires étrangères reposant en l'espèce principalement sur le statut particulier des biens culturels saisis.

La recourante estime néanmoins que cette interprétation restrictive de la clause de renonciation doit également prévaloir dans la présente affaire.

5.3.3 Contrairement à ce qu'affirme le Département fédéral des affaires étrangères, il ne ressort pas de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris que, en vertu des règles générales du droit international public, les renonciations aux immunités ne peuvent porter que sur des biens affectés à des activités *jure gestionis*. Le cas tranché par cette Cour est distinct de celui de la présente espèce, en ce qu'il concerne des biens de missions diplomatiques régis par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (du 18 avril 1961, RS 0.191.01), traité sur lequel la Cour d'appel a fondé l'essentiel de son raisonnement. La convention des Nations Unies sur les immunités des Etats consacre d'ailleurs également le statut particulier de ces avoirs de même que celui des biens à caractère militaire, culturel ou scientifique ou ceux appartenant aux banques centrales des Etats (article 21, paragraphe premier), qui peuvent néanmoins faire l'objet d'une clause de renonciation (article 21 paragraphe 2). De même, le droit suisse reconnaît que, en application de la convention de Vienne, les biens de l'Etat étranger utilisés pour sa légation justifient une retenue particulière quant à leur éventuelle saisie (cf. Egli, op.cit., p. 212; Ochsner, op.cit., n. 187, ad article 32 LP; également Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, BISchK 1986, pp. 236 et s.).

C'est donc la nature spéciale des biens saisis qui a justifié, pour la Cour d'appel de Paris, l'interprétation limitative de la clause de renonciation (cf. (E.) Gaillard, Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales, Bulletin ASA (de l'Association suisse d'arbitrage) 2000, p. 481).

En l'espèce, la recourante ne soutient pas que les biens saisis seraient affectés à l'action et au fonctionnement des ambassades et représentations de la Fédération de Russie en Suisse. Il ne s'agit pas non plus, comme dans la saisie des tableaux du Musée national des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou, de biens culturels protégés par le droit des gens ou la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC; RS 444.1).

La recourante ne peut donc échapper à l'alternative suivante: soit les biens saisis relèvent de l'activité *jure gestionis* de l'Etat russe et la clause de renonciation est superflue faute d'immunité; soit il s'agit de biens de l'Etat affectés à l'exercice de la puissance publique, qui tombent sous le coup de la renonciation expresse du 31 juillet 2002. Elle ne saurait en particulier prétendre que la renonciation ne vise que des actes *jure gestionis* pour lesquels précisément aucune immunité n'existe. Cela reviendrait à priver la clause de renonciation de toute portée. Or, aux termes de celle-ci, la Fédération de Russie a "renoncé expressément" et "sans réserves" à "toutes immunités de juridiction et/ou d'exécution". Le cumul de ces expressions manifeste la volonté de donner à la clause de renonciation la plus large portée possible; partant, elle ne peut pas viser les biens affectés à une activité *jure imperii*.

5.4 Pas plus que la Fédération de Russie, la recourante - qui prétend exercer une prérogative de la souveraineté de cet Etat - ne saurait se soustraire à l'exécution forcée, en invoquant une immunité à laquelle la bénéficiaire a expressément renoncé."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 15 août 2007, dans la cause *Moscow Center for Automated Air Traffic Control c. Commission genevoise de surveillance des offices de poursuite et des faillites*. ATF 134 III 122, c. 5 (127-132).

³⁸ *Pratique suisse* 2005, n° 3.3, RSDIE, 16^e année, 2006, p. 615. Pour l'affaire tranchée par la Cour d'appel de Paris, cf. *Journal du droit international* (Clunet), 128^e année, 2001, p. 116.

3.4 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats. L'Etat en tant qu'investisseur et le traitement à accorder à ses investissements

Les Etats peuvent-ils, à l'instar des individus et sociétés, devenir des "investisseurs"? Dans l'affirmative, faut-il accorder à leurs investissements un traitement différent de celui concédé aux investissements privés? Voici les questions posées par le SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie du Département fédéral de l'économie publique):

"1. Octroi de la qualité d'investisseur à un Etat

Les accords de promotion et protection des investissements (APPI) ont pour principale fonction d'accorder une protection aux investisseurs actifs à l'étranger notamment en leur garantissant une protection légale et des voies de droit en cas d'expropriation au sens large. Pour le règlement des différends, la majorité des APPI signés par la Suisse prévoit la soumission des litiges au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) institué par la Convention de Washington de 1965.³⁹

La notion d'investisseur n'est pas définie dans la Convention de Washington elle-même.⁴⁰ Toutefois, dans une décision arbitrale de principe rendue par le CIRDI dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovak Republic*, le Tribunal s'est penché sur l'interprétation à donner à cette notion. Il a clairement rappelé que le terme "juridical persons" ou personne morale tel que défini par la convention de Washington ne se limitait pas aux sociétés de capitaux privés.⁴¹ La notion de personne morale couvre également les sociétés possédées ou contrôlées totalement ou partiellement par des Etats. Le Tribunal statue ensuite que le critère déterminant n'est pas la possession ou le contrôle, sinon de savoir quelle fonction exercent lesdites sociétés:⁴² si le type d'actes exercés est de nature économique (*jure gestionis*) et ne relève pas de l'exercice de fonctions gouvernementales (*jure imperii*), une entreprise même totalement contrôlée par l'Etat est considérée comme personne morale au sens de l'article 25, alinéa 2, lettre b, de la convention de Washington, et partant, possède la qualité d'investisseur.

Lorsqu'un Etat a une participation majoritaire ou totale dans une société, celui-ci est de facto investisseur par le contrôle qu'il opère sur ladite société. Il n'a toutefois, au sens de la convention de Washington, pas la qualité pour agir directement devant les instances arbitrales internationales. Cependant, dans la pratique, le fait qu'un Etat soit de jure qualifié d'investisseur ne change pas fondamentalement la situation quant à l'accès aux instances arbitrales ou à la protection légale découlant d'un APPI. En effet, l'Etat en question peut soumettre le différend à un tribunal arbitral soit *indirectement* par le truchement de l'entreprise qu'il contrôle soit - si la convention devait autoriser cela - *directement* en tant qu'Etat ayant la qualité pour agir devant les instances arbitrales internationales.

2. Traitement à accorder aux investissements effectués directement ou indirectement par un Etat

a) Notion d'investissement

La notion d'investissement dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus par la Suisse est très extensive et englobe la propriété de biens mobiliers et immobiliers, les investissements en portefeuille, les droits de propriété intellectuelle, les concessions et ainsi de suite. Ces traités ne font pas de distinction selon la nature publique ou privée de l'investissement. Quant à elle, la convention de Washington ne définit pas la notion d'investissement. Il ressort toutefois de la jurisprudence du CIRDI que ladite notion est également très large.⁴³

b) Principe

Comme évoqué plus haut, il ne ressort pas de la jurisprudence du CIRDI qu'un investissement devrait être traité différemment en fonction de la provenance des fonds investis (privés v. publics).⁴⁴ On peut ajouter que la distinction entre investissement public et privé en fonction de la provenance du capital a perdu beaucoup de son sens. En effet, les relations financières sont devenues tellement enchevêtrées et volatiles qu'il est difficile, voire impossible, d'en déterminer la source et donc "l'entité" exerçant un contrôle sur l'entreprise.⁴⁵

La seule exception à ce qui vient d'être énoncé concerne les investissements publics effectués par un Etat et qui découlent d'un acte de puissance publique (*jure imperii*)⁴⁶ car dans ce cas l'Etat bénéficie d'une immunité.

c) Immunité de juridiction

En droit international public, l'Etat bénéficie d'une immunité, basée sur l'absence de toute hiérarchie entre les Etats,⁴⁷ qui "exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat

³⁹ Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, RS 0.975.2.

⁴⁰ S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, (Paris) 2004, p. 136.

⁴¹ ICSID Review 1999, pp. 251 et ss.

⁴² (Traduction) "Pour les besoins de la convention, une société de caractère mixte publique/privée ou une société appartenant au gouvernement ne devrait pas être privée de la qualité de ressortissant de l'autre Partie contractante, sauf si elle agit au nom du gouvernement ou remplit une fonction essentiellement gouvernementale." CIRDI/ICSID Review 1999, p. 258.

⁴³ Voir le chapitre consacré à cette problématique par MANCIAUX, op.cit. (note 40), pp. 43 et ss.

⁴⁴ ICSID Review 1999, pp. 251 et ss.

⁴⁵ Voir A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cité par Manciaux, op.cit. (note 40), p. 140.

⁴⁶ Voir JAAC 1986, fasc. 50/II, pp. 42 et ss (*Pratique suisse 1986*, n° 3.3, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 162).

⁴⁷ U. KÖHLER, *Contracts of Employment under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Australian Review of International and European Law, vol. 9, 2004, pp. 191 et ss.

conformément à la maxime selon laquelle *par in parem non habet jurisdictionem*".⁴⁸ Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'immunité était absolue, de sorte qu'un Etat ne pouvait être attiré devant les tribunaux étrangers en aucune circonstance. A partir du XX^e siècle, une distinction entre les activités souveraines et les activités privées a été opérée notamment pour tenir compte de l'essor des activités commerciales des Etats qui les a contraint à renoncer à leur immunité lorsqu'ils s'engagent dans des activités privées.⁴⁹

aa) Jurisprudence du Tribunal fédéral

Pour le Tribunal fédéral, l'immunité de juridiction est toutefois limitée aux actes *jure imperii*, à savoir les actes qui relèvent de la puissance publique. En revanche, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure concernant une transaction commerciale.⁵⁰ Le Tribunal fédéral a consacré ce principe de l'immunité relative des Etats étrangers en ce sens que seuls les actes effectués en vertu de leur souveraineté sont protégés par leur immunité.⁵¹ Les actes qu'ils accomplissent en tant que titulaires de droits privés au même titre qu'un particulier ne sont pas protégés et ne bénéficient par conséquent d'aucun traitement différencié. La Haute Cour a par ailleurs précisé que pour distinguer entre les actes accomplis *jure gestionis* et *jure imperii*, il y avait lieu de considérer la nature propre de l'activité et non pas le but de celle-ci.⁵²

Constatant que les Etats interviennent de plus en plus souvent dans des activités incombant normalement aux particuliers, selon des mécanismes similaires à ceux utilisés entre acteurs privés, le Tribunal fédéral rappelle que la conception restrictive de l'immunité des Etats est aujourd'hui largement connue, tant dans les droits nationaux des Etats que dans les instruments internationaux. Certains Etats, minoritaires, continuent toutefois à invoquer le principe de l'immunité absolue de l'Etat. Le Tribunal fédéral précise le champ d'application matériel de l'immunité en soulignant que seules les activités "souveraines", à savoir celles qui impliquent l'usage de prérogatives de la puissance publique, jouissent de l'immunité.

bb) Convention des Nations Unies

La Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens⁵³ (ci-après: la convention) est l'aboutissement de 27 années de travail au sein de l'ONU pour codifier le droit coutumier en la matière.⁵⁴

S'agissant des exceptions au principe de l'immunité, la convention stipule dans sa troisième partie que, de manière générale, les transactions commerciales, les contrats de travail, la propriété, la possession ainsi que l'usage de biens, tout comme les domaines de la propriété intellectuelle ou encore la participation à des sociétés échappent à l'immunité des Etats.

Ainsi, la convention opère une distinction entre l'immunité de juridiction applicable à la relation entre une société appartenant en partie ou entièrement à un Etat et un tiers ("*Aussenverhältnis*") et la relation entre une société et un Etat ayant investi dans cette société ("*Innenverhältnis*").

Concernant l'"*Aussenverhältnis*", l'article 10 de la convention intitulé "Transactions commerciales" prévoit qu'un Etat qui "effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale, ... ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction", sauf dans les cas de transactions commerciales entre Etats ou si les parties à la transaction en ont convenu autrement.

Par ailleurs, selon le paragraphe 3 de l'article 10, l'immunité de juridiction de l'Etat concerné n'est pas affectée lorsqu'une "entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat dotée d'une personnalité juridique distincte ... est impliquée dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale dans laquelle elle est engagée". Cette disposition remonte à l'époque précédant la fin de la guerre froide, lorsque les pays à économie planifiée étaient en pleine réorganisation et avaient en particulier conféré à leurs entreprises étatiques une personnalité indépendante de celle de l'Etat.⁵⁵ On peut se demander si l'article 10, paragraphe 3, reprendra de sa signification avec l'émergence des fonds souverains. Cette règle s'applique aux entités ayant "la capacité d'ester et d'être attirées en justice" et "d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'Etat l'a autorisé à exploiter ou à gérer". L'annexe de la convention comporte une explication de l'interprétation de ce paragraphe. Elle stipule que "ni la question de la 'levée du voile dissimulant l'entité', ni les questions liées à une situation dans laquelle une entité d'Etat a délibérément déguisé sa situation financière ou réduit après coup ses actifs pour éviter de satisfaire à une demande, ni d'autres questions connexes" ne sont préjugées dans le but d'éviter toute pratique abusive qui viserait à limiter leur responsabilité.

Concernant l'"*Innenverhältnis*", l'article 15, paragraphe premier, intitulé: "Participation à des sociétés ou autres groupements" prévoit qu'"(u)n Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction ... dans une procédure se rapportant à sa participation dans une société ..." si cette société comprend "des parties autres que des Etats ou des organisations

⁴⁸ P. DAILLER/A. PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, n° 289.

⁴⁹ G. HAFNER/L. LANGE, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Annuaire français de droit international, (t. L.), 2004, pp. 45 et ss.

⁵⁰ DAILLER/PELLET, op.cit. (note 48), n° 290 (citant de la jurisprudence).

⁵¹ ATF 124 III 382 (*Pratique suisse 1998*, n° 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654); 120 II 400 (*Pratique suisse 1994*, n° 3.3, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 600); 111 Ia 62 (*Pratique suisse 1985*, n° 3.3, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 64).

⁵² (Voir les deux premiers arrêts cités à la note précédente et) ATF 104 Ia 368 (*Pratique suisse 1978*, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 149).

⁵³ (Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 59/38, Annexe.) Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur; la Suisse l'a signée le 19 septembre 2006.

⁵⁴ HAFNER/LANGE, op.cit. (note 49).

⁵⁵ Ibid., p. 62.

internationales" et qu'elle est enregistrée ou constituée "selon la loi de l'Etat du for ou (a son) siège ou (son) lieu principal d'activité dans cet Etat". Cette disposition s'applique sous réserve du paragraphe 2 du même article qui prévoit qu'un Etat peut invoquer l'immunité si les Etats intéressés en ont ainsi convenu ou si l'instrument d'établissement ou régissant la société contient des dispositions à cet effet. Cet article est donc très explicite. En l'absence de tout accord ou disposition expresse prévoyant le contraire, un Etat ne peut en principe pas invoquer l'immunité juridictionnelle dans des procédures concernant le rapport entre l'Etat et l'entreprise privée dans laquelle il a investi.

Toutefois, il sied de souligner que cette convention relève à la fois de la codification du droit international coutumier et de son développement. Dans certains points elle semble aller au-delà du droit international coutumier, dans certains autres elle reste en deçà. Dès lors, elle ne peut pas dans son entier être considérée comme traduisant le droit international coutumier applicable à l'heure actuelle. Il faut encore ajouter que de l'avis d'experts en la matière,⁵⁶ la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité peut s'inscrire dans le cadre de la convention des Nations Unies et que, à ce titre, la codification internationale ne devrait pas signifier un recul s'agissant de la jurisprudence restrictive de la Haute Cour en matière d'immunités.

d) Immunité d'exécution

Il y a lieu de distinguer entre immunité de juridiction et immunité d'exécution. L'Etat peut ne pas bénéficier d'une immunité de juridiction et, ainsi, faire l'objet d'une poursuite judiciaire dans un Etat tiers en rapport, notamment avec des transactions commerciales ou des investissements. Ceci n'implique pas encore que les biens d'Etat puissent faire l'objet de mesures d'exécution dans le cadre de litiges découlant des transactions commerciales ou investissements en question. Les biens des Etats situés dans un autre Etat qui sont affectés à des fins officielles ou des buts de service public ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie. Ils sont en particulier protégés par le droit international coutumier et, pour les biens des représentations diplomatiques et consulaires, par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.⁵⁷

La convention des Nations Unies susmentionnée stipule à son article 18 que les biens d'un Etat ne peuvent pas être saisis antérieurement à un jugement. Cette disposition exclut ainsi la prise de mesures provisoires de nature conservatoire. Sauf accord de l'Etat en question, des mesures d'exécution postérieures au jugement ne sont possibles que si l'Etat y consent ou s'il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales (article 19). Les biens ne peuvent toutefois être saisis que s'ils sont situés sur le territoire de l'Etat du for. Sont en tous cas considérés comme biens de l'Etat, utilisés à des fins de service public non commerciales, les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat (article 20, alinéa premier, lettre c).

Comme mentionné plus haut, cette convention représente à la fois une codification et un développement du droit international coutumier. Il ne peut être clairement établi jusqu'à quel point l'immunité d'exécution est ancrée dans le droit international coutumier.

3. Conclusion

Sur la base de la jurisprudence du CIRDI et eu égard à la principale fonction des APPI telle que décrite ci-dessus, rien ne s'oppose en principe à ce que la qualité d'investisseur soit octroyée à un Etat signataire d'un accord de promotion et de protection des investissements.

Sur le principe, la question de savoir si un Etat est ou non qualifié d'investisseur au sens des APPI n'a pas d'influence directe sur la question de savoir si les investissements bénéficient d'une immunité de juridiction, dès lors qu'il y a lieu d'examiner à cet égard la nature de l'acte et non son but. Il semble toutefois difficile d'argumenter qu'un Etat puisse invoquer une immunité de juridiction lorsqu'il a accompli des investissements qui relèvent de la sphère économique. Une immunité d'exécution sur les biens investis ne semble a priori pas non plus donnée, en raison de leur nature et de leur but, pour des biens de l'Etat investis (à travers des fonds) en biens mobiliers et immobiliers, portefeuille, droits de propriété intellectuelle, concessions, etc. (mais ne saurait, à ce stade, être clairement écartée dans toutes les circonstances dès lors qu'un Etat pourrait, par exemple, investir des fonds dans l'immobilier et affecter par la suite l'immeuble à l'usage de sa représentation diplomatique).

Dès lors, il n'y a a priori pas lieu de faire la distinction entre investisseur privé et investisseur public et, partant, le traitement à accorder à un investissement ne doit pas varier si un Etat agit en tant qu'agent économique. Ce n'est que dans l'hypothèse - limitée dans la réalité - où un Etat agirait en tant que souverain (*jure imperii*) qu'une distinction s'avère utile, étant entendu que des immunités s'appliquent alors."

Avis de droit de la DDIP du 20 novembre 2007. JAAC 2007.18, pp. 331-335.

3.5 Immunité de ministres ou anciens ministres en droit international coutumier

A l'occasion d'un recours au Tribunal pénal fédéral, la DDIP fut invitée à prendre position sur l'immunité d'un ancien ministre de l'énergie atomique dont l'extradition était requise par l'Etat qu'il avait servi. Voici ce que la Direction eut à dire sur ce sujet:

"1. En général

⁵⁶ Propos tenus durant la Journée du droit international du 19 novembre 2007 (organisée par la DDIP) par le juge fédéral J. Candrian.

⁵⁷ RS 0.191.01 et 0.191.02.

Le droit international accorde un statut privilégié à plusieurs catégories de personnes. Pour certaines d'entre elles (agents diplomatiques, agents consulaires, diplomates ad hoc), la matière est réglée conventionnellement.⁵⁸ Pour les autres, les règles applicables sont à rechercher principalement dans le droit international coutumier.

Traditionnellement, le droit coutumier reconnaît des immunités très étendues aux chefs d'Etat, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Ce principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans un arrêt du 14 février 2002, où celle-ci a notamment affirmé que ces personnes jouissent, pour toute la durée de leur mandat, d'une inviolabilité personnelle et d'une immunité de juridiction pénale absolue qui doivent être respectées par l'ensemble des Etats.⁵⁹

En revanche, les autres ministres ont un statut beaucoup plus faible, ce qui s'explique notamment par le fait que, jusqu'à une époque récente, les voyages de telles personnes à l'étranger étaient rares et que, par conséquent, le besoin de leur accorder un traitement particulier ne s'était pas fait ressentir. Ainsi, les quelques auteurs à s'être posé la question de leur statut ne leur accordaient une immunité que lorsqu'ils se rendaient à l'étranger dans l'exercice de leurs fonctions officielles,⁶⁰ qui rendait leur position analogue à celle des diplomates ad hoc. Le petit nombre de décisions judiciaires rendues en la matière va également dans ce sens.⁶¹ Quant à savoir s'il conviendrait aujourd'hui de leur accorder une immunité plus large vu leur rôle accru sur la scène internationale, les rares auteurs à avoir traité ce point y répondent par la négative: l'immunité doit être considérée comme une exception par rapport à un régime général, de sorte qu'il serait contraire à la logique du système de l'interpréter de manière extensive.⁶²

Quant aux ministres qui ne sont plus en fonction, le principe est le même que pour les diplomates et les autres catégories de dirigeants politiques: puisqu'elle a principalement pour but de leur permettre d'exercer librement leurs fonctions, leur immunité *ratione personae* cesse logiquement de produire ses effets lorsque ces fonctions prennent fin. En revanche, leur immunité *ratione materiae* reste intacte, ce qui signifie qu'ils continuent à bénéficier de l'immunité pour ce qui a trait aux actes officiels. Dans la mesure où elle perdure, enfin, leur immunité, qui ne leur est pas conférée dans leur intérêt personnel, mais dans celui de l'Etat qu'ils représentent, peut cependant toujours être levée par ce dernier.

2. L'immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre

La question de savoir si des actes constitutifs d'infractions pénales contre le patrimoine ou l'administration de la justice (corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, etc.) doivent être considérés comme des actes officiels peut être traitée sous deux optiques diamétralement opposées. D'une part, un pourrait estimer que tous les actes accomplis par des dirigeants politiques dans l'exercice de leurs fonctions sont par nature des actes officiels. D'autre part, on pourrait affirmer que certains actes, bien qu'accomplis par les dirigeants politiques durant leur mandat officiel, ne constituent pas des actes officiels car, par leur nature, ils ne relèvent pas des fonctions que ces personnes sont appelées à exercer.

La première approche conduirait à accorder une immunité *ratione materiae* aux anciens dirigeants politiques pour tous les actes accomplis quand ils étaient en fonction. La deuxième conception, en revanche, aurait pour conséquence que certaines catégories d'actes ne seraient pas couvertes par l'immunité.

Or, aussi bien la pratique internationale que la doctrine adoptent cette seconde conception. Du point de vue de la pratique, les éléments suivants sont à retenir:

- Premièrement, l'immunité d'un ancien dirigeant politique n'a jamais fait obstacle au blocage ou à la restitution de biens qu'il détenait dans un autre Etat; les personnes en question n'ont du reste tenté que très rarement de se prévaloir de l'immunité, et ceux qui l'ont fait ont été déboutés.⁶³

- Deuxièmement, on trouve dans la jurisprudence de certains Etats des jugements qui affirment explicitement que des délits patrimoniaux ne peuvent pas être considérés comme des actes officiels. Aux Etats-Unis, notamment, une Cour d'appel fédérale se prononça à ce sujet en 1962 déjà, dans une affaire concernant un ancien chef d'Etat vénézuélien, Marcos Peres Jiménez. La Cour jugea que "acts constituting the financial crimes of embezzlement or malversation, fraud or breach of trust, and receiving money or valuable securities knowing them to have been unlawfully obtained (...) were not acts of (...) sovereignty. (...) They constituted common crimes committed by the Chief of State done in violation of his position and not in pursuance of it".^{64 65}

⁵⁸ Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01); Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02); Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2).

⁵⁹ Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2000, p. 3.

⁶⁰ G. DAHM/J. DELBRÜCK/R. WOLFRUM, *Völkerrecht*, vol. I/1, 2^e éd., Berlin/New York 1989, p. 258; K. DÖHRING, *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, pp. 284 et s., n° 673; J. KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1998, p. 92; E.R.C. VAN BOGAERT, *Volkenrecht*, Anvers 1991, p. 362.

⁶¹ Cf. Arrêt de la Cour d'Appel de Paris (en l'affaire) *Ali Ali Reza c. consorts Gimpel* du 28 avril 1961 (Revue générale de droit international public (RGDIP), t. 66, 1962, pp. 418 et s.), qui (refuse) l'immunité de juridiction à un ministre étranger en considérant que "la qualité de ministre d'Etat et non de ministre des affaires étrangères reconnue à Ali Ali Reza ne saurait suffire à lui assurer le bénéfice de cette immunité" (p. 419).

⁶² A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, thèse, Genève (etc.) 2003, pp. 2004 et ss.

⁶³ En Suisse, cf. notamment ATF 113 Ib 257 (affaire *Marcos*) (*Pratique suisse* 1987, n° 7.1, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 226).

⁶⁴ *Jiménez v. Aristeguieta*, 311 F. 2d 547 (5th Cir. 1962), cert.den. 373 U.S. 914 (1963), pp. 557 et s.

⁶⁵ (Traduction) "Les faits constitutifs des délits patrimoniaux de détournement ou de malversation, de fraude ou d'abus de confiance, ou le fait d'accepter des fonds ou valeurs en sachant qu'ils ont été obtenus de manière illégale (...), ne peuvent être qualifiés d'actes (...) accomplis dans l'exercice de la (...) puissance publique. Il s'agit de délits de droit commun commis par le chef de l'Etat en violation de sa fonction plutôt que dans l'exercice de celle-ci."

Ce principe fut confirmé par une autre Cour d'appel fédérale en relation avec les biens détenus aux Etats-Unis par Ferdinand Marcos: "No estoppel exists insulating a deposed dictator from accounting. No guarantee has been granted that immunity may be acquired by an ex-chief magistrate invoking the magic words 'acts of state' to cover his or her past performances. (...) Bribe-taking, theft, embezzlement, extortion, fraud and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proof that need not involve political questions."^{66 67}

- Troisièmement, il est arrivé à plusieurs reprises que d'anciens chefs d'Etat ou de gouvernement soient condamnés par des tribunaux étrangers pour blanchiment d'argent, sans que le caractère prétendument officiel de leurs actes ne s'y oppose. Un cas célèbre concerne l'ancien chef d'Etat panaméen Manuel Noriega, qui fut condamné le 1^{er} juillet 1999 à une peine de dix ans de prison et à plusieurs millions de francs d'amende par le Tribunal correctionnel de Paris.⁶⁸ En Suisse, il y eut le cas de l'ancien Premier ministre ukrainien Pavlo Lazarenko, qui fut condamné le 29 juin 2000 à 18 mois d'emprisonnement par la justice genevoise.⁶⁹

La doctrine se prononce elle aussi très largement pour l'impossibilité de considérer comme actes de la fonction des actes de corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, ou des actes de nature analogue.⁷⁰ Il faut notamment souligner que, dans une résolution adoptée le 26 août 2001, l'Institut de droit international a consacré un principe qui va dans ce sens: "Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'Etat dans le territoire duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit."⁷¹

Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005. JAAC 2006, fasc. 70/III, n° 65.

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

(Voir aussi les n°s 3.4 et 7.2)

4.1 Notion de génocide en droit international conventionnel et coutumier

Dans une interpellation déposée le 22 mars 2007, M. Fabio Abate, député au Conseil National, s'était inquiété de l'extermination de près de 750 000 Assyro-Chaldéens en Turquie et avait notamment demandé au Conseil fédéral 1) quelle était sa définition du génocide, 2) quelles étaient les conditions permettant de reconnaître un génocide et 3) s'il était prêt à reconnaître comme tel l'extermination des Assyro-Chaldéens. Voici la réponse du Conseil fédéral:

"1. Le génocide est incontestablement le crime le plus grave. Il est juridiquement défini à l'article II de la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide⁷² de la manière suivante:

"Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a. meurtre de membres du groupe;
- b. atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c. soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d. mesures visant à entraver les naissances au sens du groupe;
- e. transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe."

L'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁷³ contient une définition identique. La nature de cette définition relève du droit international coutumier, de sorte que les Etats ne peuvent pas aller en deçà de celle-ci dans la poursuite de ce crime. Les Etats sont par contre libres de prévoir, dans leur droit interne, une définition plus large

⁶⁶ *Republic of the Philippines v. Marcos*, 862 F. 2d 1335, pp. 1360 et s.

⁶⁷ (Traduction) "il n'y a aucun obstacle à demander des comptes à un dictateur déposé. Il n'y a aucune garantie qu'un ex-magistrat haut placé puisse se prévaloir de l'immunité en prononçant la formule magique 'acte de puissance publique' pour justifier ses activités présentes ou passées. (...) L'acceptation de pots-de-vin, le vol, le détournement, le chantage, la fraude et l'association avec d'autres pour accomplir de tels délits sont, tous, des actes pouvant prouver qu'aucun élément politique n'est impliqué."

⁶⁸ Cf. L. BALMOND/P. WECKEL, *Chronique des faits internationaux*, RGDI, t. 103, 1999, p. 958.

⁶⁹ Arrêt non publié (cf. *Le Temps* du 30 juin 2000, p. 19).

⁷⁰ Cf. notamment BORGHI, op.cit., pp. 165 et ss; J. VERHOEVEN, *Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat*, in: *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 359 et ss; L. COLLINS, *Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers*, (ibid.), pp. 221 et ss; M. LUGATO, *Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di stato*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 80, 1997, pp. 104 et ss; A.C. ROBITAILLE, *The Marcos Cases: A Consideration of the Act of State Doctrine and the Pursuit of the Assets of Deposed Dictators*, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 9, 1989, pp. 81 et ss, en particulier pp. 92 et ss.

⁷¹ Résolution du 26 août 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat ou de gouvernement en droit international, article 4, chiffre 2 (*Annuaire de l'Institut de droit international* 2000-2001, Paris 2003, pp. 742 et ss, p. 746). On constate qu'une telle approche pourrait conduire à refuser l'immunité en matière de délits patrimoniaux même à des dirigeants politiques en fonction; elle vaut dès lors a fortiori pour ce qui a trait aux anciens dirigeants politiques. Dans le même sens, voir notamment C. DOMINICE, *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, RGDI, t. 103, 1999, pp. 297 et ss, en particulier pp. 307 et ss; A. BORGHI, *Corruption et immunité des dirigeants politiques*, in: T. BALMELLI/B. JAGGY, *Les traités internationaux contre la corruption*, Lausanne/Berne/Lugano 2004, pp. 91 et ss, en particulier pp. 95 et ss; W.M. REISMAN, *Harnessing International Law to Restrain and Recapture Indigenous Spoiliations*, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 56 et ss.

⁷² RS 0.311.11.

⁷³ RS 0.312.1.

qui, le cas échéant, qualifierait de génocide aussi la destruction, par exemple, de groupes politiques ou sociaux. Contrairement à quelques autres Etats, la Suisse n'a pas encore accompli ce pas. Une adaptation du Code pénal suisse⁷⁴ (article 264) sur ce point est actuellement en préparation dans le cadre des "mesures complémentaires pour la mise en œuvre du Statut de Rome".

2-4. La notion de génocide a un effet stigmatisant. Par le passé, le Conseil fédéral a donc parlé de génocide uniquement dans le cas où des événements avaient été qualifiés de la sorte par une autorité judiciaire."

Réponse du Conseil fédéral, du 15 juin 2007, à une interpellation de M. Fabio Abate, député au Conseil National, déposée le 22 mars 2007. BO CN 2007, Annexes, p. 449.

5. Le territoire étatique

5.1 Souveraineté territoriale: enlèvement d'un individu par les autorités d'un Etat étranger en usant de la force, de la menace ou de la ruse

Le passage reproduit ci-après est emprunté à un arrêt du Tribunal fédéral et concerne un ressortissant allemand recherché par les autorités zurichoises pour avoir commis des escroqueries par métier. Cet individu s'était réfugié en République Dominicaine, envers laquelle la Suisse n'est liée par aucun traité d'extradition. Il fut arrêté par les autorités dominicaines, puis remis à la police zurichoise, qui vint le chercher en République Dominicaine, et placé en détention préventive à Zurich. Alléguant que son arrestation en République Dominicaine et sa détention à Zurich étaient illégales, l'individu en cause demanda sa libération, qui lui fut refusée.

Dans son arrêt écartant le recours du détenu, le Tribunal fédéral se demande dans quelles conditions on peut, dans ce genre d'affaires, parler d'enlèvement contraire au droit des gens.

(Traduction)

"2.5.1 Selon les principes du droit des gens, chaque Etat doit respecter la souveraineté des autres Etats. Les activités d'un Etat sur le territoire d'un autre sont donc interdites. Lorsqu'un individu recherché se trouve sur le territoire d'un autre Etat, il ne peut être remis à l'Etat poursuivant qu'au moyen d'un acte officiel de l'Etat territorial. Si des organes de l'Etat poursuivant agissent, sans autorisation, sur le territoire d'un autre Etat, et notamment s'ils s'emparent de la personne recherchée en employant la force, la ruse ou la menace, ils violent la souveraineté de cet autre Etat (arrêts 6P.64/2000 du 5 décembre 2000, c. 3a (non publié);⁷⁵ P. 1201/1981 du 15 juillet 1982, publié dans EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift) 1983, pp. 435 et ss, c. 3a, avec renvois⁷⁶. L'interdiction pour un Etat d'attirer des personnes sur son territoire en employant la ruse s'appuie également sur le principe de la bonne foi, interne autant qu'international. "Toute machination abusive" est interdite (ATF 121 I 181, c. 2c/aa, aux pp. 184 et s.; 117 Ib 337, c. 2a, p. 340;⁷⁷ arrêts (non publiés) 1A.199/2001 du 21 janvier 2002, c. 3.2,⁷⁸ 6P 64/2000 du 5 décembre 2000, c. 3a; 1A.79/1998, c. 3b, du 10 juin 1998, avec des renvois). L'interdiction de violer la souveraineté résulte également de l'article 271, paragraphe 2, du Code pénal suisse⁷⁹ qui punit l'enlèvement d'une personne à l'étranger par la violence, la ruse ou la menace pour la livrer à une autorité, à un parti ou à une autre organisation de l'étranger (arrêt P. 1201/1981 cité, du 15 juillet 1982."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 22 juin 2007, dans la cause X. c. *Ministère public III du canton de Zurich et Tribunal de district de Zurich*. ATF 133 I 234, c. 2.5.1 (239-240).

5.2 Souveraineté territoriale et entraide judiciaire: fonctions diplomatiques et consulaires en matière de transmission de documents judiciaires et autres. Réciprocité

Voici un extrait d'un avis de droit adressé par la DDIP au Tribunal pénal fédéral et portant sur l'entraide judiciaire en matière pénale prêtée par l'intermédiaire des postes consulaires suisses à l'étranger:

(Traduction)

"L'article 5, lettre j, de la Convention de Vienne (du 24 avril 1963) sur les relations consulaires (ci-après: CVRC; RS 0.191.02) dispose: "Les fonctions consulaires consistent à: ... j) transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence."

Dans la pratique, l'activité essentielle des postes consulaires est de sauvegarder les intérêts des ressortissants de l'Etat d'envoi. La CVRC part du principe que les fonctions consulaires s'exercent exclusivement en faveur de ressortissants de l'Etat d'envoi établis ou en séjour sur le territoire de l'Etat hôte.⁸⁰ Ce disant, on précisera que les représentations diplomatiques peuvent également exercer des fonctions consulaires (voir l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de

⁷⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311).

⁷⁵ *Pratique suisse* 2000, n° 5.3, RSDIE, 11^e année, 2001, p. 650.

⁷⁶ *Pratique suisse* 1982, n° 5.3, ASDI, vol. XXIX, 1983, p. 228.

⁷⁷ *Pratique suisse* 1991, n° 2.3, RSDIE, 2^e année, 1992, p. 569.

⁷⁸ *Pratique suisse* 2002, n° 5.5, RSDIE, 13^e année, 2003, p. 463.

⁷⁹ Voir note 74.

⁸⁰ N. WAGNER/H. RAASCH/T. PRÖBSTL, *Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963. Kommentar für die Praxis*, Berlin 2007, p. 90.

Vienne (du 18 avril 1961) sur les relations diplomatiques (ci-après: CVRD, RS 0.191.01; cf. aussi les articles 3 et 70, paragraphes premier, de la CVRC).

La CVRC est un traité multilatéral dont l'article 5 énumère de façon générale, abstraite et non exhaustive les fonctions des postes consulaires. La lettre j de cette disposition mentionne explicitement la transmission d'actes judiciaires et extrajudiciaires en tant que tâche administrative de ces postes. Les voies de transmission utilisables ne sont cependant pas précisées. A défaut d'indication contraire, la notion de "transmission" doit être comprise comme englobant des transmissions formelles effectuées par le poste consulaire autant que toute autre forme de transmission de documents officiels ou judiciaires. Aucune différence n'est d'ailleurs faite entre transmissions à des destinataires étrangers et à des ressortissants de l'Etat d'envoi qui relèvent de l'arrondissement du poste consulaire. Aux termes de la lettre j (de article 5), il doit toutefois s'agir d'un document qui revêt une certaine importance dans les rapports entre l'Etat hôte et l'Etat d'envoi. De même, l'intervention du poste consulaire en application de l'article 5, lettre j, de la CVRC présuppose que la transmission puisse s'appuyer sur un accord international ou, à défaut, ne soit pas contraire au droit interne de l'Etat hôte.

Les articles 5, lettre j, et 73 de la CVRC disposent que des *accords internationaux* peuvent être conclus entre des Parties contractantes pour préciser, compléter ou simplifier les modalités de transmission. Toutefois, la CVRC elle-même ne peut être invoquée au titre d'accord international justifiant une transmission simplifiée. Pour cela, il faut un accord international séparé et spécifique disposant qu'il peut y avoir transmission directe entre l'autorité étrangère ou le poste consulaire de l'Etat d'envoi et le destinataire qui se trouve sur le territoire de l'Etat hôte. A titre d'exemples de tels accords en matière pénale on citera, en plus des traités bilatéraux intervenus, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (du 20 avril 1959) (RS 0.351.1), qui porte, entre autres, sur le traitement de demandes d'entraide.

En définissant les tâches des postes consulaires les Etats ont toujours veillé à *réserver leur droit interne* et à ne tolérer les activités de ces postes que dans la mesure compatible avec leur droit.⁸¹ Du reste, l'article 5, lettre j, de la CVCR prévoit, comme voie alternative à la conclusion d'un accord international, l'exigence de la compatibilité d'une transmission avec les lois et autres règles juridiques de l'Etat hôte.

Le droit international public permet à tout Etat de prétendre à l'intégrité territoriale. Est donc prohibé tout acte officiel accompli, à l'étranger, sans l'accord de l'Etat étranger en cause et sans une autre justification découlant du droit des gens (cf. JAAC 2001, fasc. 65/II, n° 71).⁸² ⁸³ En principe, l'envoi d'une sommation ou d'une décision judiciaire constitue un acte officiel, c'est-à-dire un acte de puissance publique, accompli dans l'exercice de tâches étatiques, acte qui devrait être exécuté par l'Etat hôte ou du moins être approuvé par lui. Dans ce contexte, les ambassades et consulats de Suisse ne sauraient être qualifiés d'extraterritoriaux. S'ils jouissent de certaines immunités, ils sont assujettis, en principe, au droit de l'Etat hôte. La voie de la transmission ne peut, par exemple, être court-circuitée en informant le destinataire d'un document qu'il peut venir le retirer à l'ambassade ou au consulat. Strictement parlant, un tel procédé entamerait la souveraineté de l'Etat hôte. On peut cependant admettre que la transmission de *simples informations*, qui ne déploient *aucun effet juridique* pour leur destinataire, *ne pose pas, en règle générale, de problème sous l'angle du droit des gens*."

Avis de droit de la DDIP, adressé au Tribunal pénal fédéral le 20 décembre 2007. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir les n°s 1.4 et 1.7)

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n°s 5.2 et 10.2)

7.1 Situation d'un ambassadeur ayant reçu l'agrément de l'Etat accréditaire et étant arrivé sur le territoire de celui-ci, mais ne pouvant présenter ni ses lettres de créance ni des copies de celles-ci

La note reproduite ci-après, préparée par la DDIP, porte sur le nouvel Ambassadeur de l'Etat X. en Suisse. Ayant reçu l'agrément du Conseil fédéral et étant arrivé en Suisse, ce diplomate ne disposait pas encore de ses lettres de créance en raison d'un problème de politique intérieure de X.: le Président de X. à l'époque des faits ne reconnaissait pas la désignation de nouveaux ambassadeurs par le Gouvernement et refusait de signer les lettres en cause. Il faut préciser que rien ne permettait de penser que l'Ambassadeur pourrait ne pas être confirmé dans ses fonctions, raison pour laquelle le DFAE n'était pas en mesure de demander à l'Ambassadeur de X. de surseoir à son installation en Suisse, le problème n'ayant surgi qu'après son arrivée.

⁸¹ Ibid., p. 86. Voir également l'article 55, paragraphe premier, de la CVRC.

⁸² www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/65/65.71.html: avis de droit de la DDIP relatif à l'entraide judiciaire internationale, à la transmission, à l'intégrité territoriale et aux actes de puissance publique.

⁸³ *Pratique suisse 2001*, n° 5.1, RSDIE, 12^e année, 2002, p. 620.

Comme le nota la DDIP, une telle situation ne s'était jamais présentée en Suisse, et elle n'était pas prévue par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). Cela amena la Direction à examiner les possibilités offertes par le droit international pour faire face à la situation:

"1. Statut juridique

En vertu de l'article 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, "toute personne ayant droit aux privilèges et immunités en bénéficie dès qu'elle pénètre sur le territoire de l'Etat accréditaire pour gagner son poste". Il n'est pas fait référence à la remise des lettres de créance. Etant donné que l'Ambassadeur (de X.) a reçu l'agrément du Conseil fédéral, cette disposition lui est applicable. En conséquence, *l'Ambassadeur (de X.) bénéficie des privilèges et immunités qui lui sont reconnus en vertu de la convention de Vienne depuis qu'il est entré en Suisse.*

1.1 Rappel ou déclaration de persona non grata

En vertu de l'article 9 de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, l'Etat accréditaire peut, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, informer l'Etat accréditant que le chef de la mission ou tout autre membre du personnel diplomatique de la mission est persona non grata.

Dans l'hypothèse où la Suisse estimerait que la situation dans laquelle se trouve l'Ambassadeur (de X.) ne peut être acceptée et où il ne serait pas souhaité de trouver à cet égard une solution pragmatique, *le DFAE aurait la possibilité de demander le départ de l'Ambassadeur (de X.)* en se fondant sur l'article 9 de la convention de Vienne.

Cette possibilité pourrait également être (envisagée) dans le cas où une solution pragmatique serait appliquée, mais où l'Ambassadeur (de X.) ne serait pas en mesure de présenter ses lettres de créance à l'échéance du délai qui lui aura été fixé pour régulariser sa situation.

L'Etat accréditaire peut également demander à l'Etat accréditant de rappeler son ambassadeur. Si (X.) ne donne pas rapidement suite à une telle demande, la déclaration suisse de persona non grata pourrait apparaître plus acceptable pour (l'Etat X.) que si la Suisse prenait immédiatement une telle décision.

1.2 Séjour en Suisse

Dans l'hypothèse où la Suisse ne souhaiterait pas demander le rappel de l'Ambassadeur (de X.) ou le déclarer persona non grata, il faut distinguer entre son statut juridique en Suisse tel qu'il découle de l'article 39 précité de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et l'exercice effectif de sa fonction d'ambassadeur.

Compte tenu de la situation particulière du cas d'espèce, il y a en effet lieu de *s'interroger sur la façon dont le séjour en Suisse de l'Ambassadeur (de X.) peut être réglé* en attendant que les lettres de créance soient établies ou que l'Ambassadeur (de X.) soit rappelé. Selon l'Ambassadeur (de Suisse dans l'Etat X.), "l'impasse entre le Président et le Gouvernement a peu de chance d'être résolue à court terme". Il en découle qu'il y a lieu de trouver une solution viable tant pour les autorités suisses que pour l'Ambassadeur (de X.).

a) Séjour avec carte de légitimation

Nous sommes d'avis que l'Ambassadeur (de X.) a *besoin d'un titre de séjour* si l'on estime, pour des raisons politiques, qu'il doit pouvoir rester en Suisse. Il doit en effet être en mesure de justifier sa présence en Suisse à l'égard de toute autorité, de faire valoir les privilèges et immunités dont il bénéficie en vertu de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (notamment dans le cadre de l'importation de ses effets de déménagement), de voyager, le cas échéant, en ayant l'assurance qu'il pourra à nouveau entrer en Suisse. Toutefois, la situation qui prévaut actuellement ne saurait être tolérée sur le long terme.

Une telle décision n'a jamais été prise à ce jour et n'est pas prévue par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Elle devrait faire l'objet d'une information officielle du DFAE (à l'Etat X.) par l'intermédiaire de l'Ambassade de Suisse à (la capitale de ce pays. L'Etat X.) aurait alors la possibilité de réagir à cette décision, soit pour s'y opposer, soit pour rappeler son ambassadeur. Dans la mesure où aucune réaction officielle ne parviendrait à la Suisse, nous pourrions partir de l'idée que (X.) accepte de facto cette solution pragmatique.

La fonction d'"*ambassadeur désigné*" que nous avons brièvement évoquée ... serait à notre sens peu appropriée, dès lors qu'elle n'est pas utilisée régulièrement en Suisse et n'est pas expressément prévue par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Une telle mention pourrait poser des difficultés pratiques à l'Ambassadeur (de X.) vis-à-vis d'autres autorités suisses que le DFAE, notamment en matière fiscale ou douanière.

b) Fonction à mentionner sur la carte de légitimation

La fonction à indiquer sur la carte de légitimation dépendra de la position que la Direction politique (du DFAE) adoptera. Nous sommes d'avis que la carte de légitimation devrait être celle qui est délivrée aux chefs de mission et porter la mention du *titre d'ambassadeur*. L'octroi d'une carte qui ne correspondrait pas à la pratique habituelle pourrait en effet poser des problèmes concrets pour l'Ambassadeur (de X.) dans son quotidien.

Si cette mention du titre d'ambassadeur devait toutefois être considérée comme politiquement inopportune, nous ne nous opposerions pas à ce que la carte de légitimation mentionne une *fonction de chargé d'affaires a.i.* Il s'agirait alors pour la Suisse de "dégrader", par une *décision unilatérale*, la fonction attribuée à l'Ambassadeur (de X.) en raison des difficultés de politique intérieure (dans le pays X.)

Dans le cas particulier, *l'attitude à adopter à l'égard de l'Ambassadeur (de X.) est, sur ce point également, éminemment une question politique.* Il y a toutefois lieu de tenir compte du risque de précédent en la matière, à la lumière de l'attitude

adoptée à l'égard des chefs de mission qui ont remis une copie de leurs lettres de créance et compte tenu de la position que la Suisse adopte à l'égard de représentants non étatiques ...

Outre la position de l'Ambassadeur (de X.) vis-à-vis des autorités suisses dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, il y a lieu d'appeler ce dernier à une grande retenue dans toutes ses activités officielles jusqu'à ce que les lettres de créance aient été remises. En particulier, l'Ambassadeur (de X.) devrait s'abstenir de parapher des accords au nom du Gouvernement (de X.). Il devrait également s'abstenir, dans toute la mesure du possible, de prendre des engagements juridiques au nom (de X.) tels que des contrats de bail, notamment. Nous partons de l'idée qu'il dispose d'une résidence et qu'il n'aura dès lors pas à conclure de contrat à ce titre. Il y a en effet lieu qu'il s'abstienne de prendre tout engagement que l'Etat X.) pourrait par la suite contester et dont (X.) pourrait refuser d'assumer les obligations qui en découlent.

c) Demande de nouvelle désignation officielle de la fonction: séjour sans carte de légitimation

Il serait également possible de demander officiellement (à l'Etat X. de désigner le nouvel Ambassadeur en tant que chargé d'affaires a.i. Nous nous demandons cependant si une telle démarche permettrait de résoudre rapidement la situation, respectivement si le Gouvernement (de X.) serait en mesure de prendre formellement une telle décision dans les circonstances qui prévalent actuellement (dans cet Etat).

Si la Suisse décidait de présenter une telle demande (à l'Etat X.), l'Ambassadeur (de cet Etat) continuerait, en attendant la réponse (de X.), à bénéficier des privilèges et immunités qui lui sont reconnus en application de l'article 39 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques si l'on considère que l'agrément est toujours valable tant qu'il n'a pas été retiré. Nous ne serions cependant pas en mesure d'établir une carte de légitimation tant que (X.) n'aurait pas confirmé son accord de le désigner comme chargé d'affaires a.i. Nous ne saurions en effet pas quelle fonction indiquer dans cet intervalle. Ceci impliquerait donc un certain nombre de difficultés pratiques non seulement pour l'Ambassadeur (de X.), mais également pour le DFAE, qui devrait répondre aux questions éventuelles des administrations concernées, s'agissant notamment des démarches relatives à l'installation de l'Ambassadeur (de X.) en Suisse.

Il serait ainsi nécessaire d'obtenir rapidement la détermination du (pays X.) sur la demande suisse. Nous sommes d'avis que nous ne pourrions pas tolérer cette situation au-delà de quelques semaines, et l'évaluation de l'opportunité d'une telle solution devrait prendre en compte le risque que (X.) ne réponde pas à cette demande dans un délai que nous jugerions raisonnable. Il s'agirait ainsi de déterminer à l'avance l'attitude à adopter dans une telle hypothèse et il est vraisemblable que nous n'aurions pas d'autre choix que de demander le départ de l'Ambassadeur (de X.) dans un tel cas de figure.

2. Fonctions officielles

Même si la carte de légitimation établie par le DFAE mentionne le titre d'ambassadeur, le Gouvernement suisse n'est pas obligé de reconnaître l'Ambassadeur (de l'Etat X.) dans cette fonction tant que les lettres de créance n'ont pas été présentées, respectivement tant qu'une copie des lettres de créance n'a pas été présentée au DFAE.

Selon l'article 13 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques

"le chef de la mission est réputé avoir assumé ses fonctions dans l'Etat accréditaire dès qu'il a présenté ses lettres de créance ou dès qu'il a notifié son arrivée et qu'une copie figurée de ses lettres de créance a été présentée au Ministère des affaires étrangères de l'Etat accréditaire".

Vous nous avez confirmé que la pratique suisse en la matière est d'admettre que l'Ambassadeur peut assumer une partie de ses activités après qu'il a remis au DFAE une copie de ses lettres de créances, sans pour autant pouvoir assumer l'entier de ses fonctions jusqu'à la présentation formelle des lettres de créance. Il ne peut ainsi pas être reçu par un membre du Conseil fédéral ou par les cantons, mais il peut commencer ses visites au corps diplomatique et avoir des contacts professionnels avec la Direction politique (du DFAE).

Nous proposons en conséquence qu'une carte de légitimation lui soit délivrée pour une durée limitée, soit jusqu'à la fin de l'année 2007. Nous pourrions réévaluer la situation si l'Ambassadeur (de X.) ne devait pas avoir reçu ses lettres de créance dans ce délai.

3. Situation des domestiques privés

Compte tenu du fait que les deux domestiques privés sont déjà entrés en Suisse légalement et qu'ils étaient au service de l'Ambassadeur (de X.) dans ses fonctions précédentes à (A.), nous sommes d'avis que ces deux domestiques peuvent se voir remettre une carte de légitimation de type "F", à savoir la carte habituellement délivrée aux domestiques privés. Ils doivent en effet également être en mesure de justifier leur séjour en Suisse vis-à-vis de toute autorité suisse et ils ne sont pas responsables de cette situation. Toutefois, la validité de la carte de légitimation devrait être limitée à la durée de la carte qui sera délivrée à l'Ambassadeur et ils ne pourront pas changer d'employeur en Suisse. Si les fonctions de l'Ambassadeur (de X.) devaient être officiellement annulées, ils devront quitter la Suisse avec ce dernier.

Il va de soi que l'Ambassadeur (de X.) doit respecter les dispositions de la Directive sur l'engagement des domestiques privés, s'agissant en particulier des conditions salariales et des assurances sociales. Il est particulièrement important qu'il s'engage à respecter strictement ses obligations à ce titre. Nous ne voudrions pas nous trouver dans la situation d'un litige de travail pour lequel le (pays X.) refuserait d'intervenir au motif que la nomination de l'Ambassadeur (de X.) n'était pas définitive au moment de la survenue du litige, du point de vue (de l'Etat X.).

4. Conclusions

Ainsi, il appartient à la Direction politique de déterminer l'attitude à adopter à l'égard de l'Ambassadeur (de X.). La Direction politique peut:

- décider de demander le départ de l'Ambassadeur (de X.) (demande de rappel ou déclaration de persona non grata) jusqu'à ce que sa situation soit clarifiée, respectivement jusqu'à ce que (l'Etat X.) ait confirmé sa nomination et préparé les lettres de créance;
- décider d'accepter la présence en Suisse de l'Ambassadeur (de X.) et lui accorder, pour une durée limitée, une carte de légitimation avec le titre d'ambassadeur (ou, éventuellement, avec le titre de chargé d'affaires a.i., mais nous ne privilégions pas cette solution); les relations politiques avec l'Ambassadeur (de X.) devraient être très limitées et il devrait être appelé à faire lui-même preuve d'une grande retenue dans les engagements juridiques qu'il pourrait prendre;
- décider de demander (à l'Etat X.) de désigner officiellement l'Ambassadeur (de X.) en tant que chargé d'affaires a.i. La présence en Suisse de l'Ambassadeur ... en attendant la réponse (de l'Etat X.) serait tolérée pour une durée très limitée. Certaines difficultés pourraient découler de sa situation juridique floue."

Note du 19 juillet 2007 adressée par la DDIP au Service du Protocole du DFAE. Document inédit.

7.2 Confidentialité de la correspondance diplomatique et liberté d'expression

Aux termes de l'article 24 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), "(l)es archives et documents de la mission sont inviolables à tout moment et en quelque lieu qu'ils se trouvent". L'article 27, paragraphe 2, de cette convention ajoute que "la correspondance officielle de la mission (diplomatique) est inviolable. L'expression "correspondance officielle" s'entend de toute la correspondance relative à la mission et à ses fonctions." L'article 10, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après: CEDH ou convention; RS 0.111) garantit, quant à lui, la liberté d'expression, y compris celle de la presse, tout en assujettissant cette liberté de certaines restrictions. Le texte qui suit est extrait de la plaidoirie des représentants de la Suisse devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la Cour) en l'affaire *Stoll c. Suisse* (requête n° 69698/01).

Journaliste à la "SonntagsZeitung" (Zurich), M. Stoll avait obtenu à la suite d'une indiscretion et publié, à l'époque des controverses entre le Congrès juif mondial et les banques suisses concernant l'indemnisation éventuelle des victimes de l'holocauste de la Seconde Guerre mondiale pour les avoirs en déshérence déposés sur des comptes bancaires suisses, des extraits d'un document classé "confidentiel" et adressé au DFAE ainsi qu'à quelques autres destinataires. Dans ce document, M. Carlo Jagmetti, Ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, conseillait aux autorités suisses une attitude ferme et qualifia la situation de "guerre que la Suisse doit mener et gagner sur les fronts extérieur et intérieur". L'Ambassadeur traita d'"adversaires" les organisations juives concernées, affirmant qu'il était "impossible de se fier à la plupart de nos adversaires".

En application de l'article 293 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0), qui interdit la publication d'actes, d'instructions ou de débats d'une autorité qui sont secrets en vertu d'une loi ou d'une décision de l'autorité compétente, M. Stoll fut frappé d'une amende. Cette mesure fut ensuite contestée devant les instances judiciaires internes, puis, en dernier lieu, devant le Tribunal fédéral suisse, qui rejeta les recours de M. Stoll.

Celui-ci se tourna alors vers la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant que l'article 10 de la CEDH avait été violé à son égard. Cette disposition a la teneur suivante:

"1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."

Par arrêt du 25 avril 2006, une chambre de la Quatrième Section de la Cour, à une majorité de quatre voix contre trois, décida de faire droit à la requête de M. Stoll. Se fondant sur l'article 43 de la Convention, qui permet à l'une ou l'autre partie à une affaire, "dans des cas exceptionnels", à déterminer par un collège de cinq juges, de demander le renvoi d'affaires jugées par des chambres de la Cour à la Grande Chambre de celle-ci, le Gouvernement suisse demanda et obtint le réexamen de l'affaire. Le texte qui suit est tiré de la plaidoirie des représentants de la Suisse devant la Grande Chambre.

"Dans l'affaire *Stoll*, la confidentialité de la correspondance diplomatique joue un rôle primordial. Mon intervention portera sur les trois éléments suivants:

1. La portée de la protection de la confidentialité de la correspondance diplomatique s'agissant de l'activité d'un ministère des affaires étrangères et, de manière plus générale, de la conduite de la politique étrangère.

2. Les conséquences d'une divulgation non autorisée de la correspondance diplomatique.

3. La protection de la correspondance diplomatique garantie par le droit international conformément à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

Dans le paragraphe 48 de son arrêt, ... la Cour considère que la confidentialité des rapports diplomatiques est a priori justifiée, mais qu'elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix.

Il en ressort *une présomption en faveur de la protection* de la confidentialité de la correspondance qui est toutefois limitée par la proportionnalité des mesures prises pour assurer sa sauvegarde.

En réalité, les relations extérieures sont, avec la sûreté de l'Etat, parmi les domaines les plus sensibles de l'activité étatique. C'est ainsi que même les Etats appliquant le principe de transparence limitent la publication de renseignements ou d'informations qui menaceraient la sauvegarde de leurs intérêts dans leurs relations avec l'étranger. La collecte d'informations provenant de l'étranger sur différentes situations et affaires en cours est très importante pour la détermination de la politique extérieure et la conduite des relations internationales. Il est en outre décisif, pour la bonne marche des négociations entre Etats, que les documents y relatifs ne parviennent pas à la connaissance du public ou de la partie adverse. En effet, le travail des ministères des affaires étrangères repose largement sur la confidentialité des rapports de leurs représentations diplomatiques. Je vous renvoie à ce propos à l'opinion dissidente des juges Wildhaber, Borrego Borrego et Sikuta, ainsi qu'aux interventions de la France et de la Slovaquie, qui corroborent ce constat.⁸⁴ Les ministères des affaires étrangères doivent pouvoir s'appuyer, précisément dans des domaines sensibles, sur des comptes rendus de leurs représentations provenant de sources diverses et non soumis à des influences extérieures. De tels jugements de valeur, de telles appréciations sont indispensables pour se faire une opinion et prendre en connaissance de cause les décisions de politique étrangère qui s'imposent. On pourrait décrire cela comme étant la liberté d'expression et d'opinion du représentant diplomatique, liberté qui est indispensable pour le bon fonctionnement de la politique étrangère dans un Etat de droit démocratique. Les diplomates ne peuvent informer librement et en toute indépendance leur capitale si leurs rapports ne sont pas traités de manière confidentielle. Si la confiance dans la protection de la correspondance diplomatique était ébranlée par la jurisprudence de la Cour, cela entraînerait les effets suivants:

- soit les représentations diplomatiques ne communiqueraient plus d'informations sensibles par écrit mais uniquement de manière orale;
- soit elles procéderaient à une autocensure.

Un développement allant dans ce sens aurait inévitablement des conséquences néfastes sur le fondement et la cohérence de la politique extérieure, et par là-même, d'une manière plus générale, sur la stabilité des relations internationales.

Certes, la Chambre reconnaît le principe de la protection de la correspondance diplomatique. Cependant, par sa décision, elle le vide de sa substance puisqu'elle estime que le fait de sanctionner une violation de la confidentialité de la correspondance diplomatique constitue une violation de l'article 10 CEDH. Il est vrai qu'il appartient en premier lieu au Gouvernement de prendre des mesures administratives pour que ses propres fonctionnaires ne divulguent pas des documents classés confidentiels. Mais l'expérience démontre qu'il n'existe aucun système de contrôle qui puisse empêcher des fuites. En conséquence, une loi nationale protégeant certains documents considérés comme confidentiels serait à notre avis incomplète si elle devait se limiter uniquement à des mesures préventives et ne permettait pas à l'Etat de réprimer la divulgation non autorisée de tels documents par une sanction modérée.

Dans ce contexte, je ne peux pas comprendre la remarque de la Cour selon laquelle la mention "confidentielle" ne représente qu'un degré peu important de la notion de secret. Cette affirmation méconnaît, d'une part, que, dans l'affaire *Z. contre la Suisse* susmentionnée,⁸⁵ le document en question était également classé "confidentiel". D'autre part, elle ne correspond certainement pas à la réalité des relations diplomatiques. Je me demande, en plus, pourquoi le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH réserve la divulgation d'informations confidentielles si des documents diplomatiques classés *confidentiels* - et donc manifestement de nature sensible - ne sont pas considérés comme *confidentiels* par la Cour?

Deuxième point: les conséquences d'une divulgation non autorisée. Il va sans dire que la confidentialité de la correspondance diplomatique est un ingrédient indispensable des activités des ministères des affaires étrangères.

Divulguer de manière non autorisée des documents diplomatiques peut conduire à des tensions certaines dans les relations diplomatiques. L'expérience démontre que les Etats sont beaucoup plus sensibles aux déclarations venant de l'étranger qu'à la critique interne. On trouve dans l'histoire de nombreux exemples où la divulgation intentionnelle ou accidentelle de rapports diplomatiques confidentiels a déclenché des crises internationales ou même des conflits armés.

Finalement, la confidentialité de toute correspondance diplomatique est codifiée dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 comme un principe absolu du droit international coutumier, puisque la correspondance officielle est déclarée *inviolable*, ce qui exclut qu'elle soit retenue, ouverte ou utilisée comme preuve, par exemple, devant des juridictions. Si donc cette confidentialité, voire inviolabilité, est reconnue entre Etats, elle doit a fortiori l'être par les tribunaux étatiques et les instances judiciaires internationales.

Certes, la convention de Vienne contient aucune disposition pénale sanctionnant cette obligation. Mais il découle du principe général *Pacta sunt servanda* et des règles relatives à la responsabilité internationale que les Etats Parties à la

⁸⁴ Interventions fondées sur l'article 36, paragraphe 2, de la CEDH.

⁸⁵ Voir Commission européenne des droits de l'homme, affaire *Z. c. Suisse*, Décisions et rapports (DR) 35, p. 228.

convention de Vienne sont tenus de mettre en œuvre les obligations découlant de celle-ci. L'arrêt de la Chambre, s'il devait rester en place, aurait pour conséquence qu'un Etat serait tenu par le droit international de poursuivre les auteurs de violations de la confidentialité de la correspondance diplomatique étrangère, mais ne pourrait pas protéger sa propre correspondance diplomatique par des mesures pénales.

A ce sujet, je me réfère également à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 24 mai 1980 relatif aux *Membres du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*. Cet arrêt a réaffirmé le caractère fondamental de l'ensemble des règles internationales constitué par le droit diplomatique et consulaire, *règles qui sont ... "d'une importance capitale pour le maintien des bonnes relations entre Etats dans le monde interdépendant d'aujourd'hui"* (CIJ, Recueil 1980, p. 43).

Laissez-moi ... résumer mes propos en trois points:

- En premier lieu, la confidentialité de la correspondance diplomatique est nécessaire pour permettre à l'Etat de se forger une opinion sur les dossiers de sa politique étrangère. Il est indispensable que la Centrale et les postes à l'étranger puissent correspondre en toute liberté afin que les décisions de politique extérieure soient prises de façon cohérente et en pleine connaissance de cause.
- Deuxièmement, une divulgation non contrôlée ou non autorisée de la correspondance diplomatique peut être la cause de graves tensions de politique extérieure.
- Troisièmement, la protection de la correspondance diplomatique est un des piliers traditionnels du droit international. Elle est codifiée aux articles 24 et 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont la portée est universelle. Les Etats Parties à cette convention sont obligés de prévenir les violations de celle-ci et d'en punir les auteurs. A la lumière de cette obligation internationale, il serait paradoxal qu'un Etat ne puisse pas protéger, par des sanctions appropriées, la confidentialité de sa propre correspondance diplomatique avec ses représentations à l'étranger.

... j'aimerais (enfin) souligner un dernier point: Pour la Suisse, la confidentialité de sa correspondance diplomatique n'est pas un but en soi. Nous sommes par principe pour la transparence de l'administration fédérale, et la Suisse a récemment adopté une loi à cet effet. Mais un domaine où la confidentialité des rapports diplomatiques joue un rôle vital pour permettre une information ouverte et franche sont les droits de l'homme. Comme la promotion du respect de ces droits est une priorité de notre politique étrangère selon la Constitution fédérale, nos ambassades doivent régulièrement donner une appréciation sur le respect notamment de la CEDH par leur pays de résidence, par exemple dans des cas d'extradition ou de renvoi. Il va de soi que ces informations sensibles doivent rester confidentielles. On peut dès lors légitimement se demander si l'arrêt *Stoll* n'aurait pas, en dernier ressort, l'effet de nuire au respect des droits mêmes que la CEDH veut protéger. Je vous remercie de prendre en considération également cet élément."

Plaidoirie prononcée le 7 février 2007 par MM. Schürmann et Seger, représentants de la Suisse devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Stoll c. Suisse*. Document inédit. (Dans son arrêt du 10 décembre 2007, la Grande Chambre a rejeté la requête de M. Stoll. Pour le sujet ici considéré, voir notamment les paragraphes 125 à 136 de l'arrêt.)

7.3 Règles applicables à la valise diplomatique. Egalité des Etats

Une communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat F., reproduite ci-après, porte sur la valise diplomatique suisse transportée par la société TNT et retenue jusqu'à 48 heures par la douane diplomatique à l'aéroport de la capitale de F., délai ramené par la suite à 24 heures, avant d'être acheminée à l'Ambassade. Les valises des Etats membres de l'Union Européenne, quant à elles, étaient envoyées directement aux ambassades de ces Etats, sans passer par la douane. Le pays F., membre de l'Union, répondit que l'Ordonnance (de F.) applicable en l'espèce, relative au traitement des effets importés et exportés par les représentations étrangères et leurs membres, ne contrevenait ni au Code des douanes de l'Union Européenne ni à la Convention de Vienne, du 18 avril 1961, sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01). Voici les observations de la DDIP à ce sujet:

"1. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques a érigé, à l'article 27, en un principe absolu relevant du droit international coutumier que la valise diplomatique ne doit être ni ouverte, ni retenue. C'est avant tout pour protéger la confidentialité et l'inviolabilité de la correspondance officielle qu'il ne peut y avoir ni ouverture, ni rétention de la valise diplomatique.

Par ailleurs, la convention de Vienne précise à l'article 47 le devoir de non-discrimination entre Etats dont le fondement réside dans le principe d'égalité de droit des Etats. Des dispositions de la convention peuvent toutefois être interprétées de manière plus restrictive par voie de réciprocité (lettre a) ou de manière plus favorable sur la base d'un accord ou de la coutume (lettre b).

2. La Suisse a également promulgué le 23 août 1989 une ordonnance concernant les privilèges douaniers des missions diplomatiques à Berne et des postes consulaires en Suisse.⁸⁶ L'article 32 qui traite de la valise diplomatique/valise consulaire prévoit que les missions diplomatiques/postes consulaires sont habilités à expédier et à recevoir des valises scellées ou plombées (alinéa premier), qui doivent être accompagnées d'un courrier porteur d'une lettre de courrier (sauf-conduit) ou d'une attestation (alinéa 7). A aucun moment il n'est mentionné que la valise diplomatique/valise consulaire doit être acheminée vers le Bureau des douanes de Berne, comme c'est le cas pour les objets destinés à

⁸⁶ RS 631.144.0.

l'usage officiel des missions diplomatiques/postes consulaires au sens de l'article 36, paragraphe premier, de la convention de Vienne.

La valise diplomatique des missions diplomatiques établies à Berne est vérifiée par les douanes suisses aux aéroports de Genève ou Zurich si elle entre en Suisse par air, et aux postes de douane importants lorsqu'elle arrive par route. En revanche, elle n'est jamais contrôlée par le Bureau des douanes de Berne ou de la Praille pour Genève.

Conformément à ses obligations découlant de la convention de Vienne, la Suisse accorde un traitement particulier à la valise diplomatique qui, pour autant qu'elle ait les signes extérieurs requis et soit accompagnée d'une attestation, est adressée après le passage par un poste douanier directement à la mission diplomatique étrangère.

3. La valise diplomatique jouit d'un statut sui generis aux termes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, convention qui par ailleurs est universelle et codifie pour une large partie le droit coutumier. La valise diplomatique ne doit donc pas être considérée comme un objet destiné à l'usage officiel d'une mission diplomatique au sens de l'article 36, paragraphe premier, de la convention de Vienne. Elle ne doit pas davantage être considérée comme une "marchandise communautaire" ou "non communautaire" au sens du Code des douanes de l'Union européenne, pas plus qu'elle n'est un "produit" au sens de l'Accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et la Communauté économique européenne, applicable désormais également dans nos relations avec (l'Etat F.).⁸⁷

4. Pour résumer, la valise diplomatique d'une mission étrangère n'est pas acheminée à son entrée en Suisse vers le Bureau des douanes de Berne mais à un poste douanier à son point d'entrée en Suisse pour vérifier qu'elle porte bien les marques visibles requises et qu'elle est bien accompagnée d'une attestation établie par l'Etat accréditant. Aucun Etat ne s'est plaint que la Suisse retenait sa valise diplomatique. Pour sa part, l'Ambassadeur de (F.) a encore récemment fait savoir qu'il ne rencontrait aucun problème en Suisse à ce sujet.

La Suisse attend donc de (l'Etat F.) qu'(il) applique à la valise suisse le même traitement que celui que reçoit la valise (de F.) en Suisse. La valise suisse, une fois vérifiée à son arrivée en (F.), doit être délivrée directement à l'Ambassade de Suisse et sans retard. La convention de Vienne interdit ainsi toute rétention et toute ouverture de la valise diplomatique. Selon le principe général Pacta sunt servanda et conformément aux règles relatives à la responsabilité internationale, les Etats Parties à la convention de Vienne sont tenus de mettre en œuvre les obligations qui découlent de celle-ci.

La valise diplomatique suisse devrait également être livrée sans faire l'objet d'une discrimination quelconque. Le traitement différencié de la valise diplomatique selon que l'Etat accréditant est membre ou non de l'Union Européenne est contraire à la convention de Vienne, qui interdit la discrimination entre Etats. Là encore, (l'Etat F.) devrait revoir la procédure qu'(il) a mise en place.

Le point sur lequel nous ne pouvons pas transiger est que la valise diplomatique suisse ne doit pas être retenue à la Douane diplomatique de l'aéroport de (la capitale de F.). Les autorités douanières doivent se borner à vérifier que la valise diplomatique suisse a les marques extérieures visibles d'une telle valise et est accompagnée de l'attestation requise. Elle doit ensuite être remise à qui de droit, soit à la société TNT qui la remet directement à l'Ambassade, soit à un membre de l'Ambassade."

Communication faite le 13 mars 2007 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat F. Document inédit.

7.4 Droit diplomatique: absence d'obligation de témoigner pour les agents diplomatiques

L'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1963 (RS 0.191.01) dispose que "(l)'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage". Le passage qui suit, extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral, a trait à un procès pénal où des diplomates nord-coréens avaient déposé.

"2.2 Selon l'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les agents diplomatiques ne sont pas tenus de donner leur témoignage (dans l'Etat accréditaire). Les agents diplomatiques qui ont déposé dans la procédure dirigée contre le recourant n'ont en aucune manière été forcés à le faire. Ils ont témoigné volontairement, ce que l'article 31, paragraphe 2, de la convention de Vienne n'empêche nullement. Est également infondée l'objection du recourant suivant laquelle les témoignages en cause ne sauraient être utilisés en raison de l'inapplicabilité de la sanction prévue à l'article 307 du Code pénal suisse.⁸⁸ Cela est inexact. C'est en effet à l'Etat accréditant qu'il appartient de renoncer à l'immunité de ses diplomates et de les assujettir à la justice pénale de l'Etat hôte (article 32, paragraphe premier, de la convention de Vienne); en tout état de cause ces diplomates relèvent de la justice de leur propre pays. On ne peut donc prétendre que les diplomates qui ont été entendus pouvaient donner un faux témoignage sans risque d'être poursuivis pour faux témoignage en application de l'article 307 du Code pénal suisse. Ce risque était loin d'être purement théorique; il pouvait en fait se réaliser, comme le montre précisément la présente instance où la République démocratique populaire de Corée du Nord a levé l'immunité de B., Troisième Secrétaire de l'Ambassade. De ce fait, on ne peut retenir l'objection du recourant suivant laquelle l'utilisation des témoignages des diplomates coréens C., D., E. et F. aurait enfreint le droit à un procès équitable garanti à l'article 29, alinéa premier, Cst. et à l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH (Convention européenne des droits de l'homme).⁸⁹"

⁸⁷ Accord du 22 juillet 1972 (RS 0.632.401).

⁸⁸ Voir note 74.

⁸⁹ Convention du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

Arrêt du Tribunal fédéral, du 3 septembre 2007, dans la cause *X. c. République démocratique populaire de Corée* (c. 2.2). Arrêt non publié. (Pour la décision de la Cour de cassation zurichoise du 30 janvier 2007, qui fait l'objet du présent arrêt, voir *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, vol. 106, 2007, p. 302.)

7.5 Privilèges et immunités diplomatiques: imposition à la source des employés locaux

Voici une note de la DDIP qui a pour thème l'imposition à la source, par l'Etat accréditaire, des employés locaux des représentations suisses à l'étranger.

"... la disposition pertinente de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁹⁰ est l'article 38 dont la teneur est la suivante:

"1. A moins que des privilèges et immunités supplémentaires n'aient été accordés par l'Etat accréditaire, l'agent diplomatique qui a la nationalité de l'Etat accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

2. Les autres membres du personnel de la mission et les domestiques privés qui sont ressortissants de l'Etat accréditaire ou qui y ont leur résidence permanente ne bénéficient des privilèges et immunités que dans la mesure où cet Etat les leur reconnaît. Toutefois, l'Etat accréditaire doit exercer sa juridiction sur ces personnes de façon à ne pas entraver d'une manière excessive l'accomplissement des fonctions de la mission."

L'article 38 mentionné ci-dessus vise donc le statut juridique des membres du personnel de la mission diplomatique ainsi que celui des domestiques privés, soit ceux qui ont la nationalité de l'Etat accréditaire, soit ceux qui ont, dans l'Etat accréditaire, leur résidence permanente au moment de leur engagement par la mission diplomatique. Du point de vue fiscal, aucune des catégories des membres du personnel de la mission diplomatique (personnel diplomatique, personnel administratif et technique, personnel de service) ainsi que les domestiques privés ne bénéficie dans l'Etat accréditaire de l'exemption des impôts perçus sur le salaire aux termes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. La seule catégorie qui pourrait prétendre à une exemption fiscale fondée sur la convention dont il s'agit est celle du personnel diplomatique pour autant que l'Etat accréditaire accorde un privilège supplémentaire, soit le privilège fiscal. Pour les trois autres catégories, la convention de Vienne ne prévoit aucune incitation à accorder l'exonération fiscale, ce qui n'empêche pas l'Etat accréditaire de l'accorder à bien plaisir.

Ce faisant, il faut partir de l'idée qu'en principe, les employés locaux, recrutés dans l'Etat accréditaire, ne bénéficient pas de privilèges fiscaux et leur salaire, n'étant pas exempt d'impôts, doit être majoré d'autant. Chaque représentation suisse devra bien entendu s'assurer que tel est bien le cas et vérifier que l'Etat accréditaire n'exonère pas à bien plaisir les employés locaux des représentations étrangères.

2. Par le passé, dans les années 80, les pays de l'Est et, notamment, l'Union soviétique ont souhaité disposer de la liste des employés locaux des représentations étrangères, premièrement pour avoir un contrôle sur eux, et deuxièmement pour les imposer fiscalement. En réalité, du point de vue fiscal, les autorités fiscales principalement soviétiques voulaient que l'Ambassade de Suisse à Moscou prélève à la source l'impôt dû sur le salaire.

Le DFAE s'y est toujours refusé, (affirmant) ne pas pouvoir divulguer les noms de ces employés locaux pour des raisons de protection des données et, du point de vue fiscal, assurant que les salaires dus aux employés sont des biens de la mission diplomatique frappés de l'inviolabilité, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été versés aux ayants-droit. En effet, l'article 22, paragraphe 3, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoit que les locaux de la mission, leur ameublement, les autres objets et les véhicules de la mission ne peuvent faire l'objet de perquisition et de saisie. Par "autres objets", tant la jurisprudence que la doctrine entendent les "comptes bancaires" de la mission diplomatique. C'est ainsi que les salaires des employés locaux, déposés sur les comptes bancaires des représentations suisses à l'étranger et faisant partie de leurs fonds de roulement, sont frappés d'inviolabilité. Ces salaires ne peuvent ainsi faire l'objet d'une imposition à la source, puisqu'ils sont inviolables.

3. Cette manière de procéder aurait, dans les grandes lignes, été suivie jusqu'à nos jours ... Il existe toutefois des revendications de la part de représentations suisses de modifier cette pratique. Ces requêtes se fondent, d'une part, sur le fait que, de plus en plus, les Etats accréditaires leur demandent d'annoncer les employés locaux et de prélever à la source les impôts sur le salaire, mais aussi que plusieurs Etats étrangers occidentaux, en leur qualité d'employeur, se mettent à prélever les impôts à la source pour le compte de l'Etat accréditaire.

A ce propos, nous prenons connaissance avec intérêt de la note du 16 août 2007 de l'Ambassadeur (de Suisse dans l'Etat X.) qui vous enjoint de l'autoriser à imposer à la source les salaires des employés locaux. Pour ce faire, il invoque la promotion de l'Etat de droit et la bonne gouvernance qui sont des buts de notre politique étrangère. Etre parmi les rares Etats, écrit-il, à respecter le droit fiscal serait bien perçu par l'opinion publique (de X.) et contribuerait à améliorer l'image de la Suisse.

Nous pouvons, pour notre part, soutenir ce changement de pratique qui vise à abandonner la construction juridique fondée sur l'article 22, alinéa 3, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Il y va en effet de notre devoir de ne pas encourager la fraude de la part des employés locaux, qui, une fois leurs salaires versés, ne l'annoncent pas aux autorités fiscales de l'Etat accréditaire. En imposant les salaires à la source, on évite ainsi ces manœuvres dilatoires.

4. En conclusion, nous sommes d'avis que les arguments de bonne gouvernance prévalent de nos jours et que la transparence face à l'Etat accréditaire doit être de rigueur. Nous vous invitons donc à procéder à l'imposition à la source

⁹⁰ RS 0.191.01.

des salaires des employés locaux sans qu'il soit impérieux, à nos yeux, de vérifier si d'autres Etats occidentaux procèdent de la sorte"

Avis de droit de la DDIP du 27 septembre 2007. Document inédit.

7.6 Responsabilité pénale des fonctionnaires et experts en mission des Nations Unies

L'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies comportait un point 80 intitulé: "Responsabilité pénale des fonctionnaires et des experts en mission au nom des Nations Unies". La discussion de ce point devait concerner le Rapport d'un groupe d'experts juridiques sur la question de la responsabilité des fonctionnaires de l'ONU et des experts en mission ayant commis des infractions pénales dans le cadre d'opérations de maintien de la paix, ainsi que le Rapport du Comité spécial de l'Assemblée sur la question de la responsabilité pénale des fonctionnaires de l'Organisation et des experts en mission.

Voici un extrait de l'intervention du représentant de la Suisse:

"Dans son rapport, le Groupe d'experts juridiques recommande l'élaboration d'une nouvelle convention qui comblerait les lacunes en matière de compétence des Etats et qui réglerait d'autres questions connexes. Nous avons la conviction qu'une telle convention aurait pour effet de construire un cadre juridique solide permettant de renoncer au besoin à l'immunité dont jouissent actuellement les Nations Unies. Ce régime d'immunité n'est pas mis en danger par une telle convention.

La Suisse appuie de manière générale la proposition du Groupe d'experts juridiques selon laquelle il vaudrait mieux aborder les questions d'une manière concrète et orientée vers l'action. Afin de fournir une base légale solide à l'exercice de la compétence pénale des Etats et afin de combler les lacunes juridictionnelles, la Suisse appuie l'idée de l'élaboration d'une nouvelle convention internationale. Dans cette perspective, la proposition du Groupe d'experts peut servir de point de départ adéquat.

Ma délégation soutient l'idée que l'Etat hôte est en premier lieu, en l'absence d'un régime spécial (comme par exemple les accords sur le statut des missions et des forces), compétent pour poursuivre une infraction commise sur son territoire. Lorsque cet Etat n'est toutefois pas en mesure de le faire, la responsabilité d'inculper l'auteur de l'infraction devrait alors relever de la compétence de l'Etat d'envoi, conformément au principe de la personnalité active. Ce principe largement reconnu figure déjà dans un certain nombre de traités (Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques,⁹¹ Convention internationale contre la prise d'otages,⁹² etc.). Il devrait nécessairement s'appliquer aussi à la responsabilité pénale des fonctionnaires et des experts des Nations Unies en mission.

La Suisse souhaite appeler tous les Etats à faire le nécessaire pour être en mesure de poursuivre leurs ressortissants pour toute faute commise en mission, le cas échéant en adaptant leur législation nationale. Il s'agit d'une obligation morale envers les victimes et les ressortissants de l'Etat hôte. La Suisse est consciente du fait que les Etats d'envoi peuvent, dans certains cas, faire face à des difficultés quand il s'agit d'assurer les poursuites, mais elle est convaincue que cette problématique doit être discutée.

En ce qui concerne le champ d'application d'une future convention, la Suisse est pleinement consciente que le mandat du Groupe d'experts ((Nations Unies, document) (A/60/980, Annexe II) était d'étudier la question de la responsabilité pénale des fonctionnaires des Nations Unies et des experts en mission. Cela étant, nous sommes préoccupés par la tendance actuelle consistant à exclure totalement de la convention le personnel militaire des contingents nationaux.

Nous serions dès lors favorables à une convention qui prévoit des règles légales applicables également à toutes les personnes impliquées dans des opérations de maintien de la paix, quelle que soit la nature de leurs activités. Ces règles ne doivent pas nécessairement être identiques pour toutes les catégories. Cependant, si les contingents militaires étaient exclus du champ d'application d'une convention sur la responsabilité du personnel des Nations Unies, tout essai de protéger les droits des victimes et les intérêts des Etats et des Nations Unies deviendrait vain. L'expérience a en effet montré que le personnel militaire est souvent le plus susceptible de se rendre coupable d'actes délictueux dans le contexte des opérations de maintien de la paix.

Compte tenu de ce qui précède, nous suggérons d'élaborer une convention prévoyant que les Etats ont la compétence pénale sur les infractions commises par leurs contingents militaires envoyés dans des opérations de maintien de la paix. Il s'agirait d'une obligation complémentaire, nécessaire à la mise en œuvre efficace des accords existants et futurs sur le statut des missions et des forces. Ces statuts ne seraient évidemment pas affectés par une telle convention.

La Suisse aimerait souligner l'importance d'une étroite collaboration et d'une bonne communication d'une part entre les Etats et d'autre part entre ceux-ci et les Nations Unies. Le maintien d'une solide collaboration avec l'Organisation est essentiel pour assurer que les auteurs des infractions répondent de leurs actes et que les Etats concernés soient en mesure de réunir les preuves, procéder aux extraditions et juger les fautifs. En outre, la collaboration facilite le transfert des auteurs d'actes criminels et la protection des droits des victimes et des témoins. Par conséquent, la Suisse soutient la mise en œuvre d'une base juridique qui garantisse que les Etats informent les Nations Unies de tous les cas entrant dans leur compétence en matière criminelle et juridictionnelle."

⁹¹ Convention du 14 décembre 1973 (RS 0.351.5).

⁹² Convention du 17 décembre 1979 (RS 0.351.4).

Déclaration faite le 15 octobre 2007 par le représentant suisse devant l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

7.7 Immunité de juridiction des fonctionnaires internationaux: point de départ. Interprétation de l'article 31, paragraphe premier, lettre a, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques

L'arrêt dont un passage est reproduit ci-après porte sur un appartement avec garage qui avait été loué, à Genève, par Y. et dame Z. Quelques années plus tard, les baux furent dénoncés par le bailleur mais en définitive les locataires refusèrent de quitter les lieux. Le bailleur dut ainsi demander leur évacuation au Tribunal genevois des baux et loyers. Dame Z. s'opposa toutefois à cette mesure en excipant de son statut diplomatique de haut fonctionnaire de l'Organisation mondiale de la santé. Le Tribunal écarta cet argument en observant que le Directeur général de l'Organisation avait levé l'immunité de dame Z. antérieurement à la décision qui allait être prise. Les locataires recoururent contre l'ordre d'évacuation auprès de l'instance cantonale compétente, qui leur donna gain de cause. Cette instance estima en effet que les recourants avaient invoqué l'exception d'immunité civile conformément aux dispositions applicables et que les conditions de la compétence du juge genevois devaient s'apprécier au jour de la création de litispendance, moment où l'immunité n'avait pas encore été levée. L'instance de recours en déduisit que, au jour de sa saisine, le Tribunal des baux et loyers n'avait pas été compétent parce que les locataires étaient encore au bénéfice de l'immunité à ce moment-là. Qui plus était, l'article 31, paragraphe premier, lettre a, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961 (RS 0.191.01), qui exclut l'immunité de juridiction civile lorsqu'il s'agit d'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'Etat accréditaire, était inapplicable en raison de la nature personnelle de la procédure dirigée contre les locataires.

Le Tribunal fédéral accueillit le recours contre cette décision, annula celle-ci et renvoya l'affaire à l'instance cantonale pour statuer à nouveau. Voici un extrait des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral:

"4.1 D'après l'article 31, alinéa premier, in principio, de la Convention de Vienne, l'agent diplomatique jouit de l'immunité de juridiction civile et administrative de l'Etat accréditaire. Des exceptions sont prévues singulièrement pour les actions réelles ayant pour objet un immeuble privé sis sur le territoire de l'Etat accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins de sa mission (article 31, alinéa premier, lettre a).

4.2 Le pouvoir de juridiction civile sur une personne est une condition de recevabilité de l'instance, laquelle doit être examinée d'office à chaque stade du procès (ATF 130 III 430, c. 3.1;⁹³ Oskar Vogel/Karl Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 8^e éd. (Zurich 2006), chapitre 7, chiffre 73, p. 203; Fabienne Hohl, *Procédure civile* (Berne 2002), t. I, chiffre 309; Max Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4^e éd. (Berne 1984), p. 86; Walther J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd. (Bâle 1990), chiffres 126 et 363; le même, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd. (Genève 1981), p. 83, chiffre 3a).

4.3 Selon les principes généraux de la procédure civile, les conditions de recevabilité du procès doivent encore être réunies au moment du jugement au fond. En d'autres termes, il suffit qu'elles se réalisent jusqu'à ce terme (ATF 116 II 209, c. 2b/bb, 9, c. 5, p. 13;⁹⁴ Hohl, op.cit., chiffre 321; Vogel/Spühler, op.cit., chapitre 7, chiffre 85, p. 206; Kummer, op.cit., p. 87; Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd. (Zurich 1979), p. 229). S'il se révèle au moment du jugement que toutes les conditions de recevabilité n'étaient pas encore remplies au début de la litispendance, mais qu'elles se sont réalisées en cours d'instance, le juge doit entrer en matière sur l'action (Hohl, op.cit., chiffre 321).

4.4 Le point de savoir si le principe général de la procédure civile susrappelé relève, par sa nature, du droit fédéral n'a pour l'heure jamais été tranché explicitement par le Tribunal fédéral. Il faut notamment admettre que ce principe ressortit au droit fédéral si la condition de recevabilité du procès qu'il y a lieu d'observer en vertu dudit principe découle du droit fédéral, comme c'est le cas pour l'immunité de juridiction civile, quand bien même elle est réglée à l'article 31 de la convention de Vienne. L'application sûre et uniforme de cette norme exige que ce principe de droit fédéral embrasse également le moment déterminant où le pouvoir de juridiction sur une personne doit être donné (cf., à propos de la reconnaissance de principes de droit fédéral non écrits de la procédure civile, Isaak Meier/Rudolf Ottomann, *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, Zurich 1993, pp. 35 et ss). La situation inverse des données de l'espèce, où, par hypothèse, les locataires ne pourraient pas se prévaloir de l'immunité de juridiction au début de la litispendance, mais seraient à même d'en bénéficier en cours de procès à la suite de l'obtention du statut diplomatique, démontre avec encore plus d'évidence la nécessité d'adopter cette conception. Pour que l'article 31 de la convention reçoive une application univoque, le moment déterminant en question doit correspondre dans tous les cantons à la date de la reddition du jugement au fond.

4.5 Le moyen du recourant est donc une critique recevable du droit fédéral (article 95, lettre a, LTF (RS 173.110)).⁹⁵ Dans cette mesure, rien ne s'oppose à ce qu'il soit entré en matière sur le présent recours.

4.6 Le grief de la partie recourante doit sans conteste être admis. La question de l'existence d'une immunité de la partie défenderesse doit être tranchée préjudiciellement dans le cadre de l'examen des conditions de recevabilité de la demande. En effet, celui qui invoque son immunité de juridiction ne doit pas être contraint à procéder sur le fond (ATF

⁹³ *Pratique suisse* 2004, n° 7.6, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 759.

⁹⁴ JdT 1993 I 169.

⁹⁵ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110).

124 III 382, c. 3b⁹⁶. C'est bien ce qu'a fait la cour cantonale en l'occurrence en statuant d'entrée de cause sur l'immunité prétendue des locataires.

Comme on l'a vu ci-dessus (cf. c. 4.2 à 4.4), il suffisait que le pouvoir de juridiction sur les intimés existât lorsque le jugement sur le fond a été rendu. Or, c'était bien le cas, du moment qu'après que le demandeur a ouvert action le 8 juillet 2005 devant le Tribunal des baux et loyers, l'immunité de juridiction civile de dame Z. a été levée par décision du 22 décembre 2005. Autrement dit, les défendeurs ne pouvaient plus se prévaloir d'une quelconque immunité à la date déterminante du 28 mars 2006, à savoir quand l'autorité judiciaire précitée a statué au fond et prononcé leur évacuation immédiate des locaux qu'ils occupent (cf. Bernard Bertossa/Louis Gaillard/Jacques Guyet/André Schmidt, *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*, note 2bb ad article 97 LPC). L'arrêt cantonal sur lequel la Chambre d'appel a fondé son opinion divergente (Semaine judiciaire 1968, pp. 264 et ss) repose sur un état de fait différent, en ce sens que, dans ce précédent, l'immunité était donnée lorsque le jugement de première instance a été rendu, alors qu'elle n'existait précisément plus à ce moment précis dans la présente querelle.

Les intimés ne font pas valoir qu'à considérer l'exception d'immunité de juridiction dont ils se sont prévalus devant le Tribunal des baux et loyers, ils n'ont pas été en mesure de s'exprimer sur le fond, c'est-à-dire sur le mérite de la requête d'évacuation formée par le recourant.

Au vu de ce qui précède, il est déterminant qu'au moment où les premiers juges ont statué, le pouvoir de juridiction sur les intimés était réalisé. C'était donc à bon droit que ces magistrats avaient déclaré recevable la demande en évacuation déposée contre les locataires. Pour l'avoir méconnu, la cour cantonale a violé le droit fédéral. Il se justifie en conséquence d'annuler l'arrêt déferé et de lui retourner la cause pour qu'elle se prononce sur la demande d'évacuation."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 22 juin 2007, dans la cause X. c. Y. et dame Z. ATF 133 III 539, c. 4 (542-544); voir également Semaine judiciaire 2007 I, p. 586.

8. La responsabilité internationale

(Voir aussi les n^{os} 7.6 et 9.1)

8.1 Responsabilité des organisations internationales et de leurs Etats membres

Extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 59^e session, du 7 mai au 5 juin et du 9 juillet au 10 août 2007 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 62^e session, Supplément n^o 10 (A/62/10), pp. 204-225):

"Au paragraphe 29 de son Rapport, la Commission invite les Etats à émettre leurs commentaires sur le projet d'articles 31 à 45. Sous le chapitre "principes généraux", le projet d'articles 31 à 36 et les commentaires y afférant ne suscitent que peu d'observations de notre part. Il semble opportun de suivre de près la logique et, mutatis mutandis, la rédaction du projet d'articles correspondants sur la responsabilité des Etats.

Sur un point, la Commission relève une différence entre les textes. En effet, selon l'article 32 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, l'Etat responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement à ses obligations. De la même manière, selon l'article 35, paragraphe premier, du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, l'organisation responsable ne peut pas, en principe, se prévaloir de ses règles internes pour justifier un manquement à ses obligations. En revanche, la Commission souligne le fait - à juste titre selon nous - que les règles de l'organisation pourraient bel et bien avoir des effets sur l'application des principes de la responsabilité dans les relations entre l'organisation d'une part et les Etats et organisations qui en sont membres d'autre part. Si les Etats ou organisations non membres ne peuvent, bien sûr, jamais être liés par les règles internes d'une organisation, un membre de celle-ci peut très bien, en se soumettant au droit interne de l'organisation, se lier par un régime juridique spécial. Par conséquent, l'introduction d'une clause "sans préjudice", telle que proposée par la Commission dans l'article 35, paragraphe 2, semble appropriée.

En (ce qui concerne) l'article 36 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, le paragraphe 2 et le commentaire y afférant sont d'une importance certaine. L'article 36, paragraphe 2, prévoit que "(l)a présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'organisation internationale peut faire naître directement au profit de toute personne ou entité autre qu'un Etat ou une organisation internationale". En effet, les organisations internationales semblent s'engager de plus en plus dans des activités qui peuvent toucher les droits des individus, parfois même de manière significative (maintien de la paix, sanctions, justice pénale, droit économique). Ainsi la probabilité d'une violation de ces droits augmente-t-elle inévitablement. Dans cette perspective, il est important de prévoir, comme le fait l'article 36, paragraphe 2, que la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales est sans préjudice des droits qui peuvent naître directement au profit de toute personne ou entité autre qu'un Etat ou une organisation internationale. Même si les principes établis dans la deuxième partie peuvent, dans une certaine mesure, trouver application dans des situations où les droits individuels sont en cause, le projet d'articles n'a pas été formulé dans l'intention de couvrir nécessairement ces situations.

Permettez-moi d'en venir au chapitre II de la deuxième partie du projet d'articles, qui traite de la "réparation du préjudice". Ma délégation est d'accord avec l'approche générale de la Commission du droit international qui consiste à

⁹⁶ *Pratique suisse* 1998, n^o 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654.

s'inspirer largement du projet d'articles sur la responsabilité des Etats relatif aux formes de la réparation (restitution, indemnisations et satisfaction, séparément ou conjointement).

Les articles 37 à 40 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales ne suscitent aucun commentaire de notre part. Ma délégation est aussi d'accord avec l'article 41 concernant les "intérêts" et avec l'article 42 relatif à la "Contribution au préjudice".

L'article 43, sous le titre "Mesures visant à assurer l'exécution effective de l'obligation de réparation", est une disposition intéressante qui mérite un examen plus approfondi. En général, ma délégation adhère aux principes sous-jacents à ce projet d'article, ainsi qu'aux raisons avancées par la Commission pour les soutenir. En particulier, nous souscrivons à l'affirmation selon laquelle il ne saurait y avoir une responsabilité des membres d'une organisation internationale du seul fait de leur appartenance à une organisation à laquelle un fait internationalement illicite est imputable, hormis les cas prévus aux articles 25 à 29. Ma délégation est aussi d'accord qu'il n'y a aucune obligation *subsidaire* des membres d'une organisation internationale d'offrir une réparation lorsque l'organisation internationale n'est pas en mesure de le faire.

En revanche, comme ma délégation l'a dit l'an dernier,⁹⁷ il existe à notre avis une obligation générale des membres d'une organisation internationale d'exercer les droits et obligations liés à leur qualité de membre - conformément aux règles internes de l'organisation et dans la mesure de ce qui peut être raisonnablement attendu des membres selon les circonstances -, de manière à permettre à l'organisation d'agir en pleine conformité avec le droit international. Nous ajouterions qu'une telle obligation générale devient particulièrement pertinente lorsque l'organisation internationale est néanmoins devenue responsable d'un acte internationalement illicite. Dans un tel cas, les membres de l'organisation sont tenus de coopérer avec l'organisation afin que celle-ci soit en mesure de s'acquitter de son obligation de réparer.

Il semble que ce soit l'idée générale de l'article 43, à laquelle ma délégation souscrit, sous réserve d'une importante précision toutefois. Si les membres d'une organisation internationale "doivent prendre, conformément aux règles de l'organisation, toutes les mesures appropriées pour lui donner les moyens de s'acquitter effectivement de ses obligations", il s'agit bien d'un effort *collectif*. Pour chaque Etat ou organisation membre de l'organisation responsable, l'obligation de contribuer n'est que *proportionnelle* à sa part au sein de l'organisation internationale, conformément aux règles de celle-ci. Ainsi un membre n'a-t-il aucune responsabilité solidaire de contribuer à l'organisation pour la totalité de la somme qui serait nécessaire à la réparation. Au contraire, l'obligation de paiement est limitée à la part proportionnelle, déterminée par le droit interne de l'organisation. C'est la référence aux règles de l'organisation, contenue dans le projet d'article 43, qui permet une telle affirmation. Ma délégation est néanmoins d'avis que la Commission de droit international pourrait examiner la question de savoir comment déterminer plus précisément, à l'article 43, les limites de l'obligation de contribution des membres d'une organisation internationale responsable.

Permettez-moi de faire une remarque finale relative à l'article 43. Contrairement aux autres dispositions du chapitre II, l'article 43 ne se focalise pas sur une obligation de l'organisation internationale devenue responsable, mais sur une obligation des membres de celle-ci. Il y a ici une différence conceptuelle que la Commission pourrait souhaiter reconsidérer. Ma délégation estime, toutefois, que l'article 43 représente une disposition utile qui devrait être retenue d'une manière ou d'une autre. Les organisations internationales sont d'ailleurs créées par leurs membres; l'organisation est dotée d'une personnalité juridique propre et d'une volonté distincte, mais ce sont ses membres qui, pour elle, continuent à partager une responsabilité collective de destin et de mise en œuvre institutionnelle. Ils ne peuvent pas simplement la laisser à l'abandon. L'article 43 pourrait aussi être utile en pratique, puisqu'il souligne le besoin des organisations internationales de progresser dans la gestion des risques. Lorsque des organisations internationales s'engagent dans des activités à haut risque, les Etats et organisations membres pourraient envisager de constituer à l'avance des réserves et des fonds séparés, afin de pouvoir réparer le cas échéant. Les membres pourraient même parfois demander à l'organisation internationale de conclure des assurances pour couvrir certains risques.

Le projet des deux articles du chapitre III "Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général" correspond à la position exprimée antérieurement par la Suisse. (Par rapport à) l'article 45, nous ajouterions uniquement que l'obligation d'une organisation internationale de coopérer pour mettre fin à toute violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général est limitée par le *but* de l'organisation et par le *mandat* confié par les membres.

En d'autres termes: il ne faut pas attendre d'une organisation internationale qu'elle dépasse son mandat pour mettre fin à une violation grave, au sens de l'article 44. A cet égard, l'obligation qui incombe aux Etats peut aller bien au-delà de celle qui incombe aux organisations internationales.

Le paragraphe 30 du Rapport de la CDI évoque des questions supplémentaires qui devraient être traitées dans un avenir proche. Les réponses préliminaires que nous voudrions donner à ces questions sont dans la ligne des remarques que nous venons de faire.

Premièrement, si une organisation internationale viole une *obligation envers la communauté internationale dans son ensemble*, il nous semble que les Etats devraient pouvoir exiger de l'organisation internationale la cessation du fait internationalement illicite et l'exécution de l'obligation de réparer, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Une telle solution correspondrait au régime prévu à l'article 48 des articles sur la responsabilité des Etats, lorsque c'est un Etat qui viole une telle obligation. Se pose alors immédiatement la question de savoir si une *organisation internationale* pourrait aussi être en droit d'exiger la cessation du fait internationalement illicite et l'exécution de l'obligation de réparation par une autre organisation qui a violé une obligation envers la communauté

⁹⁷ Voir *Pratique suisse* 2006, n° 8.1, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 797 (799).

internationale dans son ensemble. Ma délégation est de l'avis que la réponse à cette question doit être déterminée en fonction du *but* et du *mandat* de l'organisation qui formulerait une telle exigence. Un tel droit pourrait être limité par le statut de cette organisation.

Enfin, la Commission mentionne l'hypothèse dans laquelle une organisation internationale pourrait avoir l'intention de recourir à des *contre-mesures*. La Commission invite les Etats à faire des commentaires sur la question de savoir si l'organisation internationale serait soumise à d'autres restrictions que celles auxquelles les Etats sont soumis conformément aux articles 49 à 53 des articles sur la responsabilité des Etats. Une fois encore, ma délégation estime que la question de savoir dans quelle mesure une organisation internationale peut recourir à des contre-mesures dépend aussi du *but* pour lequel l'organisation a été établie et du *mandat* qui lui a été confié. S'il en ressort que, dans une situation concrète, l'organisation est en droit de recourir à des contre-mesures, les restrictions énumérées aux articles 49 à 53 sur la responsabilité des Etats seraient alors applicables."

Déclaration faite le 31 octobre 2007 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 1.6)

9.1 Désarmement: non-prolifération nucléaire (fonctionnement du mécanisme conventionnel). Responsabilité internationale de l'Etat: violations du droit international; contre-mesures. Sécurité collective. Droit des traités: suspension du traité en raison de sa violation

Le document partiellement reproduit ci-après, œuvre de la DDIP, porte sur les devoirs des Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont Parties au Traité du 1^{er} juillet sur la non-prolifération des armes nucléaires (RS 0.515.03), ainsi que sur les conséquences de violations de ce traité.

(Traduction)

"2. Devoirs des Etats Parties

2.1 Devoirs des Etats non dotés d'armes nucléaires qui résultent du Traité de non-prolifération (TNP)

Deux obligations, principalement découlent directement du TNP:

1. Le devoir essentiel, qui résulte de l'article 2 du traité, est que les Parties non dotées d'armes nucléaires s'engagent à ne pas accepter, fabriquer ou acquérir de telles armes. De plus, ces Etats ne peuvent ni rechercher ni recevoir de l'aide pour la fabrication d'armes nucléaires.⁹⁸ En revanche, l'article 4 permet la recherche, la production et l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques.

2. Pour empêcher que des Etats non dotés d'armes nucléaires entreprennent des programmes secrets pour développer de telles armes, l'article 3 du traité leur enjoint d'accepter les mesures de garantie prises par l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA). Ces mesures font l'objet d'accords bilatéraux entre l'Etat en cause et l'Agence ("safeguards agreements", accords de garantie, voir la rubrique suivante).

Les Etats Parties ne peuvent mettre des matières brutes et des produits fissiles spéciaux, ou de l'équipement et du matériel, à la disposition des Etats non dotés d'armes nucléaires à des fins pacifiques que s'ils font, eux aussi, l'objet de mesures de garantie. Ces mesures ne doivent pas entraver le développement économique et technique des Etats Parties dans le domaine des activités nucléaires pacifiques.

2.2. Devoirs découlant de l'accord de garantie

Selon l'article 3 du TNP, tous les Etats Parties non dotés d'armes nucléaires sont tenus de conclure un accord de garantie avec l'AIEA. Tous ces accords ont un contenu identique. Ils règlent les mesures concrètes que prendra l'AIEA sur le territoire de tel ou tel Etat non doté d'armes nucléaires.⁹⁹ Ces mesures ont pour but unique de vérifier le respect des obligations résultant du TNP. L'Agence s'assure donc que l'énergie nucléaire n'est pas utilisée pour des armes ou d'autres explosifs nucléaires et que l'usage qui en est fait est exclusivement pacifique. Les mesures de sécurité s'appliquent à l'ensemble des matières brutes et aux produits fissiles spéciaux affectés à des activités nucléaires pacifiques sur le territoire de l'Etat non doté d'armes nucléaires. Ainsi l'AIEA vérifie d'une part si les renseignements fournis par cet Etat quant aux matières nucléaires sont exacts et, de l'autre, s'il sont complets.¹⁰⁰

Les accords de garantie prévoient, à la charge des Etats non dotés d'armes nucléaires, plusieurs devoirs devant assurer l'efficacité des contrôles effectués par l'Agence. Le devoir le plus important est celui d'établir un système de compatibilité et de contrôle de toutes les matières nucléaires visées par le traité.¹⁰¹ De plus, les Etats dépourvus d'armes nucléaires doivent fournir à l'AIEA des informations sur le matériel nucléaire ainsi que sur les caractéristiques

⁹⁸ Tout Etat contractant non doté d'armes nucléaires s'oblige à ne pas accepter des armes ou d'autres explosifs nucléaires, à ne pas accepter le pouvoir de disposer de tels armes ou explosifs, de façon directe ou indirecte, à ne pas fabriquer ou se procurer de telles armes ou engins explosifs, et à ne pas chercher à se faire assister ou accepter l'assistance dans la fabrication de tels armes ou engins.

⁹⁹ Accord entre la Suisse et l'AIEA sur l'application de mesures de sécurité dans le cadre du TNP (du 6 septembre 1978), RS 0.515.031 ...

¹⁰⁰ *The Safeguards System of the International Atomic Energy Agency*, p. 2.

¹⁰¹ Cf. les articles 7, 8, 51 et ss et 59 et ss de l'accord de garantie.

des installations essentielles pour inspecter ce matériel. Ils doivent effectuer les démarches nécessaires pour permettre aux inspecteurs de l'Agence de remplir leurs fonctions de façon effective.¹⁰²

2.3. Devoirs résultant du Protocole additionnel

Bien que les accords de garantie autorisent l'AIEA à vérifier la présence de matières ou d'activités non déclarées, les moyens offerts à cette fin par les accords sont limités. Au cours des années 90, lors de la découverte du programme nucléaire secret de l'Irak, les faiblesses du système de sécurité se sont révélées. Initialement le système était centré sur la vérification d'installations déclarées et des matières s'y trouvant; il ne permettait pas de découvrir des activités secrètes. C'est pour cette raison que l'AIEA développa un Protocole additionnel¹⁰³ aux accords de garantie.¹⁰⁴

Les Parties à ce protocole s'engagent en particulier à fournir une description générale et à indiquer la localisation des travaux de recherche et de développement dans le domaine du cycle du combustible nucléaire, même à défaut de matières nucléaires. De même s'engagent-ils à ouvrir un accès aux installations élargi par rapport à ce qui est prévu par les accords de garantie. Il s'agit de tenir compte davantage de l'ensemble du cycle des combustibles nucléaires d'un Etat, donc de la totalité de son programme nucléaire, plutôt que des installations individuelles.¹⁰⁵ Le protocole additionnel n'était pas prévu par le TNP, ce qui explique pourquoi sa signature est facultative. Il a pour but de compléter les accords de garantie.

3. Les violations du traité et leurs conséquences

3.1 Le TNP

a) Violations

Le traité est violé lorsqu'un Etat non doté d'armes nucléaires accepte, fabrique ou acquiert des armes nucléaires, donc lorsqu'il utilise des matières nucléaires à des buts autres que pacifiques (article 2).

La violation de l'accord de garantie est un indice important en faveur de l'existence d'une violation du TNP. Cependant, une violation du TNP ne ressort pas uniquement de la violation des accords de garantie. L'AIEA, qui vérifie le respect de ces accords, ne conclut jamais, de façon positive et explicite, à l'existence d'une violation du TNP. Elle n'aboutit qu'au constat - négatif - qu'elle ne peut certifier qu'il n'y a pas eu détournement de matières nucléaires à des fins militaires. Il s'agit donc d'une conclusion négative suivant laquelle un tel détournement et, partant, une violation du TNP ne peut être exclu.

b) Conséquences

Le TNP ne dit rien sur les conséquences de sa violation. En cas de violation, on se tournera donc vers les moyens offerts par le droit international coutumier, codifiés par la Convention de Vienne sur le droit des traités (du 23 mai 1969) (ci-après: CV)¹⁰⁶ et le Projet d'articles de la CDI (Commission du droit international) sur la responsabilité internationale des Etats.¹⁰⁷

Aux termes de l'article 60, paragraphe 2, lettre a, de la CV, les Etats Parties à un traité multilatéral sont autorisés, en cas de violation substantielle, à suspendre l'application du traité, soit dans les relations entre eux-mêmes et l'Etat auteur de la violation, soit entre toutes les Parties. Cependant, dans le cas du TNP, cette option n'est guère utile, puisque ces mesures empêchent le traité d'atteindre son but, qui est la non-prolifération des armes nucléaires.

Le droit international coutumier autorise en outre le recours à des contre-mesures en réaction à des violations du droit des gens. Mesures de rétorsion et représailles sont des catégories de contre-mesures. La rétorsion est un acte inamical mais licite, alors que la représaille s'analyse en un acte internationalement illicite, mais justifié en tant que réaction à un acte illicite antérieur commis par un autre Etat.¹⁰⁸ Les Etats individuels ou groupes d'Etats (exemple: l'Union Européenne) seraient ainsi habilités à réagir par des contre-mesures à des violations du TNP par (un autre Etat) ... Il faudra toutefois que la violation (utilisation de matières nucléaires à des fins autres que pacifiques) soit clairement établie. Un degré élevé de vraisemblance, tel qu'il peut découler d'une violation de l'accord de garantie, ne semble pas suffisant.

Il est également possible que le Conseil de sécurité (des Nations Unies) intervienne lorsque la violation du traité a le caractère d'une menace contre la paix (articles 39 et 41 de la Charte des Nations Unies). C'est ce qui résulte, d'une part, des règles générales de compétence figurant dans la Charte (article 24), d'autre part d'un argument a fortiori; s'il est possible de s'adresser au Conseil de sécurité à propos de violations d'accords de garantie (voir ci-après, point 3.2.b), il doit en aller de même, à plus forte raison, quand il s'agit d'infractions au TNP.

3.2 Accords de garantie et protocole additionnel

a) Violations

¹⁰² Cf. les articles 70 et ss de l'accord de garantie.

¹⁰³ Protocole (du 16 juin 2000), RS 0.515.031.1.

¹⁰⁴ *The Safeguards System* ..., op.cit. note 100, pp. 2, 17.

¹⁰⁵ Voir les articles 2, 4 et 5 du protocole additionnel.

¹⁰⁶ RS 0.111.

¹⁰⁷ Projet adopté lors de la 53^e session en 2001, Rapport et commentaires, document annexé à la Résolution 56/83 (de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001).

¹⁰⁸ (K.) IPSEN, *Völkerrecht* (Munich 2004), pp. 1097 et ss; (A.) PETERS, *Völkerrecht. Allgemeiner Teil* (Zurich, 2006), p. 288; Projet CDI, articles 49 et ss.

En principe tout manquement aux obligations résultant d'un accord de garantie ou du protocole additionnel est une violation de ce texte. Ni les accords de garantie ni le protocole ne font apparaître une hiérarchie des violations.

L'AIEA examine si les activités déployées dans le cadre des accords de garantie et des protocoles additionnels ont atteint certains objectifs. Le fait de les avoir manqué ne constitue pas, en soi, un indice que du matériel nucléaire a été détourné.¹⁰⁹

b) Conséquences

Aux termes de l'article 18 de l'accord de garantie, le Directeur général fait régulièrement rapport au Conseil des gouverneurs sur la mise en œuvre des garanties. Si le Conseil constate qu'un Etat non doté d'armes nucléaires enfreint les obligations découlant de l'accord de garantie, il peut demander à cet Etat de prendre *sans délai* une mesure devant lui permettre d'examiner si du matériel nucléaire a été détournée.

Si le Conseil des gouverneurs, sur la base des informations transmises par le Directeur général, parvient à la conclusion que l'AIEA n'est pas en mesure de certifier qu'il n'y a pas eu détournement de matériel nucléaire, donc d'établir avec certitude que le matériel en question a été exclusivement affecté à des fins pacifiques, il *peut*, se fondant sur l'article 19 de l'accord de garantie lu conjointement avec l'article XII.C du Statut (de l'AIEA),¹¹⁰ faire rapport à tous les Etats contractants, au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale des Nations Unies. Jusqu'à présent, il n'y a jamais eu de rapports adressés à l'Assemblée générale. Le Conseil de sécurité des Nations Unies, quant à lui, peut, sur la base d'un tel rapport et en se fondant sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décider d'éventuelles sanctions. De plus, le Conseil des gouverneurs peut mettre fin à l'assistance qui a pu être prêtée (à l'Etat défaillant) par l'AIEA et demander la restitution du matériel et des installations mis à disposition. Enfin le Conseil peut, aux termes de l'article XIX (du statut), suspendre les droits et privilèges de l'Etat membre concerné.

Le point de savoir quand le Conseil des gouverneurs doit saisir le Conseil de sécurité n'est pas réglée de manière détaillée. Selon l'article III.B.4 du Statut - *lex generalis*, par rapport à l'article XII.C du même Statut -, l'AIEA saisit le Conseil de sécurité quand elle le juge approprié. Il appartient donc au Conseil des gouverneurs d'apprécier la gravité de la situation. Que faut-il entendre par "approprié"? Vu que la compétence du Conseil de sécurité s'étend aux menaces à la paix et de la sécurité (internationales), cette expression semble signifier que le Conseil doit être informé lorsque paix et sécurité sont en danger. La violation de l'accord de garantie et la conclusion qu'on ne peut exclure l'utilisation militaire de matériel (ce qui revient à constater la vraisemblance d'une violation du TNP) peut donc dénoter une menace à la paix et la sécurité. L'article 19 de l'accord de garantie livre un autre point de repère: en décidant de la saisine du Conseil de sécurité, le Conseil des gouverneurs doit tenir compte du *degré de certitude* produit par les mesures de sécurité appliquées. Cela signifie qu'une affaire ne doit être portée devant le Conseil de sécurité que s'il est très probable que du matériel nucléaire a été détournée ou qu'il existe des substances non déclarées. Mais, même ici, il s'agit d'une formulation ouverte qui concède une marge d'appréciation étendue au Conseil. Enfin, l'Etat soupçonné de violation doit avoir en tout temps la possibilité, en vertu de l'article 19 (de l'accord de garantie), de donner les garanties nécessaires pour convaincre le Conseil de ses intentions pacifiques.

...

4. Conclusions

Ni le TNP ni l'accord de garantie ni le protocole additionnel ne prévoit un vrai mécanisme de sanction en cas de violation. L'effectivité du TNP dépend en grande partie de l'effet de dissuasion de la découverte, par l'opinion publique mondiale, d'activités non conformes à ce traité.¹¹¹ Les mécanismes ici décrits doivent servir de sonnette d'alarme pour avertir la communauté des Etats qu'un pays possède des armes nucléaires ou qu'il en possédera sous peu. Dans ce genre de situations, le Conseil de sécurité doit agir et prendre les mesures requises. Ainsi, en 1992, le Président du Conseil de sécurité a déclaré que la diffusion d'armes de destruction massive menace la paix internationale et la sécurité. Il a aussi relevé que la mise en œuvre du TNP est liée entièrement aux mesures de garantie prises par l'AIEA et que le Conseil de sécurité prendra des mesures appropriées si l'Agence l'informe de contraventions.¹¹²

Le droit des traités et la pratique y relative dont on dispose ne jettent qu'une lumière partielle sur le point de savoir quand il faut saisir le Conseil de sécurité de violations de l'accord de garantie et du protocole additionnel. Les textes conventionnels autorisent le Conseil des gouverneurs à faire rapport au Conseil de sécurité si cela paraît *approprié* et compte tenu du *degré de certitude* atteint. La pratique montre qu'il en va ainsi notamment si les éléments suivants sont réunis:

- violations *réitérées* de l'accord de garantie ou du protocole additionnel;
- absence d'application, *pendant une période prolongée*, de l'accord de garantie ou du protocole additionnel;
- *absence de volonté de coopération* avec l'AIEA;
- *non-ratification ou non-application* du protocole additionnel.

Toutefois, il ne s'agit pas de critères clairement définis. Le Conseil des gouverneurs décide toujours en tenant compte des circonstances dans leur ensemble et de l'évolution de la situation."

¹⁰⁹ *The Safeguards System* ..., op.cit. note 100, p. 15.

¹¹⁰ Pour ce Statut voir: www.iaea.org/About/statute_fr.pdf (RS 0.732.011).

¹¹¹ (K. IOANNU.) *Non-Proliferation Treaty*, in: (R. Bernhardt (dir.)) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (J-P, Amsterdam 1997), p. 625; (D.M.) EDWARDS, (*International Legal Aspects of Safeguards and the Non-proliferation of Nuclear Weapons*) *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pp. 14 et ss.

¹¹² Note du Président du Conseil de sécurité du 31 janvier 1992 (Nations Unies, document) S/23500, p. 4.

Communication de la DDIP au Secrétariat politique du DFAE, du 5 octobre 2007. Document inédit.

10. Le droit des conflits armés

(Voir aussi les nos 1.5 et 11.2)

10.1 Conduite "asymétrique" de la guerre et développement du droit international humanitaire. "Combattants ennemis illégaux"

L'Annexe 3 du Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral de juin 2007 (FF 2007, p. 5257) est consacrée au thème "Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilité de développement". Elle débute par un passage où le Conseil fédéral tente de définir guerre symétrique et guerre asymétrique:

"La guerre symétrique est généralement définie comme un conflit armé classique, dans lequel deux Etats de force à peu près égale s'affrontent dans un combat déclaré. On peut également dire que la guerre symétrique repose sur le "système westphalien" car elle suppose l'existence d'Etats nationaux ayant le monopole de la violence légitime.¹¹³ Les guerres de ce type ont marqué l'histoire européenne du 17^e au 20^e siècle. Elles établissaient des distinctions claires entre guerre et paix, front et arrière, combattants et non-combattants. Elles étaient symétriques car menées par des acteurs de même nature, les Etats nationaux.¹¹⁴

Dans les guerres ou les conflits asymétriques¹¹⁵ les parties qui se font face sont inégales. Les protagonistes, qu'ils soient étatiques ou non, ne sont pas de force équivalente, n'ont pas les mêmes équipements, emploient des moyens et des méthodes autres, poursuivent des buts différents. L'exemple typique en est la guérilla.¹¹⁶ Dans les conflits armés internes qui se multiplient aujourd'hui, l'asymétrie provient généralement du fait qu'un Etat dispose de moyens militaires plus importants que les groupes armés organisés non étatiques contre lesquels il lutte. Outre les armées étatiques et les groupes rebelles, les conflits contemporains ont d'autres protagonistes, comme les seigneurs de la guerre, les organisations terroristes et les organisations mafieuses. On constate, en particulier dans les pays où les structures étatiques sont affaiblies ou inexistantes, une "privatisation de la guerre"¹¹⁷. Les seigneurs de la guerre sont des entrepreneurs avec des objectifs économiques (par exemple le contrôle de richesses naturelles, le trafic de drogue). Beaucoup de ces conflits ont, en outre, des dimensions transfrontières et transnationales. Dans la plupart des "nouvelles guerres", on assiste ainsi à une multiplication et à un mélange des types de guerre et des catégories d'acteurs.¹¹⁸ Il peut également arriver qu'aucun acteur étatique ne participe directement à un conflit armé spécifique, comme cela a longtemps été le cas en Somalie."

Après des considérations consacrées à la conduite asymétrique de la guerre, le Conseil fédéral aborde la question de la conduite asymétrique de la guerre dans ses relations avec le droit international humanitaire.

"4. La conduite asymétrique de la guerre et le droit international humanitaire

4.1 Aspects fondamentaux

Le droit international humanitaire est également appelé droit des conflits armés, droit international de la guerre ou jus in bello. Il s'applique aux conflits armés, que ceux-ci soient légaux ou non.¹¹⁹ La question de la légalité de la guerre est réglée par le jus ad bellum.¹²⁰ Du point de vue juridique, il faut donc distinguer le motif pour lequel une guerre est conduite et la manière dont elle est conduite. Cette distinction est fondamentale car elle permet d'éviter que des belligérants n'invoquent une légitimité morale ou religieuse ou l'accomplissement d'un but supérieur pour se placer au-dessus des règles du droit international humanitaire ou mener une guerre totale.¹²¹ Le droit international humanitaire repose sur un équilibre entre les intérêts humanitaires et les intérêts militaires. Afin d'éviter la guerre totale et l'anéantissement de l'adversaire, les belligérants ne sont pas libres d'utiliser n'importe quels moyens et méthodes pour conduire la guerre. Le droit international humanitaire ne contient pas lui-même de définition des conflits armés asymétriques. Mais il est également applicable à ces conflits, que les acteurs (étatiques ou non étatiques) en respectent ou non les règles et qu'ils se considèrent, ou non, comme liés par celles-ci. Le droit international humanitaire ne s'adresse pas seulement aux Etats, il contient de nombreuses dispositions que les individus, y compris les civils, doivent respecter.

Les sources principales du droit international humanitaire, hormis le droit international coutumier, sont les Conventions de Genève de 1949, qui ont été ratifiées par l'ensemble de la communauté internationale, et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, le Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre¹²² ainsi que plusieurs conventions limitant ou interdisant l'emploi d'armes spécifiques. La plupart des règles figurant dans les

¹¹³ L'avènement des Etats nationaux a conféré une importance croissante à l'armée de métier ou, du moins, à l'armée dont l'identité repose sur le principe de la nationalité, qui est devenu un concept dominant.

¹¹⁴ HERFRIED MÜNKLER, *Symmetrische und asymmetrische Kriege*, Merkur, vol. 58, cahier 664 (août 2004), pp. 649-659.

¹¹⁵ Toutes les guerres, même entre Etats, sont asymétriques dans un certain sens, en particulier lorsqu'une grande puissance militaire comme les Etats-Unis mène une guerre ou lorsqu'une ou plusieurs armées disposant d'un armement de haute technologie luttent contre un adversaire mal équipé.

¹¹⁶ TONI PFANNER, *Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire*, Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 87, n° 857, mars 2005, pp. 259 et ss.

¹¹⁷ Il ne s'agit pas d'un phénomène totalement nouveau.

¹¹⁸ Cf. PFANNER, op.cit., p. 269.

¹¹⁹ Cf. paragraphe 5 du préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (RS 0.518.521).

¹²⁰ Ce droit est ancré notamment dans la Charte de l'ONU, à l'article 2, alinéa 4, et dans le chapitre VII, en particulier à l'article 51 (RS 0.120).

¹²¹ Cf. PFANNER, op.cit. (note 116), p. 159.

¹²² RS 0.515.112.

conventions de Genève et leurs protocoles additionnels et de nombreuses règles portant sur la conduite des hostilités appartiennent désormais au droit coutumier et s'appliquent donc à tous. Certains principes élémentaires du droit international humanitaire sont énoncés, par exemple, à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949. La Cour internationale de Justice a qualifié les dispositions de l'article 3 de "considérations élémentaires d'humanité" constituant une norme minimale applicable aux conflits armés, internationaux ou non.¹²³

L'un des principes fondamentaux du droit international humanitaire applicable aux conflits armés, internationaux ou non, veut que toutes les parties à un conflit armé fassent la distinction entre les personnes qui participent aux hostilités et les personnes qui n'y participent pas directement, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou toute autre cause. De plus, les personnes qui ne participent pas ou qui ont cessé de participer aux hostilités doivent être traitées avec humanité et ne doivent pas être soumises à des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, à des mutilations, à des tortures et à d'autres traitements cruels. Tous les individus qui prennent une part active à un conflit armé, qu'il soit interne ou international, sont tenus, quelle que soit leur nationalité, de respecter des règles minimales déterminées concernant la conduite de la guerre, qu'ils soient membres de forces armées, de milices ou de groupes armés non étatiques ou qu'ils soient des civils ayant pris les armes. Le même principe s'applique aux individus qui surveillent des personnes faites prisonnières lors d'un conflit armé.

4.2 Formes et effets de la conduite asymétrique de la guerre

4.2.1 Asymétrie de la conduite des hostilités

L'asymétrie dans les conflits, en particulier si elle est de nature technologique, peut amener l'une des parties à se sentir défavorisée si elle respecte les règles du droit international humanitaire. Les belligérants souffrant d'une forte infériorité technologique doivent répondre à deux questions de fond: comment survivre et comment combattre l'adversaire?

Les exemples qui suivent montrent quand et comment le droit humanitaire s'applique dans la pratique.

Le meilleur moyen de survivre consiste à empêcher l'ennemi de localiser et d'identifier les troupes de l'adversaire. Cela peut se faire à l'aide de différentes techniques légales (par exemple camouflage, ruses de guerre). Mais souvent, l'objectif est aussi de faire en sorte que l'adversaire ait du mal à distinguer les troupes de la population civile. A cet effet, les personnes participant aux hostilités se font passer pour des membres de la population civile pour bénéficier de son statut protégé (par exemple en portant des vêtements civils) ou recherchent sciemment la proximité de personnes et de biens civils pour éviter que l'adversaire attaque. Ce comportement remet en cause le principe fondamental de la distinction entre les personnes participant et celles ne participant pas directement aux hostilités¹²⁴ et affaiblit son respect, exposant ainsi les personnes civiles à des dangers excessifs.

Le fait de feindre d'avoir le statut de civil ou un autre statut protégé (par exemple membre du personnel sanitaire ou religieux, parlementaire, membre de la protection civile ou de la protection des biens culturels, membre de l'ONU, ressortissant d'une puissance neutre) pour tuer, blesser ou capturer un adversaire constitue un acte de perfidie contraire au droit international humanitaire.¹²⁵ Bien que les combattants aient l'obligation générale de se distinguer de la population civile, ce qui se fait normalement par le port d'un uniforme, le non-respect de cette obligation n'est pas suffisant pour constituer en soi une violation du droit international humanitaire. En effet, les membres des forces armées qui participent à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international en étant habillés en civil et qui ne portent pas leurs armes ouvertement perdent leur statut de combattant.¹²⁶ Cela a comme conséquence que, s'ils sont faits prisonniers, ils peuvent être punis pour avoir participé aux hostilités en application du droit national de la partie adverse et ne sont pas réputés être des prisonniers de guerre (perte du privilège du combattant). Ils bénéficient toutefois au minimum de la protection prévue par les dispositions de l'article 75 du premier protocole additionnel¹²⁷ et de l'article 3 commun aux conventions de Genève, qui sont reconnues comme appartenant au droit international coutumier.

L'utilisation des emblèmes de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à des fins non prévues par les conventions de Genève constitue également une violation du droit international humanitaire.¹²⁸

Lors de nombreux conflits, comme par exemple le conflit armé de l'été 2006 au Liban, des personnes et des biens civils ont été mis en danger parce que des combattants en civil se sont mêlés à la population civile ou ont installé et utilisé des lance-roquettes dans des habitations. Le recours délibéré à de telles tactiques est en contradiction flagrante avec l'obligation que le droit international humanitaire impose à toute partie à un conflit de prendre les mesures de précaution nécessaires pour protéger les objets concernés.¹²⁹ L'utilisation de boucliers humains constitue une violation grave du

¹²³ CIJ, *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, Recueil 1986, p. 14, paragraphe 218, confirmé dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, paragraphe 157.

¹²⁴ Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires; cf. article 48 du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève (RS 0.518.521).

¹²⁵ Cf. article 37 du premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹²⁶ Cf. article 4, lettre A, alinéa 2, de la troisième convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42) (droit coutumier). L'article 44, alinéa 3, du premier protocole additionnel (RS 0.518.521) a assoupli cette condition. C'est l'une des raisons pour lesquelles les Etats-Unis, et d'autres, n'ont pas encore ratifié ce protocole (voir aussi la note 134 ...).

¹²⁷ Cette disposition prévoit que les civils et combattants qui se trouvent entre les mains d'une partie au conflit doivent être traités avec humanité; elle énumère une série d'actes prohibés et établit des garanties de procédure équitable.

¹²⁸ Lors de la troisième guerre du Golfe, par exemple, les troupes irakiennes ont souvent employé des ambulances pour attaquer leurs adversaires; cf. MICHAEL N. SCHMITT, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law* (International Humanitarian Facing New Challenges. Proceedings of a Symposium in Honour of Knut Ipsen, Berlin, 10/11 juin 2005, W. Heintschel v. Heinegg, dir.), p. 24.

¹²⁹ Cf. articles 58, lettre b, du premier protocole additionnel (RS 0.518.521) et 13, alinéa premier, du deuxième protocole additionnel (RS 0.518.522).

droit international humanitaire.¹³⁰ L'utilisation abusive et intentionnelle de biens civils (bâtiments religieux, hôpitaux, biens culturels) pour y protéger des objectifs militaires et y installer une base de combat est interdite et elle est considérée comme une violation grave du droit international humanitaire.¹³¹

Une autre technique de guerre asymétrique utilisée de plus en plus fréquemment est l'attentat-suicide ou l'attentat direct contre la population civile. Les attentats-suicides, perpétrés par des combattants contre des objectifs militaires, comme les kamikazes japonais de la Deuxième Guerre mondiale, ne sont pas contraires au droit international humanitaire. Dans les conflits armés actuels, toutefois, les attentats-suicides sont souvent commis contre des personnes ou des objets civils par des groupes rebelles ou d'autres groupes armés non étatiques, ce qui constitue une grave violation du droit international humanitaire. On peut citer comme exemple les attentats-suicides contre l'ONU et le CICR (Comité international de la Croix-Rouge) en Irak ou encore les nombreux attentats-suicides perpétrés dans des marchés, des mosquées ou des écoles dans différents conflits. Ces attaques visent, entre autres, à empêcher les organisations internationales d'être présentes et de travailler dans une zone de conflit, à compliquer leur intervention, ou encore à affaiblir le soutien de la population concernée en faveur de la guerre.

4.2.2 Asymétrie des parties

Une autre asymétrie régulièrement observée dans les conflits contemporains, où elle présente une acuité certaine, est celle des parties: les acteurs sont souvent multiples, comme l'illustre bien l'actuel conflit armé en Irak. Les hostilités impliquent non seulement les forces armées de la coalition, mais aussi les forces armées irakiennes, des entreprises militaires et de sécurité privées, des milices (comme l'Armée du Mahdi du chef chiite Moqtada al-Sadr), divers groupes d'insurgés irakiens et étrangers ainsi que des cellules terroristes. Cela pose naturellement la question du statut de ces acteurs au regard du droit international.

Dans les conflits armés internationaux, on établit la distinction entre les combattants et les personnes civiles. Les combattants sont autorisés à participer directement aux hostilités, c'est-à-dire aux combats.¹³² Ils ne peuvent pas être punis pour avoir participé aux hostilités même s'ils tuent un adversaire; c'est ce que l'on appelle le privilège du combattant. Ils doivent en outre être traités en prisonniers de guerre s'ils sont capturés par l'ennemi. Le droit international humanitaire établit des critères pour déterminer si une personne peut ou non bénéficier du statut de combattant. Les membres des forces armées des parties au conflit sont l'exemple même du combattant.¹³³ Mais, c'est également le cas des forces armées non régulières, comme par exemple les partisans, les guérilleros ou les mouvements de résistance, pour autant qu'ils appartiennent à l'une des parties au conflit (c'est-à-dire qu'ils aient au moins une relation de facto avec l'un des Etats parties au conflit) et qu'ils remplissent les conditions imposées par le droit international humanitaire coutumier, comme porter leurs armes ouvertement, arborer un signe distinctif (généralement un uniforme) et mener leurs opérations dans le respect du droit international humanitaire.¹³⁴ Les personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie doivent être considérées comme des civils. C'est le cas entre autres des membres de groupes armés non étatiques, qui n'appartiennent à aucune des parties à un conflit armé international. Les civils jouissent d'une protection générale contre les dangers découlant des actes de guerre, en particulier les attaques directes, aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités.¹³⁵ La participation aux hostilités en tant que telle ne constitue pas une violation du droit international humanitaire, mais elle fait perdre la protection que celui-ci accorde aux civils contre les attaques directes, c'est-à-dire que les personnes concernées peuvent être visées et tuées pendant le combat. S'ils sont capturés, par contre, ces civils conservent la protection de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ou les garanties minimales du droit coutumier codifiées à l'article 75 du premier protocole additionnel. Contrairement aux prisonniers de guerre n'ayant pas perpétré de crimes de guerre, les civils qui ont participé directement aux hostilités peuvent être traduits devant un tribunal (civil ou militaire) statuant en vertu du droit national et ainsi être punis pour les actes commis pendant le conflit, par exemple pour des meurtres ou des lésions corporelles.¹³⁶ On peut citer comme exemple l'attaque commise en juin 2006 par des militants palestiniens armés contre un poste frontière de l'armée israélienne et des soldats israéliens. Cette attaque ne constitue pas une violation du droit international humanitaire car elle visait un objectif militaire légitime et a eu lieu dans le cadre de l'occupation prolongée du territoire palestinien par Israël. La capture d'un soldat israélien au cours de cette opération n'est pas non plus contraire en soi au droit international humanitaire. En effet, celui-ci n'exclut pas que des membres des forces armées soient faits prisonniers, dans le cadre d'hostilités, par des civils participant directement aux hostilités ou par des groupes armés.¹³⁷ Israël pourrait cependant traduire les responsables de cet acte devant une cour pénale nationale pour séquestration et enlèvement.

Le droit international humanitaire ne prévoit pas de statut particulier de combattant ou de prisonnier de guerre dans les conflits armés non internationaux. Les acteurs non étatiques qui participent aux conflits de ce type sont des personnes civiles. Ils sont protégés tant qu'ils ne prennent pas directement part aux hostilités.¹³⁸ Il en découle que les membres

¹³⁰ Cf. articles 28 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (RS 0.518.51) et 51, alinéa 7, du premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹³¹ Cf. Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1), article 8, alinéa 2, lettre b, ch. xxii et xxiv.

¹³² Article 43, alinéa 2, du premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹³³ Voir l'article 4 de la convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42) ainsi que les articles 43 et 44 du premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹³⁴ Dans les dispositions du premier protocole additionnel, ces conditions ne représentent plus des éléments constitutifs des "forces armées", mais des obligations à respecter par ces dernières. C'est l'une des raisons principales pour lesquelles les Etats-Unis n'ont pas ratifié le premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹³⁵ Cf. article 51, alinéa 3, du premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹³⁶ Lire sur le fond YORAM DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, pp. 27 et ss.

¹³⁷ De même, le fait que des revendications ont été présentées ultérieurement au Gouvernement israélien ne fait pas nécessairement de cette capture une prise d'otage illégale. Mais en vertu du droit coutumier, le prisonnier doit toujours être traité avec humanité.

¹³⁸ Cf. article 13, alinéa 3, du deuxième protocole additionnel (RS 518.522).

de groupes armés organisés qui assument des fonctions militaires de manière permanente perdent cette protection pendant la durée de leur activité au sein du groupe. Mais la participation au conflit ne constitue pas une violation du droit international humanitaire. De nombreuses règles applicables aux hostilités lors des conflits armés internationaux, sinon la majorité, sont considérées comme des normes de droit coutumier et s'appliquent donc également aux conflits non internationaux.¹³⁹ Les groupes armés non étatiques sont également liés par ces règles. Ils doivent donc à tout moment faire la distinction entre objectifs militaires et biens civils. Les attaques perpétrées par ces groupes contre des objectifs militaires ne sont pas contraires au droit international humanitaire. Mais leurs auteurs peuvent être punis en vertu du droit national de l'Etat concerné.

Alors que les Etats qui s'affrontent dans un conflit armé international sont le plus souvent perçus comme étant les détenteurs de la légalité et de la légitimité, cette légitimité est généralement déniée aux parties au conflit non étatiques, notamment dans les conflits armés internes, et tout spécialement dans la lutte contre le terrorisme. Cela ne justifie pas que les opposants soient poursuivis avec une violence extrême, en violation du droit international humanitaire. Les groupes armés non étatiques sont considérés comme visés par les principes du droit international humanitaire, sans que l'on puisse en déduire qu'ils possèdent une quelconque légitimité.¹⁴⁰ Le fait est, cependant, que souvent ces acteurs ne respectent pas les règles du droit international humanitaire. Par conséquent, il arrive régulièrement que les parties étatiques aux conflits ne se sentent plus liées par ces règles, que ce soit dans les conflits internationaux ou dans les conflits internes. Mais les comportements non conformes de l'adversaire ne peuvent pas être invoqués pour justifier des comportements contraires au droit international humanitaire. Qui plus est, le non-respect des engagements du droit international humanitaire par les Etats peut contribuer à fragiliser davantage le respect de ces engagements par les acteurs non étatiques.

5. Développement normatif du droit international humanitaire

Le droit et les lois sont toujours une réaction à l'environnement auquel ils s'appliquent. Normalement, le législateur réagit aux évolutions de la société en adaptant le droit existant ou en créant de nouvelles normes. Cela est vrai aussi du droit international public. Dans le domaine humanitaire, on voit particulièrement bien comment la communauté internationale a réagi aux changements de la nature des conflits. Le Protocole de 1925 prohibant l'emploi de gaz asphyxiants¹⁴¹ et la Convention de Genève de 1929 réagissant à l'utilisation de gaz toxiques¹⁴² et au traitement des prisonniers de guerre pendant la Première Guerre mondiale. L'ampleur, inégalée jusque-là, des souffrances infligées à la population civile pendant la Deuxième Guerre mondiale a conduit à la convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre; les protocoles additionnels de 1977 tirent en partie leur origine des guerres nationales de libération des années 60 et 70 du siècle dernier.

Plus récemment, et en particulier depuis les attentats terroristes du 11 septembre 2001 et la "guerre contre la terreur" déclenchée par les Etats-Unis en réaction à ces événements, des voix s'élèvent régulièrement pour demander l'adaptation du droit international humanitaire. De plus, la question se pose aussi car les conflits armés actuels se caractérisent par une grande complexité, ce sont en majorité des conflits internes impliquant des acteurs non étatiques; de nouvelles "catégories de combattants" apparaissent, comme les membres d'entreprises de sécurité privée ou de groupes terroristes transnationaux, ainsi que de nouvelles formes de combat, comme les attaques informatiques.

Le droit international humanitaire repose sur l'équilibre entre les intérêts humanitaires et les intérêts militaires. Les évolutions décrites conduisent à une déstabilisation croissante de l'équilibre qui existait jusque là. A l'instar de toute loi ou convention entre les Etats, le droit international humanitaire n'est pas parfait. Les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, comme d'autres traités internationaux pertinents, ont été adoptés par les Hautes Parties contractantes lors de conférences diplomatiques; il a donc fallu faire des compromis et les considérations politiques ont joué un rôle. La controverse survenue pendant la Conférence de 1974-1977 sur les guerres nationales de libération et la question de savoir si et à quelles conditions le statut de combattant pouvait être accordé aux membres de mouvements de libération en est un bon exemple. Le compromis finalement trouvé à ce sujet (article 44 du premier protocole additionnel¹⁴³ est la limite extrême du développement possible à l'époque. Cette disposition est une des causes pour lesquelles les Etats-Unis et d'autres pays n'ont toujours pas ratifié le premier protocole additionnel. Les divergences d'opinion exprimées lors de la Conférence diplomatique au sujet de la portée de la notion de combattant, et donc d'une méthode fondamentale utilisée dans la guérilla,¹⁴⁴ sont toujours d'actualité.

Les droits et les devoirs que les acteurs non étatiques ont, ou devraient avoir, reviennent régulièrement dans les discussions. Ce sujet est directement lié à la question de ce qui incite ces acteurs à respecter le droit international humanitaire et comment on pourrait l'améliorer.

Les civils qui prennent directement part à des hostilités perdent une partie de la protection que le droit international humanitaire leur confère, à savoir la protection contre les attaques dirigées contre eux. De plus, ils peuvent être jugés et condamnés par le droit national pour leur seule participation aux hostilités, y compris pour des attaques contre des objectifs militaires, un acte que le droit international humanitaire n'interdit pas. Cependant, en ce qui concerne les conflits armés non internationaux, le droit international humanitaire invite les Etats à accorder, après la fin des hostilités, une amnistie aussi étendue que possible aux personnes ayant participé au conflit armé dans la mesure où elles n'ont

¹³⁹ Une étude du CICR présente une synthèse de normes coutumières du droit international humanitaire: www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_ihl_customary_humanitarian_law?OpenDocument.

¹⁴⁰ Cf. article 3, alinéa 4, commun aux conventions de Genève (RS 0.508.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51).

¹⁴¹ Protocole du 17 juin 1925 concernant la prohibition de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (RS 0.515.105).

¹⁴² Convention du 27 juillet 1929 relative aux prisonniers de guerre (RS 0.518.41).

¹⁴³ Disposition qui règle en détail la condition des combattants et des prisonniers de guerre.

¹⁴⁴ Dissimulation de l'intention de combattre jusqu'au moment de l'utilisation des armes.

pas commis de crimes de guerre.¹⁴⁵ Ainsi, bien que les deux parties à un conflit armé aient en principe les mêmes droits et devoirs, les acteurs armés non étatiques sont néanmoins dans une position défavorable. La tendance actuelle à qualifier, en bloc et souvent à tort, tous les acteurs non étatiques de terroristes et leurs actions d'actes terroristes sape encore plus leur volonté de respecter le droit international humanitaire.

Les Etats-Unis, et d'autres, estiment que le droit international humanitaire doit s'appliquer aux nouvelles formes de violence telles que le terrorisme transnational. Mais les tenants de cette opinion doivent également reconnaître que les attaques menées contre leurs objectifs militaires et les dommages civils collatéraux proportionnés ne sont pas interdits par le droit international humanitaire. Les Etats-Unis arguent que le droit international humanitaire n'est plus adapté à ce nouveau type de conflit car il ne s'agit pas d'un conflit armé interétatique, ni d'un conflit armé interne se déroulant sur le territoire d'un Etat. Selon les Etats-Unis, le droit international humanitaire doit donc être transformé en instrument applicable principalement à la lutte contre le terrorisme international et plus particulièrement transnational. Le problème fondamental, c'est que l'on tente d'appliquer le droit international humanitaire à une situation pour laquelle il n'a jamais été prévu. En effet, ce dernier est applicable uniquement lorsque des actes terroristes sont d'une telle ampleur que cela leur confère le caractère d'un conflit armé ou ont lieu dans le cadre d'un conflit armé, comme c'est le cas en Afghanistan et en Irak. Etant donné que la plupart des activités de prévention ou de répression d'actes terroristes ne se déroulent pas dans le cadre d'un conflit armé, il faut analyser chaque situation afin de déterminer si le droit international humanitaire est applicable. On ne peut pas non plus appliquer sélectivement à une situation certaines règles du droit international humanitaire et pas à d'autres.

Dans les circonstances politiques actuelles, l'ouverture de négociations en vue de développer le droit international humanitaire comporte le risque que des Etats cherchent à profiter de l'occasion pour affaiblir leurs devoirs et les droits des opposants plutôt que de les renforcer. La controverse actuelle sur la catégorie des combattants créée par les Etats-Unis, les "combattants ennemis illégaux",¹⁴⁶ illustre ce risque de manière flagrante. En effet, les Etats-Unis revendiquent le droit de détenir ces personnes pour une durée indéterminée et les empêchent de contester en justice la légalité de leur mise en détention. En outre, tout nouveau traité de droit international humanitaire ne lie que les Etats qui le ratifient. Or, les Etats-Unis et d'autres pays n'ont toujours pas ratifié le premier protocole additionnel. Par ailleurs, le principe inhérent au droit international humanitaire selon lequel tous les belligérants ont les mêmes devoirs et les mêmes droits quelle que soit leur légitimité effective ou acceptée risquerait d'être remis en cause. Il n'est donc pas sûr que certains Etats acceptent l'idée même d'un nouveau traité qui accorderait certains droits aux acteurs non étatiques. Il est encore moins sûr que les acteurs non étatiques acceptent mieux de nouvelles normes étant donné que des organisations comme Al-Qaïda refusent déjà de respecter le droit en vigueur.

En cas de révision du droit international humanitaire, les Etats en situation de supériorité technologique pourraient être tentés d'élargir la définition des objectifs militaires ou d'assouplir l'interdiction des représailles contre la population civile ou des biens civils afin d'être en mesure de réagir aux violations du droit commises volontairement par leurs adversaires.¹⁴⁷

Etant donné ce qui précède, il est peu probable que des règles cruciales, comme les règles concernant les objectifs militaires et le principe de la proportionnalité ou les règles relatives à la conduite de la guerre, puissent être développées de manière à améliorer le respect du droit international humanitaire. A l'heure actuelle, le développement des normes du droit international humanitaire dans ces domaines paraît voué à l'échec en raison des risques précités.

Il existe cependant des domaines dans lesquels les normes du droit international humanitaire ont évolué récemment sur certains points ou dans lesquels des efforts concrets de développement ponctuel sont en cours. Ainsi, la Suisse a participé activement aux négociations sur le deuxième Protocole facultatif de 1999 relatif à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé,¹⁴⁸ le Protocole facultatif de 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés¹⁴⁹ ou le Protocole de 2003 relatif aux restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques.¹⁵⁰ La Suisse milite également pour une réglementation internationale contraignante concernant les sous-munitions, à travers laquelle il serait possible d'aborder les problèmes humanitaires que posent certains types de sous-munitions et leur utilisation.

6. Alternatives au développement normatif du droit international humanitaire

¹⁴⁵ Cf. article 6, alinéa 5, du deuxième protocole additionnel (RS 0.518.522).

¹⁴⁶ La notion controversée de "combattant ennemi illégal", que l'administration américaine a instaurée après le 22 septembre 2001, n'est pas reconnue en droit international. Elle désigne les personnes dont on pense qu'elles appartiennent à un groupement terroriste ou qui sont en relation avec un groupement terroriste et qui ont été emprisonnées au nom de la "guerre mondiale contre le terrorisme" ("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. Ce n'est pas exact. Les personnes qui sont faites prisonnières lors d'un conflit armé international soit entrent dans le champ d'application de ces deux traités, soit bénéficient des garanties minimales accordées par le droit coutumier (article 75 du premier protocole additionnel (RS 0.518.521)) et article 3 commun aux conventions de Genève (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51), ainsi que par les droits de l'homme. Les personnes qui sont faites prisonnières lors de conflits armés non internationaux bénéficient de la protection de l'article 3 commun aux conventions de Genève, des garanties minimales figurant dans le deuxième protocole additionnel (RS 0.518.522) et de la protection des droits de l'homme.

¹⁴⁷ Aujourd'hui déjà, les Etats-Unis ne reconnaissent pas l'interdiction des représailles contre la population civile et la Grande-Bretagne a émis une réserve à ce sujet lorsqu'elle a ratifié le premier protocole additionnel (RS 0.518.521).

¹⁴⁸ RS 0.520.33.

¹⁴⁹ RS 0.107.1.

¹⁵⁰ RS 0.515.01.4.

Les défis que doit relever le droit international humanitaire, et que nous venons de présenter, ont fait l'objet d'analyses par des experts gouvernementaux, des universitaires et des spécialistes de différentes organisations¹⁵¹ comme le CICR¹⁵² et des organisations non gouvernementales, réunis dans différentes enceintes. Ces discussions ont abouti à la conclusion générale que le droit international humanitaire en vigueur offre un cadre adapté aux conflits armés actuels et aux défis qui en résultent. En effet, les problèmes se posent moins au niveau du droit en vigueur qu'au niveau du respect de l'application voire de l'interprétation de certaines règles dans des situations spécifiques. Le principal défi à relever consiste à assurer un meilleur respect du droit international humanitaire et à garantir la protection des populations civiles. Il faut notamment veiller à ce que les "terroristes" et les "combattants ennemis illégaux" ne soient pas considérés comme privés de droits et bénéficient eux aussi de la protection que leur confèrent le droit international humanitaire et les droits de l'homme. L'insuffisance du respect des règles du droit international humanitaire est souvent le résultat de l'absence de volonté ou de capacité politique des Etats et des groupements armés d'honorer leurs obligations juridiques (obligations parfois mal connues). La sensibilisation des groupes armés non étatiques à leurs responsabilités en ce qui concerne le respect des règles et des principes du droit international humanitaire est un aspect de plus en plus important des activités de la Suisse.

Il faut en outre préciser certaines règles du droit international humanitaire et leur application dans des situations données. La Suisse soutient ou participe à différentes rencontres d'experts à cet effet. Elle a également pris des initiatives à ce sujet, dont on ne citera ici que les plus importantes (suit une longue énumération)."

...

"7. Conclusions

Le droit international humanitaire en vigueur offre un cadre adapté aux conflits armés contemporains et aux défis qui en résultent. Un développement général des normes du droit international humanitaire par la voie conventionnelle n'est ni nécessaire ni réaliste dans le contexte politique actuel. Cette démarche présenterait au contraire le danger que certains Etats s'en saisissent pour affaiblir leurs obligations et les droits des acteurs non étatiques. Toute révision des conventions de Genève comporte le risque de fragiliser le droit international humanitaire en vigueur.

Il faut donc avant tout s'efforcer de bonne foi de respecter les règles existantes et s'engager pour qu'elles soient respectées par toutes les parties à des conflits. Le grand défi politique, juridique et moral consiste à trouver des manières de gérer les nouvelles formes de violence tout en conservant les normes de protection prévues en particulier par le droit international et le droit international humanitaire. Forte de sa tradition humanitaire et de ses engagements en tant que Haute Partie contractante des conventions de Genève, la Suisse s'engage et continuera de s'engager en faveur du droit international humanitaire."

Annexe 3 au Rapport de politique étrangère pour 2007 du Conseil fédéral, du 15 juin 2007. FF 2007, p. 5301 (5301-5302, 5303-5312, 5315).

10.2 La puissance protectrice en droit international: "mandats de Vienne" et "de Genève". Interprétation des traités

L'avis de droit qui suit, préparé par la DDIP, s'attache à préciser les notions de puissance protectrice en temps de paix et dans le cadre de conflits armés de caractère international.

(Traduction)

"1. Sources internationales

1.1 Historique

Le concept de puissance protectrice s'est d'abord dégagé en droit coutumier. Il se rapporte traditionnellement à la protection de ressortissants étrangers. Il fut codifié, pour la première fois, dans la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre,¹⁵³ dont l'article 86, alinéa premier, dispose:

"Les Hautes Parties contractantes reconnaissent que l'application régulière de la présente Convention trouvera une garantie dans la possibilité de collaboration des Puissances protectrices chargées de sauvegarder les intérêts des belligérants."

Selon ce texte, la désignation d'une puissance protectrice était donc facultative et ne se rapportait qu'aux prisonniers de guerre. On ne distinguait pas, à l'époque, entre la protection d'intérêts étrangers et le contrôle du respect du droit international humanitaire.

1.2 La situation actuelle

Après la Seconde Guerre mondiale il s'agissait de renforcer ce droit, et les quatre Conventions de Genève de 1949¹⁵⁴ allaient toutes renfermer des dispositions sur la puissance protectrice. Aujourd'hui ce mécanisme - en ce qui concerne

¹⁵¹ Lire l'avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur la nécessité éventuelle d'un développement des conventions de Genève, avis n° 245/2003 du 13 décembre 2003.

¹⁵² Cf. Rapport du CICR à la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2003), Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains, 03/IC/09.

¹⁵³ Pour le texte, voir DIETRICH SCHINDLER/JIRI TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève 1996, p. 415.

¹⁵⁴ Convention de Genève du 12 août 1949 pour améliorer le sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (RS 0.518.12, Convention I; Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées en mer (RS 0.518.23), Convention II. Convention de Genève du 12 août 1949 sur le traitement des prisonniers de guerre (RS

le "mandat de Vienne" - fait l'objet des articles 45 et 46 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques¹⁵⁵ et de l'article 8 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁵⁶ (ci-après: "conventions de Vienne"). Les quatre conventions de Genève (articles 8/8/8/9) et le Protocole additionnel n° 1 (articles 2 et 5)¹⁵⁷ règlent, quant à eux, ce que l'on appelle le "mandat de Genève".

2. Les mandats de Vienne et de Genève

2.1 Le mandat de Vienne

Est une puissance protectrice, dans le contexte du mandat de Vienne, un Etat qui, avec l'accord des intéressés et dans un certain cadre, tracé par le droit des gens, assure un minimum de rapports internationaux entre des Etats qui n'entretiennent pas de relations diplomatiques; le mandat protège en particulier les ressortissants d'un de ces Etats face à l'autre Etat. La puissance protectrice exerce son mandat, non pas en son nom propre, mais en celui de l'Etat représenté par elle, ce qui signifie qu'elle ne remplit aucune fonction médiatrice. Entre l'Etat protégé et la puissance protectrice se forme un mandat international.¹⁵⁸

Les principes du droit des gens ne règlent le mécanisme de la puissance protectrice du type "mandat de Vienne" que dans ses grandes lignes. Cela explique l'importance des accords conclus entre les Parties qui, eux, définissent et délimitent le mandat. Dans ce contexte, le principe *Nemo plus juris transferre potest (quam) ipse habet* (on ne peut transférer que ce dont on dispose) s'applique: la puissance protectrice ne peut se prévaloir que des droits que l'Etat protégé lui-même pourrait faire valoir s'il entretenait des relations diplomatiques ou consulaires avec l'autre Etat concerné. L'accord de ce dernier est essentiel. Il a le droit de participer à la formulation du mandat. Ainsi celui-ci est défini par les trois parties.¹⁵⁹

2.2 Le mandat de Genève

Les conventions de Genève et le protocole additionnel n° I régissent les conflits armés internationaux, c'est-à-dire interétatiques (article 2 commun). Si le conflit armé est de caractère non international (c'est-à-dire interne), seuls l'article 3 commun aux conventions de Genève et le Protocole n° II¹⁶⁰ sont applicables. Ces textes ne renferment aucune disposition portant sur la puissance protectrice.

Il s'ensuit que le mécanisme de la puissance protectrice ne fonctionne, dans le domaine humanitaire, que dans le cadre de conflits armés entre Etats.

La première phrase du premier alinéa des articles 8/8/8/9 des quatre conventions de Genève dispose: "La présente convention sera appliquée avec le concours et sous le contrôle des puissances protectrices chargées de sauvegarder les intérêts des parties au conflit."

L'article 2, lettre c, du protocole additionnel n° I de 1977, quant à lui, définit la puissance protectrice comme étant

"un Etat neutre ou ... un autre Etat non partie au conflit qui, désigné par une partie au conflit et accepté par la partie adverse, est disposé à exercer les fonctions assignées à la puissance protectrice aux termes des conventions et du présent protocole."

Lorsque, dans une situation donnée, on se trouve en présence d'un mandat, surgit la question de l'étendue des fonctions de la puissance protectrice. Le mandat couvre-t-il les seuls actes prévus dans toutes les conventions (bons offices en cas de désaccord sur l'interprétation et l'application des conventions, entremise pour assurer la transmission des traductions officielles des conventions et des lois et ordonnances d'application) ou également des dispositions spécifiques contenues dans l'une ou l'autre convention (identification de blessés, visite de prisonniers de guerre, supervision des envois d'aide)?¹⁶¹ Ou le mandat confié à la puissance protectrice se voit-il attribuer, par le truchement de l'article 8, une dimension générale qui confère le droit à son détenteur, en dehors des fonctions mentionnées, de veiller au respect de toutes les dispositions des conventions? Lors de la Conférence de 1949 les auteurs allaient clairement à la seconde tendance:¹⁶² la puissance protectrice devrait contribuer à l'application de l'ensemble des quatre conventions et en vérifier le respect. La seule restriction qui est admise est que l'activité de la puissance protectrice ne saurait entraver les opérations militaires (à ce propos, voir également l'article 8, alinéa 3, qui rappelle la souveraineté de l'Etat¹⁶³). Cette limite mise à part, la puissance protectrice dispose de toutes les attributions nécessaires pour vérifier

0.518.42), Convention III; Convention de Genève du 12 août 1949 sur la protection des personnes civiles en temps de guerre (RS 0.518.51), Convention IV.

¹⁵⁵ RS 0.191.01.

¹⁵⁶ RS 0.191.02.

¹⁵⁷ Protocole du 8 juin 1977 additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de conflits armés internationaux (protocole n° I), avec annexes (RS 0.518.521).

¹⁵⁸ R. PROBST, *La Suisse et les bons offices*, in: Nouveau manuel de la politique étrangère suisse (Berne 1992), p. 668; (J.P.) KNELLWOLF, *Die Schutzmacht im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse* (Berne 1985), pp. 36, 72.

¹⁵⁹ (F.) WISARD, *Avant-propos*, in: *Die Schweiz als Schutzmacht*, Politorbis n° 40, janvier 2006; (JAMES J.) BLAKE, *The Origins and Use of the Protecting Power*, in: *Diplomacy under a Foreign Flag* (London 1990), pp. 6, 13; (R.) PROBST, *Good Offices in the Light of Swiss International Practice and Experience* (Dordrecht 1989), p. 108.

¹⁶⁰ Protocole du 8 juin 1977 sur la protection des victimes des conflits armés non internationaux (RS 0.158.52).

¹⁶¹ Convention I: articles 16, 23; convention II: article 19; convention III: articles 23, 56, 58, 60, 62, 63, 65, 66, 69-78, 96, 100, 101, 104, 126; convention IV: articles 14, 23, 24, 30, 35, 39, 42, 43, 49, 52, 55, 59-61, 71-76, 83, 96, 98, 102-113, 123, 129, 131, 143.

¹⁶² Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire publié sous la direction de Jean S. Pictet, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, (Genève) 1952, article 8, pp. 105 et ss.

¹⁶³ Cette disposition a la teneur suivante: "Les représentants ou délégués des puissances protectrices ne devront en aucun cas dépasser les limites de leur mission, telle qu'elle ressort de la présente convention; ils devront notamment tenir compte des nécessités impérieuses de sécurité de l'Etat auprès duquel ils exercent leurs fonctions."

l'application correcte de n'importe quelle disposition de la convention.¹⁶⁴ Cette interprétation large du mandat de la puissance protectrice correspond au but et l'objet des conventions de Genève, et au point de vue suisse.

2.3 La relation entre les mandats de Genève et de Vienne

Les articles 8/8/8/9 des quatre conventions de Genève de 1949 partent de l'existence d'un mandat dans le sens des conventions de Vienne: Si un Etat (contractant) (également Partie aux conventions de Genève) agit en tant que puissance protectrice dans le cadre d'un mandat de Vienne, les conventions de Genève y ajoutent l'obligation de veiller également au respect de ces dernières; là où aucun mandat de Vienne n'existe, en revanche, il n'est pas obligatoire de désigner une puissance protectrice. Le mandat de Vienne existant n'est touché en rien: la puissance protectrice demeure le mandataire d'une partie au conflit armé et doit continuer à remplir ses tâches politiques, administratives et autres. Le mandat de Genève est nouveau et vient s'ajouter à celui de Vienne. Si la puissance protectrice n'est pas Partie à la convention, elle doit explicitement accepter le mandat.¹⁶⁵

Cependant, l'idée d'un tel automatisme n'a jamais fait son entrée dans la pratique. Le protocole additionnel n° I de 1977 adapte le droit aux faits: L'article 5, paragraphe 6, de ce Protocole distingue clairement entre les puissances protectrices au titre des articles 45 ou 46 des conventions de Vienne et celles qui relèvent des conventions de Genève et du protocole mentionné. Il se peut que deux puissances protectrices œuvrent côté à côté, l'une sur la base d'un mandat de Vienne, l'autre sur la base d'un mandat de Genève. En règle générale, un tel parallélisme des deux types de mandat ne se réalise que lorsqu'une puissance protectrice diplomatique a déjà été désignée au moment où la guerre éclate. Lorsque les relations diplomatiques ne sont rompues qu'au début de la guerre, en revanche, l'octroi de mandats de Vienne et de Genève se produira sans doute simultanément. L'article 5 (du protocole n° I) fait clairement apparaître que les deux types de mandat sont indépendants. Par conséquent, la puissance qui veut s'occuper des intérêts diplomatiques autant qu'humanitaires de l'Etat à protéger doit disposer d'un double mandat. De plus, l'accord du pays d'accueil est bien entendu requis pour les deux mandats.¹⁶⁶

Il semble donc clair que, au moins depuis la conclusion du protocole additionnel n° 1 en 1977, même lorsqu'un mandat de Vienne existe, il faut, pour établir un mandat de Genève, l'accord des deux parties concernées ainsi que celui de la puissance protectrice. Ainsi le protocole additionnel a codifié la pratique de l'accord triangulaire.¹⁶⁷ Ainsi l'obligation initialement prévue par les conventions de Genève d'assumer également un mandat de Genève a été abandonnée.

2.4 Portée pratique du mandat de Vienne

Au cours des années consécutives à la Guerre, la Suisse a représenté les intérêts diplomatiques et consulaires de nombreux Etats.¹⁶⁸ A l'heure actuelle, la Suisse exerce quatre mandats de représentation diplomatique et consulaire: pour l'Egypte en Iran, pour les Etats-Unis en Iran et à Cuba, et pour Cuba aux Etats-Unis.

2.5 Portée pratique du mandat de Genève

Depuis l'entrée en vigueur des conventions de Genève de 1949, il n'y a eu que peu de mandats à enregistrer. La désignation d'une puissance protectrice selon ce que prévoient les conventions de Genève n'est pas une obligation juridique - du moins depuis l'entrée en vigueur du protocole additionnel (n° I) - puisqu'il faut s'assurer de l'accord des trois Etats concernés. De plus, ceux-ci doivent tous exister juridiquement et avoir la capacité de conclure des traités.

On a pu donner d'autres explications possibles pour le nombre réduit de mandats de Genève:¹⁶⁹

- de nombreux conflits sont non internationaux, ce qui signifie que les règles sur la puissance protectrice sont inapplicables;
- la crainte que la désignation d'une telle puissance entraîne la reconnaissance implicite de l'adversaire comme Etat;
- l'absence de volonté de reconnaître l'existence d'un conflit armé ou les qualifications divergentes du conflit;
- la courte durée de nombreuses guerres, qui empêche le recours au mécanisme de la puissance protectrice;
- la difficulté de trouver des Etats neutres acceptables pour les deux parties et prêts à assumer un mandat.

Les composantes humanitaires du mécanisme de la puissance protectrice, contrairement à celles des mandats de Vienne, n'ont, depuis la Seconde Guerre mondiale, reçu aucune application pratique. A l'heure actuelle, il n'existe aucun mandat de Genève.

Lorsque les parties ne peuvent s'accorder sur la désignation d'un Etat protecteur, le CICR (Comité international de la Croix-Rouge) peut s'y substituer, conformément aux articles 10/10/10/11 des quatre conventions. Une désignation formelle du CICR au titre de protecteur de substitution ne s'est jamais produite. Le Comité exerce toutefois ses activités propres dans son rôle d'organisation humanitaire, conformément aux articles 9/9/9/10 et à d'autres dispositions individuelles des quatre conventions. En pratique c'est le CICR qui, en tant qu'organisation indépendante et neutre, surveille le respect des conventions de Genève et qui, par conséquent, prend la place de la puissance protectrice.¹⁷⁰

3. Les mandats de Genève dans le passé

¹⁶⁴ Commentaire Pictet, article 8, pp. 105 et ss; KNELLWOLF, op.cit (note 158), p. 160.

¹⁶⁵ Commentaire Pictet, article 8, p. 112; PROBST, *Good Offices* ..., (op.cit. note 159), pp. 129 et s; KNELLWOLF, op.cit., p. 72.

¹⁶⁶ KNELLWOLF, op.cit., pp. 75 et ss; PROBST, *Good Offices* ..., op.cit., pp. 132 et ss.

¹⁶⁷ KNELLWOLF, op.cit., pp. 26 et ss.

¹⁶⁸ Voir sur ce point l'exposé détaillé de KNELLWOLF, op.cit., pp. 278 et ss.

¹⁶⁹ (Y.) SANDOZ, *Mise en œuvre du droit international*, in: (J.) Toman, *Les dimensions internationales du droit humanitaire* (Genève) 1986, pp. 314 et ss; M. SASSOLI, *La Suisse et le droit international humanitaire - une relation privilégiée?*, ASDI (vol. XLIV) 1989, pp. 64 et s.

¹⁷⁰ SANDOZ, op.cit., pp. 317 et ss; (Y.) SANDOZ, *La Suisse et le droit international humanitaire, en particulier les Conventions de Genève pour la protection des victimes des conflits armés*, in: *Nouveau manuel de la politique étrangère suisse* (Berne 1992), pp. 259 et s.

Au cours de la Seconde Guerre mondiale, la Suisse a exercé une importante activité de puissance protectrice.¹⁷¹ A l'époque, l'on ne faisait toutefois pas de différence entre mandats de Vienne et de Genève, comme cela a déjà été dit.

Depuis l'entrée en vigueur des conventions de Genève de 1949, la Suisse a consacré ses activités de puissance protectrice presque exclusivement à des tâches ressortissant au mandat de Vienne. Ce n'est qu'une seule fois - dans le cadre du conflit de Suez - qu'elle a assumé, quoique partiellement, des tâches humanitaires relevant du mandat de Genève.¹⁷²

Après l'entrée de la France et de la Grande-Bretagne dans ce conflit, en 1956, et la rupture de leurs relations diplomatiques avec l'Egypte, la Suisse a été chargée de représenter les intérêts britanniques et français en Egypte et d'assumer également la protection des ressortissants des deux Etats dans le sens des conventions de Genève. Mais, pour l'essentiel, l'activité de la Suisse est demeurée limitée aux mandats de Vienne classiques. La cessation rapide des hostilités n'a guère permis à la Suisse, en tant que puissance protectrice, de surveiller l'application des conventions de Genève.¹⁷³

Dans ce contexte, référence peut également être faite aux événements qui se sont produits dans le contexte du conflit entre l'Inde et le Pakistan et de celui relatif aux îles Falkland/Malouines.

Dans le conflit indo-pakistanaï de 1971-1976, la Suisse a reçu des deux parties un mandat de représentation de leurs intérêts. La Suisse pensait alors que l'octroi du mandat de Vienne lors de l'ouverture de la crise englobait ipso jure celui d'un mandat de Genève. L'Inde, en revanche, précisa qu'elle n'avait donné son aval que pour le mandat de Vienne et contesta toute attribution à la Suisse d'un mandat selon les conventions de Genève. Pour éviter tout effet négatif potentiel sur les doubles mandats, la Suisse s'est par la suite contentée du mandat de Vienne, le CICR ayant repris une grande partie des tâches humanitaires.¹⁷⁴

Dans le conflit de 1982 concernant les îles Falkland/Malouines, la Grande-Bretagne a prié la Suisse de se charger des intérêts britanniques en Argentine. Etant donné que cette dernière n'a pas répondu à l'offre suisse d'exercer un mandat de Genève, la Suisse s'est bornée à exercer le mandat de Vienne."

...

"6. Conclusion

Pour autant qu'on sache, la seule situation où un mandat de Genève a été exercé était la crise de Suez - et même là le mandat n'a pas véritablement démarré. Ainsi le mécanisme de la puissance protectrice fondé sur les conventions de Genève n'a jamais pu se développer. C'est le CICR qui a repris cette fonction et qui est toujours seul à l'exercer. Un engagement pour ce mécanisme par la Suisse, d'une part, se heurterait à la pratique actuelle et, d'autre part, serait inutile puisqu'il ne répondrait à aucun besoin. Qui plus est, la Suisse pourrait ainsi entrer en compétition avec les activités du CICR qui - contrairement à la Suisse - dispose des ressources et de l'expérience nécessaires dans ce domaine. En revanche, les mandats de Vienne conservent leur utilité pratique: à l'heure actuelle, la Suisse en assume quatre."

Avis de droit de la DDIP du 14 septembre 2007. Partiellement reproduit dans JAAC 2008.7, pp. 131-137.

11. La neutralité

11.1 Droit et politique de la neutralité: statut de la neutralité permanente; appartenance aux Nations Unies et neutralité. Conflits entre règles conventionnelles.

Ces questions furent parmi les thèmes d'un exposé formant l'Annexe 1 du Rapport de politique étrangère du Conseil fédéral de juin 2007 (FF 2007, p. 5257). Voici deux extraits de cette annexe:

"2. Droit de la neutralité et politique de neutralité

Pour la compréhension de la neutralité, il convient d'établir une distinction entre le droit de la neutralité et la politique de neutralité.

Le *droit de la neutralité* se fonde essentiellement sur les deux Conventions de La Haye de 1907 (guerre sur terre¹⁷⁵ et guerre sur mer¹⁷⁶ qui sont complétées par la coutume internationale. Ces règles s'appliquent en période de conflit armé entre Etats (pas en cas de guerre civile). Elles obligent l'Etat neutre à ne pas participer militairement à un conflit entre d'autres Etats. Il lui est spécifiquement interdit de soutenir les belligérants à l'aide de matériel militaire ou de troupes. Il n'est pas non plus autorisé à mettre son territoire, y compris son espace aérien, à la disposition des belligérants à des fins militaires. En outre, l'Etat neutre doit être en mesure de défendre son territoire.

¹⁷¹ Cf. à ce propos KNELLWOLF, op.cit. (note 158), pp. 22 et ss, 274 et ss.

¹⁷² Ibid., p. 277.

¹⁷³ Ibid., pp. 291 et ss.

¹⁷⁴ Ibid., pp. 73, 294 et ss.

¹⁷⁵ Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21).

¹⁷⁶ Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22).

Le droit de la neutralité peut être appliqué au cas par cas ou de manière permanente. L'application au cas par cas est possible lorsqu'un Etat se déclare neutre ou respecte de manière stricte les règles du droit de la neutralité dans le cadre d'un conflit armé international.

En revanche, les conventions de La Haye ne règlent pas le statut de l'Etat neutre permanent en temps de paix. Le droit coutumier connaît une obligation supplémentaire que l'Etat neutre permanent est tenu de respecter en temps de paix; il ne doit pas se mettre dans une situation qui pourrait l'amener, en cas de futur conflit, à violer les obligations qui découlent de son statut d'Etat neutre permanent. L'établissement de bases militaires étrangères sur son territoire ou la participation de l'Etat neutre à une alliance militaire, comme par exemple l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord), n'est par conséquent pas compatible avec le statut d'Etat neutre permanent. En effet, si son allié était attaqué, l'Etat neutre serait contraint de lui venir en aide et il violerait ainsi la première obligation découlant du statut d'Etat neutre, à savoir l'obligation de ne pas participer militairement à un conflit armé. Si un Etat neutre permanent a l'intention d'abandonner ce statut, il doit en informer la communauté des Etats par une déclaration unilatérale. Celle-ci ne peut pas déployer d'effets pendant un conflit armé.

En contrepartie, le droit de la neutralité confère certains droits à l'Etat neutre: l'inviolabilité de son territoire est expressément garantie par les conventions de La Haye. Les entreprises privées situées sur son territoire peuvent commercer librement avec les Etats en guerre. Cette liberté vaut également pour le transit et l'exportation d'armes et de munitions. Si l'Etat neutre impose des restrictions à ce type de commerce, il doit les appliquer aux deux belligérants de manière identique.

La Suisse a opté pour le statut d'Etat neutre permanent.

Le droit de la neutralité trouve ses limites dans la Charte des Nations Unies (ONU).¹⁷⁷ En cas de conflit entre les obligations du droit de la neutralité et celles des Etats membres de l'ONU, à savoir celles découlant de la Charte de l'ONU, ces dernières prévalent. Cette limite revêt une importance particulière lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU ordonne ou autorise des mesures pour le maintien ou le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

Par *politique de neutralité*, on entend l'ensemble des mesures que l'Etat neutre permanent prend, de son propre chef et en dehors des obligations liées au droit de la neutralité, pour garantir l'efficacité et la crédibilité de sa neutralité. Contrairement au droit de la neutralité, la politique de neutralité n'est régie par aucune règle de droit. Une politique de neutralité crédible et cohérente sert principalement à convaincre les autres Etats de la capacité et de la disposition d'un Etat à se comporter de manière neutre en cas de conflit armé à venir.

Un domaine dans lequel la relation entre le droit et la politique de neutralité joue un rôle particulier est l'exportation de matériel de guerre. Juridiquement, il convient tout d'abord de distinguer entre le matériel de guerre appartenant à l'Etat suisse, qu'il est interdit, en vertu du droit de la neutralité, de mettre à la disposition d'un Etat belligérant, et les exportations de matériel de guerre d'entreprises privées que le droit de la neutralité ne prohibe pas. Il est néanmoins nécessaire de relever que si l'Etat neutre met en place des mesures restrictives portant sur les exportations privées de matériel de guerre vers un Etat engagé dans un conflit armé international, l'Etat neutre est juridiquement tenu d'appliquer les mêmes restrictions à tous les Etats belligérants engagés dans ce conflit. Il va de soi que l'application de la Loi et de l'Ordonnance sur le matériel de guerre¹⁷⁸ doit être conforme aux obligations du droit de la neutralité. Par ailleurs, il relève de la liberté d'appréciation du Conseil fédéral de tenir également compte d'aspects tenant à la politique de neutralité, en particulier lors de l'évaluation de demandes d'exportation de matériel de guerre à destination de zones dans lesquelles il n'y a certes pas de conflit armé, mais des tensions latentes ou un risque d'éclatement de conflit."

Le Conseil fédéral poursuit son exposé en examinant l'universalité des relations internationales de la Suisse, Etat neutre permanent, la tradition humanitaire du pays et l'engagement de celui-ci en faveur de la prééminence du droit international. Puis il se tourne vers les rapports entre neutralité et appartenance aux Nations Unies.

"6. Le rôle de l'ONU

L'ONU forme une enceinte privilégiée pour l'engagement de notre pays en faveur de la paix et du respect du droit international public. Les objectifs de la Charte des Nations Unies coïncident avec ceux de la politique étrangère suisse. Pour la Suisse, l'ONU constitue donc un instrument important dans la poursuite de ses objectifs de politique étrangère et de la défense de ses intérêts au niveau mondial.

6.1 Les décisions du Conseil de sécurité

Sous l'aspect du droit international et de la neutralité, les décisions du Conseil de sécurité revêtent une importance particulière car les résolutions du Conseil peuvent avoir un effet contraignant, contrairement à celles de l'Assemblée générale. Il convient de rappeler que les mesures ("sanctions") que le Conseil de sécurité prend en vertu du chapitre VII de la Charte lient juridiquement la Suisse, en tant qu'Etat membre de l'ONU, en application de l'article 25 de la Charte. De plus, l'article 103 établit une primauté claire de la Charte: "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."

En ce qui concerne la question de la neutralité, la doctrine et la pratique constante admettent que l'application des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité est compatible avec la neutralité puisqu'il s'agit de mesures prises pour maintenir la paix et la sécurité internationales, conformément au mandat qui a été confié au Conseil par la communauté

¹⁷⁷ Charte des Nations Unies, article 103 (RS 0.120).

¹⁷⁸ Loi fédérale sur le matériel de guerre, du 13 décembre 1996 (RS 514.51); Ordonnance fédérale sur le matériel de guerre, du 25 février 1998 (RS 514.511).

des Etats, et non pas d'un acte de guerre au sens du droit de la neutralité. A partir de 1990 et jusqu'à l'adhésion de la Suisse à l'ONU, le Conseil fédéral a appliqué les sanctions du Conseil de sécurité de façon volontaire et autonome.

6.2 Appartenance de la Suisse au Conseil de sécurité

Compte tenu de la position-clé du Conseil de sécurité au sein de l'architecture onusienne, la possibilité d'y siéger ne devrait pas d'emblée être écartée. Etre membre du Conseil de sécurité permet également d'en assurer temporairement la présidence, les pays membres assumant tour à tour cette fonction. La présidence permet aux Etats de disposer d'une tribune unique pour mettre l'accent sur des thèmes qui leur tiennent à cœur - y compris dans l'hypothèse où ces thèmes concernent précisément le fonctionnement du Conseil. Par exemple, on peut imaginer que la Suisse soulignerait l'importance qu'elle accorde à la transparence des travaux du Conseil de sécurité, dans l'intérêt même de la légitimité de cet organe.

S'agissant de l'éventualité que la Suisse siège un jour au Conseil de sécurité, on peut relever que plusieurs Etats neutres y ont déjà siégé, dont les Etats européens neutres que sont l'Autriche, la Suède, la Finlande et l'Irlande. Dans son Rapport du 7 juin 1999 sur la politique de sécurité de la Suisse, le Conseil fédéral notait que, si notre pays devenait membre des Nations Unies, il "pourrait également devenir membre du Conseil de sécurité et exercer ainsi une influence directe à l'occasion de décisions concernant les opérations militaires, les mesures de promotion ou de maintien de la paix et les sanctions économiques".¹⁷⁹ Après l'adhésion à l'ONU, dans son premier Rapport annuel consacré aux relations avec cette organisation, du 26 février 2003, le Conseil fédéral relevait qu'une "candidature au Conseil de sécurité est à envisager sur le moyen terme",¹⁸⁰ tout en indiquant qu'avant le dépôt d'une telle candidature, il consulterait les Commissions de politique étrangère du Parlement et qu'après une éventuelle décision de candidature, il fallait compter une quinzaine d'années avant d'intégrer l'enceinte.

Le droit de la neutralité n'y ferait pas obstacle, car il ne s'applique pas aux mesures décidées en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Une fois décidées, ces mesures sont obligatoires pour la Suisse, sans égard au fait que notre pays soit ou ne soit pas membre du Conseil de sécurité. Pour ce qui est de la prise de décisions, en tant que membre du Conseil, la Suisse aurait toujours la possibilité de s'abstenir lors du vote si, dans un cas particulier, une telle abstention s'avérait nécessaire ou souhaitable. Du point de vue du droit de la neutralité, une telle abstention ne serait pas obligatoire, mais pourrait dans certains cas être indiquée pour des raisons de politique de neutralité.

7. Conclusion

La Suisse ne peut pas vivre en paix si le monde qui l'entoure n'est pas en paix. En tant que pays neutre, il est important que la Suisse utilise sa neutralité afin d'éviter de s'associer aux conflits armés entre Etats, menaçant ou ayant éclaté. Dans la mesure de ses moyens, la Suisse s'engage aussi en faveur de la prévention des conflits, de la protection des victimes de la guerre, du retour à la paix et de la lutte contre les causes de la violence.

Lorsque le droit international public et le système de sécurité collective de l'ONU ne sont pas à même d'empêcher l'éclatement d'un conflit armé international, le droit de neutralité est mis en œuvre. Dans ces circonstances, la Suisse propose traditionnellement ses bons offices aux belligérants, leur rappelle leurs obligations au titre des Conventions de Genève¹⁸¹ et fournit de l'aide humanitaire aux victimes du conflit.

Il serait bien entendu préférable que les conflits soient prévenus ou endigués. Nous avons donc un grand intérêt à ce que le système de sécurité collective et le droit international public soient renforcés, afin de mieux garantir la sécurité du monde et, par voie de conséquence, celle de notre pays. C'est pour cette raison que l'encouragement aux efforts de réforme de l'ONU constitue une des principales priorités de la Suisse.

Ainsi que l'a souligné le Conseil fédéral en diverses occasions, la politique extérieure de la Suisse est au service du droit international, ce pilier de l'ordre international, pacifique et juste, à la construction duquel la Suisse œuvre conformément aux objectifs de sa Constitution (article 2, alinéa 4, Cst.¹⁸²). Par conséquent, la Suisse s'attache à appliquer le principe de neutralité en conformité avec le droit international et dans le respect du système de sécurité collective de l'ONU."

Annexe 1 au Rapport de politique étrangère pour 2007 du Conseil fédéral, du 15 juin 2007. FF 2007, p. 5283 (5283-5284, 5287-5289). Pour un autre extrait de ce document, voir le n° 3.1.

11.2 Devoirs de l'Etat doté d'un statut de neutralité permanente. Interprétation des traités: notion de matériel de guerre. Réserves aux traités et déclarations interprétatives

La communication qui suit émane de la DDIP. Elle concerne le point de savoir si la Suisse, en prenant part à la "European Supervisory Authority" (GSA) et, partant, au système de positionnement par satellite "Galileo", contreviendrait au droit de la neutralité.

(Traduction)

"1. Devoirs de l'Etat doté d'un statut de neutralité permanente

¹⁷⁹ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse (RAPOLSEC 2000), FF 1999, (pp.) 5903, 6945.

¹⁸⁰ Rapport sur la coopération de la Suisse avec l'Organisation des Nations Unies ainsi qu'avec les organisations internationales ayant leur siège en Suisse, FF 2003, 2339, 2396.

¹⁸¹ Conventions de Genève du 12 août 1949 sur les victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

¹⁸² Aux termes de cette disposition, la Confédération "s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique".

Un Etat neutre ne doit pas prendre part à des conflits armés; il ne peut ni participer aux opérations militaires ni apporter à une partie son soutien militaire indirect, par exemple en livrant ou mettant à disposition du matériel militaire.¹⁸³ Antérieurement au conflit armé, c'est-à-dire en temps de paix, un Etat doté d'un statut de neutralité permanente ne doit pas assumer des engagements qui, en cas de conflit armé, l'empêcheraient de rester neutre, par exemple en participant à une alliance militaire ou en autorisant l'ouverture de bases militaires (sur son territoire).¹⁸⁴

a) Pas d'alliances militaires

Le système européen de navigation par satellites "Galileo" est destiné à livrer, à l'échelle mondiale, des données permettant de localiser des positions de façon précise. Contrairement aux systèmes américain ou russe, il s'agit d'un système civil, non soumis à un contrôle militaire. Même s'il devait être utilisé, en cas de conflit armé, à des fins militaires, la Suisse, en accédant à la GSA, ne s'oblige pas à intervenir militairement en cas de conflit armé.

Ainsi le devoir de l'Etat ayant un statut de neutralité permanente de ne pas accéder à une alliance militaire n'est pas touché par l'accession de la Suisse à la GSA.

b) Pas d'assistance militaire

Dans certaines conditions, "Galileo" peut être utilisé à des fins militaires. Cela étant, le recours à "Galileo" peut être restreint dans des situations de conflit armé et, dans certains cas, être utilisé par une seule partie au conflit. Il faut se demander, ici, si la mise à disposition de "Galileo" pourrait être qualifiée d'assistance militaire dans un sens plus large.

Dans la présente hypothèse, on est en présence d'une situation sui generis qui n'est pas directement couverte par le droit classique de la neutralité tel qu'il a été codifié, en particulier, par les Conventions de La Haye.¹⁸⁵ L'application directe de celles-ci ne permet donc pas d'apprécier l'effet d'une adhésion à la GSA sur la neutralité. En interprétant les devoirs généraux (de la Suisse), on peut cependant aboutir aux conclusions ci-après.

L'article 8 de la XIII^e Convention de La Haye¹⁸⁶ interdit la remise directe ou indirecte à une puissance belligérante de vaisseaux de guerre, de munitions *ou de matériel de guerre quelconque*. Cet article a un champ d'application général et couvre toutes les catégories de guerres entre Etats (maritimes, terrestres et aériennes).¹⁸⁷ Si "Galileo" pouvait être qualifié de matériel de guerre, sa mise à disposition aurait des conséquences sur le plan de la neutralité et on devrait se demander si la participation à la GSA enfreint, en temps de paix déjà, le droit à la neutralité.

Nulle part le droit des gens ne définit expressément la notion de matériel de guerre. Dans son acception étroite, cette notion englobe tous *les objets destinés à servir, directement et exclusivement, la conduite de la guerre*. Clairement "Galileo" ne relève pas de cette catégorie.

Dans une acception plus large, l'expression "matériel de guerre" couvre tous les objets qui étaient initialement destinés à l'usage civil mais peuvent aussi servir des fins militaires. C'est à ce concept que l'article 7 - identique - inséré dans les Conventions V et XIII de La Haye semble se référer. L'article en question dispose qu'une puissance neutre n'est pas tenue d'empêcher l'exportation d'armes, de munitions et, *en général, de tout ce qui peut être utile à une armée*. Il est toutefois vrai que l'article 7 s'applique au commerce privé, alors que "Galileo" n'entre pas dans cette catégorie. Il n'en est pas moins vrai que cette disposition doit être prise en compte pour l'interprétation du terme "matériel de guerre" figurant à l'article 6 de la convention XIII de La Haye.

L'article 7, contrairement à ce que son texte pourrait porter à croire, n'est pas interprété de manière extensive non plus. La doctrine¹⁸⁸ aussi bien que la pratique suisses partent d'une conception plus étroite de la notion de "matériel de guerre" dans le cadre du droit de la neutralité. C'est ainsi que le Conseil fédéral, dans son Rapport sur la neutralité pour 1993, définit le "matériel de guerre" dans le contexte des articles 7 et 9 de la convention V de La Haye comme étant des "biens qui sont, par nature, destinés exclusivement ou essentiellement à des buts militaires".¹⁸⁹ Le législateur suisse donne lui aussi une portée limitée à cette notion. A l'article 5, alinéa premier, de la Loi sur le matériel de guerre,¹⁹⁰ il définit ainsi le matériel de guerre:

"a) les armes, les systèmes d'arme, les munitions et les explosifs militaires; b) les équipements *spécifiquement conçus ou modifiés* pour un engagement au combat ou pour la conduite du combat et qui, *en principe, ne sont pas utilisables à des fins civiles*."

Et l'alinéa 2 de ce même article d'ajouter:

"Par matériel de guerre, on entend également les pièces détachées et les éléments d'assemblage, même partiellement usinés, lorsqu'il est reconnaissable qu'on *ne peut les utiliser dans la même exécution à des fins civiles*."

Une interprétation différente du terme "matériel de guerre" ne serait pas davantage compatible, à notre sens, avec l'esprit du droit de la neutralité, car elle limiterait la liberté d'action de l'Etat neutre de façon intolérable: faire des nuances

¹⁸³ A. RIKLIN, *Die Neutralität der Schweiz*, in: Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, pp. 195 et s.; (R. BINDSCHEDLER,) *Neutrality, Concept and General Rules*, in: (R. Bernhardt, dir., Encyclopedia of Public International Law, vol. III, J-P, Amsterdam 1997), p. 552; (K. ZEMANEK,) *Neutrality in Land Warfare*, *ibid.*, p. 557.

¹⁸⁴ RIKLIN, *op.cit.*, pp. 194 et ss.

¹⁸⁵ Conventions du 18 octobre 1907 (RS 0.515.10, 0.515.112, 0.515.122-126, 0.515.21-22).

¹⁸⁶ Convention (du 18 octobre 1907) concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime, RS 0.515.22.

¹⁸⁷ (A. STEINKAMM,) *War Materials*, in: (R. Bernhardt (dir.), Encyclopedia of Public International Law, vol. IV, Q-Z, Amsterdam 2000), p. 1389.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Rapport sur la neutralité joint au Rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, du 29 novembre 1993 (FF 1993 I 200, 226, *Pratique suisse* 1993, n° 11.1, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 637).

¹⁹⁰ (Loi du 13 décembre 1996) RS 514.51.

pour des cas particuliers serait souvent difficile. Cela correspond à la pratique des Etats neutres, aussi celle de la Suisse, qui estiment qu'en principe les devoirs des Etats neutres doivent être interprétés restrictivement.¹⁹¹

Il en découle que "Galileo" ne peut être qualifié de matériel de guerre au sens du droit de la neutralité. Ce dernier ne sera donc pas affecté par une restriction à l'utilisation de "Galileo" en temps de guerre. C'est pourquoi une adhésion de la Suisse à la GSA en temps de paix ne contrevient pas au droit de la neutralité.

Même si l'on parlait d'une définition plus large du matériel de guerre, l'adhésion de la Suisse à la GSA ne violerait pas la neutralité. "Galileo" est un projet de caractère civil et, dans la mesure où il pourrait l'être, ne serait utilisé que ponctuellement et accessoirement à des fins militaires. De plus, "Galileo" n'est pas du "matériel" suisse; la Suisse ne fait qu'y participer et ce de façon marginale. Nous pensons donc que la participation de la Suisse à "Galileo" n'atteint pas le seuil critique permettant de parler de violation de la neutralité, même si ce système était qualifié de matériel de guerre, et sa mise à disposition d'appui militaire en cas de guerre. Dans aucune hypothèse, la Suisse accorderait un soutien qui serait significatif sous l'angle de la neutralité.

2. Conclusion

L'adhésion de la Suisse à la GSA ne viole pas ses devoirs d'Etat doté d'un statut de neutralité permanente. La Suisse ne s'engage pas à prêter assistance lors de conflits armés, ni à fournir un soutien militaire indirect, car le système de positionnement "Galileo" ne peut être qualifié de matériel de guerre. C'est pourquoi une déclaration de neutralité ou une réserve faite lors de l'adhésion n'est pas juridiquement nécessaire.

Pour écarter tout doute sur ce plan, également en ce qui concerne l'interprétation de notre pratique en matière de neutralité, nous serions cependant favorables à l'inclusion d'une déclaration ou d'une réserve dans le traité d'adhésion. C'est ainsi qu'on clarifiera la position suisse dans un domaine du droit de la neutralité qui, a priori, reste peu clair. Dans une déclaration ou un passage de ce genre, la Suisse, comme elle l'a fait lors de son adhésion aux Nations Unies, attirerait l'attention sur son statut de neutralité qu'elle conserverait après son adhésion à la GSA. Elle exposerait que les obligations résultant de son adhésion ne contreviennent pas à sa neutralité. En cas d'utilisation militaire de "Galileo", la Suisse devrait également prévoir la suspension de sa participation à la GSA (opting out). Les mêmes considérations sont valables pour l'inclusion d'un passage pertinent dans le traité d'adhésion. Dans cette dernière hypothèse, la GSA confirmerait explicitement la neutralité suisse et constaterait, de son côté, que la participation à "Galileo" n'est pas contraire à la neutralité et qu'elle comporte un droit de suspension."

Communication faite par la DDIP au Secrétariat politique du DFAE et datée du 17 juillet 2007. Document inédit.

11.3 Neutralité suisse et participation aux opérations de maintien de la paix conduites dans le cadre des Nations Unies

Dans une interpellation déposée le 6 octobre 2006, M. J. Alexander Baumann, député au Conseil National, s'était inquiété de la participation d'officiers suisses aux activités de l'ISAF (International Security Assistance Force) dans le cadre des opérations en Afghanistan. Dans ce contexte, il avait notamment posé les questions suivantes au Conseil fédéral: 1) La collaboration d'officiers suisses avec les états-majors dirigeant les combats portait-elle atteinte à la neutralité suisse? 2) Quand allait-il être mis fin à cette atteinte à la neutralité? 3) Que faisait le Conseil fédéral pour dissiper l'impression que la Suisse faisait la guerre en Afghanistan aux côtés de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis? Voici la réponse du Conseil fédéral:

"1. Non. Le droit de la neutralité interdit le soutien militaire de l'une ou l'autre des parties dans une guerre entre Etats. Ceci n'est pas le cas de l'ISAF, dont les activités se fondent sur un mandat du Conseil de sécurité de l'ONU. Conformément à ce mandat, l'ISAF aide les autorités afghanes à créer des conditions générales sûres pour la reconstruction sociale, économique et étatique du pays. Pour ce faire, l'ISAF engage des moyens militaires et des moyens civils. La troupe de maintien de la paix est présente à l'invitation et à la demande du Gouvernement démocratiquement élu de l'Afghanistan.

La Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire, dans son article 66a, alinéa 2,¹⁹² stipule: "La participation à des actions de combat destinées à imposer la paix est exclue." Le fait que certaines troupes participant à l'ISAF aient été contraintes de faire usage de la force pour assurer leur sécurité ou la sécurité des opérations de reconstruction ne change pas la nature de l'opération qui reste une opération de maintien de la paix, conformément au mandat de l'ONU, à laquelle des militaires suisses peuvent participer selon la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire.

2. Comme il ne s'agit pas d'une atteinte à la neutralité, il n'y a pas lieu de relever l'officier suisse de sa mission au quartier général de l'ISAF.

3. Etant donné que la Suisse ne fait nullement la guerre avec les Etats-Unis et la Grande-Bretagne en Afghanistan, le Conseil fédéral ne voit aucune nécessité de procéder à une action quelconque."

¹⁹¹ Voir le Rapport du Groupe de travail interdépartemental du 30 août 2000, intitulé: "Pratique suisse en matière de neutralité. Aspects actuels", p. 14 (traduction): "Sur ce point, la pratique des Etats neutres confirme que les devoirs de la neutralité doivent être, en principe, interprétés de façon restrictive et que le droit de la neutralité ne devrait pas limiter le champ d'action (d'un Etat) au-delà de ce qui est absolument nécessaire à la préservation de son statut de neutralité."

¹⁹² Loi du 3 février 1995 (RS 510.10).

Réponse donnée le 22 novembre 2006 par le Conseil fédéral à l'interpellation déposée le 6 octobre 2006 par M. J. Alexander Baumann, député au Conseil National. BO CN 2007, Annexes, p. 475.

11.4 Droit de la neutralité: devoirs de l'Etat neutre

Dans le cadre de l'"heure des questions", M. Hans Fehr, député au Conseil National, avait demandé au Conseil fédéral si une éventuelle participation de la Suisse au Conseil de sécurité des Nations Unies, en tant que membre non permanent, serait compatible avec ses devoirs de neutralité. Voici la réponse de M^{me} Calmy-Rey, Présidente de la Confédération:

"Les obligations du droit de la neutralité consistent essentiellement à s'abstenir de toute forme de soutien militaire à un Etat engagé dans un conflit armé international.

La participation de la Suisse au Conseil de sécurité des Nations Unies ne changerait rien à ces obligations, ni à la nécessité pour elle de les respecter. Si la Suisse devenue membre du Conseil de sécurité des Nations Unies devait renoncer à prendre position dans certains conflits pour des considérations de neutralité, elle aurait la possibilité de ne pas participer au vote. Le même principe s'applique aujourd'hui déjà aux votes qui ont lieu au sein de l'Assemblée générale.

Toutefois, le Conseil fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir si une éventuelle participation de la Suisse au Conseil de sécurité des Nations Unies serait dans l'intérêt du pays. ..."

Réponse donnée le 1^{er} octobre 2007 par M^{me} Micheline Calmy-Rey, Présidente de la Confédération, à une question posée par M. Hans Fehr, député au Conseil National (heure des questions). BO CN 2007, p. 1527.

La pratique suisse en matière de droit international public 2008 - RSDIE 2009 p. 537

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 6.1, 6.2, 7.5 et 7.6)

1.1 Nature juridique des dispositions de la Charte des Nations Unies et des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation. Priorité des devoirs découlant de la Charte par rapport aux obligations de droit international relatif à la protection des droits de l'homme. Jus cogens.

L'arrêt publié ci-après en extraits ressemble à l'arrêt du Tribunal fédéral rendu en l'affaire Nada c. SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie) et Département fédéral de l'économie le 14 novembre 2007,¹ sauf qu'il porte sur l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990 et la Résolution 1483 (2003) du Conseil de sécurité. Dans cette résolution le Conseil demanda aux Etats membres de geler les fonds ou autres ressources financières ou économiques appartenant à des personnes liées au régime de Saddam Hussein. Ce texte fut appliqué à la société A. qui tenta, sans succès, de se soustraire à cette mesure: le gel de ses avoirs fut prononcé le 16 novembre 2006 par le Département fédéral de l'économie publique.

Ses efforts en vue de faire révoquer cette mesure étant restés vains, A. saisit le Tribunal fédéral pour faire annuler la décision du 16 novembre 2006, faisant valoir, notamment, que la procédure diligentée contre elle violait les droits fondamentaux de procédure qui lui revenaient en vertu de l'article 14 du Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (pacte ONU II, RS 0.103.2), des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) et des articles 29 à 32 de la Constitution fédérale (Cst.). Voici des extraits de l'arrêt du Tribunal fédéral rejetant le recours:

"7.

7.1 D'après l'article 5, alinéa 4, Cst., la Confédération et les cantons respectent le droit international. Selon l'article 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Par droit international au sens de l'article 190 Cst., la jurisprudence entend l'ensemble du droit international contraignant pour la Suisse, qui comprend les accords internationaux, le droit international coutumier, les règles générales du droit des gens ainsi que les décisions des organisations internationales qui s'imposent à la Suisse. Il s'ensuit que le Tribunal fédéral est en principe tenu de respecter les dispositions de la Charte, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ainsi que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

7.2 L'article 190 Cst. ne prévoit en revanche aucune règle de conflit entre diverses normes du droit international également contraignantes pour la Suisse. Toutefois, d'après l'article 103 de la Charte, en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. Cette primauté est également rappelée par l'article 30 paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV, RS 0.111; entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990).

D'après la doctrine et la jurisprudence, il s'agit d'une primauté absolue et générale qui opère indépendamment de la nature du traité qui est en conflit avec la Charte, de son caractère bilatéral ou multilatéral, ou du fait que le traité est entré en vigueur avant ou après l'entrée en vigueur de la Charte. Cette primauté est accordée non seulement aux obligations explicitement énoncées dans la Charte, mais également, d'après la Cour internationale de Justice, à celles qui découlent des décisions obligatoires des organes des Nations Unies, en particulier aux décisions obligatoires du Conseil de sécurité rendues en application de l'article 25 de la Charte (Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, CIJ, Recueil 1992, p. 15, paragraphe 39; Felipe Paolillo, Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article, sous la direction de Olivier Corten et Pierre Klein, ... Bruxelles 2006, n° 33 ad article 30 CV et les nombreuses références citées). Cette primauté n'entraîne pas la nullité du traité en conflit avec les obligations découlant de la Charte, mais uniquement sa suspension, tant que dure le conflit (Erik Suy, Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, op.cit., n° 15 ad article 53 CV et les références citées).

Par ailleurs, ni la convention européenne des droits de l'homme ni le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contiennent de clauses qui auraient, par elles-mêmes ou en vertu d'un autre traité, la primauté sur la clause de conflit doublement instituée par les articles 103 de la Charte et 30, paragraphe premier, CV.

L'article 46 du pacte ONU II dispose bien qu'"aucune disposition du Pacte ne doit être interprétée comme portant atteinte aux dispositions de la Charte des Nations Unies et des constitutions des institutions spécialisées qui définissent les responsabilités respectives des divers organes de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées en ce qui concerne les questions traitées dans le Pacte".

Toutefois, selon la doctrine, cette disposition signifierait simplement que le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne saurait gêner dans leur fonction les organes politiques et les institutions spécialisées qui sont chargés par la Charte de s'occuper des droits de l'homme (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR

¹ Pratique suisse 2007, 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467.

Commentary, Kehl 2005, n° 3 ad article 46 pacte ONU II, p. 798). Elle n'instituerait donc pas de hiérarchie entre les décisions du Conseil de sécurité et les droits garantis par le pacte ONU II, auquel d'ailleurs l'Organisation des Nations Unies en tant que telle n'est pas Partie. On ne saurait en conclure que le pacte international relatif aux droits civils et politiques l'emporte sur les obligations résultant de la Charte.

7.3 Par conséquent, en cas de conflit entre les obligations de la Suisse découlant de la Charte et celles découlant de la convention européenne des droits de l'homme ou du pacte international relatif aux droits civils et politiques, les obligations découlant de la Charte l'emportent en principe sur les secondes, ce que la recourante ne nie pas. Elle estime toutefois que ce principe n'est pas absolu. A son avis, les obligations résultant de la Charte, en particulier celles de la Résolution 1483 (2003), perdent leur caractère contraignant si elles contreviennent aux règles du jus cogens.

8. La recourante soutient que les garanties de procédure équitable des articles 14 pacte ONU II et 6 CEDH constituent du jus cogens. En violant ces garanties, la résolution 1483 (2003) perdrait son effet obligatoire.

8.1 Sous le titre "Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens)", l'article 53 CV prévoit la nullité de tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général, c'est-à-dire 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. D'après l'article 64 CV, en outre, si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. L'article 71 CV règle les conséquences liées à la nullité des traités en pareilles hypothèses.

8.2 L'article 53 CV ne contient pas d'exemple de normes impératives de droit international général (Rapport de la Commission du droit international, Commentaire ad article 50, Annuaire de la Commission du droit international 1966, II, pp. 269 et s.). Les mots "par la communauté internationale des Etats dans son ensemble" ne permettent pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des Etats. Il suffit d'une très large majorité. A titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force, de l'esclavage, du génocide, de la piraterie, des traités inégaux et de la discrimination raciale (Erik Suy, op.cit., n° 12 ad article 53 CV, p. 1912; Nguyen Quoc Dinh/Patrick Daillier/Alain Perret, Droit international public, 7^{ème} éd., (Paris) 2002, n° 127, pp. 205 et ss; Joe Verhoeven, Droit international public (Bruxelles) 2000, pp. 341 et ss).

Cette liste d'exemples ne comprend pas les droits tirés des articles 14 pacte ONU II et 6 CEDH, dont se prévaut la recourante. Leur simple reconnaissance par le pacte international sur les droits civils et politiques et la convention européenne des droits de l'homme ne leur confère pas encore le caractère de norme impérative du droit international général. Il résulte en outre des travaux à l'origine de l'article 53 CV et de la lettre de cette disposition qu'on ne saurait en principe concevoir un jus cogens régional (Erik Suy, op.cit., n° 9 ad article 53 CV, p. 1910; le sujet est controversé en doctrine, cf. notamment: Eva Kornicke, Jus cogens und Umweltvölkerrecht, thèse Bâle 1997, pp. 62 et ss et les nombreuses références citées).

8.4 Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme la recourante, ni les garanties fondamentales de procédure, ni le droit de recours effectif des articles 6 et 13 CEDH et 14 pacte ONU II, ne revêtent pour eux-mêmes le caractère de normes impératives de droit international général (jus cogens), en particulier dans le cadre de la procédure de confiscation qui porte sur la propriété de la recourante (dans le même sens: arrêt du Tribunal fédéral suisse 1A.45/2007 du 14 novembre 2007 en la cause Nada c. DFE, c. 7.3)

Arrêt du Tribunal fédéral du 23 janvier 2008, en la cause A. c. Département fédéral de l'économie publique (c. 7.1-7.3, 8.1-8.4). Arrêt non publié.

1.2 Notion de règles impératives du droit des gens. Egalité des Etats. Droits de l'homme

Extrait d'une note de la DDIP relative à la notion de jus cogens.

(Traduction)

"La notion de "règles impératives du droit des gens" s'entend de règles du droit international public que la communauté des Etats dans son ensemble considère comme étant si fondamentales qu'on ne saurait en aucun cas s'en écarter. En font notamment partie quelques règles essentielles dans le domaine des droits de l'homme, mais il y en a d'autres. A titre d'exemple, le principe de l'égalité des Etats est reconnu comme étant une règle impérative. (Ainsi peut-on affirmer que:) "Les règles impératives du droit des gens forment le noyau dur du droit des gens dont on ne peut s'éloigner dans aucun cas.""

Note de la DDIP du 26 novembre 2008. Document inédit.

1.3 Le droit pénal international renferme-t-il des règles coutumières? Jus cogens

Cette question est examinée dans un passage tiré du Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la modification de la législation suisse en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1):

"Le fait que l'on reconnaisse à une norme de droit international le caractère d'une règle de droit coutumier signifie que la communauté internationale doit l'accepter et l'appliquer indépendamment de son fondement conventionnel.² Toutes

² Voir le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale) du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999, pp. 4915 et s.

les normes du droit pénal international n'ont pas ce caractère coutumier: si la lutte contre le trafic de stupéfiants ou contre le terrorisme est une préoccupation commune à l'ensemble des Etats, l'étendue de l'interdiction et les moyens spécifiques à mettre en œuvre ne procèdent pas d'une conception générale du droit partagée par tous les Etats et ne sont pas non plus confirmés par une jurisprudence cohérente de ces derniers.³

Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a un caractère coutumier.⁴ Les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres Etats (portée erga omnes). Lorsque ces règles relèvent du droit impératif (jus cogens), toute injonction de l'Etat qui légitimerait, voire encouragerait ce genre de crimes serait nulle et non avenue.⁵ L'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité ainsi que l'obligation de respecter le noyau du droit international humanitaire font partie des règles du jus cogens, qu'il est impossible de répertorier de manière exhaustive.⁶

Ces interdictions de droit coutumier s'appliquent directement aux individus sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient été transposées en droit national. Néanmoins, sans définition concrète de la peine encourue, elles ne peuvent pas servir de base directe à une condamnation pénale."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 23 avril 2008, relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de la Cour pénale internationale. FF 2008, p. 3461 (3474). Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 2.1, 3.8 et 5.3.

1.4. Compétence de conclure certains types de traités en droit suisse. Pleins pouvoirs

Extrait d'une communication adressée par la DDIP au Secrétariat d'Etat pour l'économie (SECO) du Département fédéral de l'économie publique:

"Concernant l'article 21, alinéa 3, de l'Ordonnance (du 12 décembre 1977 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales) RS 0.974.01, il est exact que les accords-cadres sont exclus de cette délégation. Le principe pour la conclusion d'accords n'est pas la compétence du Conseil fédéral, mais celle du Parlement (article 166 Cst.), sauf si une loi prévoit que le Conseil fédéral est compétent. En l'espèce toutefois et dans ce domaine, le Conseil fédéral est en principe compétent selon une autre disposition, l'article 10 de la Loi (fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales) RS 974.0. Pour le surplus, il faut toujours distinguer d'une part la compétence de décider de la conclusion d'un traité et d'autre part la compétence de le signer. Ce sont deux choses différentes: ainsi dans une décision du Conseil fédéral, celui-ci approuve la conclusion d'un traité et délègue la compétence de le signer à une personne (ministre, directeur, ambassadeur ou suppléants).

Pour l'article 2, alinéa 2, il est exact que le SECO peut décider seul la conclusion de traités dans les limites de cette ordonnance et sous réserve des crédits disponibles. Cela ne veut toutefois encore rien dire de la compétence pour signer un tel traité. S'agissant de la question de savoir qui est compétent pour engager le SECO et valablement approuver la conclusion d'un traité, elle dépend du SECO seul et le DFAE n'est pas en mesure de vous renseigner (voir avec votre service juridique quelles sont les directives internes). Ensuite, effectivement, cette personne qui engage le SECO valablement peut aussi décider qui signera l'accord (ce peut être tout collaborateur du SECO ou même quelqu'un d'extérieur au SECO, comme un ambassadeur). J'ai ainsi également répondu sauf erreur à votre question sur les compétences financières: tant que l'approbation de l'accord et de son financement a eu lieu selon l'Annexe I de l'ordonnance et par une personne habilitée, celle-ci peut déléguer à peu près n'importe qui pour la signature.

Les pleins pouvoirs sont autre chose que la délégation de la compétence de conclure. Cette dernière ne peut être décidée que (sur) une base légale suffisante (loi ou ordonnance, voire décision du Conseil fédéral, mais pas par les départements ou offices (cf. article 48a, alinéa premier, LOGA (Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.10)). En revanche, comme déjà dit, l'autorité compétente pour approuver un accord peut toujours décider de mandater quelqu'un d'autre pour la signature. Les pleins pouvoirs sont en principe le document qui sert à prouver au niveau international que la personne qui signe a été habilitée par l'autorité compétente pour approuver l'accord. La pratique suisse est que les pleins pouvoirs de signature que le Conseil fédéral délivre sont signés par le Président et la Chancelière."

³ En conséquence, les crimes en rapport avec le terrorisme et le trafic de stupéfiants ne figurent pas sur la liste de ceux qui sont cités dans le Statut de Rome et qui relèvent de la compétence matérielle de la CPI.

⁴ Cf. entre autres le chiffre 33 du Rapport du Secrétaire-général de l'ONU du 3 mai 1999 relatif à la création d'un tribunal pénal international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, Nations Unies, doc. S/25704.

⁵ Cf. par exemple l'article 53 de la Convention de Vienne (du 23 mai 1969) sur le droit des traités (RS 0.111, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990): "Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général." La convention définit comme norme impérative "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 de droit international général de même caractère."

⁶ Selon le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale) du 20 novembre 1969 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 369), on compte parmi les principes de base du jus cogens, qui ne peuvent pas être énumérés de façon exhaustive, l'interdiction de la violence, des agressions, du génocide et de la torture; voir aussi le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale) du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999, p. 4915, le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 15 novembre 2000) relatif au Statut de Rome (de la Cour pénale internationale), FF 2001, p. 470, ainsi que la note de la Direction du droit international public du 23 mars 1998 selon laquelle les actes contraires à l'article 3 des quatre Conventions de Genève de 1949 (voir ci-dessous, note 22) doivent être qualifiés de violations des règles impératives du droit des gens (jus cogens) (reproduite dans (RSDIE, 19^e année) 1999, pp. 708 et ss).

Communication de la DDIP au SECO du 23 juillet 2008. Document inédit.

1.5 Compétence de conclure des traités d'un établissement suisse de droit public

Voici une étude de la DDIP qui a partiellement pour objet la compétence de l'établissement Swissmedic de conclure des traités, compétence résultant de la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques (LPT^h) (RS 812.21)).

"a) Nature de Swissmedic

Swissmedic est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique, autonome dans son organisation et sa gestion (alinéas 2 et 3 de l'article 68 LPT^h). Lorsque des personnes morales de droit public, qui ne sont pas des sujets de droit international, envisagent de conclure un acte international, il faut d'abord examiner si ces entités ont la capacité et la mission d'engager l'Etat. A cet égard, il faut se référer notamment aux lois particulières, en l'espèce la LPT^h. Swissmedic se voit assigner des tâches par la loi, ainsi que par le Conseil fédéral dans le cadre d'un mandat de prestations (cf. article 69). La compétence des personnes morales de droit public de conclure des actes internationaux peut ainsi obéir à des règles spécifiques (cf. JAAC 70.69, G. 2⁷). ...

b) La LPT^h et le Message y relatif

L'article 64, alinéa 5, LPT^h sur l'assistance administrative internationale prévoit que le Conseil fédéral peut conclure des accords internationaux sur la communication de données confidentielles si l'exécution de la loi l'exige. Le Message (FF 1999, pp. 3151 et ss) mentionne en outre des éléments intéressants: "Les partenaires internationaux n'auront plus qu'une seule autorité compétente comme interlocutrice" (p. 3244). "L'institut pourra collaborer à l'élaboration de la législation sur les plans national et international (et participer) également à des négociations internationales" (p. 3252). "L'institut assurera et développera les relations internationales nécessaires pour accomplir ses tâches de manière compétente" (p. 3173). "(Le transfert) à l'institut (de) certaines attributions actuellement assumées par les cantons ... constitue un élément important pour la conclusion d'accords internationaux en matière de reconnaissance mutuelle des autorisations et des inspections" (p. 3176). "Le Conseil fédéral a la compétence de conclure les accords internationaux sur la reconnaissance des autorisations de mise sur le marché en vertu de l'alinéa premier de l'article 14 LETC"⁸ (p. 3191). "On a renoncé à répéter la compétence attribuée au Conseil fédéral par la LETC de conclure des traités internationaux dans le domaine des prescriptions sur les produits. Par conséquent, la compétence en matière de signature de traités (est régie par l'article 14 LETC)" (p. 3281).

c) Conclusion

La législation suisse n'octroie pas, en principe, aux unités administratives, de compétence implicite de conclure des traités (actes destinés à produire des effets juridiques pour la Confédération en droit international, qui contiennent des obligations régies par le droit international), même dans les domaines où la compétence matérielle leur appartient, sauf disposition expresse prévoyant la compétence de conclusion proprement dite (cf. JAAC 70.69, C. 2⁹). La LPT^h ne donnant pas de compétence de conclusion à Swissmedic - à l'inverse de certaines lois relatives à d'autres personnes morales de droit public (cf. JAAC 70.69, G. 2¹⁰ - mais rappelant au contraire les compétences du Conseil fédéral sur certaines questions, il s'impose de retenir que Swissmedic n'est compétent pour conclure des traités en son domaine que si les obligations se limitent à l'accomplissement de formalités purement administratives ou organisationnelles (sur ces questions et notion, cf. JAAC 70.69, E. 1¹¹). A défaut, c'est le Conseil fédéral, voire le Parlement, qui est compétent. Sur les autres implications de cette personnalité, l'ouvrage que vous citez (Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli, Heilmittelgesetz. Basler Kommentar, (Bâle) 2006, n^{os} 15 et ss ad article 64 et n^{os} 17 et ss ad article 68) ne mentionnent sauf erreur aucunement des compétences en matière de traités."

Etude de la DDIP du 4 avril 2008. Document inédit.

1.6 Conclusion des traités internationaux: pleins pouvoirs (adoption du texte du traité, paraphe, signature, consentement à être lié, ratification et entré en vigueur.

L'étude dont un extrait va suivre concerne l'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111) et l'interprétation à donner à cette disposition, qui est ainsi libellée:

"1. Une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité:

- a) Si elle produit des pleins pouvoirs appropriés; ou
- b) S'il ressort de la pratique des Etats intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'Etat à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat:

- a) Les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité;
- b) Les chefs de mission diplomatique, pour l'adoption du texte d'un traité entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire;

⁷ Pratique suisse 2006, n° 1.4, RSDIE 17^e année, 2007, p. 747 (758-759).

⁸ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51).

⁹ Document cité à la note 7, pp. 749-750.

¹⁰ Ibid., pp. 758-759.

¹¹ Ibid., p. 753-756.

c) Les représentants accrédités des Etats à une conférence internationale ou auprès d'une organisation internationale ou d'un de ses organes, pour l'adoption du texte d'un traité dans cette conférence, cette organisation ou cet organe."

Voir l'analyse juridique faite de l'article en question:

"Sous l'angle juridique, la question des pleins pouvoirs est régie par l'article 7 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (...). Une comparaison des lettres a et b de l'article 7, alinéa 2, CV démontre que les chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères peuvent faire "tous actes relatifs à la conclusion d'un traité", tandis que les chefs de mission le peuvent uniquement "pour l'adoption du texte" de traités bilatéraux. Ainsi l'article 7, alinéa 2, lettre b, CV ne dispense-t-il pas un chef de mission accrédité auprès d'un Etat de pleins pouvoirs pour la signature d'un traité bilatéral avec cet Etat. En effet, le terme "adoption" en ce sens ne comprend pas la conclusion proprement dite ou signature, serait-ce même sous réserve de ratification (Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge 2007, p. 79; cf. aussi Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law and Treaties*, 2^e éd., Manchester 1984, pp. 31 et s.). Le Message suisse du 17 mai 1989 y relatif reprend le terme "adopter" et ne dit ainsi pas autre chose (FF 1989 II 697, 706).

"The term adoption is not defined in the (Vienna) Convention, but is the formal act by which the form and content of a treaty are settled Unless the circumstances suggest otherwise, the act of adoption does not amount to authentication of, or consent to be bound by, the treaty, or that the treaty has entered into force. However, ... in the case of bilateral treaties these stages are sometimes run together. ... Adoption of the text of a bilateral treaty is often done by initialling" (Aust, op.cit. pp. 84 et s).¹²

Si les termes "conclure" et "signer" sont pratiquement synonymes, ce n'est pas le cas du terme "adopter" au sens de la CV. Prosaïquement, l'adoption d'un traité bilatéral au sens de la CV est probablement le moment (formel?) où les Parties se disent l'une à l'autre que le texte leur convient. L'adoption au sens strict peut donc intervenir avant même un éventuel paragraphe. Certes, s'il n'y a pas eu adoption en ce sens avant le paragraphe ou la signature, l'adoption est alors comprise dans le paragraphe, respectivement dans la signature (ibid., p. 85). C'est un peu, en sens inverse, comme le consentement à être lié, qui est compris dans la signature s'il n'est pas prévu de ratification/notification postérieure séparée.

Il est possible que l'article 7, alinéa 2, lettre b, CV n'ait pas une portée capitale en pratique. Juridiquement toutefois, les travaux préparatoires sont assez clairs: "L'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) dispose que "les fonctions d'une mission diplomatique consistent, notamment, à ... négocier avec le gouvernement de l'Etat accréditaire". Néanmoins, en pratique, il n'est pas admis que le pouvoir de représenter leur Etat, qui appartient aux chefs de mission diplomatique, les habilite, sans production de pleins pouvoirs, à exprimer le consentement de cet Etat à être lié par le traité. L'alinéa b fait donc cesser, au moment de "l'adoption" du texte, leur pouvoir d'office de représenter l'Etat".

(Rapport de la Commission du droit international, Commentaire sur le projet d'articles sur le droit des traités, 18^e session, juillet 1966, p. 27). Voici ce qu'en dit Aust dans son commentaire de 2007: "Article 3(1) (c) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 provides that the functions of a diplomatic mission include negotiating with the government of the receiving state, and thus the head of mission may adopt the text of a treaty between the two states. Although Article 7 (2) (b) of the 1969 Convention does not refer to authenticating the text, it is unlikely that a state would require production of full powers for this purpose. However, unless full powers have been dispensed with, they are required for the purpose of signing a treaty even if signature will not constitute consent to be bound (Aust, op.cit., p. 79)."¹³

Contrairement à ce que semble indiquer le qualificatif qui lui est attribué, un ambassadeur "plénipotentiaire" ne peut pas tirer de sa fonction, ni de l'article 7, alinéa 2, lettre b, CV d'ailleurs, le droit de signer un traité bilatéral avec l'Etat auprès duquel il est accrédité, s'il ne dispose pas de pleins pouvoirs ad hoc. En effet, les qualificatifs "extraordinaire et plénipotentiaire" d'un ambassadeur n'ont pas de signification juridique concrète, mais s'expliquent (par) des raisons historiques (cf. note détaillée non publiée de la DDIP du 12 janvier 1981).

Dans le contexte des organisations internationales, la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (CV-OI; FF 1989 II 738), certes non encore en vigueur (il manque sept Etats Parties à ce jour; la Suisse y a adhéré le 7 mai 1990), prévoit l'hypothèse de pleins pouvoirs délivrés par des organisations internationales (article 7, alinéa 3, lettre a) et contient pour le reste des dispositions en tout point comparables à celles de la CV. Ainsi, notamment, le chef d'une mission auprès d'une organisation internationale est habilité à "adopter" le texte d'un traité avec cette organisation, alors que les chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères le sont eux "pour tous les actes relatifs à la conclusion".

La non-présentation de pleins pouvoirs est possible en droit international sur la base des CV et CV-OI qui prévoient toutes deux qu'une personne est considérée, malgré l'absence de pleins pouvoirs, comme représentant son Etat (article

¹² (Traduction) "Le terme "adoption" n'est pas défini par la Convention (de Vienne); il désigne l'acte formel qui détermine la forme et le contenu d'un traité A moins que les circonstances ne suggèrent le contraire, l'adoption n'a pas pour effet d'authentifier le traité, d'exprimer le consentement à être lié par celui-ci ou d'indiquer que le traité est entré en vigueur. Cependant ... ces stades, parfois, se confondent dans le cas de traités bilatéraux. ... L'adoption d'un traité s'effectue souvent par le paragraphe."

¹³ (Traduction) "L'article 3, paragraphe premier, lettre c, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 dispose que les fonctions de la mission diplomatique comprennent la négociation avec le gouvernement de l'Etat accréditaire, ce qui signifie que le chef de la mission peut participer à l'adoption du texte d'un traité entre les deux Etats. Bien que l'article 7, paragraphe 2, lettre b, de la Convention de 1969 ne mentionne pas l'authentification du texte, il est peu probable que la production de pleins pouvoirs soit demandée à cette fin. Cependant, et à moins qu'il y ait eu renonciation aux pleins pouvoirs, il faudra les produire lors de la signature du traité, même quand celle-ci n'exprime pas le consentement à être lié."

7, alinéa premier, lettre b, CV et CV-OI), respectivement son organisation (article 7, alinéa 3, lettre b, CV-OI), pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement à être lié par un traité, s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était dans l'intention des Parties de considérer cette personne comme représentant l'Etat, respectivement l'organisation, à ces fins et de ne pas requérir de pleins pouvoirs. Parmi les "autres circonstances", on peut citer un échange de notes ou de lettres (message précité, p. 706).

L'article 46 CV, dont un équivalent se retrouve dans la même disposition de la DV-OI, dispose que "le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale".

Avis de droit de la DDIP du 18 avril 2008. JAAC 2008.22.

1.7 Traités internationaux multilatéraux: fonctions du dépositaire. Modifications apportées à des amendements non encore entrés en vigueur. Application provisoire des traités et des amendements à ceux-ci. Relativité des traités

Le texte qui suit a trait aux compétences du dépositaire de la Convention du 3 septembre 1976 portant création de l'Organisation internationale de télécommunication mobile par satellites (RS 0.784.607), ce dépositaire étant, aux termes de l'article 19 de la convention, le Secrétaire général de l'Organisation maritime internationale (OMI).

(Traduction)

"Compétence du dépositaire de donner des avis de droit sur l'interprétation à donner à la Convention

Il arrive que l'Etat ou organisation désigné comme dépositaire d'une convention soit invité à donner un avis juridique sur l'interprétation à donner à des dispositions de cette convention. Ainsi le Département juridique des Nations Unies fournit des avis de droit sur des questions relatives au droit des traités qui surviennent à propos d'instruments déposés auprès de l'Organisation. Pourtant cela ne signifie nullement que le dépositaire puisse agir en qualité de "conseiller juridique" des Parties contractantes, à moins que celles-ci ne l'aient expressément prévu. Il ne peut pas davantage prescrire l'interprétation "juste" des dispositions du traité. Seules les Parties contractantes ont ce pouvoir.

Du reste des avis en cette matière ne sont pas, en règle générale, rendus dans l'exercice des fonctions de dépositaire, et le point de vue exprimé par le dépositaire, ou par un Etat ou une organisation qui exerce simultanément la fonction de dépositaire, ne lie aucunement les Parties contractantes ou les organes établis par la convention. Du point de vue formel, il s'agit simplement de l'avis d'une tierce instance qui, pour les Parties, ne revêt, d'un point de vue théorique, aucune importance supérieure à celle d'une institution académique ou nationale.

Les modifications de dispositions déjà amendées qui ne sont pas encore entrées en vigueur

D'un point de vue purement formel, on semble devoir admettre que l'article 18¹⁴ relatif à la modification de la convention ne s'applique pas aux amendements qui ne sont pas encore entrés en vigueur. Cet article porte sur les amendements à la convention. Or les dispositions qui ne sont pas entrées en vigueur ne font pas encore partie de celle-ci. Mais cela ne signifie pas que les modifications acceptées lors de la 18^e Assemblée (ci-après: amendements de 2006) doivent être en vigueur pour permettre de nouveaux amendements aux mêmes dispositions ou sur les mêmes points. L'Assemblée est libre de décider de tels changements à tout moment. Du point de vue formel, il ne s'agit pas, alors, de changements aux amendements précédents, mais de modifications de la convention elle-même. L'Assemblée pourrait également décider d'annuler les amendements de 2006 (y compris leur applicabilité provisoire) et de les remplacer par d'autres amendements; l'opération serait facilitée par le fait qu'apparemment aucune Partie contractante n'a, à ce jour, accepté les amendements de 2006 (...). Dans ce contexte, il faut éviter que différents amendements puissent entrer en vigueur en même temps pour différentes Parties contractantes, car cela créerait une situation où sont simultanément en vigueur, sur un seul et même thème, le texte initial de la convention et deux versions modifiées. Si donc l'Assemblée décide de procéder à de nouvelles modifications ..., il faudrait également veiller (par décision de l'Assemblée) à ce que celles-ci remplacent les amendements de 2006. L'autre solution mentionnée par l'OMI, en revanche, qui consisterait à renvoyer l'entrée en vigueur des nouvelles modifications à une date postérieure à l'entrée en vigueur des amendements de 2006, paraît passablement compliquée et lourde.

Des risques d'insécurité juridique inhérents à une reprise des discussions relatives aux amendements ne surgiraient que si l'Assemblée suivait la proposition (de l'Etat Z.), sans prendre en même temps une décision sur les amendements de 2006. Dans cette hypothèse, on juxtaposerait deux modifications qui, loin de s'exclure mutuellement, pourraient toutes les deux être acceptées par les Parties contractantes.

Application des amendements de 2006 à titre provisoire

La convention elle-même ne renfermant pas de dispositions sur ce point, les principes généraux du droit des gens, en particulier la Convention de Vienne (du 23 mai 1969) sur le droit des traités (CV; RS 0.111), s'appliquent. L'article 25, paragraphe premier, lettre b, de la CV dispose qu'un traité qui ne contient aucune disposition à ce sujet s'applique à titre provisoire si les Etats ayant participé à la négociation en ont ainsi convenu. Evidemment cela vaut non seulement

¹⁴ Numérotation initiale des articles de la convention. Dans la version de celle-ci incorporant les amendements, la disposition en cause porte le numéro 19.

pour des traités nouvellement négociés mais aussi pour la modification d'accords déjà conclus. En l'espèce, un accord pour l'application provisoire est intervenu entre les Parties grâce à la décision de la 19^e Assemblée. Toutefois, cette décision n'était pas unanime mais majoritaire. Avec d'autres Etats opposés à l'application provisoire (des amendements de 2006), la Suisse a manifesté son opposition non seulement en ne souscrivant pas à la décision, mais aussi en faisant une déclaration écrite jointe au "Record of decisions" (Procès-verbal de décisions) de l'Assemblée. Dans cette déclaration, elle s'est expressément opposée à l'application provisoire, en précisant qu'elle ne se sentait pas liée par la décision.

Il est vrai qu'en principe, selon l'article 7 de la convention, les décisions de l'Assemblée, même prises à la majorité, sont obligatoires pour toutes les Parties contractantes. Cela ne vaut toutefois que pour les décisions prises par l'Assemblée dans l'exercice des fonctions énumérées à l'article 8 de la convention. Il est vrai que, d'après la lettre d de cet article, ces fonctions englobent la prise de décisions sur des amendements selon l'article 18. Ce dernier n'envisage toutefois pas l'application provisoire des amendements. Il s'ensuit que l'Assemblée n'est pas habilitée à décider, à la majorité, de l'application provisoire d'amendements approuvés. Cela ne conduit pourtant pas à tenir pour nulle une telle décision, mais simplement à la conclusion que la décision forme un accord au sens de l'article 25 de la CV par lequel les Parties contractantes concernées ont convenu d'appliquer provisoirement entre elles les amendements de 2006. Un tel accord, cependant, n'oblige que les sujets du droit international qui y ont souscrit, conformément au principe selon lequel les traités ne lient que ceux qui y ont consenti, ce qui n'est assurément pas le cas des Parties qui n'ont pas approuvé la décision ou s'y sont opposées.^{15 16} Pour cette raison, nous pensons que les amendements de 2006, préalablement à leur entrée en vigueur conformément à l'article 18 de la convention, ne s'appliquent pas aux Etats Parties qui n'ont pas accepté la décision relative à leur application provisoire.

Ces Etats ne seront pas tenus de faire la notification prévue à l'article 25, paragraphe 2, de la CV.¹⁷ Etant donné que, pour eux, il n'y a pas d'application provisoire, il n'y a rien à terminer par voie de déclaration. Ce que dit l'Organisation ... (...), à savoir que l'application provisoire s'étend à tous les Etats (Parties), est donc inexact. En communiquant la décision d'application provisoire, le dépositaire aurait également dû notifier, avec cette décision, l'opposition des dix Etats. ..."

Communication faite le 7 mai 2008 par la DDIP à l'Office fédéral des communications du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

1.8 Réserves tardives à des traités internationaux

Aux termes de l'article 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111), les réserves à un traité doivent être faites au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver le traité ou d'y adhérer. Le bref texte ci-après porte sur une "déclaration" tardivement faite par l'Etat C. et portant sur la Convention du 8 septembre 1976 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état-civil (RS 0.211.112.112). La Suisse est l'Etat dépositaire de cet instrument.

"S'agissant de réserves faites après la ratification, le Secrétaire général des Nations Unies précise (paragraphe 204-206 de son Guide de la pratique en tant que dépositaire (Nations Unies, document ST/LEG/7, Rev. 1)), que "under established customary international treaty law, as codified by the Vienna Convention on the Law of Treaties, reservations may only be made (when allowed) at the time of signing or of depositing an instrument of ratification or the like, or alternatively, with the unanimous consent of all parties concerned. The Secretary-General normally follows the above-mentioned principles. However, in a few cases, ... he has circulated the text of the reservation to all parties concerned and has proposed that in the absence of objections by any of those States within 90 days from the date of circulation, the reservations be deemed accepted as part of the State's notification, the absence of objections being then considered ... as amounting to a tacit acceptance by all parties concerned of the reservation in question. This practice appeared ... as amounting to a tacit acceptance by all parties concerned of the reservation in question. This practice appeared all the more desirable in the many cases where the reservation was specifically authorized or where other States had made a reservation identical to that which the State concerned wished to make after the prescribed time."¹⁸

¹⁵ Ce point de vue est confirmé par A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge 2007, p. 172: "When the treaty has a provisional application clause, the obligation of a state to apply the treaty provisionally is created by its participation in its adoption. If there is no clause, the obligation arises if the state supports provisional application, usually by voting for a resolution to that effect. A state which does not vote, or does not join a consensus, will be under no such obligation."⁹

¹⁶ (Traduction) "Si un traité renferme une clause prévoyant son application provisoire, l'obligation d'un Etat d'appliquer provisoirement le traité résulte de sa participation à l'adoption de celui-ci. Si une telle clause fait défaut, l'obligation naît du fait que l'Etat accepte l'application provisoire, généralement en votant pour une résolution qui la prévoit. Un Etat qui ne vote pas dans ce sens ou qui ne se rallie pas à un consensus n'est lié par aucune obligation."

¹⁷ Cette disposition a la teneur suivante: "A moins que le traité n'en dispose autrement ou que les Etats ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un Etat prend fin si cet Etat notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est applicable provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité."

¹⁸ (Traduction) "(S)elon le droit international coutumier en matière des traités, codifié dans la convention de Vienne sur le droit des traités, des réserves (si elles sont permises) ne peuvent être faites qu'au moment de la signature ou du dépôt d'un instrument de ratification ou d'un acte similaire; ou alternativement, avec l'assentiment de toutes les Parties concernées. Normalement le Secrétaire général (des Nations Unies) s'en tient à ces principes. Dans certains cas, cependant, ... il a fait circuler le texte de la réserve parmi toutes les Parties concernées et a proposé de le considérer comme accepté, en tant que partie de la notification de l'Etat, en l'absence d'objection dans les 90 jours à compter de la mise en circulation, ce silence étant alors considéré ... comme constituant une acceptation tacite de la réserve par l'ensemble des Parties concernées. Cette pratique semblait particulièrement souhaitable dans les nombreux cas où la réserve était explicitement autorisée ou dans le cas où d'autres Etats avaient formulé une réserve identique à celle, tardive, que l'Etat concerné souhaitait faire maintenant."

... le Secrétaire général des Nations Unies notifie surtout si la réserve tardive est (expressément) autorisée par le traité ou s'il y en a déjà des comparables, ce qui n'est pas le cas ici. A mon avis, on a donc deux possibilités:

a) *soit informer* (l'Etat en cause) *qu'on refuse purement et simplement* (la réserve) *en tant que réserve tardive (attitude stricte, peut-être la plus correcte);*

b) *soit notifier* (l'Etat concerné) *en donnant un délai pour objecter, une seule objection ayant pour effet de nous empêcher d'enregistrer la réserve (plus souple);* on pourrait préalablement exposer ce qui précède sur les réserves tardives à C. et lui demander si elle maintient sa volonté qu'on notifie dans ces conditions (ou dans le sens d'un "droit d'être entendu", mais avec le risque de recevoir une autre opinion au vu des motifs invoqués)."

Communication de la DDIP du 19 décembre 2008. Document inédit.

1.9 Interprétation des traités internationaux. Définition de la coutume internationale

Dans le texte qui suit, la DDIP examine la signification de l'expression "règles coutumières d'interprétation du droit international public" ("customary rules of interpretation of public international law") insérée dans une convention de libre-échange pour identifier le droit applicable en cas de différend et, en particulier, la différence entre cette expression et les textes limités aux mots "règles d'interprétation" ("rules of interpretation").

"Comme le souligne le préambule de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après DVDT),¹⁹ ladite convention représente une codification de la coutume en matière de droit des traités. Ceci vaut également pour les règles d'interprétation. A ce titre, l'article 31 CVDT stipule comme règle générale "qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". De plus, l'article DVDT énumère les moyens complémentaires d'interprétation tels que les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 CVDT.

Selon la doctrine (...), les articles 31 et ss CVDT sur les règles d'interprétation représentent une synthèse remarquable qui traduit fidèlement les tendances d'interprétation dans la pratique. L'ordre des moyens d'interprétation qui figure dans les articles susmentionnés reflète également celui de la jurisprudence dominante à savoir, d'abord le texte, ensuite le contexte, puis la pratique ultérieure, les travaux préparatoires et enfin les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

A ce titre, votre formulation faisant référence à la CVDT nous paraît opportune. Toutefois, pour enlever toute ambiguïté, nous proposons de supprimer le terme "coutumière" ("customary") pour ne parler que des "règles d'interprétation du droit international public" ("rules of interpretation of public international law"). Partant, le texte serait le suivant: "The arbitration panel shall make its ruling based on the provisions of this Agreement applied and interpreted in accordance with the rules of interpretation of public international law as reflected in Articles 31 through 33 of the Vienna Convention of the Law of Treaties."²⁰

Cette formulation permettrait d'éviter que (des Etats) soient ... tentés de faire référence à une éventuelle règle d'interprétation découlant de la Charia, ce qui de toute manière semble difficile étant donné que pour qu'une coutume soit considérée comme telle, elle doit constituer une pratique générale acceptée comme étant le droit (voir l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice²¹, ce qui n'est pas le cas de la Charia."

Note de la DDIP du 10 mars 2008. Document inédit.

1.10 Effets des conflits armés sur les traités: conventions ressortissant au droit international pénal; obligations en matière de règlement pacifique des différends

Voici un extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 60^e session, du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2008 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 63^e session, Supplément n° 10 (A/63/10), pp. 87-143, plus particulièrement sur l'article 5 du Projet d'articles adopté par la CDI en première lecture et disposant que les traités dont le contenu implique qu'ils continuent à s'appliquer, en tout ou en partie, au cours d'un conflit armé, continuent à s'appliquer malgré la survenance d'un tel conflit (ibid., p. 91):

"L'article 5 concerne les traités dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé. Une liste indicative des catégories de traités visés dans l'article 5 est contenue dans l'annexe au projet d'articles. Ma délégation s'interroge en particulier sur les raisons qui ont amené la Commission à ne pas inclure dans cette liste les traités relevant du droit pénal international. Il est vrai qu'un certain nombre de crimes définis dans des traités relevant du *droit pénal international* pourraient aussi être considérés comme relevant des droits de l'homme (interdiction de la torture, par exemple) ou encore du droit international humanitaire (telles que les infractions graves aux Conventions de Genève²². Cela ne vaut toutefois pas pour tous les crimes relevant du droit international. Le droit pénal international

¹⁹ RS 0.111.

²⁰ (Traduction) "Le Tribunal arbitral décide sur la base des règles du présent Accord, appliquées et interprétées conformément aux règles d'interprétation du droit international telles qu'elles figurent aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités."

²¹ Article 38, paragraphe premier, lettre b, qui mentionne, parmi les sources du droit des gens, "la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit".

²² Conventions de Genève du 12 août 1949 sur les victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

définit les crimes internationaux, établit les critères de la responsabilité pénale individuelle pour ces crimes et met en place un système de poursuite et de répression aux niveaux national et international pour les individus ayant commis ces crimes. Les traités relevant du droit pénal international appartiennent, à notre avis, à la catégorie des "traités dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé" au sens de l'article 5 du projet d'articles. Ma délégation proposerait par conséquent que la catégorie "traités relevant du droit pénal international" soit ajoutée dans la liste en annexe.²³

L'article 8 du Projet d'articles (ibid., p. 92) est partiellement fondé sur l'article 65 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111), qui indique la voie à suivre par une Partie, lorsqu'elle souhaite faire constater la nullité d'un traité, obtenir son extinction ou sa suspension, ou s'en retirer. L'article 65 dispose notamment, à son paragraphe 4, que "(r)ien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des Parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends".

La Commission n'a pas voulu insérer une formulation semblable à l'article 8 de son Projet, estimant, dans son commentaire (ibid., p. 134), qu'"il n'était pas réaliste de chercher à imposer un régime de règlement pacifique des différends s'agissant de l'extinction d'un traité, du retrait d'une Partie ou de la suspension de l'application du traité dans le contexte d'un conflit armé".

Le représentant de la Suisse critique l'absence d'un tel passage du Projet de la CDI: "Ma délégation se demande sur quelle base cette appréciation a été faite, et si son résultat est vraiment en conformité avec les autres dispositions du projet d'articles, en particulier le projet d'articles 4, 5 et 7. Qu'en est-il, par exemple, des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice? Est-il vraiment "irréaliste" de s'imaginer qu'un Etat ayant accepté la juridiction obligatoire puisse introduire une instance devant la Cour internationale de Justice contre un autre Etat qui a également reconnu la juridiction obligatoire de la Cour et qui se trouve en situation de conflit armé (et rappelons dans ce contexte qu'il peut s'agir d'un conflit armé interne), au motif que la notification de l'extinction, du retrait ou de la suspension d'un traité prévue à l'article 8 est, selon l'Etat plaignant, contraire aux obligations internationales de l'autre Etat à son égard? Nous ne le pensons pas. De l'avis de cette délégation, la question de savoir si l'on peut, en droit, imposer un régime de règlement pacifique des différends s'agissant de l'extinction d'un traité, du retrait d'une partie ou de la suspension de l'application du traité dans le contexte d'un conflit armé doit être déterminée en fonction des critères établis par la Commission ailleurs dans le projet d'articles ...".

Déclaration faite le 27 octobre 2008 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 6.1)

2.1 Droit pénal international et mise en œuvre de ce droit sur le plan interne

Le passage qui suit est extrait d'un message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la modification de la législation suisse en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1).

"Chaque Etat est libre de choisir de quelle manière il souhaite mettre en œuvre le droit pénal international dans sa législation nationale, selon la conception qu'il a du rapport entre le droit international et son propre droit. Du point de vue du droit international, la seule chose qui importe en définitive est que les Etats remplissent les obligations. Conformément à la conception moniste du rapport entre droit international et droit national qui prévaut en Suisse, notre pays assume l'obligation de sanctionner les infractions réprimées par les normes internationales sans reprendre celles-ci dans sa propre législation. Cette approche présente l'avantage que les infractions au droit international sont traitées comme telles par le système juridique suisse. Si toutefois une norme pénale internationale se limite à la description d'un comportement pénalement répréhensible sans fixer concrètement la peine, elle ne pourra pas être appliquée directement dans une procédure pénale régie par le droit suisse.²⁴"

...

"Une convention internationale approuvée par les Chambres fédérales devient contraignante sur le plan du droit international au moment de l'échange des instruments de ratification. En même temps qu'elle déploie ses effets en droit international, elle devient applicable en droit national. Conformément à la jurisprudence suisse, les citoyens peuvent l'invoquer en justice et les autorités peuvent fonder leurs décisions sur ses dispositions si elle est directement applicable. Il faut pour cela que la norme internationale invoquée soit suffisamment claire et précise pour être appliquée à un cas concret et pour servir de base de décision dans une situation donnée. La norme doit donc être justiciable, elle doit avoir pour teneur les droits et les obligations des individus et s'adresser aux autorités chargées de l'application du droit. Pour ce qui est de la précision requise, ce sont avant tout les articles programmatiques qui ne satisfont pas à ce critère, mais aussi les dispositions qui ne règlent une question que de manière vague, en laissant aux Etats Parties

²³ Liste jointe au Projet d'articles (voir Rapport de la CDI, p. 95) et indiquant les catégories de traités qui, eu égard à leur contenu et à la pratique internationale en la matière, pourraient continuer à s'appliquer en tout ou en partie.

²⁴ Note supprimée.

une grosse marge de manœuvre ou une grande liberté d'appréciation, ou qui ne contiennent que des considérations d'ordre général et ne s'adressent pas aux autorités judiciaires ou administratives, mais au législateur.²⁵

Pour servir de base directe à une accusation et à une condamnation dans une procédure pénale, une norme de droit international doit satisfaire à des critères de précision très stricts afin que l'individu puisse prévoir le caractère pénalement répréhensible de son acte et les conséquences de son comportement. Elle doit garantir que le sujet de droit reconnaisse au moins grossièrement le risque qu'il court d'être puni. Si une disposition de droit international destinée à réprimer une infraction ne contient pas de description contraignante des conséquences pour le contrevenant ou qu'il n'existe pas de norme de transposition dans le droit national contenant une définition concrète de la peine encourue, cette disposition ne peut pas servir de base à une condamnation pénale. Faute de prévisibilité des conséquences pénales, il est impossible d'appliquer directement, dans une procédure pénale conduite en Suisse, des normes pénales issues du droit international coutumier visant les crimes contre l'humanité.²⁶

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 23 avril 2008, relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. FF 2008, p. 3461 (3473). Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 1.3, 3.8 et 5.3.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 1.1, 1.2, 1.10, 5.3, 6.1, 6.2 et 7.4)

3.1 Reconnaissance des Etats: pratique suisse. Eléments constitutifs de l'Etat. Absence d'un devoir de reconnaître

Voici un résumé de la pratique suisse en matière de reconnaissance des Etats:

"La pratique suisse de reconnaissance est guidée par les principes suivants:

- La Suisse s'est toujours fondée sur la réunion des trois éléments constitutifs de l'Etat que sont la population, le territoire et un gouvernement effectif et indépendant.
- La pratique de la Suisse est en outre régie par le principe de l'universalité (selon lequel la Suisse entretient, dans la mesure du possible, des relations internationales avec tous les Etats) et le principe de l'effectivité (nécessité d'une souveraineté effective de l'Etat à reconnaître).
- Face à une déclaration d'indépendance d'un nouvel Etat, la Suisse a coutume d'agir de concert avec les Etats partageant les mêmes vues et qui sont représentants de la communauté internationale. Figurent généralement au nombre de ceux-ci les Etats membres de l'UE (Union Européenne), les pays de l'AELE (Association européenne de libre-échange), éventuellement les Etats-Unis et les principaux Etats de la région considérée.
- La Suisse renonce en principe à exiger des conditions supplémentaires pour une reconnaissance telles que le respect de la Charte des Nations Unies ou des principes de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'homme. Dans le cas des Etats issus de l'ex-Yougoslavie, le Conseil fédéral avait toutefois pris en considération le rapport de la Commission Badinter qui avait enquêté sur le respect des droits de l'homme et de la protection des minorités nationales dans ces pays.

Il est important de relever que le droit international forme le cadre d'une éventuelle reconnaissance (théorie des trois éléments), mais ne contient aucune obligation à reconnaître. Dès lors, la décision de reconnaître est en fin de compte une décision politique qui tient compte en particulier des intérêts de la Suisse."

Extrait d'une note de la DDIP du 19 février 2008. Document inédit.

3.2 Reconnaissance des Etats: cas du Kosovo. Droit d'autodétermination (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes). Minorités nationales. Neutralité

Le 3 mars 2008, M. Jean-Pierre Graber, député au Conseil National, déposa avec 53 cosignataires une interpellation dont la teneur était la suivante:

"La reconnaissance du Kosovo par la Suisse, le 26 février 2008, a suscité des controverses sur les plans de la politique et du droit international public. Le Conseil fédéral est dès lors prié de dire s'il estime que cette reconnaissance est: a) compatible avec le droit international public; b) compatible avec les principes de la neutralité de notre pays. ... d) fondatrice d'une obligation éthique élémentaire d'accepter toute demande éventuelle de rattachement du territoire de la minorité serbe du Kosovo à la Serbie.

La reconnaissance du Kosovo par le Conseil fédéral semble contrevenir à plusieurs dispositions du droit international public. D'abord, la Résolution ... 1244 du Conseil de sécurité réaffirme l'attachement de tous les Etats membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la RFY (République fédérative de Yougoslavie) (aujourd'hui la Serbie).

²⁵ Cf. par exemple le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 20 novembre 1996, relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 536; ATF 120 Ia 11 (JdT 1996 I 627); ATF 120 Ib 124 III 90, c. 3 (JdT 1998 I 272); ATF 120 Ib 124 IV 23, c. 4 (Pratique suisse 1998, n° 2.2, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 653).

²⁶ Voir ce qui a été dit à ce propos dans le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale) du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et la révision correspondante du droit pénal, FF 1999, p. 4927. Selon Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2^e éd., Berne 1996, p. 87 n. 24, le principe "nulle peine sans loi" limite d'emblée et de manière très stricte l'application du droit coutumier dans le domaine du droit pénal.

Ensuite, selon le professeur Marcelo Kohen, le Kosovo n'a jamais obtenu le statut de peuple ayant droit à l'autodétermination. Finalement, Pierre-Marie Dupuy insiste sur l'évolution du droit international public en direction de la conditionnalité de la reconnaissance des Etats. A cet égard, le Conseil des ministres des affaires étrangères de l'UE (Union Européenne) a adopté, le 16 décembre 1991, une déclaration selon laquelle les républiques constitutives de l'ex-Yougoslavie - et le Kosovo n'en est pas une - doivent remplir les conditions suivantes pour être reconnues:

1. respecter les dispositions des Nations Unies et de l'Acte final d'Helsinki²⁷ ayant trait à l'Etat de droit, à la démocratie et aux droits de l'homme;
2. garantir les droits des minorités;
3. respecter l'inviolabilité des frontières qui ne pourront être modifiées que par commun accord. Le Kosovo est très loin de remplir ces conditions!

Sur le plan politique, l'acceptation hâtive de la déclaration d'indépendance du Kosovo pose le grave problème du précédent. Elle pourrait favoriser des fragmentations géopolitiques excessives ou alors obliger notre pays à se livrer à des appréciations politiques arbitraires.

De surcroît, même si la neutralité est un concept plus politique que juridique, le Conseil fédéral semble avoir transgressé son essence en reconnaissant maintenant le Kosovo. Par cet acte il a, en tout cas, pris parti pour la France, la Pologne et les Etats-Unis contre l'Espagne, la Roumanie et la Russie. C'est regrettable." (BO CN 2008, Annexes, p. 183.)

Voici la réponse du Conseil fédéral:

"a. Compatibilité de la reconnaissance avec le droit international

1. Violation de la Résolution ... 1244

Acte de souveraineté unilatéral et discrétionnaire, la décision d'un Etat de reconnaître un autre Etat relève de sa libre appréciation pour autant que soient respectées les règles du droit international. La Suisse considère que la reconnaissance du Kosovo est conforme au droit international.

Aux yeux de la Suisse, la reconnaissance d'un Etat présuppose que l'entité concernée présente les attributs d'un Etat au sens du droit international public, c'est-à-dire un territoire, une population et une autorité publique. Le Kosovo répond à ces trois critères.

La résolution n° 1244 du Conseil de sécurité de l'ONU n'interdit pas aux Etats de reconnaître le Kosovo. Elle mentionne certes l'intégrité territoriale et la souveraineté de la République fédérale de Yougoslavie. Cependant, l'intégrité territoriale de la Yougoslavie n'y est garantie que dans la perspective du processus de paix engagé au titre de la résolution pour résoudre la crise du Kosovo. Le Conseil de sécurité a d'ailleurs délibérément laissé ouverte la question de l'issue de cette crise. Or, ce processus politique a échoué malgré les efforts considérables déployés par toutes les Parties. Si le Conseil de sécurité avait effectivement voulu interdire aux Etats de reconnaître dans le futur un Kosovo indépendant, il aurait dû le faire en des termes clairs et non équivoques dans la partie opérationnelle contraignante de la résolution n° 1244.

2. Le Kosovo n'a jamais obtenu le statut de peuple ayant droit à l'autodétermination.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est l'un des principes fondamentaux du droit international. Un peuple peut se réclamer de ce droit sans qu'il soit nécessaire que l'ONU ou une autre organisation internationale lui reconnaisse au préalable un statut déterminé.

3. En matière de reconnaissance de nouveaux Etats, la Suisse devrait développer une pratique fondée sur la conditionnalité.

La pratique de la Suisse en la matière est guidée par les trois critères définissant un Etat en droit international et elle est régie pour l'essentiel par le principe de l'universalité (selon lequel la Suisse entretient dans la mesure du possible des relations avec tous les Etats) et le principe de l'effectivité (nécessité d'une souveraineté effective de l'Etat à reconnaître). Par ailleurs, face à la déclaration d'indépendance d'un nouvel Etat, la Suisse a coutume d'agir de concert avec les Etats partageant les mêmes valeurs, qui sont représentatifs de la communauté internationale.

La Suisse renonce par principe à assortir la reconnaissance d'un Etat de conditions supplémentaires. Lors de la reconnaissance des Etats issus du démantèlement de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie au début des années 1990, le Conseil fédéral a cependant tenu compte dans sa décision du rapport de la Commission Badinter sur le respect des droits de l'homme et des minorités dans ces pays. Dans le cas du Kosovo, les autorités kosovares ont exprimé le ferme engagement de respecter dans leur intégralité les obligations découlant de la proposition globale de règlement portant statut du Kosovo de l'Envoyé spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour le statut du Kosovo, Monsieur Marti Ahtisaari. Ces obligations concernent notamment la protection des minorités, le respect des droits de l'homme et le respect des principes énoncés dans la Charte de l'ONU ainsi que des principes de l'acte final de la CSCE (Helsinki). Ces valeurs sont également affirmées dans la Constitution de la République du Kosovo, qui a été adoptée par le Parlement du Kosovo le 9 avril 2008 et qui entrera en vigueur le 15 juin 2008.

b. Compatibilité avec les principes de la neutralité de notre pays

La question de la reconnaissance des Etats ne relève pas du droit de la neutralité, qui règle les obligations militaires d'un Etat neutre en cas de conflit armé. S'agissant de la politique de neutralité, il convient de rappeler que la Suisse a toujours tenu une ligne claire et cohérente en matière de reconnaissance d'Etats. Sa pratique est guidée par le droit

²⁷ Acte du 1^{er} août 1975 (F 1975 II 939).

international et tient compte de la position adoptée par des pays partageant les mêmes vues. Par ailleurs, le principe de l'universalité, en vertu duquel la Suisse entretient dans la mesure du possible des relations diplomatiques avec tous les Etats, intervient également dans ses choix.

...

d. Obligation éthique pour la Suisse d'accepter toute demande éventuelle de rattachement du territoire de la minorité serbe du Kosovo à la Serbie

Le droit international ne prévoit ni le droit pour un Etat d'être reconnu, ni l'obligation de reconnaître un Etat. En tout état de cause, l'engagement de la Suisse dans les Balkans occidentaux se fonde en particulier sur l'exigence de voir se développer dans cette région des Etats et des sociétés pleinement démocratiques et respectueux des droits de l'homme et des minorités. C'est bien dans cette perspective que la Suisse s'est systématiquement et fermement prononcée en faveur de l'édification d'un Kosovo multiculturel et multiethnique, où tous ses citoyens puissent vivre dans la paix et la sécurité quelle que soit la communauté dont ils se réclament. Une partition du Kosovo selon des lignes "ethniques" irait à l'encontre d'une telle exigence. La Suisse reste donc résolument opposée à toute idée d'une telle partition, au Kosovo ou ailleurs."

Réponse donné le 14 mai 2008 par le Conseil fédéral à une question posée le 3 mars 2008 par M. Jean-Pierre Graber, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, p. 184. Voir également la réponse donnée, le même jour, par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 5 mars 2008 par M. Daniel Vischer, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, pp. 200-202.

3.3 Droit à l'indépendance et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Droits de l'homme. Souveraineté et intégrité territoriale

Extrait d'une "note de service" préparée par la DDIP:

"Le droit des gens reconnaît aux peuples un droit de disposer d'eux-mêmes. D'autre part, la souveraineté nationale et l'intégrité territoriale des Etats sont également garanties par le droit international.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est mentionné tout au début de la Charte des Nations Unies dans la définition des buts de l'ONU qui est de "développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes" (article premier, paragraphe 2, de la Charte, aussi article 55).

En plus, le droit des peuples à l'autodétermination est garanti comme un droit humain dans l'article premier des deux Pactes des Nations Unies de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (pacte I) respectivement relatifs aux droits civils et politiques (pacte II).²⁸ Ledit article se lit comme suit:

"1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

3. Les Etats Parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies."

Une autre source juridique importante dans ce contexte est la "Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies" (mieux connue sous son titre anglais "Friendly Relations Declaration") adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 24 octobre 1970 (Résolution 2625 (XXV)). Cette déclaration est considérée comme étant juridiquement contraignante. Elle couvre plusieurs aspects des relations entre Etats. Parmi d'autres, elle traite de la relation entre la souveraineté nationale et le droit à l'autodétermination.

Rappelant qu'en vertu du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, la déclaration oblige tout Etat "de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément" la réalisation desdits principes. En plus, la déclaration affirme que "(l)a création d'un Etat souverain et indépendant ... ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même."

Cette approche "indépendantiste" de la déclaration est cependant relativisée plus loin où il est dit que "rien dans les paragraphes précédents (ne) sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur". En conséquence, la déclaration stipule que "tout Etat doit

²⁸ Pacte international, du 16 décembre 1966, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1); Pacte international, portant la même date, relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre Etat ou d'un autre pays".

L'Acte final du Sommet OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe) d'Helsinki de 1975²⁹ contient essentiellement les mêmes principes qui furent réaffirmés dans la Charte de Paris de 1990 pour une Nouvelle Europe.³⁰

En résumé, le droit international général reconnaît le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme un droit fondamental. Ceci inclut la possibilité d'accéder à l'indépendance comme un moyen légitime d'exercer ce droit. Pour préserver la souveraineté et l'intégrité territoriale des Etats, le droit international ne reconnaît cependant pas un droit général à la sécession qui découlerait du principe de l'autodétermination des peuples. Un Etat qui se comporte en conformité avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et qui dispose d'un gouvernement qui représente et respecte tous les peuples faisant partie de son pays se voit donc garantir son intégrité territoriale et sa souveraineté par le droit international. En revanche, cette garantie échoit si l'Etat en question viole le droit des peuples à l'autodétermination d'une manière flagrante et systématique. Si un peuple ne peut pas exercer son droit à l'autodétermination d'une manière pacifique dans l'Etat en question, il peut légitimement déclarer l'indépendance d'une manière unilatérale s'il s'agit du seul moyen à faire valoir ses droits qui lui sont conférés par le droit international. Dans ces circonstances, la reconnaissance d'une indépendance unilatérale ne violerait pas l'obligation de s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre Etat ou d'un autre pays."

"Note de service" de la DDIP du 22 janvier 2008. Document inédit.

3.4 Droit d'autodétermination (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) et principe de l'intégrité territoriale. Sécession unilatérale. Reconnaissance des Etats

Œuvre de la DDIP, la note publiée partiellement ci-après a pour objet le statut du "Somaliland".

(Traduction)

"3. Le statut du "Somaliland"

3.1 La situation actuelle

En 1960 la Suisse a reconnu la Somalie en tant qu'Etat souverain, puis elle a noué des relations diplomatiques avec cet Etat. En raison de la situation sur le terrain et de l'absence de gouvernement dans ce pays depuis 1991, la Suisse n'a cependant plus pu y accréditer d'ambassadeurs. A l'inverse, aucun ambassadeur de Somalie n'est accrédité en Suisse. Ces circonstances n'ont toutefois aucune incidence sur la reconnaissance de la Somalie en tant qu'Etat appartenant à la communauté internationale, en particulier parce que, depuis 1950, la pratique constante de la Suisse consiste à ne reconnaître en principe que les Etats et non les gouvernements.

Le "Somaliland" fait partie de la Somalie. Avec la communauté des Etats, la Suisse ne considère pas cette entité comme un Etat. Pour cette raison, il n'y a pas de relations diplomatiques. Les contacts avec des représentants sont purement officieux et ont lieu, de manière générale, après consultation de la représentation compétente à Nairobi.

3.2 ... Le "Somaliland" pourrait-il être reconnu en tant qu'Etat indépendant?

Un des principes les plus fondamentaux du droit international est celui de l'intégrité territoriale des Etats. Ce principe vaut également pour la Somalie, Etat jouissant d'une reconnaissance générale. En définitive, la déclaration d'indépendance du "Somaliland" contrevient à ce principe. Mais le droit des gens renferme aussi le "droit des peuples à disposer d'eux-mêmes". Les deux principes sont inscrits dans la Charte des Nations Unies et peuvent, dans certaines circonstances, entrer en conflit. Le droit des gens, toutefois, ne contient pas de droit général et unilatéral de sécession fondé sur le droit d'autodétermination. Ce n'est que dans des cas limités et spécifiques que le principe de l'intégrité territoriale doit s'éclipser au profit du droit d'autodétermination, envisagé sous l'angle d'un droit extraordinaire à l'indépendance. ...

On relèvera encore que la reconnaissance est un acte volontaire et unilatéral de l'Etat qui, à condition de respecter les règles du droit international, relève de l'appréciation de celui-ci. De plus, s'agissant de déclarations d'indépendance de nouveaux Etats, la Suisse agit en général de concert avec des Etats ayant des vues semblables, représentatifs au sein de la communauté internationale."

Note de la DDIP du 26 mars 2008. Document inédit.

3.5 Droit d'autodétermination (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) et principe de l'intégrité territoriale. Minorités nationales. Sécession unilatérale. Reconnaissance des Etats

Dans une interpellation, M. Oskar Freysinger, député au Conseil National, se référant à la reconnaissance par la Suisse, six mois auparavant, de l'indépendance du Kosovo et de l'ouverture d'une ambassade dans ce pays, "en parfaite contradiction avec la Résolution 1244 de l'ONU", demanda au Conseil fédéral s'il entendait, "dans les plus brefs délais, et en analogie avec ce qu'il avait décidé pour le Kosovo", reconnaître l'indépendance de l'Ossétie du Sud et de l'Abkassie. En cas de réponse négative, le Conseil fédéral ne

²⁹ Cf. la note 27.

³⁰ Charte du 21 novembre 1990 (Revue générale de droit international public, t. 95, 1991, p. 294).

craignait-il pas "de mettre en péril notre neutralité en pratiquant le principe de "deux poids, deux mesures"?"
Voici la réponse du Conseil fédéral:

"1. Le droit des peuples à l'autodétermination n'est que l'un des éléments pris en considération par le Conseil fédéral au moment de décider de reconnaître l'indépendance du Kosovo. L'intégrité territoriale de chaque Etat reste un fondement de l'ordre international. Les droits individuels et collectifs comme la protection des minorités et le droit à l'autodétermination ont gagné en importance depuis le XX^e siècle, mais il n'est cependant pas question d'un droit général à la sécession.

Un droit à la sécession ne peut être invoqué que comme *ultima ratio*. Cela a été le cas au Kosovo. Le Kosovo a été pendant plus de huit ans sous mandat international avant la déclaration d'indépendance du 17 février 2008. La déclaration d'indépendance a constitué la fin d'un long processus complexe, mené sous l'égide des Nations Unies - et donc de la communauté internationale dans son entier - en vertu de la Résolution 1244 du Conseil de sécurité dont le but était de trouver une solution politique pour le statut définitif du Kosovo. Par ailleurs, lors de la déclaration d'indépendance, les autorités du Kosovo se sont engagées à respecter dans leur intégralité - y compris en ce qui concerne la protection des minorités et la supervision de l'indépendance par une présence internationale civile et militaire - les obligations découlant de la Proposition globale de règlement portant statut du Kosovo de l'envoyé spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour le statut du Kosovo, Monsieur Martti Ahtisaari.

2. La question de la reconnaissance des Etats ne relève pas du droit de la neutralité, qui règle les obligations de l'Etat neutre en cas de conflit armé international uniquement. De même, la politique de neutralité ne saurait empêcher la Suisse d'exercer son droit souverain de reconnaître - ou non - des Etats. La pratique suisse est guidée par le droit international et tient compte de la position adoptée par des pays partageant les mêmes vues. Ainsi, par exemple, à l'époque de la guerre froide, lorsque le Conseil fédéral avait reconnu la République fédérale d'Allemagne depuis 1951, mais pas encore la République démocratique allemande (ce qu'il n'a fait qu'en 1973), la neutralité n'était pas non plus en cause."

Réponse donnée le 5 décembre 2008 par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 3 octobre 2008 par M. Oskar Freysinger, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, p. 444.

3.6 Droit d'autodétermination (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) et principe de l'intégrité territoriale. Minorités. Sécession unilatérale: conditions

Extrait d'une note préparée par la DDIP, relative aux principes de l'autodétermination et de l'intégrité territoriale.

(Traduction)

"Le droit international public renferme le principe de l'intégrité territoriale et également celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il existe un certain antagonisme entre ces deux principes. Tous les deux sont inscrits dans la Charte des Nations Unies, dans l'Acte final de la Conférence d'Helsinki de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe (1975)³¹ et dans la Charte de Paris de 1990 pour une Nouvelle Europe.³² Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ancré dans les deux Pactes des Nations Unies de 1966³³ en vue de protéger les droits de l'homme, autorise les peuples à déterminer "librement leur statut politique".

Une base légale supplémentaire pour définir les rapports entre souveraineté nationale et droit à l'autodétermination est la Déclaration des Nations Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (Résolution 2625 (1970), "Friendly Relations Declaration"). Aux termes de cette déclaration des principes, la fondation d'un Etat souverain et indépendant ouvre une possibilité d'appliquer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le droit des gens ne renferme toutefois aucun droit général à la sécession unilatérale. Bien au contraire, la sécession d'un Etat devrait, en règle générale, résulter d'un accord mutuel.

Les dix principes de l'acte d'Helsinki font mention aussi bien de l'intégrité territoriale que du droit à l'autodétermination. Selon le chapitre de la charte de Paris consacré aux relations amicales, chacun des dix principes d'Helsinki doit être interprété compte tenu des autres.

Du droit international, les Etats peuvent déduire le droit au respect de leur intégrité territoriale et de leur souveraineté. Cependant, cette garantie n'est pas absolue. Le droit des gens protège la souveraineté d'un Etat contre les visées indépendantistes d'un peuple tant et pour autant que le comportement de cet Etat est compatible avec l'égalité et le droit à l'autodétermination, disposant donc d'un gouvernement qui représente l'ensemble de la population sans égard à la race, à la religion et à la couleur.

La pratique et la doctrine du droit international révèlent l'existence de trois conditions³⁴ cumulatives qui doivent être réunies pour rendre la sécession unilatérale compatible avec le droit des gens:

1) Le droit à l'autodétermination n'appartient en principe qu'aux peuples au sens juridique du terme. Toutefois, la notion

³¹ Voir la note 27.

³² Cf. la note 30.

³³ Voir la note 28.

³⁴ Voir Christopher J. Borgen, Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition, The American Society of International Law Insights, www.asil.org/insights08229.html [lien plus actif]; Special Committee on European Affairs, Thawing a Frozen Conflict: Legal Aspects of the Separatist Crisis in Moldova, Record of the Association of the Bar of the City of New York, vol. 61, 2006, www2.nycbar.org/Publications/record/vol_61_2.pdf, avec des renvois; Victor-Yves Ghébal, Les avatars du Kosovo: de la tutelle serbe à l'indépendance unilatérale, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Charpentier (à paraître).

de peuple n'est pas clairement définie. (On a) prétendu ..., par exemple, que les Albanais du Kosovo ne sont pas un peuple, ce qui conduit à leur refuser le droit à disposer d'eux-mêmes. Un "peuple" devrait soit comprendre l'ensemble de la population d'un Etat, soit avoir été reconnu séparément comme tel par les Nations Unies. Dans le cas du Kosovo, on a toutefois fini par admettre qu'un groupe ethnique homogène peut lui aussi être qualifié de peuple. De plus, la sécession doit être approuvée par une forte majorité de la population concernée.

2) L'Etat à l'encontre duquel le droit de sécession est invoqué doit avoir enfreint, de façon manifeste, systématique et très grave, les droits d'une minorité et le droit à l'autodétermination.

3) La sécession doit être le seul moyen permettant de protéger les garanties offertes par le droit international. Les autres tentatives d'aboutir à une solution politique doivent avoir échoué ou être impossibles en raison des violations graves et systématiques des droits de l'homme qui ont eu lieu."

Note de la DDIP du 3 avril 2008. Document inédit.

3.7 Immunité de juridiction des Etats: actes jure imperii et jure gestionis. Droit diplomatique: statut de collaborateurs recrutés localement et temporairement mais accomplissant des tâches relevant du jus imperii

Le différend qui fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral reproduit ci-après avait pour protagoniste un ressortissant britannique d'origine congolaise, expert-juriste et linguiste, localement recruté par la Mission permanente de la République du Congo-Brazzaville auprès des Nations Unies à Genève qui s'était vu confier la coordination des droits de l'homme pour l'Afrique par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Son contrat fut toutefois résilié un peu plus d'une année plus tard.

L'individu en cause estima qu'il n'avait pas reçu toute la rémunération qui lui était due et que la résiliation de son contrat avait été abusive. Il s'adressa au Tribunal des prud'hommes de Genève, qui déclara sa demande irrecevable, la défenderesse ayant invoqué son immunité de juridiction, puis à la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève, dont le Président jugea la demande recevable et la renvoya à l'instance inférieure pour statuer sur le fond. La République du Congo-Brazzaville interjeta un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, qui lui donna gain de cause.

2.

"2.1 Il n'est pas contesté que la compétence des autorités suisses doit être appréciée en l'espèce à la lumière des règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 III 382, c. 4a, p. 388;³⁵ ATF 120 II 400, c. 3d in fine, pp. 405-406³⁶).

2.2 De tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité des Etats. Le principe de l'immunité de juridiction n'est pas une règle absolue. L'Etat étranger n'en bénéficie que lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (jure imperii). En revanche, il ne peut pas s'en prévaloir s'il agit comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (jure gestionis); en ce cas, l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (Binnenbeziehung). Les actes accomplis jure imperii (ou actes de souveraineté) se distinguent des actes accomplis jure gestionis (ou actes de gestion) non par leur but, mais par leur nature intrinsèque. Il convient ainsi de déterminer, en recourant si nécessaire à des critères extérieurs à l'acte en cause, si celui-ci 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 (ATF 124 III 382, c. 4a, pp. 388-389; ATF 120 II 400, c. 4a et b, pp. 406-407).

En matière de contrat de travail, la jurisprudence admet que, si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant des tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit d'employés subalternes. En tout cas, lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat accréditant et qu'il a été recruté puis engagé au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue dans la règle. L'Etat n'est alors pas touché dans l'exercice des tâches qui lui incombent en sa qualité de titulaire de la puissance publique (ATF 120 II 400, c. 4a, pp. 406, 408, c. 5b, pp. 409-410; ATF 110 II 255, c. 4, p. 261³⁷).

Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un Etat ressortit ou non de l'exercice de la puissance publique, il faut partir de l'activité en cause. En effet, à défaut de législation déterminant quelles fonctions permettent à l'Etat accréditant de se prévaloir, à l'égard de leurs titulaires, de son immunité, la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif. Aussi bien, selon les tâches qui lui sont confiées, tel employé apparaîtra comme un instrument de la puissance publique alors que tel autre, censé occuper un poste identique, devra être classé dans la catégorie des employés subalternes (ATF 120 II 408, c. 5b, p. 410).

La qualification d'emploi subalterne a notamment été donnée aux postes de chauffeur, de portier, de jardinier, de cuisinier (ATF 120 II 400, c. 4b, p. 406), de traducteur-interprète (ATF 120 II 408, c. 5c, pp. 410-411), d'employé de bureau (ATF 110 II 255, c. 4a, p. 261), de femme de ménage (arrêt 4C.338/2002 du 17 janvier 2003, c. 2, publié in: Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (DTA) 2003 p. 92) et d'employée de maison (arrêt 4C.73/1996 du 16 mai 1997, publié in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 1998, p. 298); il s'agit de fonctions relevant

³⁵ Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654.

³⁶ Pratique suisse 1994, n° 3.3, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 600.

³⁷ Pratique suisse 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172.

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.

3.

3.1 L'intimé possède la nationalité britannique et résidait à Genève lorsqu'il a été engagé par la recourante. Quoiqu'il en dise, ces circonstances ne font pas obstacle en l'espèce à l'immunité de juridiction de la recourante. En effet, l'intimé est né au Congo-Brazzaville, dont il est originaire. Comme la recourante le relève sans être contredite par l'intimé, ce dernier est également citoyen congolais, aucun élément de l'arrêt attaqué ne permettant de retenir que l'intéressé aurait abandonné sa nationalité d'origine. Au demeurant, la règle de la juridiction du for en faveur des employés engagés sur place et possédant une nationalité autre que celle de l'Etat accréditant n'est pas absolue. En l'occurrence, une exception était, en tout état de cause, justifiée en raison des liens personnels que l'intimé entretient avec le Congo-Brazzaville et qui ont, parmi d'autres facteurs, motivé son engagement selon la note du 7 avril 2004 de l'Ambassadeur.

3.2 L'intimé a été engagé en raison de ses compétences de juriste bilingue spécialiste des droits de l'homme. Il devait renforcer la Mission de la recourante afin de permettre à cette dernière d'assumer la coordination des travaux de la Commission des Droits de l'Homme pour le continent africain, tâche qui revenait au Congo-Brazzaville cette année-là. L'intimé a accompli sa mission d'expert sous la direction et selon les directives de l'Ambassadeur, qui les lui transmettait directement ou par l'entremise du Ministre conseiller rattaché à la Mission. L'intimé a pris part à des réunions où siégeaient des diplomates; il a préparé des propositions et assuré la coordination entre diverses missions africaines; à une occasion, il a, en accord avec l'Ambassadeur, représenté la recourante à l'occasion d'un vote de la Commission des Droits de l'Homme.

En sa qualité d'expert, l'intimé jouait un rôle significatif au sein de la délégation officielle de la recourante auprès d'une commission importante des Nations Unies, ce qui ressort notamment des contacts noués par l'intéressé avec les missions d'autres Etats africains et du fait qu'il a été appelé à représenter formellement la recourante lors d'un vote de la Commission. Certes, l'intimé devait régulièrement faire rapport à l'Ambassadeur et ce dernier lui donnait des directives. Mais cette situation n'a rien d'exceptionnel pour une personne travaillant au service d'une ambassade ou d'une mission; on ne saurait déduire de cette circonstance que ladite personne occupe des fonctions subalternes comparables à celle du personnel de service. Même s'il ne jouissait pas du pouvoir décisionnel, l'intimé, en tant qu'expert chargé de tâches spécifiques, avait manifestement une influence sur les décisions prises par le chef de mission dans une activité diplomatique à un haut niveau. A cet égard, ni la spécialisation de l'activité, ni l'absence de statut diplomatique n'excluent que la personne en cause occupe une fonction supérieure.

Selon le contrat d'engagement "en qualité d'expert-consultant", l'intimé devait, entre autres, faire preuve de ponctualité, de tenue dans le service et de serviabilité. Il s'agit certes d'une clause que l'on s'attend plutôt à trouver dans le contrat de travail d'un employé subalterne. Elle apparaît toutefois manifestement comme une clause standard insérée dans les contrats du personnel local, statut sous lequel l'intimé pouvait être engagé. Au demeurant, ce ne sont pas ces exigences et les termes utilisés qui sont déterminants pour qualifier la nature de la fonction examinée, mais bien l'activité réellement exercée. Or, telles que décrites ci-dessus, les tâches confiées à l'intimé ne permettent pas de considérer celui-ci comme un employé subalterne de la Mission.

Sur le vu de ce qui précède, l'immunité de juridiction de la recourante doit être reconnue en l'espèce. Par conséquent, le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la demande de l'intimé est irrecevable, faute de compétence des autorités judiciaires suisses pour en connaître."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 9 juillet 2008, en l'affaire République du Congo-Brazzaville c. X. ATF 134 III 570, c. 2 et 3 (572-575).

3.8 L'individu en tant que sujet du droit international: crimes contre l'humanité

Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la modification des lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), du 17 juillet 1998 (RS 0.312.0), contient ce passage consacré aux crimes contre l'humanité:

"... la notion de crimes contre l'humanité est encore inconnue en droit suisse. S'il est vrai que les actes concrets tombent pour la plupart sous le coup de dispositions pénales existantes, il manque, comme élément constitutif de l'infraction, l'attaque généralisée et systématique lancée contre la population civile. Il importe donc de combler les éventuelles lacunes du droit matériel en définissant les différentes formes de crimes contre l'humanité dans un nouvel article.

Champ d'application

Les crimes contre l'humanité sont des violations gravissimes des droits de l'homme commises de manière généralisée ou systématique contre la population civile. Ils peuvent être le fait de n'importe qui, tant des représentants civils de l'Etat que des militaires ou de simples civils sans aucun rapport avec l'exercice de la puissance publique. La nationalité de la victime importe peu: elle peut avoir la même nationalité que l'auteur du crime, avoir une autre nationalité que lui ou être apatride. La punissabilité des crimes contre l'humanité ne dépend pas de la catégorie de personnes à l'encontre desquelles les actes sont dirigés. Conformément à la jurisprudence des tribunaux pénaux nationaux et internationaux, les membres des forces armées qui ont déposé les armes sont aussi protégés, ainsi que les personnes hors d'état de combattre pour cause de blessure ou de maladie, parce qu'elles ont été capturées ou pour toute autre cause.³⁸

³⁸ TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda), Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, paragraphe 582; TPIR, Chambre de première instance II, Le Procureur c. Clément Kayishama et Obed

Comme le génocide, les crimes contre l'humanité sont punissables aussi bien en temps de paix que dans le contexte d'un conflit armé (international ou non). Un concours de ces deux catégories de crimes n'est pas exclu dans le cas d'espèce.³⁹

Il peut arriver qu'un acte puisse être considéré à la fois comme crime contre l'humanité et comme crime de guerre, étant donné que les champs d'application et les éléments de l'infraction ne concordent pas.⁴⁰ Le champ d'application de la norme réprimant les crimes contre l'humanité est plus vaste que celui des dispositions sur les crimes de guerre, car celui-ci est limité essentiellement aux conflits armés alors qu'un crime contre l'humanité est également punissable en temps de paix. Quant à ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, l'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile n'est pas une condition de l'existence d'un crime de guerre."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 23 avril 2008, relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. FF 2008, p. 3461 (3515). Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 1.3, 2.1 et 5.3.

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

(Voir aussi les n^{os} 1.2, 3.3 et 6.1)

4.1 Protection diplomatique: nature et conditions d'exercice

Extrait d'une communication faite par la DDIP au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) du Département fédéral de l'économie publique:

"En droit international public, le particulier (en l'espèce la société X.) ne peut revendiquer un droit à la protection diplomatique à l'encontre de son pays d'origine. Un droit subjectif à l'octroi de la protection diplomatique n'existe pas non plus en droit national suisse. Les autorités suisses sont ainsi libres d'accorder ou de refuser la protection diplomatique, tout en n'étant liées que par la prohibition de l'arbitraire.⁴¹

L'octroi de la protection diplomatique par un Etat est subordonné aux conditions cumulatives suivantes:⁴²

- 1) La personne lésée doit être un ressortissant de l'Etat qui accorde la protection diplomatique.
- 2) Le préjudice subi par cette personne doit résulter d'un comportement de l'Etat d'accueil qui viole le droit international public.
- 3) Le lésé a épuisé toutes les instances judiciaires internes dans l'Etat ayant causé le préjudice, pour autant qu'il en ait eu la possibilité et qu'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui.
- 4) La prétention contre l'Etat dont le lésé est ressortissant n'est ni prescrite ni périmée.
- 5) La théorie des clean hands.

Il s'agit donc de passer en revue les différentes conditions exposées ci-dessus pour pouvoir déterminer si la protection diplomatique dans le cadre de l'accord de promotion et de protection des investissements ... peut être envisagée par la Suisse."

Communication de la DDIP au SECO, du 5 mai 2008. Document inédit. Pour un autre extrait de ce texte, voir le n^o 8.2.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n^{os} 3.3 à 3.6 et 7.6)

5.1 Souveraineté territoriale: compétence exclusive d'accomplir des actes de puissance publique

Voici un extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral, consacré au contenu de la souveraineté territoriale:

"De la souveraineté des Etats, il résulte que chacun d'eux a la compétence exclusive d'accomplir des actes de puissance publique sur son propre territoire (Andreas Ziegler, Introduction au droit international public, Berne 2006, chiffre 632, p. 268; Torsten Stein et Christian von Buttlar, Völkerrecht, 11^e éd., Cologne 2005, chiffre 537, p. 198). En règle générale, un Etat ne peut pas accomplir d'acte de ce genre dans les frontières d'un autre Etat sans en violer la souveraineté et, partant, sans violer le droit international (Patrick Daillier et Alain Pellet, Droit international public, 7^e éd., Paris 2002, chiffres 308 et 309, p. 479). L'acte n'est compatible avec ce droit que s'il est admis par une règle

Razindana, ICTR-95-1-T, jugement du 21 mai 1999, paragraphes 127 et ss. Dans la jurisprudence, on a aussi considéré comme civils des personnes qui ne peuvent pas être considérées comme étant des "non-combattants" traditionnels (par exemple les membres de la Résistance ayant participé directement à des hostilités; cf. TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 639, avec renvoi à la jurisprudence de l'affaire Barbie.

³⁹ Exemple: l'extermination est une forme de crime contre l'humanité qui se caractérise par une attaque dirigée contre une majorité de personnes qui ne doivent pas obligatoirement constituer un groupe. Si l'on ne parvient pas à prouver que l'auteur avait l'intention de détruire un groupe en tant que tel, soit de commettre un crime de génocide, cela ne signifie pas que l'on ne pourra pas le juger pour crime contre l'humanité.

⁴⁰ Cf. TPIY, Chambre d'appel, Le Procureur c. Mitar Vasiljevic, IT-98-32, arrêt du 25 février 2004, paragraphe 145; TPIY, Chambre d'appel, Le Procureur c. Kunarac et consorts, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt du 12 juin 2002, paragraphe 176; TPIY, Chambre d'appel, Le Procureur c. Goran Jelusic, IT-95-10, arrêt du 5 juillet 2001, paragraphe 82.

⁴¹ JAAC 61.75, c. 2, pp. 718 et ss; ATF 130 I 312 (Pratique suisse 2004, n^o 4.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 743).

⁴² Walter Kälin/Astrid Epiney, Völkerrecht. Eine Einführung, Berne 2003, p. 213.

internationale spécifique, par exemple convenue dans un traité conclu entre les Etats concernés, ou s'il est unilatéralement toléré par l'Etat dans lequel il s'exécute. Ces principes concernent notamment des notifications judiciaires (Walter Kälin et al., *Völkerrecht: eine Einführung*, 2^e éd., Berne 2006, p. 178; Stein/von Buttlar, op.cit., chiffre 539). S'il advient qu'une autorité suisse en effectue une notification à l'étranger sans y être autorisée par le droit international, cette notification est nulle au regard du droit interne suisse, en raison de la primauté de ce droit-là (ATF 57 III 26;⁴³ voir aussi ATF 103 III 1, c. 2, p. 4;⁴⁴ ATF 126 I 36, c. 2b, p. 41; ATF 131 III 448, c. 2.1). De plus, au nombre des délits de nature à compromettre les relations extérieures de la Suisse, l'acte officiel à l'étranger est éventuellement punissable selon l'article 299, chiffre premier, CP.⁴⁵

Arrêt du Tribunal fédéral, du 1^{er} juillet 2008, dans la cause X. Ltd. c. Y. Arrêt non publié.

5.2 Accomplissement d'actes officiels sur le territoire d'un Etat étranger

Le Consul de l'Etat Q. à Berne souhaitait "entendre" l'individu A., en Suisse, dans le cadre d'une enquête pénale conduite dans l'Etat Q. Voici la réaction de la DDIP:

"Le principe de souveraineté exclut tout acte d'autorité public sur le territoire d'un Etat étranger, exceptés ceux pour lesquels une autorisation aurait été donnée. A cette fin, l'article 271, alinéa premier, du Code pénal punit "celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics (...)"⁴⁶. L'audition d'un accusé dans une instruction pénale constitue sans doute un acte d'autorité public.

En l'espèce, la Suisse n'est pas (encore) liée par un traité d'entraide judiciaire en matière pénale avec l'Etat Q. C'est donc notre loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁴⁷ qui s'applique. Lorsqu'un Etat étranger comme Q. souhaite qu'un accusé soit auditionné sur territoire suisse, il doit adresser à notre pays une demande d'entraide judiciaire en matière pénale par voie diplomatique. L'Office fédéral de la Justice (OFJ) (du Département fédéral de justice et police) est compétent pour traiter une telle demande et, le cas échéant, la faire exécuter par l'autorité compétente, en principe par le juge d'instruction du domicile de l'accusé. La demande devra notamment contenir l'identité de la personne poursuivie, un exposé des faits, ainsi que le motif et l'objet de la requête. La Suisse aura alors la possibilité de refuser ou de donner suite à une telle demande d'entraide judiciaire selon les conditions de l'EIMP. Le délai de traitement de la demande est en moyenne de 1 à 3 mois. En cas d'urgence, ce délai peut être raccourci.

En conclusion, l'on peut retenir qu'une audition de A. par le Consul de Q. à Berne, sans y avoir été autorisé, violerait notre ordre juridique. Nous relevons en outre, qu'une "audition informelle" par un consul n'aurait très probablement pas de valeur probatoire (dans l'Etat Q.). Pour qu'une audition de A. puisse avoir lieu, Q. doit en tout cas, en premier lieu, adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse. Le délai de traitement (de la demande) (si elle est complète et acceptable) nous semble en l'occurrence pouvoir être raccourci étant donné que son exécution n'est pas complexe. L'exécution de la demande se fera en principe par le juge d'instruction du domicile de A.. Un représentant des autorités judiciaires de Q. ou le Consul dûment autorisé par elles pourrait participer à l'audition. Dans des cas rares et exceptionnels, la Suisse peut autoriser l'audition par un agent consulaire de ses propres nationaux au consulat, en présence d'un représentant suisse. Par principe, ce procédé n'est jamais utilisé pour des nationaux suisses. L'OFJ serait l'autorité compétente pour donner, le cas échéant, une telle autorisation."

Note de la DDIP du 25 juillet 2008. Document inédit.

5.3 Juridiction pénale sur le plan international: territorialité, nationalité active ou passive, résidence; principe de l'universalité. Aut dedere aut judicare

Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), du 18 juillet 1988 (RS 0.312.1), renferme le passage suivant, consacré au principe de l'universalité de la compétence pénale en droit international:

"Selon le principe de l'universalité, un pays peut exercer sa juridiction pénale indépendamment du lieu où le crime a été commis (sur le territoire national ou à l'étranger) et quelle que soit la nationalité de l'auteur et de la victime. S'il existe des cas dans lesquels les Etats parties sont obligés d'engager des poursuites pénales par exemple contre les auteurs de violations graves des Conventions de Genève de 1949 ou de la Convention de 1984 contre la torture),⁽¹⁷⁾ il est d'autres situations dans lesquelles le droit international ne les contraint pas à intervenir sans restrictions ou à mener des investigations en dehors des frontières nationales. La plupart des conventions internationales sont fondées sur le principe de la souveraineté territoriale (principe de territorialité) ou de la nationalité de l'auteur (principe de la personnalité active) ou de la victime (principe de la personnalité passive). Dans certaines circonstances, les Etats ont le droit d'étendre leur juridiction à des affaires sans lien direct avec leur territoire lorsque le rapport avec eux ne peut pas être qualifié d'étroit. Ils peuvent toutefois subordonner leur compétence à des conditions en exigeant que l'auteur ait un lien concret avec eux (par exemple qu'il réside sur leur territoire).

Les Etats qui ont l'intention de connaître d'actes n'ayant pas de rapport direct avec eux sont tenus de respecter la juridiction pénale et donc la souveraineté des autres Etats. Pour prévenir toute faille dans le système de poursuite pénale, de nombreuses conventions internationales conclues dans le domaine du droit pénal obligent les Etats parties

⁴³ JdT 1932 II 2.

⁴⁴ Pratique suisse 1977, n° 5.1, ASDI, vol. XXXIV, 1978, p. 119.

⁴⁵ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311).

⁴⁶ Voir la note précédente.

⁴⁷ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1).

à poursuivre pénalement les suspects qu'ils n'extradent pas (aut dedere aut judicare). En conséquence, les Etats peuvent prévoir dans leur droit national que la compétence en matière de poursuite pénale revient en priorité à l'Etat d'origine de l'auteur ou à l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise et que leur propre compétence n'est que subsidiaire.

Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont des violations du droit auxquelles l'opinion publique est très sensible et qui ne sauraient rester impunies. Il faut à tout prix éviter que leurs auteurs puissent trouver refuge dans des eaux où ils sont à l'abri de toute poursuite pénale parce qu'ils bénéficient de la protection du gouvernement ou parce que celui-ci n'est pas en mesure de les poursuivre. Tel est le cas lorsque le système de poursuite pénale d'un pays a été anéanti dans un conflit ou lorsqu'un Etat ne dispose pas des bases légales nécessaires à l'engagement de poursuites pénales. Pour ce qui est du caractère universel de l'obligation de poursuivre le crime de génocide, la Cour internationale de Justice (CIJ)⁴⁸ a constaté que le devoir de chaque Etat de prévenir ou de punir le crime de génocide n'était pas, du point de vue du droit international, limité au territoire national. En outre, en vertu des conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel de 1977, les Etats Parties sont tenus de rechercher les personnes prévenues d'une infraction grave au sens de ces instruments internationaux, quelle que soit leur nationalité, et soit de les déférer à leurs propres tribunaux, soit de les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite.⁴⁹

L'exercice de la juridiction pénale pour réprimer des crimes reconnus par le droit coutumier international n'est d'ailleurs pas subordonné à la punissabilité du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis ou dans l'Etat d'origine de l'auteur. Si tel était le cas, les poursuites pénales auraient peu de chances d'aboutir."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 23 avril 2008, relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. FF 2008, p. 3461 (3488-3489). Pour d'autres extraits de ce document, voir les n^{os} 1.3, 2.1 et 3.8.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir aussi les n^{os} 3.4 à 3.6)

6.1 Identité et succession d'Etats. Succession en matière de traités. Reconnaissance des Etats et des gouvernements, de jure et de facto. Droit international conventionnel et droit interne. Droit des traités: interprétation restrictive des traités d'établissement; extinction des traités (dénonciation; extinction et suspension; conséquences juridiques)

En 1996, X., ressortissante ukrainienne, épousa un ressortissant turc vivant en Suisse. Son fils Y., né en 2000, fut inclus dans l'autorisation d'établissement du père dans le canton de St-Gall et reçut la nationalité de sa mère. Depuis mai 2003, X. bénéficiait aussi d'un permis d'établissement pour le canton de St-Gall. En été 2003 elle se sépara de son mari et trouva refuge dans une maison pour femmes dans le canton de Zurich. Son fils fut placé auprès d'elle par le juge.

La Direction des affaires sociales et de la sécurité du canton de Zurich refusa toutefois d'accorder à X. et à Y. un permis d'établissement pour le canton de Zurich et les invita à quitter le territoire du canton. Le recours de X. et Y. contre cette invitation fut rejeté par le Conseil d'Etat de Zurich. Un recours auprès du Tribunal administratif du canton de Zurich fut écarté par décision du 11 mai 2005.

X. et Y. s'adressèrent alors au Tribunal fédéral par le moyen d'un recours de droit administratif qui, toutefois, fut déclaré irrecevable. Un large extrait de l'arrêt sera publié ci-après. Pour comprendre cet arrêt, il faut savoir que les bénéficiaires d'autorisations de séjour et d'établissement dans un canton - ici le canton de St-Gall - n'ont pas de droit d'obtenir une autorisation pour un autre canton - en l'espèce celui de Zurich. Il en va toutefois différemment lorsque les individus en cause proviennent d'un pays envers lequel la Suisse est liée par un traité d'établissement qui prévoit que les ressortissants de l'une des Parties contractantes ont le droit de s'établir sur le territoire de l'autre. Comme on le verra, un tel traité a été invoqué par les recourants.

(Traduction)

"2.2 Les recourants invoquent le Traité d'établissement et de commerce conclu le 26/14 décembre 1872 entre la Russie et la Suisse (texte dans RO, vol. X, 1872-1874, p. 379, et FF 1873 III 92; ci-après: traité d'établissement). Ce traité dispose en son article premier: "Il y aura entre la Confédération suisse et l'Empire de Russie liberté réciproque d'établissement et de commerce. Les citoyens suisses seront admis à résider sur le territoire de l'Empire de Russie aux mêmes conditions et sur le même pied que les sujets russes; de même, les sujets de Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies seront admis à résider dans chaque Canton suisse aux mêmes conditions et sur le même pied que les citoyens des autres Cantons suisses.

⁴⁸ (Convention du 10 décembre 1948) RS 0.193.501 (pour les Conventions de Genève du 12 août 1949, CG, voir RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

⁴⁹ Article 49, alinéa 2, CG I; article 50, alinéa 2, CG II; article 129, alinéa 2, CG III; article 146, alinéa 2, CG IV; article 85, alinéa premier, Protocole additionnel I (du 8 juin 1977, RS 0.518.521).

En conséquence, et pourvu qu'ils se conforment aux lois du pays, les citoyens et les sujets de chacune des deux Parties contractantes seront, ainsi que leurs familles, libres d'entrer, de s'établir, de résider et de séjourner dans chaque partie du territoire de l'autre. Ils pourront prendre en loyer ou occuper des maisons et des magasins pour le but de résidence et de commerce, exercer, conformément aux lois du pays, toute profession et industrie, ou faire commerce d'articles permis par la loi, en gros ou en détail, par eux-mêmes ou par des courtiers et des agents qu'ils jugeront convenable d'employer, pourvu que ces courtiers ou agents remplissent aussi, quant à leur personne, les conditions nécessaires pour être admis à résider dans le pays. En ce qui concerne le domicile, l'établissement, les passeports, les permis de séjourner, de s'établir ou de faire commerce, ainsi qu'en ce qui concerne l'autorisation d'exercer leur profession, de faire des affaires ou d'exercer une industrie, ils ne seront assujettis à aucune taxe, charge ou condition plus fortes ou plus onéreuses que celles auxquelles sont ou pourront être soumis les citoyens ou les sujets du pays dans lequel ils résident et ils jouiront à tous ces égards de tout droit, privilège ou exemption accordés aux citoyens ou sujets du pays ou aux citoyens et sujets de la nation la plus favorisée.

Il est entendu toutefois que les stipulations qui précèdent ne dérogent en rien aux lois, ordonnances et règlements spéciaux en matière de commerce, d'industrie et de police en vigueur dans chacun des deux pays et applicables à tous les étrangers en général."

Ces principes correspondent à ceux admis, à l'époque, par la Suisse dans des traités similaires avec d'autres Etats européens (voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 10 juillet 1873, concernant le traité ici en cause (FF 1873 III 90).

2.3 Depuis la Première Guerre mondiale, ces dispositions sont interprétées de façon restrictive, sans que des accords additionnels aient été conclus à ce sujet, et cela sur la base d'un accord tacite. Elles sont appliquées à ceux parmi les ressortissants de l'autre Partie contractante qui sont au bénéfice d'un permis d'établissement, ce qui est le cas en l'espèce. Pour les autres étrangers, les anciens traités ne s'appliquent que dans la mesure où ils ne sont pas contraires au droit interne (ATF 119 IV 65, c. 1, pp. 67 et ss;⁵⁰ ATF 111 Ib 169, c. 2, pp. 171 et s.;⁵¹ ATF 110 Ib 63, c. 2a, p. 66;⁵² ATF 108 Ib 125, c. 2b, p. 128, avec des références; cf. également Walther A. Stoffel, *Die völkerrechtlichen Gleichbehandlungspflichten der Schweiz gegenüber den Ausländern*, thèse, Fribourg 1978/1979, pp. 122 et ss et 253 et ss; Helen Keller, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin ... 2003, pp. 671 et ss; FF 1924 II 495 et ss⁵³. Postulat Stähelin du 27 septembre 2004 ..., et réponse du Conseil fédéral du 17 novembre 2004, BO (CE) 2004, p. 879, ainsi que Annexes, session d'hiver, 2004, pp. 42 et s.). Malgré la portée restreinte (des traités en cause), les recourants, titulaires de permis d'établissement pour le canton de St-Gall, peuvent ainsi revendiquer un droit de changer de canton sur la base du traité.

3.

3.1 De fait, le Tribunal administratif est parti de l'idée que le traité d'établissement ne pouvait, à l'heure actuelle, être appliqué à l'Ukraine. Il en a déduit que les recourants n'avaient pas le droit de changer de canton. Il faut ainsi examiner si le traité, contrairement à ce que pense le Tribunal administratif, peut continuer à s'appliquer aux recourants.

3.2 Le Tribunal administratif fait valoir que le Bélarus, l'Ukraine et la Russie, qui se sont fédérés, le 8 décembre 1991, au sein de la Communauté des Etats indépendants (CEI), ont déclaré qu'ils respecteraient les obligations internationales découlant pour eux des traités conclus par l'Union Soviétique. La Déclaration de Alma-Ata du 21 décembre 1991, qui a également amené des Etats d'Asie centrale à rejoindre la CEI, a été, selon le Tribunal, complétée par le passage "conformément à leurs respectives procédures constitutionnelles" (pour des versions françaises des déclarations de Minsk et de Alma-Ata, voir Romain Yakemtchouk, *L'indépendance de l'Ukraine*, *Studia Diplomatica*, vol. 46, ... 1993, pp. 366 et 375 et s.). Le 20 mars 1992, les chefs des Etats de la CEI, à l'exception de celui du Turkmenistan, auraient reconnu être successeurs aux droits et obligations de l'ancienne Union Soviétique et auraient annoncé la formation d'une commission pour la conduite de négociations et la préparation de propositions concernant les questions de succession (sur cette question, voir Theodor Schweisfurth, *Vom Einheitsstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS)*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 52, 1992, pp. 673 et s.). Se référant à deux arrêts du Tribunal fédéral (ATF 123 II 511, c. 5d, pp. 518 et s.;⁵⁴ arrêt 1A.54/2000 du 3 mai 2000, c. 6f, bb), le Tribunal administratif en conclut qu'une acceptation spécifique par les Etats successeurs était requise, après avoir recueilli l'accord nécessaire sur le plan constitutionnel. Une demande de renseignements adressée à l'Office fédéral des migrations (du Département fédéral de justice et police) n'aurait donné aucun résultat sur ce point. C'était pourquoi il fallait partir de l'idée que l'Ukraine ne voulait pas "reprenre, expressément ou tacitement, le traité d'établissement, à supposer que celui-ci existât toujours".

3.3 Le Tribunal administratif a commencé par admettre, à juste titre, que le traité d'établissement n'a pas cessé d'exister à la suite de la transformation de l'Empire russe en Union Soviétique. Des modifications du système de gouvernement et l'organisation interne d'un Etat n'ont en principe pas d'effet sur les droits et devoirs internationaux de celui-ci et n'enseignent pas les droits et obligations découlant des traités internationaux conclus par l'Etat en cause; tout au plus confèrent-elles à l'autre Etat contractant le droit de se retirer de ces traités (voir ATF 49 I 188, c. 3, pp. 194 et s.;⁵⁵ Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., Berne 2001, pp. 244 et s.; Michael Silagi,

⁵⁰ Pratique suisse 1993, n° 4.3, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 605.

⁵¹ Pratique suisse 1985, n° 4.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 79.

⁵² Pratique suisse 1984, n° 4.1, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 184.

⁵³ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 2 juin 1924, concernant la réglementation du séjour et de l'établissement des étrangers en Suisse par le droit fédéral, FF 1924 II 511 (513 et ss).

⁵⁴ Pratique suisse 1997, n° 6.1, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 658.

⁵⁵ Répertoire, n° 2.16.

Staatsuntergang und Staatennachfolge, thèse d'agrégation, Goettingue 1996, p. 59; Heinz Klarer, *Die schweizerische Praxis der völkerrechtlichen Anerkennung*, thèse, Zurich 1980, p. 353; Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 9^e éd., Cologne 1997, p. 142, N. 674; Nguyen Quoc Dinh/Patrick Daillier/Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, p. 417, N. 273; Note de Georges Droz, *Revue critique de droit international privé* (t. 56) 1967, p. 78).

3.4

3.4.1 La Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (RS 0.111), entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 et pour l'Ukraine le 13 juin 1986, laisse sans réponse, à son article 73, les questions qui pourraient se poser, à propos de la succession d'Etats aux traités. Dans son arrêt ATF 105 Ib 286, c. 1c, p. 291,⁵⁶ le Tribunal fédéral explique qu'on ne saurait affirmer l'existence d'une règle coutumière d'après laquelle les traités conclus par le prédécesseur territorial continueraient à s'appliquer sans autre condition dans les relations entre le nouvel Etat et l'autre Etat contractant. Un traité bilatéral ne demeurerait applicable que si le nouvel Etat et l'autre Etat contractant conviendraient de le maintenir, ce qui se ferait expressément ou par acte concluant (dans ce sens, voir ATF 111 Ib 52, c. 2a, pp. 53 et 138, c. 2, p. 141;⁵⁷ ATF 120 Ib 120, c. 1b, pp. 123⁵⁸ et ATF 120 Ib 189, c. 2b, p. 190;⁵⁹ ATF 78 I 124, c. 4, p. 131⁶⁰ était allé en sens contraire). Entre-temps, le 6 novembre 1996, est entrée en vigueur la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités.⁶¹ L'Ukraine est parmi les signataires de cet instrument, contrairement à la Suisse, du moins jusqu'à présent. L'article 24 de la convention de 1978 énonce une règle comparable à la pratique du Tribunal fédéral citée plus haut (voir ATF 120 Ib 189, c. 2b, pp. 190 et s.). Pour les successions d'Etats en cas de sécession de parties d'un Etat, en revanche, l'article 34 de cette convention prévoit qu'en principe les successeurs reprennent automatiquement les traités de leurs prédécesseurs.

3.4.2 Pour ce qui est de l'Ukraine, le Tribunal fédéral expose dans un arrêt du 16 janvier 1996 (1A.249/1995, c. 2)⁶² que l'Ukraine, Etat requérant l'extradition, n'avait pas invoqué la Convention d'extradition conclue le 17 novembre 1873 entre la Suisse et la Russie (RS 0.353.977.2 ...). Etant donné que, au moment de l'affaire, l'applicabilité de cette convention à l'Ukraine n'avait été confirmée ni expressément ni de manière concluante, il fallait, selon le Tribunal fédéral, conclure que le traité avait cessé d'être en vigueur (considérant publié par Lucius Caflisch, (*Pratique suisse* 1996, n° 6.2, RSDIE, 7^e année) 1997, p. 685; cf. également, en ce qui concerne la jurisprudence en matière de traités d'extradition dans des situations de succession d'Etats, ATF 111 Ib 138, c. 2, p. 141;⁶³ ATF 120 Ib 105 Ib 286, c. 1d, p. 291⁶⁴). Cette jurisprudence relative au droit d'extradition ne peut cependant être appliquée telle quelle à la présente espèce. S'agissant des procédures d'extradition, ce sont les autorités des deux Etats contractants qui en sont les acteurs, ce qui n'est pas le cas ici, de sorte que le seul élément pouvant être pris en considération est le comportement de l'autre Etat en dehors d'une telle procédure.

3.5 Il n'est pas nécessaire d'aboutir à une conclusion définitive sur le point de savoir si les déclarations faites par l'Ukraine et mentionnées au point 3.3, relatives à la succession aux traités bilatéraux, sont suffisantes - conclusion contestée par le Tribunal administratif (la doctrine est divisée sur ce point: ANDREAS ZIMMERMANN, *Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge*, thèse d'agrégation, Berlin etc. 2000, pp. 372 et ss, en particulier pp. 376, 378 et s. et 421 et s.; Theodor Schweisfurth, *Vom Einheitsstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS)*, op.cit., p. 675; du même auteur, *Ausgewählte Fragen der Staatensukzession im Kontext der Auflösung der UdSSR*, Archiv des Völkerrechts, vol. 32, 1994, pp. 99 et ss, en particulier p. 113; *Das Recht der Staatensukzession. Die Staatenpraxis der Nachfolge in völkerrechtliche Verträge, Staatsvermögen, Staatsschulden und Archive in den Teilungsfällen Sowjetunion, Tschechoslowakei und Jugoslawien*, in: Ulrich Fastenrath et autres (dir.), *Das Recht der Staatensukzession*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heidelberg 1996, pp. 63-66; Brigitte Stern, *La succession d'Etats*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 262 (1996), pp. 242-244 et 252-255; Claudia Willershausen, *Zerfall der Sowjetunion*, thèse, Marbourg 2002, pp. 324 et ss; Photini Pazartzis, *La succession d'Etats aux traités multilatéraux*, Paris 2002, pp. 78 et ss et 215 et ss; cf. L'arrêt (du Tribunal fédéral) 1A.54/2000 du 3 mai 2000, c. 6f, non publié dans ATF 126 II 1212). Apparemment, les pratiques de la Communauté Européenne, de l'Allemagne, des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne, de l'Italie, de la Slovaquie, de la République Tchèque et de l'Autriche sont parties de la continuité (du moins temporaire) des traités de l'Union Soviétique pour les Etats de la CEI, tandis que la France a penché pour le principe de la table rase, exigeant que le nouvel Etat et la France fassent, d'abord, des déclarations en faveur de la reprise des traités bilatéraux (voir Silagi, op.cit., pp. 89 et ss, notamment pp. 93 et s.; Zimmermann, op.cit., pp. 400 et ss). Dans ses considérants, le Tribunal n'a pas tenu compte de ce qui va suivre.

3.5.1 Après l'écroulement de l'Union Soviétique, la Suisse a reconnu l'Ukraine le 23 décembre 1991 (Charles-Edouard Held, *Quelques réflexions relatives à la pratique récente de la Suisse concernant la reconnaissance de nouveaux Etats*, (RSDIE, 4^e année, 1994) p. 232). Précédemment, le 22 septembre 1991, le Parlement de l'Ukraine avait adopté une "Loi sur la succession par l'Ukraine" (traduction française dans Yakemtchouk, op.cit., pp. 354 et s). D'après cette loi, l'Ukraine succède aux droits et obligations découlant d'accords conclus par l'Union soviétique pourvu qu'ils ne soient

⁵⁶ Pratique suisse 1979, n° 6.1, ASDI, vol. XXXVI, 1980, p. 204.

⁵⁷ Pratique suisse 1985, n° 6.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 96.

⁵⁸ Pratique suisse 1994, n° 6.1, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 633.

⁵⁹ Pratique suisse 1994, n° 6.2, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 635.

⁶⁰ Pratique suisse 1952, ASDI, vol. X, 1953, p. 205; JdT 1953 I 305.

⁶¹ La Commission du droit international et son œuvre, New York 2009, vol. II, p. 203.

⁶² Pratique suisse 1996, n° 6.2, RSDIE, 7^e année, p. 685.

⁶³ Pratique suisse 1985, n° 6.1, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 96.

⁶⁴ Pratique suisse 1979, n° 6.1, ASDI, vol. XXXVI, 1980, p. 204.

contraires ni à la Constitution ni aux intérêts du pays. Cela a été confirmé par le Parlement de l'Ukraine dans une "lettre ouverte aux parlements et peuples de la Terre" du 5 décembre 1991 (Yakemtchjouk, *op.cit.*, p. 164).

3.5.2 Une documentation du 30 mars 1992 de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères précise, notamment pour ce qui est de l'Ukraine (et des autres membres de la CEI, ainsi que de la Géorgie, la Slovaquie et la Croatie), qu'il n'existe pas, en matière de succession aux traités, de principes universellement reconnus; de même les Etats successeurs ne reprendraient pas automatiquement les droits et devoirs de l'Etat prédécesseur. Selon la Direction, il y a lieu d'examiner, à propos de chaque accord, si la reprise des droits et obligations du prédécesseur par le nouvel Etat répond aux besoins des deux Etats contractants. Cet examen pourrait souvent prendre du temps. Pendant cette période, les accords en cause seraient provisoirement maintenus, non pas tant pour des motifs juridiques que pour des raisons pratiques (texte français dans (Caflich, *Pratique suisse* 1992, RSDIE, 3^e année) 1993, pp. 709 et ss). Dans une note ultérieure du 20 janvier 1994, la Direction déclara qu'il n'y avait pas de reprise automatique, mais que les Etats intéressés pouvaient à tout instant émettre une déclaration de succession ou exprimer une intention contraire (extraits publiés par Lucius Caflich, *Pratique suisse* 1993, n° 6.1, RSDIE, 4^e année) 1994, p. 611; voir, dans un sens analogue, la note du 4 avril 1995, extraits publiés par (Caflich, *Pratique suisse* 1995, n° 6.1, RSDIE, 6^e année, 1996, p. 618; cf. également Schweisfurth, *Das Recht der Staatensukzession ...*, *op.cit.*, pp. 88 et ss, en particulier pp. 97 et s. pour ce qui est de la Suisse; Zimmermann, *op.cit.*, pp. 416 et s.).

Sans s'y référer explicitement, l'Office fédéral des migrations, dans un avis adressé le 20 janvier 2005 au Tribunal administratif, a pris une position semblable, qui est la suivante. On peut, il est vrai, éprouver des doutes quant à validité du traité d'établissement avec la Russie à l'heure actuelle. Ces doutes, cependant, ne permettraient pas, aujourd'hui, d'exclure la validité ou l'applicabilité du traité. Cela étant, ce dernier s'appliquerait aussi aux Etats successeurs, dont en particulier l'Ukraine.

3.5.3 De plus, la Suisse et l'Ukraine ont procédé, les 31 juillet et 4 août 1997 - après l'arrêt 1A.249/1995 du 16 janvier 1996 (voir ci-dessus, c. 3.4.2) - à un échange de notes confirmant le maintien en vigueur et l'application de certains accords bilatéraux intervenus entre la Suisse et l'URSS. Dans la note suisse du 31 juillet 1997 (...), il est également dit expressément que l'Ukraine est un Etat successeur de l'Union Soviétique. Voici un extrait de cette note:

"Le Département fédéral des affaires étrangères présente ses compliments à l'Ambassade de l'Ukraine et, considérant qu'à la suite de la disparition de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, l'Ukraine est un Etat successeur de l'ex-URSS, se réfère aux entretiens d'experts qui ont eu lieu à Berne, le 21 mai 1997 au sujet de la succession aux traités bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques et a l'honneur de lui proposer que les accords suivants demeurent en vigueur dans le cadre des relations bilatérales entre la Suisse et l'Ukraine:

1.-3. (Les chiffres premier à 3 et 5 à 7 énumèrent divers accords conclus entre la Suisse et l'Union Soviétique entre 1966 et 1990.)

4. Echange de lettres du 1^{er} décembre 1990 relatif à l'édition d'un recueil commun de documents en Suisse et en Union des Républiques Socialistes Soviétiques sur le développement des relations bilatérales entre 1815 et 1955, entré en vigueur le 1^{er} décembre 1990.

5.-7. (...)."

Le 4 août 1997 l'Ambassade de l'Ukraine à Berne répondit ce que suit: "L'Ambassade de l'Ukraine a l'honneur de notifier au Département que ce qui précède rencontre l'agrément des autorités ukrainiennes, et que la Note du Département ainsi que la présente réponse constituent la confirmation du maintien en vigueur des accords susmentionnés dans les relations entre l'Ukraine et la Suisse."

L'Echange de notes précité du 1^{er} décembre 1990 entre la Suisse et l'Union Soviétique disposait ce qui suit (lettre adressée à M. Chevaz, alors Ministre soviétique des affaires étrangères):

"Suite à l'échange de vues entre divers représentants de nos pays respectifs sur la possibilité de l'édition d'un recueil commun de documents en Suisse et en URSS, concernant les rapports entre nos deux pays, j'ai l'honneur de communiquer à Votre Excellence ce qui suit:

1. Le Département fédéral des affaires étrangères de la Confédération Suisse, en étroite collaboration avec le Département fédéral de l'intérieur, et le Ministère des affaires étrangères de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, en étroite collaboration avec la Direction principale des archives auprès du Conseil des Ministres de l'URSS, conviennent de préparer en commun un recueil de documents sur le développement de leurs relations bilatérales et de le publier en Suisse et en URSS. La période couverte par cette publication s'étend de 1815 à 1955.

2. (...) Les documents qui se trouvent dans les archives des deux pays seront étudiés et sélectionnés par les autorités compétentes et par les chercheurs des deux pays respectifs. Les deux parties s'efforceront de proposer pour le recueil non seulement des documents déjà publiés, mais en premier lieu des documents inédits.

3.-5. (...)."

3.5.4 Selon ce qui précède, et compte tenu de la Loi ukrainienne du 22 septembre 1991 (voir ci-dessus, c. 3.5.1), l'Ukraine entend donc, contrairement à ce que pense le Tribunal administratif, reprendre en principe les accords bilatéraux existants entre la Suisse et l'Union Soviétique. Il est vrai que jusqu'à présent, la collection de documents sur l'évolution des relations bilatérales entre 1815 (comprenant ainsi celles avec la Russie tsariste) et 1955, prévue dans l'échange de notes du 31 juillet/4 août 1997 (voir ci-dessus, c. 3.5.3), n'a pas encore vu le jour ni été publiée; on pourrait

du reste se demander quels devraient être les documents à retenir et quel serait l'effet de leur publication, ou non-publication ultérieure. On en déduira néanmoins que les deux pays partent de l'idée que la continuation devrait s'étendre, non seulement aux accords conclus après la naissance de l'Union Soviétique, mais aussi, le cas échéant, aux accords antérieurs (conclus depuis 1815), s'ils existaient encore au moment de la dissolution de l'Union Soviétique. On précisera qu'aucune question ne se pose ici à propos du domaine territorial de validité, puisque la recourante vient de Kiev et que cette ville se trouvait, déjà à l'époque de la conclusion du traité d'établissement, placée sous la souveraineté territoriale de l'Empire russe.

4. Dans l'avis qu'il a remis au Tribunal fédéral, l'Office fédéral des migrations, sans donner d'autres explications, constate qu'il n'y a pas d'indices suggérant que le traité d'établissement avec la Russie, non publié dans le Recueil systématique du droit fédéral, serait encore en vigueur.

4.1 Du côté suisse, ce traité n'a pas été dénoncé à ce jour. Comme le Tribunal administratif l'a relevé, il importe peu, pour ce qui est de la survie des traités internationaux, que ceux-ci aient été publiés dans le Recueil systématique du droit fédéral (RS) ou, auparavant, dans le Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947 (Recueil 1848-1947). Ni l'une ni l'autre collection n'a, à aucun moment, eu une autorité qui aurait justifié la conclusion que les conventions n'y figurant pas devaient être considérées comme ayant pris fin (cf. ATF 81 II 319, c. 4, p. 330;⁶⁵ Recueil 1848-1947, vol. I, p. VI, et vol. XI, p. VIII; Message complémentaire (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 11 février 1948,) FF 1948 I 819; RO 1951, pp. 1155 et s.; Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 19 février 1965,) concernant la publication d'un nouveau Recueil systématique des lois et ordonnances de la Confédération, FF 1965 I, pp. 323 et s.; RO 1967, pp. 17 et s.; Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 29 juin 1983,) concernant une loi fédérale sur les recueils de lois et la Feuille fédérale, FF 1983 III 456-457; préface au RS du Chancelier fédéral M. Huber, de novembre 1974).

4.2

4.2.1 D'après la note de la Chancellerie fédérale suisse, reproduite au RO de 1917 (RO, vol. XXXIII, 1917, pp. 984 et s.), le traité d'établissement a été dénoncé le 2 novembre 1917 par une note de la Légation de Russie; de ce fait, sur la base de l'article 12 du traité, celui-ci aurait pris fin au bout d'une année en l'absence de prolongation. Le Rapport de gestion du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale pour 1917 précise ensuite que, par note du 11/24 octobre 1917, le Gouvernement russe a dénoncé le traité (FF 1918 II 3). Dans le Rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année suivante, on lit que le traité avec la Russie, dénoncé par Kerenski, avait pris fin au courant de l'année; que les négociations préparées par le Département politique (Département politique fédéral, aujourd'hui Département fédéral des affaires étrangères) pour reconduire le traité avaient été interrompues par les événements politiques en Russie (FF 191 II 236-237 et *ibid.*, p. 692). Dans le volume-index du Recueil 1848-1947, le traité d'établissement figurait toujours, pour l'année 1872, mais avec un renvoi à la note du 2 novembre 1917 mentionnée dans le RO, vol. XXXIII, p. 984 (voir Recueil 1848-1947, vol. XV, p. 103).

4.2.2 Dans une communication interne remise par le Département politique fédéral au Département fédéral de justice et police, le premier avait déclaré, il est vrai, que la dénonciation prononcée par le Gouvernement Kerenski devait être tenue pour nulle puisqu'elle émanait d'un gouvernement non reconnu par la Suisse. Partant, le traité pourrait être considéré comme étant suspendu, mais aucunement comme ayant pris fin (voir Paul Guggenheim et autres, *Répertoire suisse de droit international public*, Bâle 1975, vol. I, p. 160, n° 1.77).

4.2.3 On se demande ainsi si la dénonciation intervenue en 1917 a provoqué l'extinction du traité d'établissement. Il est vrai que les autorités politiques sont seules compétentes pour dénoncer un traité international (ATF 49 I 188, c. 3, pp. 194 et s.⁶⁶). Ce sont en revanche les tribunaux qui tranchent seuls la question juridique de savoir si un traité international demeure en vigueur (ATF 81 II 319 c. 4, p. 330; ATF 120 Ib 78 I 124, c. 3, p. 130).

Dans un arrêt rendu le 10 décembre 1924, le Tribunal fédéral avait exposé que la non-reconnaissance du gouvernement soviétique avait pour conséquence, sur le plan international, de priver ce gouvernement de la faculté de représenter la Russie vis-à-vis de la Suisse (ATF 50 II 507, p. 512⁶⁷). Cela aboutit à considérer comme nuls, vis-à-vis de la Suisse, les actes de gouvernements étrangers non reconnus (cf. Edouard Zellweger, *Die völkerrechtliche Anerkennung nach schweizerischer Staatenpraxis*, ASDI, vol. XI, 1954, p. 24; en sens contraire, pour ce qui est des effets de la législation soviétique, ATF 51 II 259; 52 I 218;⁶⁸ ATF 120 Ib 54 II 225;⁶⁹ ATF 120 Ib 60 I 67;⁷⁰ voir également Peter Stierlin, *Die Rechtsstellung der nicht anerkannten Regierung im Völkerrecht*, thèse, Zurich 1940, pp. 91 et ss).

4.2.4 Sous l'emprise de la "révolution de février" du 12 mars 1917 (le 27 février selon le calendrier russe), le Tsar abdiqua le 15 mars 1917. Par la suite, un gouvernement provisoire fut formé sous la présidence du Prince G. Lwow qui, par son Chargé d'affaires en Suisse, en informa le Département politique fédéral par note du 19 mars 1917. Puis, le Conseil fédéral, dans sa séance du 24 mars 1917, examina pour la première fois la question de la reconnaissance du nouveau Gouvernement révolutionnaire en Russie (Guggenheim et autres, *op.cit.*, p. 468, n° 3.62, et Klarer, *op.cit.*, pp. 104 et s., ont publié la décision en extraits). Il décida d'établir des relations de fait avec le Gouvernement provisoire mais décida, "en raison du caractère provisoire des conditions actuelles", d'éviter explicitement, pour le moment, la reconnaissance formelle du Gouvernement Lwow.

⁶⁵ Pratique suisse 1955, ASDI, vol. XIII, 1956, p. 137.

⁶⁶ Répertoire, n° 2.16.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 3.75.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 3.74.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 3.76.

⁷⁰ *Ibid.*, n° 4.13.

4.2.5 Même si elle avait noué des relations "de fait" avec le premier Gouvernement provisoire, la Suisse partait d'abord de l'idée qu'elle n'avait pas reconnu ce Gouvernement de manière formelle, c'est-à-dire *de jure*. En raison de la nature changeante de la situation, elle décida d'attendre pour prononcer la reconnaissance formelle. Pour cette même raison, elle n'a jamais reconnu le nouveau représentant que le Gouvernement provisoire envoya à Berne à la fin du mois de mars 1917 pour remplacer le Chargé d'affaires de Russie alors en place (Dietrich Dreyer, *Schweizer Kreuz und Sowjetstern* (Zurich 1989), pp. 14 et s.). Il s'est avéré par la suite que le premier Gouvernement provisoire était incapable de créer une base solide pour assurer sa durabilité; il n'a pas pu résister et faire prévaloir ses vues de façon effective et permanente. En juillet 1917, Alexandre Kerenski devint Premier Ministre du Gouvernement provisoire à Pétrograd. Entre-temps, une domination conjointe s'était établie entre le Gouvernement provisoire, le Soviet des ouvriers et des soldats de Pétrograd. Le Gouvernement provisoire ne cessa de perdre prestige et autorité. Ce furent finalement les Bolchéviks qui, à l'occasion de la "révolution d'octobre", le 7 novembre 1917 (le 25 octobre selon le calendrier russe), occupèrent tous les centres importants de Pétrograd, renvoyèrent les membres du Gouvernement provisoire et établirent un conseil des Commissaires du peuple sous la présidence de Lénine (en qualité de nouveau Gouvernement provisoire des ouvriers et paysans). Kerenski disparut et, en 1918, se réfugia à l'étranger.

4.2.6 Ainsi, les conditions pour procéder à la reconnaissance formelle du Gouvernement, présidé depuis juillet 1917 par Alexandre Kerenski, n'étaient pas réunies (voir, sur un plan général, Zellweger, *op.cit.*, p. 12; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, vol. I/1, 2^e éd., Berlin 1989, pp. 190 et 195; Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5^e éd., Munich 2004, pp. 263 et s., n^{os} 13-17, et pp. 273 et s., n^{os} 39-43). Au vu de ce qui vient d'être dit, on peut comprendre la conclusion formulée par le Département politique fédéral dans sa communication interne du 6 janvier 1920 (voir ci-dessus, c. 4.2.2; cf. également Zellweger, *op.cit.*, p. 25, lettre g). Un rapport du Département fédéral de l'économie publique (voir FF 1919 II 692, malgré une conclusion contredisant le c. 3.2), va dans une direction similaire.

Cependant, pendant toute l'ère soviétique, aucune actualisation du traité d'établissement n'eut lieu. A la fin de l'année 1918, les contacts - déjà précaires - entre la Suisse et le Gouvernement soviétique furent rompus lorsque, après des émeutes dans le pays, le Conseil fédéral enjoignit à la Mission soviétique à Berne de quitter la Suisse (voir Walther Burckhardt, *Droit fédéral suisse*, vol. I, Neuchâtel 1930, pp. 177 et ss, n° 81; Guggenheim et autres, *op.cit.*, pp. 472 et ss, n^{os} 3.66 et 3.67). Mais, même ultérieurement, après que les relations diplomatiques se sont normalisées et que la Suisse a reconnu l'Union Soviétique et son Gouvernement (surtout à partir de 1946, voir Klarer, *op.cit.*, pp. 105 et ss; Edgar Bonjour, *Geschichte der schweizerischen Neutralität*, Bâle 1965 ..., vol. 2, pp. 686-707, vol. 3, pp. 360-376, vol. 5, pp. 393-425, et vol. 9, pp. 324-370), ni l'un ni l'autre Etat ne s'est jamais prévalu du traité d'établissement de 1872. C'est pourquoi, contrairement à la Convention d'extradition du 17 novembre 1873,⁷¹ il n'est pas davantage mentionné explicitement dans l'échange de notes du 2 septembre 1993 entre la Russie et la Suisse sur les traités bilatéraux conclus avec l'Union Soviétique. Qui plus est, le traité d'établissement figure dans le volume-index du Recueil 1848-1947 (...), avec un renvoi à la note de la Légation de Russie du 2 novembre 1917 dénonçant le traité. Il n'y a pas eu, par la suite, de clarification dans le sens de la communication interne du Département politique fédéral du 6 janvier 1920. Il n'y a pas davantage eu d'accord à ce sujet avec le Gouvernement soviétique. Bien au contraire, le traité d'établissement avec la Russie n'a plus été mentionné par la suite parmi les traités d'établissement qui, aux termes de l'article 14 du Règlement d'exécution (du 1^{er} mars 1949, de la Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, RO 1949, p. 232), sont en vigueur et dont il faut tenir compte (mais il figure encore dans Paul Marx, *Systematisches Register zu den geltenden Staatsverträgen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone mit dem Ausland*, Zurich 1918, p. 368; il n'est plus mentionné, notamment, par: Burckhardt, *op.cit.*, vol. 4, pp. 331 et s., n° 1859; Max Ruth, *Das Fremdenpolizeirecht der Schweiz*, Zurich 1934, p. 156; Peter Kottusch, *Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG*, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, vol. 87, 1986, p. 553; Office fédéral des migrations, Instructions et commentaires sur l'entrée, le séjour et le marché du travail (...), Annexe 0/1, dernière modification de la liste du 8 juillet 2003).

4.2.7 Il en résulte que le traité d'établissement doit être considéré, pour le moins, comme étant suspendu, voire comme ayant pris fin (par la reconnaissance *ex post* du Gouvernement Kerenski). Les autorités compétentes auront à tirer au clair cette question (le postulat Stähelin du 27 septembre 2004, n° 04.3464, accepté par le Conseil des Etats, ainsi que la réponse du Conseil fédéral du 17 novembre 2004, BO CE 2004, p. 879 et Annexes, session d'hiver 2004, pp. 42 et ss, de même que le chiffre 4 de l'échange de notes précité du 31 juillet/4 août 1997, voir ci-dessus, c. 3.5.3, vont partiellement dans cette direction). Sur la base de ce qui précède, les recourants ne sauraient en tout cas, à l'heure actuelle, se prévaloir du traité d'établissement conclu en 1872 avec la Russie et ne peuvent donc revendiquer un droit de changer de canton. ..."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 22 novembre 2005, en l'affaire X. et Y. c. Conseil d'Etat et Tribunal administratif du canton de Zurich. ATF 132 II 65, c. 2.2 à 4.2.7 (68-80).

6.2 Succession d'Etats en matière de traités. Conclusion d'accords relatifs à la succession aux traités: compétence sur le plan interne suisse. Devoir d'impartialité de l'Etat dépositaire de traités multilatéraux. Reconnaissance des Etats

Voici une note de la DDIP concernant l'indépendance du Kosovo et les conséquences que celle-ci entraîne dans le domaine des traités internationaux:

(Traduction)

⁷¹ RO, vol. XI, 1872-1874, p. 406.

"La note qui suit porte sur des questions relatives à la continuation de diverses catégories de traités internationaux en vigueur entre la Suisse et la Serbie avant l'accession du Kosovo à l'indépendance. En résumé, elle conclut que:

1. les traités bilatéraux et les traités multilatéraux, dont la Suisse n'est pas le dépositaire, doivent être maintenus, de préférence au moyen d'un échange de notes;
2. à l'heure actuelle, et jusqu'à la clarification de la situation du Kosovo par la communauté des Etats, la Suisse ne peut, en tant qu'Etat dépositaire des traités en cause, enregistrer le Kosovo comme Etat Partie.

Traités bilatéraux entre la Suisse et la Serbie

Les traités bilatéraux entre la Suisse et la Serbie conclus avant l'indépendance du Kosovo ne continuent pas automatiquement pour ce dernier. Comme le montre la pratique constante relative aux Etats issus de l'ex-Yougoslavie, c'est au moyen d'un échange de notes qu'il faut déterminer les traités qui survivent. La conclusion d'un tel échange rétroagit au moment de l'indépendance. Le contenu que la Suisse veut donner à l'échange doit préalablement être examiné avec les offices compétents ou concernés, puis être négocié avec les autorités du Kosovo.

Une question qui se pose est celle de savoir qui, sur le plan suisse, est habilité à approuver un tel instrument. Ce dernier est, à n'en pas douter, un traité international; le droit des traités s'applique donc. On a néanmoins omis, dans la pratique antérieure (portant sur les Etats de l'ex-Union Soviétique, l'ex-Tchécoslovaquie et l'ex-Yougoslavie), de solliciter ne serait-ce qu'une décision du Conseil fédéral; la seule exception ayant été faite était celle du Monténégro, dans laquelle le Conseil fédéral mentionne expressément la question du maintien des traités.⁷² Pour le Kosovo, l'Office fédéral de la justice (du Département fédéral de justice et police) va même maintenant jusqu'à proposer d'examiner le point de savoir s'il ne faudrait pas soumettre à nouveau certains traités à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Nous sommes d'avis qu'un échange de notes avec le Kosovo relatif au maintien de traités serait un accord à portée limitée au sens de l'article 7a, alinéa 2, lettre a (absence d'obligations nouvelles et de renonciation à des droits existants) (Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA, RS 172.010). Cela signifie qu'il s'agit d'instruments susceptibles d'être *conclus par le Conseil fédéral sur la base de sa propre compétence*,⁷³ *indépendamment de la catégorie de traités dont il s'agit et de leur contenu*. Cette analyse repose sur les considérations suivantes:

1. L'accord qu'il s'agit de conclure, déterminant pour juger de la compétence, est l'échange de notes; ce ne sont pas les accords qu'il s'agit de maintenir.
2. Cet échange est rendu nécessaire par les changements institutionnels intervenus au sein de l'autre Partie contractante. Au lieu d'un seul, il y a désormais deux Etats auxquels s'appliquent les mêmes accords. Les champs d'application territorial, matériel et personnel des accords en cause restent toutefois les mêmes. Ainsi l'obligation matérielle découlant pour la Suisse des accords reconduits ne change pas.
3. Les règles générales du droit interne en matière de compétence de conclure des traités s'appliquent également en cas de succession d'Etats, mais seulement lorsqu'il s'agit de la conclusion de *nouveaux* traités. Un accord visant à maintenir des traités de durée illimitée, sans les modifier sur le fond, n'équivaut pas à la conclusion de nouveaux traités, ni à la modification des traités existants, qui justifieraient alors le recours aux règles sur la conclusion des traités.

...

Traités multilatéraux pour lesquels la Suisse remplit la fonction de dépositaire

La question de savoir si la Suisse accepte le Kosovo en tant qu'Etat indépendant ne joue aucun rôle pour déterminer ses devoirs et compétences en tant que dépositaire, car elle est, d'un côté, assujettie à la volonté des Parties contractantes et, de l'autre, est astreinte à une stricte indépendance. Ainsi la reconnaissance du Kosovo par la Suisse ne signifie pas que cette dernière, en tant que dépositaire, est libre d'accepter également et sans autre condition les actes accomplis par le Kosovo.

La question de savoir comment il faut réagir à d'éventuels actes d'adhésion ou déclarations de succession relatifs à des traités dont la Suisse est le dépositaire se pose pour tous les traités ouverts à l'ensemble des Etats.⁷⁴ Comment le dépositaire peut-il traiter une demande d'adhésion du Kosovo au vu du statut contesté de celui-ci, sans se départir de l'impartialité imposée par le droit international? Dans un passé relativement récent, la Suisse a suivi, en tant qu'Etat dépositaire, une pratique proche de celle du Secrétaire général des Nations Unies, le dépositaire de loin le plus important. La pratique de ce dernier se conforme, à son tour, aux instructions données par l'Assemblée générale pour des cas où la situation est politiquement délicate ou peu claire du point de vue juridique. Dans le cas du Kosovo, l'absence d'accord entre les Etats membres de l'Organisation pourrait cependant avoir pour conséquence que les Nations Unies, en leur qualité de dépositaire, ne prendraient pas position pendant une période prolongée.⁷⁵ Lorsqu'un "Etat" désire devenir Partie à un traité, le dépositaire peut, soit accepter l'adhésion et l'enregistrer, soit la refuser en expliquant qu'un désaccord persiste sur le point de savoir si les conditions d'une adhésion (par exemple la qualité d'Etat) sont remplies. S'agissant d'entités dont le caractère d'Etat au sens juridique du terme demeure litigieuse, l'attitude du dépositaire, quelle qu'elle soit, revient à opérer une qualification et à prendre position dans un litige, ce qui est contraire à son devoir d'impartialité. Une décision définitive (positive ou négative) du dépositaire ne deviendra possible que lorsque le statut de l'"Etat" au sein de la communauté des Etats concerné se sera définitivement consolidé

⁷² "Le DFAE est autorisé à régler, d'entente avec les offices compétents, la question du maintien, dans les relations avec le Monténégro, des traités conclus entre la Suisse et la Serbie-Monténégro."

⁷³ Dans le cas du Monténégro, on a abouti à la même conclusion.

⁷⁴ Dans tous les accords qui, en matière d'adhésion, requièrent l'accord des Parties contractantes ou la décision préalable d'une organisation internationale, le dépositaire ne dispose d'aucune marge de manœuvre et doit respecter la volonté des Parties.

⁷⁵ A ce propos, les Pays-Bas, consultés, ont indiqué que, s'ils étaient dépositaires, ils attendraient eux aussi que les Nations Unies aient clairement pris position.

ou que les Parties au traité en cause auront clairement pris position pour ou contre l'adhésion. Tant que cette clarification fait défaut, la seule attitude que le dépositaire peut observer est de laisser ouverte la question, puisqu'il ne peut pas lui-même prendre position sur le fond de celle-ci. Il est, en outre, tenu d'informer les Parties contractantes de tous les actes liés au traité qui ont été accomplis⁷⁶ et ne saurait se contenter d'accepter en silence une éventuelle adhésion du Kosovo sans en rendre compte aux Parties contractantes. Ainsi l'attitude la plus évidente à prendre semble être celle consistant à informer les Parties contractantes de la demande d'adhésion sans enregistrer le Kosovo en tant que Partie, en leur demandant, le cas échéant,⁷⁷ de prendre position sur la demande d'adhésion."

Note de la DDIP du 28 février 2008. Document inédit.

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les nos 3.7, 5.2 et 8.1)

7.1 Immunité pénale des représentants de l'Etat à l'étranger

Voici un large extrait de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 60^e session, du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2008 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 63^e session, Supplément n° 10 (A/63/10), plus particulièrement sur la partie du rapport intitulée: "Immunité des représentants de l'Etat devant la juridiction pénale étrangère" (pp. 349-371):

"La question de l'immunité des représentants de l'Etat revêt pour la Suisse, en tant qu'Etat hôte d'organisations et de conférences internationales, une importance pratique particulière. La Suisse a élaboré une loi sur l'Etat hôte qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.⁷⁸ Cette loi définit, sous réserve du droit international, les privilèges, immunités et facultés dont bénéficient les institutions internationales établies en Suisse ainsi que les personnes qui y déploient des activités en qualité officielle. Ma délégation salue donc les travaux de la Commission du droit international ainsi que l'excellent rapport préliminaire préparé par le Rapporteur spécial M. Kolodkin. En clarifiant l'immunité pénale des représentants étrangers, la Commission rendra un grand service aux Etats. Ses travaux auront certainement des répercussions significatives sur le plan juridique et opérationnel. En résumé, il s'agit à notre avis de l'une des matières les plus importantes traitées dernièrement par la Commission.

Sur le plan international, nous notons deux tendances qui semblent contradictoires. D'une part, *le concept même de l'immunité pénale* est remis en question par l'application du principe de la juridiction universelle pour les crimes les plus graves et la création de tribunaux pénaux internationaux. D'autre part, la globalisation a conduit à une intensification des contacts à tous les niveaux, de sorte que la représentation d'un pays à l'extérieur n'est plus exclusivement le domaine des chefs d'Etat, des chefs de gouvernement ou des ministres des affaires étrangères.

Comment appréhender ces tendances? Pour la Suisse, le principe selon lequel les immunités ont un caractère fonctionnel constitue le point de départ de la discussion. Comme le soulignent les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires,⁷⁹ les immunités existent pour permettre aux représentants des Etats de *remplir des fonctions sans entrave* et non pas pour leur avantage personnel.

Selon nous, ce principe devrait guider la Commission dans la recherche d'une définition des immunités pénales des représentants de l'Etat et nous constatons avec satisfaction que l'esquisse d'une solution présentée par le Rapporteur spécial va dans cette direction. Nous souhaitons également saisir cette occasion pour saluer la proposition du Rapporteur spécial d'exclure la question de l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et devant les juridictions de l'Etat de nationalité du représentant en cause.

La Suisse partage l'avis des membres de la Commission qui estiment qu'il est préférable de ne pas élargir l'immunité *ratione personae* au-delà des représentants de l'Etat de plus haut rang. Il a été relevé à juste titre que ces personnes bénéficient d'une immunité pénale absolue parce qu'elles *représentent l'Etat*. En effet, la fonction principale des plus hauts représentants de l'Etat tels que les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères est de représenter leur pays à l'extérieur. En revanche, tous ceux qui n'ont pas cette fonction inhérente de représentation ne devraient pas bénéficier de l'immunité pénale absolue.

Nous notons que le Rapporteur spécial s'interroge sur la signification du terme "immunité pénale". Il y voit surtout un fort élément procédural. L'immunité devrait ainsi protéger son bénéficiaire de toute action de nature pénale dirigée contre lui. Il conviendrait, à ce sujet, d'inclure dans la réflexion l'inviolabilité de la personne en droit international qui est juridiquement distincte de l'immunité pénale, mais néanmoins étroitement liée à ce sujet.

...

Durant le dialogue interactif avec la Commission du droit international, nous avons cherché à savoir comment le Rapporteur spécial définira le terme de "représentant de l'Etat". Si l'on suit le raisonnement du Rapport de la

⁷⁶ Sauf s'il s'agit d'une action manifestement inadmissible, par exemple de demandes d'admission présentées par des "Etats-fantaisie".

⁷⁷ Là où cela semble approprié compte tenu du cercle des Etats Parties.

⁷⁸ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (RS 192.12).

⁷⁹ Convention du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01); Convention du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02).

Commission du droit international, selon lequel "tous les représentants de l'Etat" jouissent d'une immunité *ratione materiae*, la question de la définition sera importante. La variété de personnes visées peut potentiellement être large et elle pourrait aller du chef d'Etat au simple fonctionnaire d'un office du tourisme étatique. Ma délégation estime qu'une certaine catégorisation des différents groupes de représentants ou fonctionnaires de l'Etat pourra contribuer à déterminer l'étendue de l'immunité pénale en droit international.

Selon nous, on peut généralement distinguer six groupes qui entreraient en ligne de compte:

- 1) Premier groupe: les chefs d'Etats, chefs de gouvernement ou les ministres des affaires étrangères qui bénéficient d'une immunité personnelle absolue en droit coutumier.
- 2) Deuxièmement, les hauts représentants de l'Etat. Nous rappelons que la Convention sur les missions spéciales⁸⁰ traite des privilèges et immunités lorsque ces personnes se rendent en visite officielle dans un Etat étranger. On peut ainsi admettre que cette catégorie de personnes peut être titulaire d'une immunité pénale *ratione materiae*.
- 3) La troisième catégorie ne pose pas de difficultés particulières: il s'agit des représentants diplomatiques et consulaires dont l'immunité est définie dans les deux conventions de Vienne de 1961 et de 1963 qui sont l'expression du droit coutumier.
- 4) Une quatrième catégorie, similaire à la troisième, est constituée par les fonctionnaires des organisations internationales dont les immunités sont réglées dans les accords de siège ou des conventions relatives aux privilèges et immunités des organisations internationales.
- 5) Dans une cinquième catégorie, on trouve le personnel des forces armées dont les immunités sont en règle générale définies dans les accords sur le statut des forces. La question se pose de savoir si l'existence de tels accords peut être considérée comme une expression, en droit coutumier, d'une présomption en faveur de l'immunité pénale pour des actes accomplis par les membres des forces armées à l'étranger dans l'exercice de leurs fonctions. Nous en doutons, mais il appartiendra à la Commission du droit international public de trancher cette question.
- 6) La sixième et dernière catégorie serait constituée par tous les autres fonctionnaires. Selon nous, ces personnes ne bénéficient pas d'immunité pénale, ni même fonctionnelle, sauf en vertu d'un accord international spécifique conclu entre l'Etat d'envoi et l'Etat accréditant.

Il nous paraîtrait judicieux de déterminer, sur la base d'une catégorisation, quels représentants étatiques bénéficient de l'immunité pénale *ratione personae* ou *ratione materiae*. Dans ce contexte, la Commission devra également réfléchir à comment définir la *fonction ou présence officielle* d'un représentant étatique à l'étranger aux fins de l'immunité pénale. Il semble logique qu'un représentant d'Etat jouisse de l'immunité pénale et de l'inviolabilité personnelle dans le territoire du pays qui l'invite officiellement. Mais qu'en est-il des manifestations et conférences privées ou semi-officielles auxquelles des représentants étrangers sont de plus en plus souvent invités? Cette question n'est pas simplement d'un intérêt académique dans la mesure où il arrive que des personnes privées ou des ONG (organisations non gouvernementales) profitent de la présence d'une personnalité étrangère dans le pays pour déposer une plainte pénale contre elle.

Quel pourra être le résultat que la Commission sera amenée à présenter? Nous estimons qu'une clarification de l'*étendue* et de la *portée* de l'immunité pénale en vue de la codification du droit international sera utile, voire nécessaire. On pourrait à un stade ultérieur discuter de la forme que cette clarification ou codification du droit international devrait prendre. Mais il importe que la Commission définisse les règles *de droit* et les distingue de la simple courtoisie pour que le résultat de ses travaux puisse être concrètement appliqué dans l'ordre juridique interne.

Une clarification de l'immunité pénale en droit international n'est d'ailleurs pas seulement souhaitable sous l'aspect juridique, mais aussi pour des raisons de politique étrangère. Comme l'expérience le démontre, des mandats d'arrêts prononcés par des juges ou procureurs à l'égard de hauts représentants étatiques risquent de provoquer des tensions entre Etats. Ainsi, des règles claires applicables à tous les Etats contribueront à apaiser et à dépolitiser ce genre de situation.

Ainsi, un projet d'articles pourrait être élaboré aux fins d'établir, ultérieurement, un instrument de droit international qui codifierait le droit coutumier en la matière. S'il s'avère difficile de dresser une liste exhaustive des personnalités qui bénéficient de l'immunité pénale, on pourrait songer, pour sortir de l'impasse, à assortir le projet d'article d'un mécanisme de "opting in" ou de "opting out", de sorte que les Etats Parties à un tel instrument auraient la faculté, soit de reconnaître l'immunité pénale à l'ensemble des représentants étatiques mentionnés dans le projet d'articles, soit de faire une sélection positive ou négative. Quelle que soit la solution trouvée, les Etats voudront savoir avec certitude *quels* représentants étatiques peuvent se prévaloir de *quel degré* d'immunité pénale lorsque ces derniers se trouvent dans un autre Etat. Dans ce contexte, la Commission devra également aborder la question des exceptions à l'immunité et nous avons noté avec satisfaction que le Rapporteur spécial se penchera sur ce sujet."

Déclaration faite le 4 novembre 2008 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

7.2 Quand un chargé d'affaires ad interim peut-il être nommé et par qui?

La communication de la DDIP qui suit a pour objet la désignation de chargés d'affaires *ad interim*:

"1. La question du chargé d'affaires *ad interim* est réglée principalement à l'article 19 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁸¹ dont la teneur est la suivante:

"1. Si le poste de chef de mission est vacant, ou si le chef de la mission est empêché d'exercer ses fonctions, un chargé

⁸⁰ Convention du 9 décembre 1969 (RS 0.191.2).

⁸¹ Voir la note 79.

d'affaires *ad interim* agit à titre provisoire comme chef de la mission. Le nom du chargé d'affaires *ad interim* sera notifié soit par le chef de la mission, soit, au cas où celui-ci est empêché de le faire, par le Ministère des Affaires étrangères de l'Etat accréditant, au Ministère des Affaires étrangères de l'Etat accréditaire ou à tel autre ministère dont il aura été convenu.

2. Au cas où aucun membre du personnel diplomatique de la mission n'est présent dans l'Etat accréditaire, un membre du personnel administratif et technique peut, avec le consentement de l'Etat accréditaire, être désigné par l'Etat accréditant pour gérer les affaires administratives courantes de la mission."

2. La notion d'empêchement pour le chef de mission d'exercer ses fonctions n'est pas définie dans cette disposition. Elle est en fait laissée à l'appréciation des Etats dont la pratique n'est de loin pas uniforme.

Si certains d'entre eux estiment que le chargé d'affaires *ad interim* peut être nommé dès que le chef de mission a quitté la capitale (anciennement URSS, anciennement Yougoslavie), d'autres, parmi les pays occidentaux, sont de l'avis qu'un chargé d'affaires *ad interim* peut être nommé seulement une fois que *le chef de mission a quitté le territoire de l'Etat accréditaire*. Le chef de mission demeure donc en fonctions aussi longtemps qu'il se trouve dans l'Etat accréditaire, qu'il y soit en voyage de service ou en voyage privé. Il est important qu'il puisse être appelé et revenir dans la capitale s'il devait être cité au Ministère des affaires étrangères (MAE) en cas de situation grave. Tel est, en tous les cas, l'avis du Royaume-Uni, de la République fédérale d'Allemagne, de la Belgique. C'est également celui de la Suisse, ce que tous les collègues interrogés ont confirmé.

Bien évidemment, un chargé d'affaires *ad interim* sera nommé si le chef de mission est *physiquement empêché* d'exercer sa mission, par exemple s'il devait être hospitalisé dans un établissement de l'Etat accréditaire pour une certaine durée.

En cas d'accréditation multiple - soit, lorsque le chef de mission est accrédité dans un autre Etat accréditaire où il n'a pas sa résidence permanente, - il devrait en principe désigner un chargé d'affaires *ad interim* lorsqu'il y effectue un voyage de service. Néanmoins, et contrairement à la règle qui veut qu'un chargé d'affaires *ad interim* soit désigné chaque fois que le chef de mission quitte le territoire de l'Etat accréditaire où il a sa résidence permanente, si le voyage est bref et les distances courtes (par exemple Riga/Vilnius ou Helsinki/Tallin), il ne sera pas indispensable d'adresser une note au MAE de l'Etat accréditaire où le chef de mission a sa résidence permanente, car le temps d'envoyer la note, le chef de mission sera déjà de retour. Dans ces cas, une certaine latitude devrait être laissée au chef de mission de désigner ou non un chargé d'affaires *ad interim*.

3. Enfin, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoit encore, notamment à l'article 5, paragraphe 2, une autre situation relative à la désignation d'un chargé d'affaires *ad interim*. Cette disposition se lit comme suit:

"Si l'Etat accréditant accrédite un chef de mission auprès d'un ou plusieurs autres Etats, il peut établir une mission diplomatique dirigée par un chargé d'affaires *ad interim* dans chacun des Etats où le chef de la mission n'a pas sa résidence permanente."

En cas d'accréditation multiple, un chargé d'affaires *ad interim* peut être nommé lorsque l'Etat accréditant a décidé d'établir une mission diplomatique dans un Etat où le chef de mission est accrédité, mais où il n'a pas sa résidence permanente. Il ne s'agit pas à ce moment-là d'une fonction temporaire, mais d'une fonction permanente. Ainsi, lorsque le chef de mission effectue son voyage de service dans ce pays où il est également accrédité et où la Suisse a établi une mission diplomatique (par exemple, anciennement au Soudan où l'Ambassadeur de Suisse en Egypte était accrédité), le chargé d'affaires *ad interim* garde son titre et sa fonction, dès lors que cette dernière s'apparente à une fonction permanente.

4. A la question de savoir *qui* peut être désigné en qualité de chargé d'affaires *ad interim*, la réponse est claire: il revient à l'adjoint du chef de mission le plus élevé en grade d'être désigné en qualité de chargé d'affaires *ad interim*. Le nom du chargé d'affaires *ad interim* sera notifié généralement par le chef de mission lui-même au MAE, et, s'il en est empêché physiquement, par le MAE de l'Etat accréditant au MAE de l'Etat accréditaire. Ce n'est que si aucun membre du personnel diplomatique n'est présent qu'un membre du personnel administratif et technique pourra être désigné avec le consentement de l'Etat accréditaire, mais seulement pour gérer les affaires administratives courantes de la mission."

Note de la DDIP du 10 janvier 2008. Document inédit.

7.3 Statut territorial, privilèges et immunités des missions diplomatiques et des postes consulaires suisses à l'étranger, et vice-versa; inviolabilité de leurs locaux; absence de personnalité juridique séparée de ces missions et postes. Applicabilité du droit de l'Etat accréditaire ou de résidence aux missions et postes en cause, ainsi qu'aux entreprises travaillant pour eux

Réponse donnée à une série de questions posées à la DDIP par l'Office fédéral des constructions et de la logistique:

"1. Il n'y a pas de principe d'exterritorialité. Une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'étranger n'est pas considérée comme étant établie sur le territoire suisse. Le terrain sur lequel est établie une représentation reste le territoire de l'Etat dans lequel celle-ci est établie.

2. Il en va bien évidemment de même pour les représentations diplomatiques et consulaires étrangères établies en Suisse, ainsi que pour les organisations qui sont établies en Suisse et bénéficient de privilèges et immunités en vertu d'un accord de siège conclu avec la Suisse.

3. Toutefois, les représentations diplomatiques et consulaires, ainsi que les organisations qui entrent dans le champ d'un accord de siège prévoyant des privilèges et immunités, bénéficient de l'inviolabilité des locaux. Il en découle que les autorités de l'Etat accréditaire/Etat de résidence ne peuvent y pénétrer sans autorisation expresse du chef de mission/directeur général de l'organisation.⁸²

4. Une représentation diplomatique ou consulaire n'a pas de personnalité juridique. Elle représente l'Etat et c'est donc ce dernier qui est l'entité juridique concernée.

5. La représentation diplomatique ou consulaire est soumise à l'application du droit de l'Etat dans lequel elle est établie, dans la mesure où le droit international ne la dispense pas d'appliquer la législation nationale de l'Etat accréditaire/Etat de résidence ou dans la mesure où ledit droit national de l'Etat accréditaire/Etat de résidence ne l'exempte pas non plus de cette application. La détermination de la législation nationale applicable dépend en particulier des objectifs fixés par la législation en question.

6. *S'agissant des marchés publics, les représentations diplomatiques et consulaires ne sont pas tenues d'appliquer la législation de l'Etat accréditaire/Etat de résidence.* La législation nationale de l'Etat accréditaire/Etat de résidence ne peut en effet pas imposer à un autre Etat la façon dont il doit faire usage de ses fonds publics pour les besoins de ses représentations diplomatiques ou consulaires. Ainsi, l'Etat accréditaire/Etat de résidence ne peut pas obliger l'Etat accréditant/Etat d'envoi à procéder à des appels d'offre pour des travaux auxquels il y aurait lieu de procéder dans la représentation diplomatique ou consulaire de l'Etat accréditant/Etat d'envoi.

7. *Nous relevons d'ailleurs* que la loi suisse sur les marchés publics ne concerne que les acquisitions de biens ou de prestations de services qui sont faites par les autorités suisses (fédérales, cantonales ou communales) ou par des entités sous influence dominante de ces autorités suisses. En conséquence, la loi suisse sur les marchés publics, de par sa formulation même, ne saurait s'appliquer à des acquisitions de biens ou de prestations de services effectuées par des représentations diplomatiques ou consulaires étrangères établies en Suisse ou par des organisations au bénéfice d'un accord de siège.

8. Les représentations diplomatiques et consulaires - de même que les organisations internationales - sont en revanche tenues d'appliquer la législation dudit Etat qui a trait à la façon dont d'éventuels travaux de construction doivent être accomplis, s'agissant en particulier des procédures (mises à l'enquête et autorisations de construire, par exemple), des normes de construction (hauteur de bâtiments, par exemple) ou de la sécurité des travailleurs. Il est cependant rappelé que l'inviolabilité des locaux empêche concrètement la vérification du respect des normes légales dans la mesure où leur vérification nécessite de pénétrer dans les locaux concernés.

9. Il y a lieu de distinguer, d'une part, le droit applicable aux activités d'une représentation diplomatique ou consulaire et, d'autre part, le droit applicable aux entreprises qui concluent des contrats de livraisons de marchandises ou de prestations de services avec ces dernières. La question de savoir si un contrat pour des livraisons de biens ou des prestations de services à une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'étranger peut prévoir l'application du droit suisse ou la compétence des tribunaux suisses en cas de litige dépend en particulier de la législation de l'Etat accréditaire/Etat de résidence (lieu où la livraison de biens ou la prestation de services doit être faite).

10. En Suisse, les entreprises qui effectuent des livraisons de marchandises ou des prestations de services pour des représentations diplomatiques et consulaires étrangères qui sont établies en Suisse sont soumises au droit suisse. Elles doivent donc respecter en particulier les conditions de travail et de rémunération qui prévalent en Suisse et, lorsqu'il s'agit d'entreprises étrangères, obtenir notamment les autorisations de travail nécessaires pour leurs travailleurs, respectivement les autorisations d'importation des biens concernés."

Communication du 12 juin 2008 adressée par la DDIP à l'Office fédéral des constructions et de la logistique du Département fédéral des finances. Document inédit.

7.4 Inviolabilité personnelle des agents diplomatiques. Immunité d'exécution des biens d'un Etat étranger

La note partiellement reproduite ci-après, adressée à l'Ambassade de l'Etat F. à Berne, a pour objets l'admissibilité de la notification directe d'actes judiciaires à des agents diplomatiques et l'immunité d'exécution des biens d'un Etat étranger.

"1. Notification d'actes judiciaires à des agents diplomatiques

L'agent diplomatique jouit de l'inviolabilité personnelle conformément à l'article 29 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.⁸³ De plus, selon l'article 30 de ladite convention, la demeure privée de l'agent diplomatique jouit de la même inviolabilité que les locaux de la mission diplomatique, terme par lequel il faut entendre la chancellerie de la mission diplomatique et la résidence du chef de mission (cf. article premier, lettre i), de ladite convention).

Il suit de ce qui précède que l'inviolabilité personnelle de l'agent diplomatique, mais surtout l'inviolabilité de sa demeure privée font obstacle à *toute notification directe* d'un acte judiciaire, c'est-à-dire d'un commandement de payer, d'une citation à comparaître devant un juge d'instruction ou un tribunal, etc.

Un tel acte judiciaire doit être transmis à l'intéressé par la *voie diplomatique*. ...

⁸² L'expression "Etat accréditaire" est utilisée pour l'Etat qui accueille une mission diplomatique, le terme "Etat de résidence" désignant l'Etat où un poste consulaire est établi.

⁸³ Cf. la note 79.

2. Immunité d'exécution des biens d'un Etat étranger

A propos de l'immunité des biens d'un Etat étranger, le Département relève que l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et l'article 31, paragraphe 4, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁸⁴ prévoient que les locaux, l'ameublement, les autres objets et les moyens de transport de la mission diplomatique et du poste consulaire ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Il s'ensuit que les biens d'un Etat étranger, qui se trouvent dans ses représentations en Suisse, ainsi que les comptes bancaires de ses représentations sont insaisissables sur la base des dispositions précitées.

Ainsi l'immunité d'exécution protège les biens d'un Etat étranger se trouvant en Suisse lorsqu'ils sont affectés au service diplomatique de cet Etat étranger ou à d'autres tâches lui incombant comme détenteur de la puissance publique (*jure imperii*). En revanche, l'immunité d'exécution ne protège pas des biens qui ont été séquestrés pour des actes que l'Etat étranger a accompli comme titulaire de droits privés (*jure gestionis*) au même titre qu'un particulier."

Note du DFAE à l'Ambassade de l'Etat F. à Berne, du 13 mars 2008. Document inédit.

7.5 Inviolabilité des agents diplomatiques: vaccin obligatoire. Traités internationaux: interprétation

La note ci-dessous reproduite, préparée par la DDIP, a pour objet le point de savoir si l'immunité personnelle des agents diplomatiques s'étend aux campagnes de vaccin obligatoire en cas de pandémie.

(Traduction)

"1. Le droit à l'inviolabilité

L'article 29 de la Convention sur les relations diplomatiques (du 18 avril 1961, CVRD, RS 0.191.01) dispose que les agents diplomatiques étrangers jouissent de l'inviolabilité personnelle. A ce propos, la Commission du droit international (des Nations Unies, CDI) a dit que: "Du fait de son inviolabilité, l'agent diplomatique est exempté de mesures qui constitueraient une coercition directe" (Annuaire de la CDI 1958, vol. II, p. 101). Un vaccin imposé par l'Etat (accréditant) représente une intervention étatique plus marquée qu'un test d'alcoolémie ou un examen médical (E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2^e éd., Oxford 1998, p. 218). Il y aurait donc, à première vue, violation de l'article 29 (N. Wagner/H. Raasch/T. Pröpstl, *Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961: Kommentar für die Praxis*, Berlin, 2007, p. 243). Le fait que l'article 41, paragraphe premier, de la CVRD enjoint aux diplomates de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire n'y change rien. Cette dernière disposition porte sur la compétence de légiférer ("jurisdiction to prescribe") de cet Etat et non sur celle d'exécution ("jurisdiction to enforce").

2. Entorses à ce droit

Trois entorses au droit de l'inviolabilité sont incontestées, dont deux étaient déjà considérés comme étant clairement admises lors de l'élaboration de la CVRD: actions policières de prévention des délits et actes de légitime défense de l'Etat. Pour parler avec la CDI: "Ce principe (d'inviolabilité) n'exclut à l'égard de l'agent diplomatique ni les mesures de légitime défense, ni, dans des circonstances exceptionnelles, des mesures visant à l'empêcher de commettre des crimes ou délits." (Annuaire de la CDI 1958, vol. II, p. 101.)

Est également permis aujourd'hui, troisièmement, la prise de mesures temporaires dans des cas d'ivresse au volant, en raison de la nécessité de protéger les agents diplomatiques et les autres personnes participant à la circulation (Denza, *op.cit.*, p. 219).

L'élément commun aux trois entorses est l'existence d'une nécessité qui rend impossible ou futile toute demande de renonciation ou déclaration de *persona non grata* adressée à l'Etat accréditant. En l'absence d'une telle nécessité, une vaccination forcée ne peut guère se justifier (Wagner *et al.*, *op.cit.*, p. 244).

Devant cet arrière-fond, on se référera aux dispositions du Règlement sanitaire international (RSI) (du 23 mai 2005, RS 0.818.103) dans leur nouvelle teneur, inspirée de l'épidémie SARS de 2005. Ce règlement s'appuie directement sur l'article 21 de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS);⁸⁵ il est, depuis 2007, obligatoire sur le plan international pour tous les Etats. L'article 12 (du règlement) autorise le Secrétaire-général de l'Organisation à constater une "urgence de santé publique de portée internationale". De plus peut-il recommander des mesures concrètes, dont des restrictions de déplacement, des quarantaines et des vaccins (article 15 lu conjointement avec l'article 18). Lorsqu'il y a menace de pandémie et que l'OMS constate l'existence d'une "urgence de santé publique de portée internationale", un vaccin obligatoire des agents diplomatiques peut rentrer dans le cadre des exceptions énoncées plus haut.

Du point de vue juridique, les dispositions du RSI constituent un "accord ultérieur" au sens de l'article 31, paragraphe 3, lettre a, de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁶ et, de ce fait, un instrument contribuant à l'interprétation de l'article 29 de la CVRD. Aucune entorse extra-conventionnelle à la règle de l'inviolabilité des diplomates n'a été invoquée, ce qui pourrait faire problème compte tenu de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (CIJ, Recueil 1980, p. 3) et de la doctrine, exposée dans cet arrêt, des régimes autonomes ('self-contained regimes'). Dans le rapport de l'Office fédéral de la santé publique (du Département fédéral de l'intérieur) relatif au RSI, il est du reste dit que l'Assemblée mondiale de la santé a renoncé à se prononcer explicitement sur l'applicabilité du RSI aux diplomates, estimant que "les limites du traitement spécial" étaient suffisamment définies par

⁸⁴ Convention du 24 avril 1963 (voir *ibid.*).

⁸⁵ Constitution du 22 juillet 1946 (RS 0.810.1).

⁸⁶ Voir la note 19.

le droit international public (p. 8). De plus, l'article 57 du RSI exige que le RSI et "les autres accords internationaux doivent être interprétés de manière à assurer leur compatibilité", et l'article 43 du RSI réserve explicitement les mesures sanitaires nationales supplémentaires par rapport aux recommandations de l'OMS. Il existe ainsi - évidemment dans le cadre du consensus tracé par le RSI - une base juridique solide pour procéder à des vaccins obligatoires.

3. Résultat

Les vaccins obligatoires pour diplomates sont licites, sur le plan international, lorsque l'OMS a constaté l'existence d'une "urgence de santé publique de portée internationale". En l'absence d'une telle urgence, il est nécessaire, au minimum, de pouvoir établir l'existence d'une urgence au sens du RSI."

Note de la DDIP du 4 mars 2008. Document inédit.

7.6 Fonctions consulaires: transmission d'actes judiciaires et extrajudiciaires à des citoyens de l'Etat d'envoi sur le territoire de l'Etat de résidence. Souveraineté territoriale. Traités et courtoisie internationale

La note de la DDIP partiellement publiée ci-après concerne la transmission de documents administratifs par des missions diplomatiques et des postes consulaires à l'étranger à des citoyens de l'Etat d'envoi.

(Traduction)

"L'article 5, lettre j, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (du 24 avril 1963) (CVRC; RS 0.191.02) dispose que les fonctions consulaires consistent à: "Transmettre des actes judiciaires et extra-judiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence."

Dans le document qui suit, on examinera le contenu de cette disposition en tenant compte de son texte. On considérera également les possibilités offertes par les accords internationaux ainsi que l'ordre juridique et la pratique administrative suisses concernant la transmission des actes administratifs qui sont concrètement en cause. En outre, on étudiera les simplifications et solutions possibles en matière de transmission aux citoyens de l'Etat d'envoi qui peuvent être utiles tant aux autorités suisses qu'aux représentations étrangères en Suisse. Dans les conditions actuelles et à notre point de vue, une pratique simplifiée de transmission aux citoyens de l'Etat d'envoi par les autorités consulaires semble certainement souhaitable. Il convient toutefois de signaler, dès à présent, la tension qui existe entre la souveraineté de l'Etat et les aspects pratiques dans le domaine de la transmission. La question principale qui surgit est de savoir si un souhait éventuel de libéralisation dans ce domaine pourrait se réaliser en s'appuyant sur la seule convention de Vienne, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir une autre base juridique concrète pour tenir compte comme il se doit de la souveraineté, telle que la conçoit l'Etat d'envoi, ainsi que de l'ordre juridique de cet Etat et de l'idée qu'il se fait du droit.

1. La Convention de Vienne

La CVRC part du principe que les fonctions consulaires sont exercées en faveur des seuls ressortissants de l'Etat d'envoi qui séjournent dans l'Etat de résidence ou y sont établis.⁸⁷ On relèvera que des fonctions consulaires peuvent également être assumées par des missions diplomatiques (voir l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de Vienne (du 18 avril 1961) sur les relations diplomatiques (CVRD; RS 0.191.01), ou les articles 3 ou 70, paragraphe premier, de la CVRC.

La CVRC est un traité multilatéral dont l'article 5 énumère de façon générale et abstraite, non exhaustive, les fonctions du poste consulaire. L'esprit de cette convention dans son ensemble et, particulièrement, de son article 5, veut que l'Etat d'envoi prenne en compte, de manière générale, la situation de l'Etat de résidence. La lettre j (de l'article 5) mentionne expressément la transmission d'actes judiciaires et extra-judiciaires parmi les fonctions de poste consulaire. Les voies de transmission ne sont toutefois pas précisées. Ainsi, en l'absence de restrictions, la notion de transmission englobe les communications formelles autant que les autres modes de remise de documents administratifs ou judiciaires par les postes consulaires.⁸⁸ De plus, aucune différence n'est faite entre la transmission à des ressortissants étrangers ou à ceux de l'Etat d'envoi se trouvant dans la circonscription consulaire en cause. Pour pouvoir appliquer la lettre j, il doit toutefois s'agir d'un document pertinent dans le cadre des relations bilatérales entre l'Etat de résidence et l'Etat d'envoi.⁸⁹ De toute manière, l'exercice des fonctions consulaires dans le cadre de l'article 5, lettre j, de la CVRC n'est possible, en principe, que si la transmission peut être fondée sur un accord international (voir point 2) ou, à défaut d'une telle base, si elle ne contrevient pas au droit de l'Etat de résidence (voir point 3).⁹⁰

2. Transmission sur la base d'accords internationaux

2.1 La règle générale: transmission fondée sur un accord

Les articles 5, lettre j, et 73 de la CVRC permettent la conclusion d'accords internationaux pour mieux définir les modalités de transmission, pour compléter ces modalités et pour les simplifier. D'après l'interprétation donnée au droit consulaire et diplomatique, et la pratique constante, cela n'est pas possible sur la base de la CVRC. Bien au contraire:

⁸⁷ Niklas Wagner/Holger Raasch/Thomas Pröpstl, Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963. Kommentar für die Praxis, Berlin 2007, p. 90.

⁸⁸ Ibid., p. 105.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

un accord international particulier et spécifique est requis pour permettre à l'Etat de transmettre des actes directement à ses propres ressortissants par la voie consulaire.

L'article 8 de la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile ou commerciale ((du 15 novembre 1965) ..., RS 0.274.131) fournit l'exemple d'une réglementation contraignante pour la Suisse sur le plan international en matière de transmission de documents officiels par les postes consulaires. Le paragraphe 2 de cet article dispose explicitement (et sans possibilité de dérogation) que les postes consulaires et les missions diplomatiques peuvent transmettre des documents aux ressortissants de l'Etat d'envoi. Contrairement à ce qui est le cas dans le domaine du droit civil, il n'existe donc, à l'heure actuelle, aucun accord international sur la signification d'actes administratifs conclus par la Suisse, donc aucune règle pertinente du droit international, sur laquelle celle-ci pourrait s'appuyer pour faire transmettre directement de tels actes par ses postes consulaires à des citoyens suisses. Mais cela ne signifie pas l'absence de règles à propos de la transmission d'actes administratifs. L'article 10 de la Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative⁹¹ permet, comme le fait l'article 8 de la convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires, la signification par les postes consulaires de ceux-ci aux citoyens de l'Etat d'envoi. La Suisse a signé cet accord mais ne l'a pas ratifié à ce jour.⁹² Ces dispositions conventionnelles spécifiques montrent, comme on l'a dit au paragraphe initial du point 2.1, que le mode de transmission ici examiné ne peut prendre appui, ni directement ni exclusivement, sur l'article 5, lettre j, de la CVRC.

2.2 La courtoisie comme exception à la règle

A côté de la justification fondée sur des traités au sens formel du terme, on pourrait songer à la courtoisie internationale ou régionale, c'est-à-dire un acquiescement informel mais actif, ou une tolérance passive, sans y voir d'obligation juridique ou d'*opinio juris*. Dans ce cadre, plusieurs critères et intérêts de la Suisse pourraient entrer en ligne de compte, parmi lesquels: le cercle des Etats concernés (par exemple les pays voisins de la Suisse); la nature des actes à transmettre (par exemple des décisions contenant des éléments contraignants); le domaine juridique touché (par exemple: exclusion de la transmission en matière fiscale); la réciprocité. Le recours à la courtoisie serait à notre avis suffisant sous l'angle de l'article 5, lettre j, de la CVRC, car cette notion impliquerait l'accord de l'Etat de résidence et, de ce fait, également un accord sur les modalités mutuelles de transmission. Au cours des années 90, après la réunification allemande, la Suisse a par exemple accepté, lorsque les transmissions en provenance de l'Allemagne menaçaient de submerger les autorités suisses, que des significations à des citoyens allemands dans le domaine administratif se fassent par la voie directe. A la suite de consultations, une note du DFAE du 19 juin 2006 a mis fin à cette technique simplifiée de transmission aux citoyens de l'Etat notifiant.

Une règle de courtoisie devrait être mise en place par la voie diplomatique, c'est-à-dire par l'ambassade compétente. En principe les postes consulaires ne peuvent saisir le ministère des affaires étrangères de l'Etat de résidence ou introduire une pratique de courtoisie. Il est en revanche possible que l'ambassade et le ministère concernés conviennent d'habiliter les postes consulaires des deux pays, à titre de courtoisie, et sous certaines conditions, à procéder à des transmissions directes à leurs propres citoyens.

Le caractère plutôt complexe de cette procédure, son issue incertaine et le manque de sécurité juridique ou de rattachement au droit des gens (la courtoisie n'équivaut pas au droit international coutumier)⁹³ font de la courtoisie un moyen à n'utiliser qu'à titre exceptionnel. Les Etats invités à l'accepter peuvent, dans le contexte de la courtoisie, retirer ou modifier leur accord ou pratique à tout moment. Cela rendra difficile le contrôle de la pratique par la centrale à Berne et les autorités suisses concernées. Il s'agirait dès lors de se demander, à titre préalable, avec quels Etats un accord serait prioritaire et si une solution fondée sur la courtoisie constituerait le moyen le plus adéquat dans les situations en question. Pour ce qui est des relations entre la Suisse et ses voisins, qui, statistiquement, génèrent un grand nombre de significations d'actes administratifs à leurs propres citoyens, on rappellera, une fois encore, l'article 10 de la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative, instrument ratifié par tous les pays voisins de la Suisse (à l'exception du Liechtenstein et la Suisse elle-même).

3. Conformité au droit interne

Selon le droit international, chaque Etat a droit au respect de son intégrité territoriale. Est donc interdit l'accomplissement d'actes de puissance publique à l'étranger qui interféreraient avec la souveraineté territoriale d'un autre Etat sans son autorisation et sans autre justification spécifique tirée du droit international public (voir JAAC 65.71⁹⁴). En principe, la signification d'une décision administrative prise en Suisse doit être qualifiée d'acte officiel, c'est-à-dire d'acte de puissance publique (*jure imperii*), qui doit être accompli, sur place, par l'Etat de résidence ou, du moins, être approuvé par lui. Sous cet angle, les ambassades et consulats suisses ne peuvent être considérés comme étant

⁹¹ Voir <http://conventions.coe.int/Treaty/htm> (Traités européens, n° 94). L'article 10 (paragraphe premier et 2) a la teneur suivante:

"1. Tout Etat contractant a la faculté de faire procéder directement et sans contrainte, par ses fonctionnaires consulaires ou, si les circonstances l'exigent, par ses agents diplomatiques, aux notifications de documents (à) des personnes se trouvant sur le territoire d'autres Etats contractants.

2. Chaque Etat peut, lors de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, s'opposer, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à l'usage de cette faculté sur son territoire dans le cas où un document doit être notifié à l'un de ses ressortissants ou à un ressortissant d'un Etat tiers ou à un apatride. Tout autre Etat contractant pourra se prévaloir du défaut de réciprocité."

⁹² La convention a été ratifiée par les Etats suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, France, Italie et Luxembourg.

⁹³ Cf. également Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5^e éd., Munich 2004, § 16, n°s 12, 24.

⁹⁴ www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/65/65.71.html (Pratique suisse 2007, n° 5.2, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 493): avis de droit sur le thème entraide judiciaire internationale, transmission, intégrité territoriale et actes de puissance publique.

situés dans un espace extraterritorial. Ils jouissent de certaines immunités tout en étant assujettis, en principe, au droit de leur Etat de résidence.

Lorsqu'ils ont à définir les fonctions consulaires, les Etats cherchent toujours à le faire *d'une manière compatible avec le droit interne* et à ne permettre que des activités consulaires qui sont en harmonie avec l'ordre juridique de l'Etat de résidence.⁹⁵ Ainsi l'article 5, lettre j, de la CVRC fait explicitement référence, à côté des accords internationaux, à la compatibilité avec les lois et règlements de l'Etat de résidence. La CVRC ne peut, en tant que telle, justifier une procédure simplifiée de transmission; l'existence d'une telle procédure dépend largement de la manière dont l'Etat de résidence conçoit et met en œuvre sa souveraineté. Il est donc nécessaire que cet Etat consente à la transmission directe par le poste consulaire à ses propres ressortissants. L'accord prend corps, en pratique, soit par une tolérance passive observée en connaissance de cause, soit sur la base du consentement exprès de l'Etat de résidence.

...

3.2 La base légale formelle: l'exemple de l'Allemagne

Une comparaison montre que l'Allemagne, contrairement à la Suisse, observe une attitude généralement plus libérale en matière de transmission d'actes à l'étranger et qu'elle a des vues différentes sur les limites de la souveraineté.⁹⁶ Le droit consulaire allemand concrétise la fonction définie à l'article 5, lettre j, de la CVRC, pour les postes consulaires allemands, en établissant une base légale formelle sur le plan interne. Aux termes du paragraphe 16 de la Loi sur le service consulaire ...,⁹⁷ les fonctionnaires consulaires sont habilités, à la demande des tribunaux et autorités allemands, à transmettre aux personnes se trouvant dans leur circonscription des documents de toute espèce. Cette disposition ne fait aucune distinction fondée sur la nationalité des destinataires. La signification prévue au paragraphe 16 est d'ailleurs considérée comme faisant partie de l'assistance judiciaire interne en République fédérale. Il en va différemment lorsque le fonctionnaire consulaire agit par l'intermédiaire du tribunal compétent de l'Etat de résidence; dans ce cas-là, l'opération relève de l'assistance judiciaire internationale.⁹⁸ Il va de soi qu'en pratique l'Allemagne n'est pas habilitée à appliquer extraterritorialement son droit interne; bien au contraire, elle tiendra compte de la souveraineté et du droit suisses et procédera aux transmissions par les voies officielles de l'assistance judiciaire."

Note de la DDIP du 28 janvier 2008. Document inédit.

7.7 Privilèges et immunités des organisations internationales en Suisse

Extrait d'une lettre adressée par la DDIP à une étude d'avocats:

"Une organisation intergouvernementale bénéficie en Suisse de privilèges et immunités:

- si elle a conclu un accord de siège avec le Conseil fédéral parce qu'elle a établi en Suisse son siège principal ou un siège subsidiaire,
- si la Suisse est membre de l'organisation et si le traité constitutif prévoit l'obligation pour les Etats membres d'accorder sur leur territoire des privilèges et immunités à ladite organisation conformément audit traité, ou
- si la Suisse est Partie à un traité qui prévoit l'octroi de privilèges et immunités à ladite organisation."

Lettre de la DDIP à une étude d'avocats, du 23 juin 2008. Document inédit.

7.8 Protection spéciale des avoirs bancaires d'une organisation internationale en Suisse?

La lettre qui suit répond à une question posée aux autorités suisses par le Conseiller juridique de l'organisation internationale X. établie en Suisse. L'Organisation avait demandé si, sur la base de l'accord de siège applicable, qui interdit toute perquisition, réquisition, confiscation, expropriation, ou toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative, la Confédération était tenue de séparer les avoirs de l'Organisation du reste des fonds déposés auprès d'une banque en faillite.

"Il y a lieu de répondre par la négative. Les relations de l'Organisation avec les banques relèvent du droit privé et sont soumises au droit ordinaire de la poursuite pour dettes et la faillite. Les créanciers qui ne peuvent obtenir entière satisfaction en l'absence de biens suffisants dans le règlement de la faillite ne font pas l'objet d'une mesure de réquisition, confiscation, expropriation ou contrainte au sens de l'accord de siège.

1. Le régime applicable aux biens, fonds et avoirs de (l'Organisation X.) en Suisse fait l'objet d'un accord de siège qui dispose que les "biens et avoirs (de l'Organisation) en Suisse ne peuvent faire l'objet de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative".

L'Organisation peut ainsi disposer de ses fonds librement, sans intervention étatique visant à freiner ses mouvements financiers. Elle peut en particulier décider librement de ses relations bancaires et de sa politique de placements. Ce faisant, elle entre en relation de droit privé sur une base contractuelle avec les institutions financières auxquelles elle fait appel. Ces relations sont régies par les dispositions du droit interne suisse. La seule obligation qui incombe à l'Etat hôte est d'appliquer la législation en vigueur à l'Organisation de la même façon qu'il l'applique aux autres justiciables (interdiction de la discrimination).

⁹⁵ Wagner/Raasch/Pröpstl, op.cit., p. 86. Voir également l'article 55, paragraphe premier, de la CVRC.

⁹⁶ L'Allemagne, contrairement à la Suisse, est Partie à la convention européenne, voir le point 2.1.

⁹⁷ Loi du 11 septembre 1974 sur les fonctionnaires consulaires, leurs tâches et leurs compétences (Bundesgesetzblatt I, p. 2317), www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/konsg/gesamt/pdf [lien plus actif].

⁹⁸ Wagner/Raasch/Pröpstl, op.cit., p. 106.

2. (L') accord de siège protège les biens de l'Organisation contre une action des autorités étatiques ayant pour objet de priver l'Organisation de l'usage de ses biens. Cependant, cette disposition n'attribue pas une place privilégiée à l'Organisation dans le déroulement de la liquidation d'une faillite, régie par le droit de la poursuite pour dettes et la faillite.

Le fait de ne pas disposer de biens suffisants, suite à une faillite, pour satisfaire entièrement les créanciers n'implique pas une décision de *"perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou toute autre forme de contrainte"*. Il ne s'agit en effet pas d'une contrainte exercée sur les biens de l'Organisation par les autorités, mais d'une constatation que le débiteur ne dispose pas de suffisamment de biens pour rembourser le créancier. Les créanciers qui n'ont pas pu être entièrement satisfaits dans le cadre de la liquidation de la faillite pourront obtenir un acte de défaut de biens qu'ils pourront faire valoir lorsque le débiteur sera revenu à meilleure fortune.

La législation suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite ne prévoit pas de priorité pour les créances des organisations au bénéfice d'un accord de siège ou des Etats pour les biens nécessaires au fonctionnement de leurs représentations diplomatiques ou consulaires. Il y a toutefois lieu de souligner que, en vertu de la législation applicable, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle non obligatoire et les créances des institutions de prévoyance font partie des créances de première classe."

Communication de la DDIP du 3 novembre 2008. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

8.1 Protection des missions diplomatiques et des postes consulaires par l'Etat d'accueil. Responsabilité internationale pour négligence

Dans le texte qui suit, la DDIP examine la question de savoir si la Suisse doit prendre en charge le dommage matériel causé par des manifestations devant le consulat de l'Etat Y. à Zurich.

"La demande de prendre en charge le dommage matériel causé aux locaux du Consulat général de Y. à Zurich est fondée sur l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁹⁹ (obligation spéciale de l'Etat de résidence de prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher les dommages aux locaux consulaires). Dans chaque cas d'espèce, la DDIP est chargée d'examiner la responsabilité des autorités suisses, soit de se prononcer sur la question de savoir si la Confédération doit donner suite à la demande de dédommagement. Pour ce faire, nous nous fondons notamment sur le rapport de police des autorités locales et, le cas échéant, sur le rapport complémentaire du Service fédéral de sécurité (...). Sans attendre ces derniers, nous vous informons brièvement sur le principe de la protection spéciale et la pratique récente des autorités suisses en matière de dédommagement.

L'article 31, paragraphe 3, de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (...) (qui a son pendant à l'article 22, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁰⁰ prévoit que "(l)'Etat de résidence a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux consulaires ne soient envahis ou endommagés et pour empêcher que la paix du poste consulaire ne soit troublée ou sa dignité amoindrie". Ce devoir de protection spéciale revêt deux aspects: 1) la prévention d'éventuels actes dommageables et, lorsque ceux-ci ont été commis, 2) la punition de leurs auteurs.

L'inexécution de ces obligations constitue un *délit d'omission* qui entraîne la responsabilité internationale de l'Etat accréditaire.

Ces obligations n'ont toutefois pas un caractère absolu. Le devoir de prévention, en particulier, dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'inaction d'un organe étatique n'est illicite que si elle est l'effet d'un manque de diligence; la *responsabilité pour négligence* de l'Etat repose sur la comparaison établie entre la conduite de l'organe étatique en cause et celle qu'aurait adoptée, dans des circonstances semblables, l'organe d'un Etat bien ordonné. Le droit international impose donc une *obligation de comportement, mais non de résultat*. Si l'Etat n'a pas adopté les mesures de protection et de surveillance opportunes, compte tenu des circonstances, il engage sa responsabilité internationale. La conséquence d'une responsabilité internationale engagée est notamment celle de devoir réparer le dommage causé. Dans la pratique suisse, lorsque le Département (DFAE) arrive à la conclusion qu'il y a eu un manquement de la part des autorités suisses, il n'est jamais dit que la responsabilité internationale de la Suisse est engagée mais l'indemnisation du dommage intervient toujours *ex gratia*.

Lorsque la responsabilité de la Suisse n'est pas engagée, la Confédération a, jusqu'à présent, refusé dans la très grande majorité des cas de donner une suite favorable aux demandes d'indemnisations consécutives à des dégâts causés aux représentations étrangères en Suisse. Elle a toutefois admis quelques exceptions dans des situations tout à fait particulières et, plus récemment, lors d'incidents intervenant dans le cadre de manifestations d'une certaine ampleur (...).

Comme indiqué plus haut, les conclusions pour le cas d'espèce dépendront des éléments contenus dans le rapport de la police zurichoise. Nous ignorons notamment si la manifestation était annoncée, si oui, quelle a été la réaction de la police zurichoise, éventuellement celle du Service fédéral de sécurité, etc. Il est évident que, si des mesures ont été demandées par (l'Etat Y.) aux autorités zurichoises et que ces dernières ne les ont pas prises, elles devront avoir de très sérieux arguments pour que nous puissions considérer qu'il était "adéquat" de ne pas les prendre Une chose

⁹⁹ Convention du 24 avril 1963 (cf. la note 79).

¹⁰⁰ Convention du 18 avril 1961 (voir *ibid.*).

est sûre: la Suisse devra de toute façon satisfaire à l'obligation de tout faire pour retrouver les auteurs des infractions et, le cas échéant, les punir."

Note de la DDIP du 17 mars 2008. Document inédit.

8.2 Responsabilité internationale d'un Etat Partie en cas de violation d'un accord de promotion et de protection des investissements

Extrait d'une communication faite par la DDIP au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) du Département fédéral de l'économie publique:

"En concluant un accord de promotion et de protection des investissements, deux Parties contractantes s'engagent réciproquement à accorder, sur leur territoire, un certain traitement aux ressortissants de l'autre Partie contractante. Partie à l'Accord ..., la Suisse a donc droit à ce que ses ressortissants reçoivent sur le territoire de (l'autre Partie contractante) un traitement conforme aux dispositions de ce traité. En d'autres termes, si (cette autre Partie) ne respecte pas certaines de ces dispositions à l'égard d'investisseurs suisses, il agit, vis-à-vis de la Suisse, de façon contraire au droit des gens. Et si, du fait d'un tel acte internationalement illicite, l'investisseur suisse en cause subit un dommage, c'est la Suisse, son Etat national, qui, sur le plan du droit international, est considérée comme étant lésée par le traitement infligé à ses ressortissants. (L'autre Partie contractante) engage ainsi sa responsabilité internationale à l'égard de la Suisse, qui peut s'adresser à lui aux fins d'obtenir la réparation de préjudice, c'est-à-dire exercer son droit de protection diplomatique."

Communication de la DDIP au SECO, du 5 mai 2008. Document inédit. Pour un autre extrait de ce texte, voir le n° 4.1.

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

(Voir aussi les n°s 1.1 et 1.10)

9.1 Règlement pacifique des différends internationaux: vue d'ensemble

Avis de droit de la DDIP sur les problèmes généraux inhérents au règlement pacifique des litiges internationaux:

(Traduction)

"1. Généralités

De la pratique internationale s'est dégagée, depuis longtemps, une série de moyens de règlement pacifique. La consultation, la négociation, l'enquête, la médiation (y compris les "bons offices") et la conciliation forment la catégorie des "moyens diplomatiques". Ces moyens se caractérisent par le fait que les parties au litige conservent le contrôle sur ce dernier et sont ainsi à même d'accepter ou de repousser les solutions proposées. Si elles aspirent à favoriser l'entente, les procédures diplomatiques ne privilégient aucune solution. En revanche, les moyens juridictionnels, qui aboutissent à une solution définitive du litige (arbitrage, procédure judiciaire), présupposent que les parties soient prêtes à accepter d'avance comme contraignante la décision de l'organe de règlement.

La liste des voies de règlement n'est pas exhaustive. Les parties peuvent utiliser des modes autres que ceux énumérés plus haut, de combiner ces voies ou de les modifier. Le droit des gens ne connaît aucune hiérarchie des moyens de règlement.

2. L'arbitrage

Le règlement des différends par l'arbitrage offre une gamme flexible de moyens, particulièrement dans le domaine du commerce international. Pour que les sentences arbitrales soient acceptées, la procédure arbitrale doit s'être déroulée dans les règles, notamment pour ce qui est de la constitution du tribunal et de la procédure arrêtée par les parties. Contrairement aux cours internationales (voir le point 3), les tribunaux arbitraux se signalent souvent par leur efficacité et par les connaissances spécialisées de leurs membres.

Les procédures d'arbitrage sont prévues par un traité (compromis arbitral) entre les Etats intéressés, qui fixe la procédure à suivre pour l'affaire concrète en cause et qui demande à un tribunal arbitral indépendant de la trancher par une décision contraignante.

Au lieu de convenir d'une procédure pour une affaire existante, les parties au litige peuvent décider d'utiliser une procédure arbitrale qui existe déjà. De telles procédures sont souvent prévues pour des litiges interétatiques ("horizontaux");¹⁰¹ cependant, dans les différends relatifs à des accords de protection des investissements, des procédures arbitrales dites "horizontales" entre individus et Etats étrangers peuvent également intervenir.¹⁰² Pour ce qui est de l'arbitrage commercial international, on mentionnera les règles de procédure élaborées par la Commission

¹⁰¹ Voir la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye; www.pca-cpa.org.

¹⁰² Cf. www.worldbank.org/icsid.

des Nations Unies pour le droit international commercial (CNUDCI),¹⁰³ qui sont souvent reprises dans les règles de procédure des tribunaux arbitraux permanents (*sic*).

Les procédures d'arbitrage présupposent que l'adversaire sujet du droit international (l'Etat partenaire) est prêt à s'y soumettre et à accepter la sentence.

3. Le règlement par une cour internationale

La différence principale entre les tribunaux arbitraux précités et les cours internationales, telle la Cour internationale de Justice (CIJ), réside dans le fait que ces dernières ont un caractère permanent, qu'en principe leur compétence est préétablie, comme l'est également la procédure à suivre, et que les parties ne peuvent guère influencer sur leur composition. Selon l'article 34, paragraphe premier, du Statut de la CIJ, celle-ci ne peut en principe être saisie que de litiges interétatiques, et sa juridiction sur une affaire concrète doit avoir été préalablement acceptée par les Etats. Ces procédures sont compliquées et coûteuses, et la plupart durent longtemps.

4. La recherche de la voie de règlement appropriée et la nécessité d'une clause d'arbitrage en général

La sentence arbitrale présente l'avantage d'établir une sécurité juridique accrue et celui d'aboutir à une décision qui, selon ce que prévoit le titre de compétence, doit être respectée de part et d'autre. L'arbitrage offre une voie de règlement formelle et juridictionnelle à côté des moyens de règlement diplomatiques. Il génère des frais additionnels et, en règle générale, est coûteux.

Les voies diplomatiques, elles, sont bénéfiques pour les relations entre Etats parties en général et ont des effets moindres sur l'application continue des traités que la voie juridictionnelle. N'ayant pas le caractère de procédures d'ordre juridique, elles sont fonction de l'habileté diplomatique et des pressions politiques (par exemple la menace de suspension ou de dénonciation du traité). En principe, ces voies sont susceptibles de produire des solutions rapides et pragmatiques dans la mesure où les Etats participants sont accommodants. Mais il arrive que les voies diplomatiques soient utilisées dans le dessein de retarder le règlement du conflit.

Il n'existe aucune garantie, en dernière analyse, que le recours aux voies diplomatiques soit plus apte à produire un règlement que l'utilisation de moyens juridictionnels, ou vice-versa. Suivant le domaine juridique qui est en cause et les circonstances de l'affaire, l'une ou l'autre voie sera plus avantageuse. Pour décider de la nécessité d'inclure une clause de règlement pacifique dans un traité international, les critères suivants peuvent entrer en ligne de compte: la portée et le contenu de ce dernier (soit le domaine du traité et sa nature), sa durée (indéterminée ou déterminée), les prestations financières prévues et les intérêts de la Partie concernée.

Une analyse de la pratique suisse relative à l'utilisation des modes juridictionnels de règlement révèle que, s'agissant d'accords commerciaux et économiques, notamment d'accords pour la protection des investissements, la Suisse essaie généralement d'y faire inclure une clause de règlement juridictionnel. Il en ira de même pour d'autres types d'accords, par exemple ceux conclus dans les domaines de la recherche et de l'énergie, lorsqu'ils renferment une composante économique. D'un autre côté, il existe, même en matière économique, des accords dépourvus de clause de règlement juridictionnel et ne contenant que des clauses de règlement diplomatique. Tel est le cas notamment des traités bilatéraux avec l'Union Européenne où il s'est avéré impossible d'introduire des dispositions sur le règlement juridictionnel (les traités de libre-échange, par exemple, ou ceux relatifs à l'agriculture). Moins les aspects économiques ou financiers d'un traité international sont importants, moins il semble y avoir de clauses de règlement juridictionnel, comme cela ressort, notamment, des accords de coopération ou culturels.

Il existe des traités qui ne se réfèrent qu'aux voies diplomatiques de règlement. Cela ne signifie nullement qu'après la signature (*sic*), les Parties contractantes ne disposent que de ces voies-là. Elles peuvent toujours, au moyen d'accords ultérieurs, convenir d'un moyen juridictionnel pour régler un litige si cela leur paraît opportun.

Il s'agit de considérer, en particulier, les points suivants:

- a) Lorsque les juges (ou arbitres) ne sont pas désignés d'un commun accord par les Parties, il faut prévoir un organe impartial de nomination, par exemple la CIJ. Il s'agit là d'un mécanisme complexe, nécessitant l'intervention d'un tiers, mais cela est indispensable pour prévenir tout blocage. A côté de la CIJ et de son Président, il existe d'autres moyens et institutions pouvant assurer la désignation de juges (ou arbitres) en lieu et place des Parties contractantes, tels la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye et son Secrétaire-général (voir point 2).
- b) Au lieu de faire appel à une instance tripartite, on peut également recourir à un arbitre unique. Cela peut paraître indiqué, dans le cadre d'accords de moindre portée, pour des motifs d'économie de procédure. Un juge (ou arbitre) unique doit être agréé par les deux parties ou, à défaut d'accord, être désigné par un tiers indépendant; il ne devrait pas être ressortissant ni de l'une ni de l'autre Partie contractante.
- c) C'est en principe le droit international qui régit les relations entre sujets du droit des gens, à titre principal le droit conventionnel (interprété, en particulier, selon le sens à attribuer à ses termes), puis le droit coutumier et les principes généraux de droit (par exemple la bonne foi). Il n'est pas exclu non plus - mais plutôt inhabituel - de prévoir, par accord entre les Parties, l'application d'un droit national dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ...

5. Résumé

En principe, on distingue, dans le domaine du règlement pacifique des différends, deux catégories de moyens: les procédures à caractère "diplomatique" (par exemple: consultation, médiation et conciliation) et celles qui mettent fin aux litiges par des moyens juridictionnels (sentence arbitrale, décision judiciaire). En pratique, les moyens diplomatiques sont les plus utilisés. La constitution d'un tribunal arbitral est en principe possible lorsque les Parties

¹⁰³ Voir www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html.

contractantes en auront ainsi convenu. Le recours à une cour internationale est un moyen de règlement plutôt complexe.

Suivant le domaine juridique en cause et les circonstances de l'affaire, telle voie peut paraître plus avantageuse que telle autre. La portée et le contenu du traité, sa durée, l'importance des prestations financières et les intérêts des Parties concernées sont des critères qui pourront être décisifs pour le choix du moyen de règlement le plus approprié."

Avis de droit de la DDIP du 23 novembre 2007. JAAC 2008.10.

10. Droit des conflits armés

(Voir aussi le n° 1.10)

10.1 Définition du conflit armé. Mesures prises ou autorisées par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Droit de la neutralité

Voici la réponse du Conseil fédéral à une question de M. Josef Lang, député au Conseil National, qui souhaitait savoir ce que le Gouvernement entendait par "conflit armé interne ou international", expression utilisée à l'article 20 de la Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (RS 514.54). Aux termes de cette disposition, l'autorisation d'exportation de matériel de guerre n'est pas accordée si l'Etat de destination est impliqué dans un tel conflit. La réponse du Conseil fédéral contient le passage suivant:

"1./2. Le Conseil fédéral n'a pas à décider abstraitement si une situation donnée doit être considérée comme un conflit armé international ou interne au sens de l'article 5, alinéa 2, lettre a, de l'Ordonnance révisée sur le matériel de guerre (nOMG).¹⁰⁴ Cette décision repose sur la teneur des Conventions de La Haye et de Genève et de leurs protocoles additionnels,¹⁰⁵ sur la pratique des Etats et la doctrine y afférentes, ainsi que sur les interprétations qu'en font les tribunaux internationaux, notamment (par exemple Cour internationale de Justice, Tribunal pénal international, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie). Le Conseil fédéral doit néanmoins décider, dans un cas concret, s'il doit interdire l'exportation de matériel de guerre parce qu'elle contreviendrait au droit international ou serait contraire aux principes de la politique étrangère de la Suisse ou à ses obligations internationales (article 22 de la loi sur le matériel de guerre); on présume qu'une exportation contrevient aux obligations de la Suisse, notamment en termes de neutralité, lorsque le pays de destination participe à un conflit armé international. Pour déterminer si c'est réellement le cas, on se fonde entre autres sur l'intensité et la durabilité des combats. Les livraisons à des Etats s'engageant dans le cadre d'une mission décidée par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou autorisée par lui au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies demeurent admises selon la législation sur le matériel de guerre car, sous l'angle de la neutralité, les sanctions militaires décidées par les Nations Unies n'équivalent pas à une guerre, mais constituent des mesures juridiques en exécution de décisions prises par le Conseil de sécurité au nom de la communauté internationale pour rétablir la paix et la sécurité internationale. Il en découle que le motif de rejet en vertu de l'article 5, alinéa 2, lettre a, nOMG ne se fonde pas directement sur l'applicabilité de la convention de Genève (*sic*), mais en premier lieu sur la notion de guerre dans le droit de la neutralité."

Réponse donnée le 19 novembre 2008 par le Conseil fédéral à une question posée le 1^{er} octobre 2008 par M. Josef Lang, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, pp. 138-139.

11. La neutralité

(Voir les n°s 3.2 et 3.5)

¹⁰⁴ Ordonnance fédérale du 25 février 1998 sur le matériel de guerre (nOMG, RS 514.511).

¹⁰⁵ Conventions du 18 octobre 1907 (RS 0.515.10, 0.515.112, 0.515.122-0.515.126, 0.515.21-0.515.22). Conventions du 12 août 1949 sur les victimes de la guerre (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51) et Protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977 (RS 0.518.521 et 0.518.522).

La pratique suisse en matière de droit international public 2009 - RSDIE 2010 p. 511

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les n^{os} 2.1, 2.2, 4.1 et 9.1)

1.1 Règles impératives du droit international public (jus cogens)

Voici un bref extrait d'un message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire relative aux étrangers criminels:

"Le droit international impératif constitue le noyau du droit international dont il n'est en aucun cas possible de s'écarter. Le principe selon lequel personne ne doit être expulsé dans un Etat dans lequel il risque d'être torturé ou de subir un autre type de peine ou de traitement cruel et inhumain fait partie du droit international impératif (principe de non-refoulement).¹ Il convient d'examiner si l'initiative respecte ce principe. Les autres normes du droit international impératif ne sont pas touchées par l'initiative."

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 24 juin 2009, concernant l'initiative populaire "Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)" et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, du 24 juin 2009. FF 2009, p. 4571 (4576).

1.2 Dénomination des accords internationaux

Voici un extrait d'une note, élaborée par la Section des traités de la DDIP, qui énonce et explique les désignations utilisées pour les différents types d'accords internationaux:

"La terminologie employée pour désigner un traité est très variée et la pratique des Etats fluctuante. Outre les "accords" et les "conventions", de nombreux autres termes sont utilisés. Bien que plus ou moins interchangeable, certains vocables ont une connotation particulière. Une hiérarchie des dénominations peut ainsi être établie, à titre indicatif, dans un ordre décroissant sous l'angle de l'importance des actes:

- traité: terme utilisé comme vocable générique ou pour la dénomination des accords internationaux portant en général sur un objet important, le traité a été longtemps la dénomination usuelle des accords internationaux; cette notion est aujourd'hui réservée à des actes relativement solennels;
- convention: en principe, elle contient des règles de droit de caractère général, mais dans un domaine moins fondamental que le traité; cette notion est devenue le terme standard pour désigner les instruments établis sous l'égide des organisations internationales;
- accord: terme très général, il désigne surtout des engagements de nature technique, économique, commerciale, financière ou culturelle;
- arrangement: il règle en principe des questions de caractère secondaire ou provisoire; il peut fixer les modalités de mise en œuvre d'un traité cadre ou antérieur;
- échange de lettres ou échange de notes: il est la forme la plus simple pour conclure un traité; le terme dit exactement en quoi consiste le procédé utilisé pour concrétiser ce genre d'accord; il règle en général des problèmes de moindre importance, isolément ou en annexe à un autre instrument;
- autres: le protocole et le protocole additionnel sont des termes génériques couramment utilisés pour dénommer les actes qui complètent un instrument de base;
- d'autres vocables sont utilisés plus rarement: pacte, charte, constitution, acte constitutif, statut, concordat, déclaration de réciprocité, acte ou déclaration pour des instruments plus ou moins solennels; protocole d'accord, *modus vivendi*, *avenant*, *amendement*, *règlement* ou *règles* pour des instruments d'importance secondaire."

Note préparée par la Section des traités de la DDIP et envoyée le 15 juillet 2009 à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie du Département fédéral de l'économie. Document inédit.

1.3 Traités internationaux multilatéraux: réserves, déclarations, objections. Interprétation des traités

Extrait du Guide de la pratique en matière de traités internationaux préparé par la DDIP

"1. Réserve

La réserve (*Vorbehalt*, *Riserva*, *Reservation*) est une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par une Partie quand elle signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à son égard (articles 2, paragraphe premier, lettre d, et 19 et ss CV²).

Afin de concilier les deux principes antinomiques d'universalité et d'intégrité des traités, il convient de recourir aux réserves avec retenue. Une évolution s'est toutefois opérée au cours des années en faveur de l'admissibilité des réserves, afin de favoriser une participation aux traités le plus large possible. Une réserve ne comporte jamais, pour la Partie qui l'a formulée, l'obligation juridique de la faire disparaître à terme, par exemple en modifiant son droit interne. Toute réserve doit être formulée par écrit. Lorsqu'elle est formulée au moment de la signature d'un traité conclu sous réserve de ratification, elle doit, sauf disposition contraire du traité, être confirmée lors de la ratification, soit dans l'instrument lui-même, soit dans un document annexé. Une réserve prend effet à la date de la confirmation. Sauf

¹ ATF 109 Ib 64, c. 6b (Pratique suisse 1983, n° 1.1, ASDI, vol. XL, 1984, p. 118).

² Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RO 0.111).

disposition expresse, elle ne peut plus être formulée après la ratification ou l'adhésion.³

Une réserve à l'égard d'une Partie modifie pour l'auteur de la réserve, et réciproquement dans ses relations avec cette Partie, les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve. En revanche, la réserve ne modifie rien pour les autres Parties dans leurs rapports entre elles.

Une réserve expressément admise par un traité n'a en principe pas à faire l'objet ultérieurement d'une acceptation (Annahme, Accettazione, Acceptance) par les autres Parties. La convention de Vienne consacre plus généralement le principe de l'acceptation tacite, dans le silence des dispositions du traité (article 20, paragraphe premier, CV). Le traité peut néanmoins prévoir la nécessité d'acceptation expresse des réserves. L'acceptation doit alors être formulée par écrit. Elle n'a pas à être confirmée si elle est donnée antérieurement à la confirmation de la réserve même.

2. Déclaration

Certaines Parties formulent de véritables réserves en les intitulant déclarations. Il s'agit alors de déclarations dites qualifiées. Il y a toutefois lieu, au-delà du seul intitulé, de s'attacher à cerner le contenu matériel du texte formulé. Ce n'est dès lors pas l'appellation, mais le contenu qui est déterminant pour la qualification réelle. Les déclarations qualifiées sont traitées selon les mêmes règles que des réserves proprement dites.⁴

De même, une déclaration peut consister en une explication de l'interprétation qu'une Partie confère à certaines dispositions d'un traité. Il peut alors également s'agir d'une déclaration qualifiée, assimilée à une réserve, mais tel n'est pas toujours le cas. La déclaration interprétative est souvent difficile à qualifier. Seul un examen au cas par cas permet de la désigner comme déclaration simple ou qualifiée.

Ainsi, une distinction s'impose entre d'une part les réserves ou déclarations qualifiées, c'est-à-dire revêtant la valeur juridique d'une réserve, et d'autre part les déclarations dépourvues d'une telle valeur ou déclarations simples (Erklärung, Dichiarazione, Declaration).

Dans le second cas, il s'agit de toute déclaration faite par une Partie sur le traité, sur l'une ou l'autre des dispositions de celui-ci ou au sujet d'autres Parties au traité. La déclaration simple n'a pas pour conséquence d'exclure ou de modifier les effets juridiques de certaines dispositions du traité.

3. Admissibilité

L'examen de l'admissibilité d'une réserve (test de compatibilité) est parfois délicat et doit s'effectuer au cas par cas, sur la base des critères suivants:

- la réserve ne doit pas être interdite par le traité (article 19, lettre a, CV);
- si le traité dispose que seules des réserves déterminées peuvent être faites, la réserve en question doit figurer parmi celles-ci (article 19, lettre b, CV); lorsqu'un traité prévoit des conditions de validité particulières pour une réserve, celles-ci doivent être respectées;
- même lorsque le traité ne limite pas la liberté de formuler une réserve, celle-ci ne doit pas être incompatible avec l'objet et le but du traité (article 19, lettre c, CV);
- la réserve ne doit pas être contraire au jus cogens (zwingendes Völkerrecht).

L'objet et le but du traité sont les critères les plus difficiles à cerner. La doctrine ne définit guère ces termes, mais précise néanmoins que l'objet et le but peuvent se déduire du titre du traité, de son préambule, d'un article initial qui fixe l'objectif, d'un article qui expose le principal souci des Parties, des travaux préparatoires ou de l'économie générale du traité.⁵ Elle propose en outre quelques synonymes (raison d'être, noyau fondamental, "efficacité", essence, projet global ou encore telos⁶ et des méthodes qui peuvent être utiles pour trancher la question de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité.⁷

Toute déclaration qualifiée pourra être soumise au même examen. Une déclaration simple en revanche, de caractère avant tout politique, n'est en principe soumise à aucune restriction.

4. Objection

Lorsqu'une Partie à un traité estime qu'une réserve formulée par une autre Partie ne remplit pas les conditions posées par le droit international, elle peut y faire objection (Einspruch, Einwand oder Einwendung, Obiezione, Objection; articles 20 et ss CV). A moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie si celle-ci n'a pas formulé d'objection à la réserve. L'absence d'objection à une réserve peut ainsi valoir acceptation tacite de celle-ci.

L'objection est un acte unilatéral qui vise à modifier l'effet juridique d'une réserve formulée par une Partie, mais qui n'altère pas le contenu du traité lui-même entre cette Partie et les autres. L'objection est une réponse à l'acte unilatéral de la Partie qui formule la réserve inadmissible. Les effets qu'elle déploie ont leur source dans la réserve, non dans le traité. L'objection faite à une réserve par une autre Partie contractante n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre la Partie qui a émis la réserve et celle qui a formulé l'objection, à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par cette dernière. En revanche, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Parties dans la mesure prévue par la réserve. L'objection a ainsi pour effet juridique de paralyser dans une certaine mesure l'application des normes litigieuses dans les relations entre ces deux Parties. Elle a pour effet politique de donner un signal fort en faveur de l'intégrité des traités et du renforcement de l'effectivité des règles internationales.

Une Partie peut formuler (une) objection dans le délai de douze mois suivant la date à laquelle il a reçu notification de la réserve par le dépositaire du traité en question ou lorsqu'il exprime son consentement à être lié par le traité, si cette

³ Sur l'éventuelle admissibilité de réserves tardives, cf. cependant, par exemple, Jaac 2009. 11, pp. 215-218 (cette Chronique, n° 1.5).

⁴ Cf. par exemple A. Aust, (Modern Treaty Law and Practice, 2^e éd., Cambridge 2007) pp. 129 et ss, et arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 1988, affaire Belilos c. Suisse, (Recueil) série A, n° 132, paragraphe 49.

⁵ ALAIN PELLET, in: (P. Klein/O. Corten, dir.) Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article, Bruxelles 2006, t. 1, pp. 641 et ss, commentaire de l'article 19, n°s 187 et ss.

⁶ Terme grec exprimant l'objectif que les Parties ont cherché à atteindre par la conclusion du traité, la fin de celui-ci.

⁷ PELLET, op.cit. (note 5), n°s 183 et 195.

date est postérieure (article 20, paragraphe 5, CV). L'objection à une réserve doit être formulée par écrit. Elle n'a pas besoin d'être confirmée si elle est faite antérieurement à la confirmation de la réserve même.

5. Retrait

A moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve ou une objection peut à tout moment être retirée. Le consentement de la Partie qui a accepté la réserve n'a pas à être requis pour ce retrait (Rückzug/Zurückziehen, Withdrawal). Le retrait d'une réserve ou d'une objection doit être formulé par écrit. Il n'a pas d'effet rétroactif.

A moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'une autre Partie contractante que lorsque celle-ci en a reçu notification et le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque la Partie qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait."

"Guide de la pratique en matière de traités internationaux" de février 2010. Texte publié. Pour d'autres extraits du "Guide" voir les n^{os} 1.6 et 1.7.

1.4 Réserves tardives aux traités internationaux et objections à ces réserves. Fonctions du dépositaire

La communication qui suit a été adressée par la DDIP à une autorité étrangère.

(Traduction)

"... il convient de distinguer entre les objections faites à la présentation tardive d'une réserve et celles fondées sur le contenu de cette réserve: alors que les objections tardives ne seraient admises que si elles ont été faites dans les 90 jours, les objections portant sur le contenu du traité pourraient être faites dans un délai de 12 mois.⁸ Si cette distinction semble justifiée sur le plan théorique, on peut douter de sa validité au niveau de la pratique.

Que se passe-t-il, par exemple, si une Partie formule son objection dans les 90 jours en la fondant sur la prétendue invalidité du contenu de la réserve? Quels seraient les effets d'une telle situation: ceux mentionnés dans la notification, soit le non-enregistrement de la réserve avec effet à l'égard de toutes les Parties, ou seulement les effets résultant de l'article 21, paragraphe 3, de la Convention de Vienne?⁹ Et quid si une objection formulée après l'écoulement du délai de 90 jours mais dans les 12 mois ne s'exprime pas clairement dans un sens ou dans un autre? En tant qu'Etat dépositaire, la Suisse hésite à proposer une interprétation quelconque, à moins que la situation ne semble très claire. Qui, alors, dira s'il s'agit d'une objection valable "normale" (à laquelle le délai de 12 mois s'appliquerait) ou d'une objection "formelle" dirigée contre la tardiveté de la réserve (qui serait elle-même tardive, donc irrecevable)?

Vu toutes ces incertitudes, nous n'entendons pas faire de différence entre les objections suivant leur contenu mais accorder un délai de 90 jours pour tous les types d'objections. Quel qu'en soit le contenu, et quel que soit le raisonnement suivi, l'effet serait identique: la réserve... ne peut être enregistrée. Nous sommes cependant conscients du fait que cette manière d'agir conduit à raccourcir considérablement le délai pendant lequel les Parties peuvent faire objection. Et le dépositaire ne devrait certainement pas se comporter de façon à restreindre la faculté des Parties d'objecter à une réserve simplement parce que l'objection a été formulée avec un retard considérable. Ainsi l'on devra examiner, si la situation devait se présenter, comment traiter les objections intervenues en dehors du délai de 90 jours mais dans les 12 mois. Sans vouloir préjuger, à présent, de l'attitude que nous observerons dans une situation de ce genre - cette attitude dépendra aussi des circonstances de l'espèce -, nous pourrions communiquer l'objection aux Parties, mais, évidemment, sans que cela empêche l'enregistrement de la réserve... en général."

Communication faite le 20 mars 2009 par la DDIP au Service des traités d'un Etat étranger. Document inédit.

1.5 Réserves tardives aux traités internationaux; objections à de telles réserves. Fonctions du dépositaire

La Suisse, dépositaire de la Convention du 8 septembre 1976 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil (CIEC n° 16; RS 0.211.112.112) avait reçu de la part de l'Etat X., le 27 novembre 2008, la "déclaration" suivante, avec prière d'en informer les Etats Parties à la convention:

"Se référant à la troisième phrase de l'article 8 de ladite Convention, (X.) déclare se réserver le droit de maintenir sa législation d'extraits d'actes de l'état civil d'un nouvel Etat contractant après son adhésion:

- si des faits indiquent que les actes de l'état civil ou les extraits de ces actes sont, dans une large mesure, inexacts quant à leur contenu, non authentiques ou falsifiés et
- que le maintien de la légalisation par la mission diplomatique ou le poste consulaire de (X.) dans l'Etat contractant nouvellement adhérent offre la meilleure garantie de prévenir la dégradation de l'échange international d'extraits d'actes de l'état civil."

Voici la réaction de la DDIP à cette déclaration:

⁸ C'est, semble-t-il, le délai appliqué par le Secrétaire général des Nations Unies en cas de formulation tardive de réserves. L'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dispose, quant à lui, qu'"une réserve est réputée avoir été acceptée par un Etat si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit à la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure."

⁹ Cette disposition prévoit ce qui suit: "Lorsqu'un Etat qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats dans la mesure prévue par la réserve."

"1. Réserve ou déclaration?

L'article 8, troisième phrase, de cette Convention prévoit que les extraits des actes de l'état civil constatant la naissance, le mariage ou le décès sont acceptés sans législation ou formalité équivalente sur le territoire de chacun des Etats liés par la convention. Selon ses propres termes, X. "se réserve" le droit de maintenir l'exigence de légalisation d'extraits d'actes d'état civil d'un nouvel Etat contractant à certaines conditions, alors que le traité prévoit justement que ces actes doivent être acceptés sans légalisation. Ainsi, malgré l'intitulé donné par X., il s'agit indiscutablement d'une réserve.

La convention... est un traité ouvert à tout Etat et les craintes de X. sont compréhensibles. Cependant, en adhérant à ce traité, X. a fait confiance à tous les futurs Etats Parties et il n'est pas possible de corriger par une réserve les dispositions qui apparaîtraient trop lâches sur l'admission de nouveaux membres.

2. Tardiveté

Aux termes de l'article 19 in initio de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111), un Etat ne peut formuler une réserve qu'au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer. X. a ratifié la convention CIEC n° 16 il y a plusieurs années. Sa réserve du 27 novembre 2008 est manifestement tardive.

Le Secrétaire général de l'ONU précise également en son Guide de la pratique en tant que dépositaire¹⁰ que, "en vertu du droit international coutumier en matière de traités, tel qu'il a été codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités, une réserve (si elle est permise) doit être formulée au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, d'adhésion, etc., ou, sinon, avec l'agrément de toutes les Parties intéressées" (par. 204).

3. Attitude du dépositaire

Le dépositaire est-il en droit d'affirmer de lui-même qu'une déclaration constitue en fait une réserve? Dans les cas sans ambiguïté, le Secrétaire général de l'ONU comme dépositaire tranche et suit la pratique sur les réserves. Si ce n'est pas clair, parfois il demande l'avis du déclarant et parfois il notifie tel quel en laissant aux Etats Parties le soin de réagir (Guide précité, paragraphes 194 et ss et 217 et s.). En l'espèce, il s'agit d'un cas suffisamment clair pour que le dépositaire considère lui-même d'emblée qu'il s'agit d'une réserve.

Le dépositaire aurait ainsi pu entrer en contact avec X. soit pour lui demander si, au vu de ces éléments, il maintenait sa réserve et sa volonté de notification, soit pour l'informer directement de son refus pur et simple d'enregistrer cette réserve.

La pratique du Secrétaire général de l'ONU est cependant la suivante: "Le Secrétaire général de l'ONU s'en tient normalement aux principes définis ci-dessus (cf. paragraphe 204 précité). Mais dans les quelques cas où il a reçu des réserves après le dépôt de l'instrument pertinent, il en a fait communiquer le texte à toutes les parties intéressées en proposant que les réserves soient tenues pour acceptées en tant que partie intégrante de la notification de l'Etat si, dans un délai de 90 jours à compter de la date de leur communication, elles ne suscitaient aucune objection de la part des Etats en cause, l'absence d'objections étant considérée comme impliquant l'acceptation tacite de la réserve par toutes les parties. Cette pratique avait d'autant plus de raisons de s'imposer que nombreux étaient les cas où le traité en cause autorisait expressément la réserve qui avait donné lieu de la part d'autres Etats à une réserve identique à celle que l'Etat intéressé souhaitait formuler après coup" (Guide précité, paragraphes 205 et s.).

En l'occurrence, sur cette base, le dépositaire suisse a informé les Etats Parties de la communication de X. par notification du 19 janvier 2009 en se prononçant ainsi: pour le dépositaire, cette "déclaration" constitue une réserve, malgré son intitulé. Conformément à la CV, un Etat peut formuler une réserve au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer. X. a ratifié cette convention il y a plusieurs années. Sa réserve, postérieure à la ratification, peut cependant être admise avec l'accord de tous les Etats contractants. Dès lors, pour autant qu'aucun Etat ne dépose d'objection jusqu'au 20 avril 2009 auprès du dépositaire, celui-ci considérera qu'il y a accord tacite des Parties et enregistrera cette réserve."

4. Objections

Trois Etats Parties à la convention CIEC n° 16 ont formulé une objection dans le délai. Le dépositaire a ainsi fait savoir à tous les Etats Parties que, en l'absence d'accord unanime, la réserve de X., postérieure à la ratification par cet Etat, ne peut pas être enregistrée par le dépositaire.

L'un de ces Etats avait auparavant consulté le dépositaire de manière informelle sur sa pratique et la relation qu'il faisait entre le délai de 90 jours imparti en l'espèce et celui général d'objection de douze mois prévu par la CV. En effet, selon l'article 20, paragraphe 5, CV, une réserve est réputée avoir été acceptée par un Etat Partie si ce dernier n'a pas formulé d'objection à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification.

De l'avis du dépositaire, un traitement différencié des situations se justifie sous l'angle des délais d'objection. Les Etats Parties ont en effet rapidement besoin de savoir avec certitude si une réserve tardive est ou non enregistrée par un dépositaire. En outre, les effets des objections ne sont pas les mêmes: alors qu'une (seule) objection à une réserve tardive a pour effet de rompre l'acceptation tacite de tous les Etats concernés et de rendre ainsi cette réserve invalide, une objection faite en application des articles 19 et s. CV contre une réserve déposée au moment de la ratification n'a pas d'effets juridiques sur la validité de la réserve en général, mais uniquement des effets entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection.

¹⁰ Nations Unies, document ST/LEG/7/Rev. 1.

5. Questions ouvertes

Peuvent en l'espèce demeurer ouvertes les intéressantes questions suivantes:

- Au cas où aucune objection n'est déposée dans les 90 jours, le dépositaire doit-il encore accepter des objections au-delà de ce délai, non plus contre la tardiveté, mais contre l'admissibilité matérielle de la réserve? Bien sûr de telles objections n'auraient alors que les effets bilatéraux que leur donne l'article 20 CV. Ou le dépositaire devrait-il alors même communiquer activement et octroyer aux Etats Parties par notification, à l'échéance du délai de 90 jours, un nouveau délai de douze mois pour objecter contre la substance de la réserve? Ou encore ce nouveau délai devrait-il être de neuf mois seulement, soit les douze mois de l'article 20, paragraphe 5, CV sous déduction des 90 jours déjà octroyés?

- Au cas où une objection est déposée dans les 90 jours, doit-elle se référer à la tardiveté? Ou quels sont les effets d'une objection qui se baserait uniquement sur l'invalidité matérielle de la réserve?

- La réserve de X. est-elle autorisée en droit international, par le jus cogens ou en vertu des critères de l'article 19 CV (réserve pas interdite par le traité, lettre a; si le traité admet seulement des réserves déterminées, la réserve doit figurer parmi celles-ci, lettre b; réserve pas incompatible avec l'objet et le but du traité, lettre c)?"

Avis de droit de la DDIP du 20 juillet 2009. JAAC 2009.3.

1.6 Traités internationaux multilatéraux: désignation et fonctions du dépositaire

Extrait du Guide de la pratique en matière de traités internationaux préparé par la DDIP:

"1. Désignation

Les traités multilatéraux instituent en principe un dépositaire (Depositar, Depositario, Depositary). Lorsqu'elles négocient un traité les Parties sont libres dans le choix du dépositaire. La tendance est de confier de moins en moins cette tâche au gouvernement d'un Etat, mais plutôt au secrétariat de l'organisation internationale sous les auspices de laquelle le traité a été conclu. Ainsi l'ONU est-elle actuellement dépositaire de plus de 500 traités et le Conseil de l'Europe de plus de 200.

La Suisse gère néanmoins à ce titre quelque 75 traités,¹¹ dont les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et leurs Protocoles additionnels.¹² Elle dispose ainsi d'une large expérience en la matière. La fonction de dépositaire dévolue au Conseil fédéral est exercée par la DDIP du DFAE¹³ et sa Section des traités.

2. Rôle

Le dépositaire est désigné, et son rôle souvent précisé, par le traité lui-même, dans les clauses finales. En l'absence de règles spécifiques, les obligations du dépositaire sont régies par les principes du droit international général, tels qu'ils sont codifiés dans la Convention de Vienne, reflet du droit coutumier. Celle-ci a consacré plusieurs dispositions au dépositaire (articles 76 à 80).¹⁴ Après lui avoir prescrit un devoir d'impartialité (article 76, paragraphe 2, CV), elle énonce en détail, mais de manière non exhaustive, ses tâches principales, essentiellement d'ordre notarial. En Suisse, la désignation du Conseil fédéral comme dépositaire d'un traité est logiquement du ressort de celui-ci.

Le dépositaire, notamment, reçoit et conserve, pour le compte des Parties, les documents originaux tels que le texte original du traité, les pleins pouvoirs de signature, les instruments de ratification, les communications et tous les actes relevant pour la mise en œuvre et le champ d'application du traité en question. Il examine la recevabilité formelle des pleins pouvoirs, instruments et éventuelles réserves et déclarations. Il notifie aux Parties et intéressés les signatures, ratifications, adhésions, successions, réserves, déclarations et retraits. Il établit des copies conformes du texte du traité, corrige les erreurs dans les originaux et les copies conformes, enregistre le traité auprès du Secrétariat général de l'ONU,¹⁵ convoque des réunions des Parties ou des conférences de révision lorsque cela est prévu par le traité et si les conditions en sont remplies. Le dépositaire remplit ainsi une fonction internationale de nature administrative qui exige précision et exactitude.

En revanche, il n'appartient pas au dépositaire d'effectuer un contrôle matériel des actes soumis. Cette compétence appartient exclusivement aux Parties. Par exemple, la question de la légitimité des corrections proposées à l'une des versions linguistiques est uniquement du ressort des Parties (article 79 CV). Il appartient de même à celles-ci de juger de l'admissibilité matérielle de réserves qui seraient formulées à l'encontre d'un traité (article 20 CV).¹⁶ Le dépositaire doit se limiter dans ces cas à transmettre les documents reçus. Lorsqu'il s'agit de porter un jugement matériel sur tel ou tel acte lié à un traité, le dépositaire qui serait simultanément une Partie doit veiller à distinguer ses deux rôles. Il peut néanmoins exercer ses droits de Partie de manière limitée.

Le devoir d'impartialité du dépositaire ne l'oblige pas à la passivité. Le dépositaire désigné lors des négociations d'un nouveau traité l'est souvent parce qu'il a joué un rôle significatif lors des travaux préparatoires ou parce qu'il attache une grande importance au domaine régi. Le choix du dépositaire a dès lors souvent valeur de reconnaissance pour la diligence démontrée. Il peut exprimer aussi l'attente que cet engagement particulier se poursuive à l'avenir. La prise d'une certaine responsabilité pour un bon fonctionnement et une large application géographique du traité est ainsi usuelle."

¹¹ Cf. www.dfae.admin.ch/depositaire.

¹² Cf. *ibid.* et RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51, 0.518.521, 0.518.522, 0.518.523.

¹³ Article 3, alinéa 3, lettre d, de l'Ordonnance du 29 mars 2000 sur l'organisation du DFAE (OrgDFAE; RS 172.211.1).

¹⁴ CV; voir la note 2.

¹⁵ Note supprimée.

¹⁶ Il en va néanmoins différemment lorsque la réserve est inadmissible pour des raisons formelles, par exemple lorsque le traité lui-même exclut la possibilité de formuler des réserves.

"Guide de la pratique en matière de traités internationaux" de février 2010, pp. 16-17. Texte publié par la DDIP. Pour d'autres extraits du "Guide" voir les n^{os} 1.3 et 1.7.

1.7 Application provisoire des traités internationaux

Extrait du Guide de la pratique en matière de traités internationaux préparé par la DDIP:

"Contrairement à l'entrée en vigueur, l'application provisoire (Vorläufige Anwendung, Applicazione provvisoria, Provisional application) ne lie pas définitivement. Un traité s'applique en tout ou partie à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur si le traité lui-même le prévoit ou si les participants à la négociation en sont convenus d'une autre manière (article 25 CV)¹⁷.

En Suisse, lorsque l'approbation d'un traité relève du Parlement, le Conseil fédéral peut décider ou convenir de son application à titre provisoire si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent. Il dispose alors de six mois dès l'application provisoire pour soumettre le traité concerné à l'approbation de l'Assemblée fédérale.¹⁸ Cette démarche n'entrave pas la compétence parlementaire d'approbation; l'application provisoire d'un traité peut en effet être interrompue à tout moment. Cela garantit que la Suisse ne se lie pas à plus long terme et de manière définitive sans que le traité ne soit approuvé selon la procédure ordinaire.¹⁹

Si l'approbation du traité ne relève pas du Parlement, ces conditions n'ont pas à être satisfaites. Le Conseil fédéral, un département ou un office qui a la compétence de conclure un traité peut décider son entrée en vigueur dès la signature. A fortiori peut-il décider de l'appliquer provisoirement. Mais la pratique fait un usage restreint de cette institution, à laquelle il faut alors préférer si possible une entrée en vigueur du traité dès la signature."

"Guide de la pratique en matière de traités internationaux" de février 2010, pp. 13-14. Texte publié par la DDIP. Pour d'autres extraits du "Guide", voir les n^{os} 1.3 et 1.6.

1.8 Principes généraux de droit: principe de non-rétroactivité

Le passage ci-après, tiré d'un avis de droit de la DDIP, traite du principe de non-rétroactivité en droit international.

"... en droit international, le principe de non-rétroactivité est un principe général qui s'applique à tous les actes juridiques internationaux.²⁰ Ce principe permet notamment de garantir la sécurité juridique des destinataires des normes conventionnelles. Il est consacré à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), lequel stipule que:

"A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une Partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette Partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date."

Il ressort de cette disposition que rien n'empêche les Parties à un accord international de prévoir une clause dérogeant explicitement au principe de non-rétroactivité, ce qui est confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice²¹ et une partie de la doctrine.²²

La justification pour appliquer un accord international avec effet rétroactif dépend en particulier de l'objet et du but du traité."

Avis de droit de la DDIP du 26 août 2009. Document inédit.

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

2.1 Droit international conventionnel et droit national: hiérarchie. Pacta sunt servanda

Dans une interpellation adressée au Conseil fédéral, M. Jean-Pierre Graber, député au Conseil national, pose une série de questions concernant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Dans sa réponse, le Conseil fédéral eut l'occasion de dire ceci sur les rapports entre le droit des gens et le droit suisse:

¹⁷ Convention du 23 mai 1969 sur le droit des traités (voir la note 2). L'article 25 a la teneur suivante: "1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur: a) Si le traité lui-même en dispose ainsi; ou b) Si les Etats ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière. 2. A moins que le traité n'en dispose autrement ou que les Etats ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un Etat prend fin si cet Etat notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

¹⁸ Article 7a LOGA (Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010). Sur la genèse de cette disposition, cf. le Rapport du 18 novembre 2003 de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (FF 2004, p. 703) et l'avis du Conseil fédéral du 18 février 2004 (FF 2004, p. 939). Sur l'application provisoire, cf. aussi VALENTIN ZELLWEGER, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Berne 2001, pp. 251 et ss, 397 et s.

¹⁹ Article 25 CV; cf. aussi FF 1999 V 4492 et les références.

²⁰ P. DAILLER/A. PELLET, Droit international public, 7^e éd. (Paris) 2002, p. 221.

²¹ Affaire Ambatielos, (CIJ.) Recueil 1950, p. 40, citée par DAILLER/PELLET, ibid.

²² Ibid.

"En vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités,²³ les Etats Parties sont tenus, conformément au principe Pacta sunt servanda, de remplir les obligations de droit international qu'ils ont contractées. La Constitution fédérale, approuvée par le peuple et les cantons, stipule expressément (article 5, alinéa 4, et article 191 Cst.) que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international et que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit international. La Constitution ne règle cependant pas expressément la solution à adopter en cas de conflit entre le droit international et le droit interne, en particulier les lois fédérales. Les règles impératives du droit international public (jus cogens) priment toute disposition de droit interne et fixent des limites aux révisions constitutionnelles (article 139, alinéa 2, Cst.). Pour le reste, il appartient finalement aux tribunaux de procéder, dans le cas concret, à une pesée des intérêts en jeu. Le plus souvent, les conflits peuvent cependant être évités grâce à une interprétation conforme au droit international. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet que le droit international prime en principe les lois fédérales, tout au moins lorsque le législateur fédéral n'a pas voulu sciemment adopter une règle contraire au droit international. Le Tribunal fédéral a récemment reconnu que les dispositions internationales de protection des droits de l'homme primaient en toutes circonstances les lois fédérales contraires (ATF 125 II 417, pp. 424 et s.²⁴ ou ATF 128 IV 201, pp. 205 et s.²⁵."

Réponse donnée le 6 mars 2009 par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 17 décembre 2008 par M. Jean-Pierre Graber, député au Conseil national. BO CN 2009, Annexes, p. 517 (519).

2.2 Traités internationaux: effets sur le plan du droit interne; applicabilité directe

Le passage reproduit ci-après est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral.

(Traduction)

"... Un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale devient contraignant pour les Etats contractants avec l'échange des instruments de ratification; il prend effet sur le plan international autant qu'interne. Sur le plan national, il peut être invoqué devant les tribunaux et être utilisé par les autorités pour fonder une décision lorsqu'il est directement applicable ("self-executing"). Cela présuppose que les dispositions conventionnelles invoquées soient suffisamment claires et précises pour aboutir à des décisions dans des cas d'espèce. Cette précision manque, en particulier, aux articles de caractère programmatique. Elle fait également défaut dans les dispositions qui se limitent à régler la matière dans ses grandes lignes, qui concèdent une large marge d'appréciation ou de décision ou qui se bornent à émettre de simples directives à l'adresse du législateur plutôt qu'à l'administration ou aux organes judiciaires (ATF 133 I 286, c. 3.2, p. 291; ATF 126 I 240, c. 2b; ATF 124 III 90, c. 3a, p. 91;²⁶ ATF 122 II 234, c. 4a, c. 5b,²⁷ avec des références)...."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 11 août 2009, en l'affaire X. Film Production SA c. Z. AG (c. 5.2). Arrêt non publié.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les nos 4.4, 7.1 et 10.1)

3.1 Reconnaissance d'Etats et de gouvernements; reconnaissance de jure et de facto; reconnaissance implicite

Voici un extrait d'une note rédigé par la DDIP:

(Traduction)

"Le droit international public admet la reconnaissance de facto des gouvernements. Cette reconnaissance est prononcée quand l'Etat qui la prononce souhaite attendre la stabilisation du nouveau gouvernement. En pratique, on ne reconnaît des gouvernements qu'en cas de changement illégal sur le plan interne. Se fondant sur le principe de légitimité, la pratique des Etats a également utilisé la reconnaissance de facto pour exprimer une certaine attitude critique.

Dans la pratique actuelle, cependant, on s'abstient généralement de reconnaître des gouvernements. Depuis la Seconde Guerre mondiale, la Suisse, elle aussi, ne reconnaît en principe que les Etats et non les gouvernements. Qui plus est, la reconnaissance de facto d'un gouvernement implique nécessairement, d'après la pratique des Etats et la doctrine, la reconnaissance de l'Etat que représente ce gouvernement.²⁸"

Extrait d'une note de la DDIP du 17 juin 2009. Document inédit.

3.2 Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance faite par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo. Principe de l'intégrité territoriale

Le 8 octobre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la Résolution A/RES/63/3 par laquelle elle décida, sur la base de l'article 65 du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS

²³ Voir la note 2.

²⁴ Pratique suisse 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 583.

²⁵ JdT 2005 III 57.

²⁶ Pratique suisse 1997, n° 2.3, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 642.

²⁷ Cette référence semble inexacte.

²⁸ Voir notamment K. HAILBRONNER, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekt, in: Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, Berlin 2004, p. 202; A. PETERS, Völkerrecht, Zurich 2008, p. 35.

0.193.501), de demander à la Cour un avis consultatif sur la question de savoir si "(l)a déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo (était) conforme au droit international". Dans son avis consultatif du 22 juillet 2010, la Cour répondit par l'affirmative.

Avant de se prononcer sur la question posée, la Cour, se fondant sur l'article 66, paragraphe premier, de son statut, demanda aux Etats membres des Nations Unies de fournir des exposés écrits en la matière. La Suisse présenta un tel exposé dont le texte peut être consulté sous <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15615.pdf>.

En outre, la Cour autorisa les Etats membres ayant soumis un exposé écrit à présenter des observations commentant les autres exposés écrits. Les observations de la Suisse peuvent également être consultées sous <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15699.pdf>.

3.3 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers. Activités jure imperii et jure gestionis. Immunité d'exécution de l'Etat étranger en ce qui concerne des biens affectés à des fonctions souveraines, en particulier à l'exercice de fonctions diplomatiques

L'immunité des Etats étrangers et ses limites font objet de la communication suivante de la DDIP.

(Traduction)

"Le Tribunal fédéral applique le concept de l'immunité limitée, selon lequel l'immunité de l'Etat étranger ne s'étend qu'aux situations où cet Etat agit à titre de souverain (jure imperii), à l'exclusion de celles dans lesquelles il intervient en tant que sujet de droit privé (jure gestionis). C'est dans cette dernière hypothèse qu'il est assujéti à la juridiction et la compétence d'exécution suisses. La plus haute juridiction suisse, le Tribunal fédéral, a également précisé que la distinction entre actes jure imperii et actes jure gestionis est fondée sur la nature du rapport juridique en cause et non sur le but qu'il poursuit (ATF 124 III 382)²⁹.

Le but auquel sont affectés les biens d'un Etat peut, suivant les circonstances, exclure l'exécution forcée. D'après la jurisprudence, la protection résultant de l'immunité s'étend aux biens situés en Suisse dont l'Etat étranger est le propriétaire et qui sont affectés à son service diplomatique ou l'accomplissement d'autres tâches lui incombant en tant que détenteur de la puissance publique (ATF 111 Ia 62;³⁰ ATF 108 III 107³¹). On rappellera à ce propos l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³² qui dispose que les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission sont soustraits à l'exécution forcée; et il doit en aller de même, par voie de conséquence, pour les représentations permanentes à Genève. Dans un arrêt destiné à la publication du 7 mai 1986 (sic),³³ le Tribunal fédéral a également jugé inadmissible l'exécution forcée pratiquée sur un bâtiment servant à la prise en charge de travailleurs étrangers sur les plans social et culturel."

Communication de la DDIP du 18 février 2009. Document inédit.

3.4 Immunités de juridiction et d'exécution forcée des Etats et de leurs biens dans la pratique suisse

Le Gouvernement suisse se propose de ratifier la Convention du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat et de ses biens (FF 2009, p. 1481). A cette fin, il a adressé un message à l'Assemblée fédérale, dont un extrait est publié ci-après. Ce texte résume la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière.

"Le Tribunal fédéral s'est rallié à la conception restrictive de l'immunité des Etats dès 1918 (ATF 44 I 49)³⁴ et s'y est tenu par la suite.³⁵ Selon sa jurisprudence, le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'est pas une règle absolue et d'une portée générale. Il faut au contraire faire une distinction suivant que l'Etat étranger agit en vertu de sa souveraineté (jure imperii) ou comme titulaire d'un droit privé (jure gestionis). C'est dans le premier cas seulement qu'il peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction. Dans le second, en revanche, il peut être assigné devant les tribunaux suisses et faire dans notre pays, sous certaines conditions, l'objet de mesures d'exécution forcée. A cet égard, le Tribunal fédéral a été amené à poser une exigence supplémentaire. Pour qu'un rapport de droit privé auquel un Etat étranger est partie puisse donner lieu à une procédure en Suisse, notre Haute Cour exige en effet que ce rapport soit rattaché au territoire suisse (Binnenbeziehung), c'est-à-dire qu'il soit né ou doive être exécuté en Suisse, ou tout au moins que le débiteur ait accompli certains actes de nature à y créer un lieu d'exécution.³⁶

Lorsqu'il s'agit d'opérer la distinction entre actes jure imperii et actes jure gestionis, le juge doit se fonder non sur leur but, mais sur leur nature. Il doit examiner si, à cet égard, l'acte relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu entre deux particuliers.³⁷ Des indications sur

²⁹ Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDI, 9^e année, 1999, p. 634.

³⁰ Pratique suisse 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 60.

³¹ Pratique suisse 1983, n° 7.2, ASDI, vol. XL, 1984, p. 178.

³² RS 0.191.01.

³³ Il doit en fait s'agir d'un arrêt du 30 avril 1986, ATF 112 Ia 148, Pratique suisse 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158.

³⁴ Répertoire, n° 3.14.

³⁵ Pour une revue détaillée de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, voir D. FAVRE, Juge au Tribunal fédéral, L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales, in: Droit des immunités et exigences du procès équitable, Paris (...) 2004, pp. 43-55.

³⁶ Voir notamment ATF 56 I 251 (Répertoire, n° 3.36); ATF 4C. 379/2006.

³⁷ Voir notamment ATF 86 I 23; 124 III 382 (Pratique suisse 1998, n° 3.1, RSDI, 9^e année, 1999, p. 654); 130 III 136.

ce point peuvent résulter du lieu où l'acte a été accompli, par exemple. Ainsi, lorsqu'un Etat entre en relation avec un particulier sur le territoire d'un autre Etat sans que ses relations diplomatiques avec ce dernier soient en cause, il y a là un indice sérieux qu'il accomplit un acte jure gestionis.

Le Tribunal fédéral estime enfin qu'il ne se justifie pas de faire une distinction entre le pouvoir de juridiction (*Gerichtsbareit*) et le pouvoir d'exécution (*Vollstreckungsgewalt*) des autorités à l'égard d'un Etat étranger. Ainsi, dès l'instant où l'on admet qu'un Etat étranger peut être partie devant les tribunaux suisses à un procès destiné à fixer ses droits et ses obligations découlant d'un rapport juridique dans lequel il est intervenu, il faut admettre aussi que cet Etat peut faire en Suisse l'objet de mesures propres à assurer l'exécution forcée du jugement rendu contre lui.³⁸ L'exécution forcée peut toutefois être exclue, suivant les circonstances, par la destination des biens appartenant à l'Etat étranger visés par ces mesures. Le Tribunal fédéral considère en effet, conformément aux règles de droit international applicables, que l'immunité d'exécution protège les biens de l'Etat étranger en Suisse lorsque celui-ci les a affectés à son service diplomatique ou à d'autres tâches qui lui incombent comme détenteur de la puissance publique.³⁹ Cette jurisprudence constante a été intégrée dans la LP à l'occasion de sa révision d'ensemble de 1991.⁴⁰

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 25 février 2009, concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. FF 2009, p. 1443 (1450).

3.5 Surveillance de l'espace aérien national: nature des droits de survol et des activités de surveillance qu'ils sont censés financer. Insaisissabilité des droits en question

L'avis de droit de la DDIP qui va suivre porte sur les droits de survol versés par les compagnies aériennes internationales. Si ces droits sont habituellement perçus par les entreprises nationales de sécurité aérienne, ces dernières en chargent parfois l'International Air Transportation Association (IATA) qui, ensuite, les verse aux entreprises nationales précitées, les sommes en question étant en principe destinées à assurer la sécurité de l'espace aérien (radars, tours de contrôle, etc.).

Les fonds ainsi détenus par l'IATA ont fait l'objet de séquestre en mains de cette organisation, les requérants faisant valoir que ces sommes étaient la propriété des Etats dont ils étaient créanciers. A la suite de ce séquestre, l'IATA n'était plus en mesure de retourner aux entreprises nationales les droits de survol détenus par elle. Les décisions des autorités en la matière ont fait l'objet de recours, mais aucune instance ne s'est encore prononcée sur l'insaisissabilité des droits de survol en raison de la nature étatique des activités de surveillance de l'espace aérien.

L'avis de droit de la DDIP commence par examiner le point de savoir si, *ratione materiae*, la surveillance de l'espace aérien est une activité relevant du pouvoir souverain de l'Etat et sous quelles conditions les droits y relatifs peuvent être immobilisés. Puis la DDIP cherche à établir si, *ratione personae*, des sociétés privées, indépendantes de l'Etat, peuvent bénéficier d'immunités au même titre que ce dernier.

"2. Les immunités dans le cas des droits de survol

Selon le Tribunal fédéral (ci-après le TF), la pratique suisse pose trois conditions pour permettre l'exécution forcée des biens d'un Etat étranger.⁴¹ Tout d'abord, la prétention doit être liée à une activité jure gestionis; ensuite, la prétention doit présenter un rattachement avec la Suisse et, enfin, les biens saisis ne doivent pas être affectés à des tâches incombant à l'Etat en tant que détenteur de la puissance publique. Le critère du rattachement n'est aucunement contesté en l'espèce et ne fait pas l'objet d'une analyse dans le présent avis.

a) La nature des activités de surveillance aérienne

Les actes jure imperii sont ceux que l'Etat étranger effectue en vertu de sa souveraineté. On parle d'actes d'autorité ou de puissance publique qui s'opposent aux actes jure gestionis, lorsque l'Etat étranger agit en tant qu'agent privé. Pour le TF, la distinction entre ces deux types d'actes ne saurait se faire sur la seule base de leur rattachement au droit public ou au droit privé.⁴² De même, le but poursuivi par l'Etat dans sa transaction n'est pas déterminant à lui seul, car il vise in fine toujours un intérêt étatique. Il faut donc prioritairement se baser sur la nature intrinsèque de l'opération pour déterminer si l'acte relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un acte assimilable à un rapport juridique entre particuliers.⁴³

La jurisprudence range ainsi parmi les actes jure imperii les activités militaires, l'expropriation, la nationalisation⁴⁴ ou encore les décisions de saisie d'objets historiques ou archéologiques.⁴⁵ En revanche, le TF place dans la catégorie des

³⁸ Voir notamment ATF 82 I 75, c. 10 (Pratique suisse 1956, ASDI, vol. XIV, 1957, p. 132); 124 III 382.

³⁹ Voir notamment ATF 111 Ia 62 (Pratique suisse 1985, n° 3.3, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 64); ATF 1P. 581/2000 (Semaine judiciaire 2001 I 201 et Pratique suisse 2000, n° 3.3, 11^e année, 2001, p. 589).

⁴⁰ Article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP (Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1) (voir à ce sujet le Message du Conseil fédéral (à l'Assemblée fédérale) du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 94-95).

⁴¹ ATF 7B.2/2007 (ATF 134 III 122, Pratique suisse 2007, n° 3.3, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 478).

⁴² ATF 134 III 382, c. 4a.

⁴³ ATF 110 II 255, c. 3a, p. 259 (Pratique suisse 1984, n° 3.4, ASDI, vol. XLI, 1985, p. 172); 104 Ia 367, c. 2c, p. 371 (Pratique suisse 1978, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 143).

⁴⁴ ATF 113 Ia 172, c. 3, p. 176 (Pratique suisse 1987, n° 3.2, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 209).

⁴⁵ ATF 111 Ia 52, c. 4a, p. 58 (Pratique suisse 1985, n° 3.2, ASDI, vol. XL, 1985, p. 60).

actes accomplis jure gestionis des emprunts de l'Etat ou d'une banque centrale, les contrats d'entreprise, les contrats de bail ou de travail passés par une représentation diplomatique.⁴⁶ De même, la livraison de marchandises, la prestation de service, les engagements financiers, les contrats de prêt ne sont également pas couverts par l'immunité.⁴⁷

Notons que le TF ne s'est pas penché sur la nature des activités de surveillance aérienne. Dans un arrêt du 15 août 2007 concernant la saisie de droits de survol, destinés au Centre de contrôle aérien de Moscou mais en mains de IATA, le TF a évité de trancher la question de savoir si les activités de contrôle aérien relevaient de l'exercice d'une prérogative de la souveraineté de l'Etat.⁴⁸ La légalité de la saisie a été admise au motif que l'Etat russe avait renoncé à ses immunités et qu'il était vraisemblable que le Centre de contrôle aérien de Moscou était une émanation de l'Etat russe.

Partant, il reste à déterminer dans quelle mesure le fait de surveiller un territoire national constitue un acte découlant de la souveraineté des Etats ou relève, au contraire, d'activités commerciales. A l'instar du contrôle du territoire national, la surveillance de l'espace aérien est une tâche qui incombe en premier lieu à l'Etat en vertu de sa souveraineté. La nature intrinsèque de l'activité de surveillance de l'espace aérien relève ainsi de la puissance publique. La doctrine reconnaît en effet que l'espace aérien national est sous-jacent de la souveraineté territoriale de l'Etat et affirme qu'il n'existe pas de norme coutumière autorisant le survol du territoire de l'Etat et que celui-ci est donc libre de le réglementer, voire de l'interdire totalement.⁴⁹ Cette manière de voir est confirmée par la Cour internationale de Justice qui a jugé que tout survol non autorisé d'un territoire national constitue une atteinte à la souveraineté territoriale de l'Etat sous-jacent.⁵⁰ C'est pourquoi la violation de l'espace aérien national autorise l'Etat survolé à effectuer des mesures d'interception et d'atterrissage forcé.⁵¹ Ainsi, la surveillance de l'espace aérien découle des impératifs de sécurité nationale d'un Etat au même titre que la surveillance de l'espace terrestre.

C'est d'ailleurs pourquoi 190 Etats ont adopté la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale⁵² (ci-après l'OACI) pour réglementer le survol de leur territoire. Son article premier reconnaît que "les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire". En outre, ladite convention consacre "le privilège de survoler le territoire d'un Etat contractant sans atterrir"⁵³ en contrepartie du paiement de taxes pour l'usage de ses installations de navigation aérienne. A cet effet, l'article 28 de la convention prévoit que chaque Etat contractant s'engage à fournir sur son territoire notamment des services (radioélectriques et météorologiques) afin de faciliter la navigation aérienne internationale.

Par conséquent, les activités de surveillance aérienne représentent des tâches qui, de par leur nature, incombent à l'Etat en tant qu'entité souveraine de son espace aérien. On peut donc affirmer que ces activités sont de nature jure imperii et qu'elles n'ont pas de caractère commercial prépondérant.

b) L'affectation des taxes de survol à des tâches souveraines

L'immunité d'exécution protège les biens d'un Etat étranger affectés à des fins officielles ou à des buts de service public en tant que détenteur de la puissance publique, lesquels ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie. Cette jurisprudence constante du TF⁵⁴ est consacrée à l'article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP.⁵⁵ La notion de biens affectés à des tâches relevant de la puissance publique doit être interprétée de manière large.⁵⁶ Toutefois, s'agissant des liquidités, ces dernières peuvent être "soustraites à la saisie que si elles sont clairement affectées à des buts concrets d'utilité publique, ce qui suppose leur séparation des autres biens".⁵⁷

Il ne fait pas de doute que les redevances aériennes appartiennent à cette catégorie. Il s'agit par conséquent de déterminer si ces fonds sont, clairement, utilisés à des fins d'exercice d'activités de puissance publique.

A défaut de jurisprudence fédérale en matière de droits de survol, un arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 16 octobre 2008⁵⁸ permet de donner un éclaircissement sur l'affectation des droits de survol. Dans le cadre d'une procédure de séquestre, les juges genevois relèvent que l'entreprise de sécurité aérienne concernée a pour mission de percevoir, pour le compte de différents Etats, "souverains sur leur espace aérien, les redevances pour... l'utilisation d'installations et services de navigation aérienne".⁵⁹ Le tribunal cantonal ajoute que l'entreprise "perçoit des taxes... de survol des territoires nationaux pour les Etats eu égard à sa mission de gérer pour eux le trafic aérien".⁶⁰ Il ressort de ces considérations que les redevances collectées sont destinées à financer les infrastructures de sécurité aérienne. En effet, les juges genevois ne font aucune allusion, dans cette affaire, à un quelconque but commercial résultant de l'activité de l'entreprise de sécurité aérienne. Au contraire, ces derniers mettent clairement l'accent sur la mission de

⁴⁶ Voir respectivement les ATF 104 Ia 376 (Pratique suisse 1978, n° 3.2, ASDI, vol. XXXV, 1979, p. 143); 112 Ia 148 (Pratique suisse 1986, n° 3.2, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 158); 111 Ia 62 (Pratique suisse 1985, n° 3.3, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 64); 86 I 23; et 120 II 400, 408.

⁴⁷ ATF 104 Ia, 367, c. 2c, p. 371; ATF 86 I 23, c. 2, p. 29.

⁴⁸ ATF 134 III 122.

⁴⁹ P. DAILLER/A. PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, pp. 1247 et ss.

⁵⁰ Arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires au Nicaragua*, CIJ, Recueil (1986), p. 128.

⁵¹ DAILLER/PELLET, *op.cit.* (note 49), p. 1248.

⁵² RS 0.748.0.

⁵³ (Voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 27 septembre 1946,) FF 1946 III 583, 589.

⁵⁴ ATF 7B.2/2007, c. 5.2.3.

⁵⁵ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

⁵⁶ Ibid. Dans tous les cas sont inclus les biens des missions diplomatiques protégées par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), voir en particulier l'article 22, alinéa 3. Voir aussi JAAC 1986, fasc. 50/II, n° 43, pp. 282 et ss (Pratique suisse 1986, n° 3.3, ASDI, vol. XLIII, 1987, p. 162).

⁵⁷ ATF 7B.2/2007, c. 5.2.3 (cf. note (54)).

⁵⁸ Arrêt C/4067/2008 du 16 octobre 2008.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

gérer l'espace aérien en conformité avec les règles de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), tâche de nature souveraine et non commerciale, à laquelle doivent être affectées les redevances collectées.

Partant, tout laisse à penser que les droits de survol sont destinés à financer la gestion du trafic aérien, voire d'autres tâches d'autorité publique. Néanmoins, il s'agit là d'une présomption qui doit être appréciée au cas par cas. Il n'en demeure pas moins que ces fonds ne peuvent être saisis que s'il peut être prouvé qu'ils ne sont en fait pas affectés à la surveillance de l'espace aérien d'un territoire national ou à une autre tâche d'autorité publique.

3. Les immunités *ratione personae*: l'Etat seul bénéficiaire?

La conclusion selon laquelle les droits de survol ne peuvent être saisis s'impose, *ratione personae*, pour les Etats. Reste encore à déterminer si une société privée indépendante de l'Etat bénéficie également de telles immunités. Le TF ne s'étant jamais explicitement prononcé à ce sujet,⁶¹ il y a lieu de se référer à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens qui reflète pour l'essentiel le droit international coutumier.⁶²

Ladite convention s'applique, *ratione personae*, aux Etats, à ses organes ainsi qu'aux composantes d'un Etat fédéral. En outre, son article 2, alinéa premier, lettre b, stipule que les établissements, les organismes d'Etat ou autres entités, dès lors qu'ils accomplissent des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine, bénéficient des immunités au même titre que les Etats. Cette disposition exclut ainsi les établissements tels que les postes, les chemins de fer, etc., mais uniquement dans la mesure où ils n'accomplissent pas de tâches *jure imperii*. Cette interprétation est confirmée par la CDI (Commission du droit international) qui explique qu'il y a lieu d'inclure les entités privées dans la définition de l'Etat, "dans la mesure où (elles) sont habilitées à exercer les prérogatives de puissance publique".⁶³ En outre, la CDI précise que les termes "autres entités" visent les autorités non étatiques dans certains cas exceptionnels tels que celui dans lequel un Etat les dote de certains pouvoirs pour agir dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat. La CDI estime que "lorsque des entités privées exercent des fonctions publiques de ce genre... elles devront être considérées comme répondant à la définition de l'Etat".⁶⁴ Elle conclut en affirmant que "dans le cas d'une entité qui (est) à la fois habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique et à agir à titre privé, l'immunité ne peut être invoquée que dans la première de ces hypothèses".⁶⁵ Partant, en l'espèce, une société de contrôle aérien juridiquement indépendante de l'Etat pour lequel elle surveille son territoire bénéficie des immunités, du moins pour ses activités de puissance publique.

4. Conclusion

L'immunité d'exécution protège les droits de survol se trouvant en Suisse à condition qu'ils soient affectés aux tâches de surveillance de l'espace aérien incombant aux Etats en tant que détenteurs de la puissance publique. Il en va de même si ces tâches sont accomplies par des sociétés privées en vertu d'une mission de souveraineté qui leur a été octroyée par l'Etat."

Avis de droit de la DDIP du 3 juillet 2009, intitulé "Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie de l'immunité". Document inédit.

3.6 Statut et personnalité juridique du Fonds mondial de lutte contre le sida

La lettre qui suit renferme une analyse du statut juridique du Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme.

"Le 13 décembre 2004, la Suisse a conclu avec le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et la malaria, ci-après le Fonds mondial, un accord de siège.⁶⁶ Dans cet accord de siège, la Suisse a reconnu la personnalité juridique internationale du Fonds et lui a accordé la capacité juridique en Suisse. Cet accord de siège prévoit les mêmes privilèges et immunités que ceux qui sont accordés à l'ONU, aux institutions spécialisées de l'ONU et aux autres organisations internationales.

Il s'agit:

- de l'inviolabilité des locaux du Fonds mondial,
- de l'immunité de juridiction du Fonds mondial devant les tribunaux suisses,
- de l'immunité d'exécution des biens du Fonds mondial, y compris des comptes bancaires,
- des exemptions fiscales,
- des exemptions douanières,
- de la liberté de communiquer par radio ou par satellite et d'utiliser la valise diplomatique.

Les Membres du Conseil de Fondation, le Directeur exécutif et les hauts fonctionnaires avec statut diplomatique, les autres fonctionnaires, les membres de comités techniques ont les privilèges et immunités habituellement accordés à ces personnes.

⁶¹ Certes, le TF estime que, de manière générale, "le recours à des sociétés privées ... permettait de douter de l'existence d'une immunité juridictionnelle" (ATF 1A.94/2001 du 25 juin 2001, c. 4a (Pratique suisse 2001, n° 3.1, RSDIE, 12^e année, 2002, p. 607). Toutefois, il n'a, de ce fait, pas exclu que les entités remplissant une mission de souveraineté peuvent bénéficier de l'immunité *ratione personae* au même titre que les Etats, rejoignant ainsi les conclusions de la Commission du droit international (CDI) (voir également le Message du Conseil fédéral (à l'Assemblée fédérale), du 25 février 2009, concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009, p. 1443, 1457).

⁶² Ibid. La convention n'est pas encore entrée en vigueur. La Suisse a engagé le processus en vue de sa ratification.

⁶³ Annuaire de la CDI 1991, vol. II, par. 15.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., par. 14.

⁶⁶ RS 0.192.122.818.111.

La Suisse a donc totalement assimilé le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et la malaria à une organisation intergouvernementale, et cela quand bien même le Fonds mondial se fonde sur les statuts d'une fondation et non sur un traité multilatéral. De nos jours, une grande organisation internationale ne peut plus être créée sans la participation d'entités privées, soit de grandes fondations internationales, d'entreprises internationales ou d'organisations non gouvernementales. Or, une telle entité ne peut pas être fondée sur la base d'un traité multilatéral - qui lie seulement des sujets du droit international, à savoir les Etats ou les organisations intergouvernementales -, mais seulement sur la base de statuts créant une fondation, en l'occurrence de droit suisse, ou de statuts créant une association, de droit suisse. La Suisse a tenu compte de cette nouvelle direction dans le domaine des relations internationales.

La Suisse ne conclut pas un accord de siège avec n'importe quelle entité de droit privé, fondation ou association. Dans sa nouvelle Loi sur l'Etat hôte du 22 juin 2007,⁶⁷ la Suisse a posé des conditions strictes, d'abord de caractère général, puis de nature particulière. De manière générale, cette entité doit avoir son siège principal ou subsidiaire en Suisse; elle doit poursuivre un but non lucratif d'utilité internationale; elle doit exercer des activités dans le domaine des relations internationales; sa présence sur le territoire suisse doit présenter un intérêt particulier pour la Suisse. De manière particulière, cette entité doit disposer de structures similaires à celles d'une organisation intergouvernementale; elle doit accomplir des tâches étatiques ou habituellement dévolues à une organisation intergouvernementale; elle doit jouir d'une reconnaissance internationale dans l'ordre juridique international, notamment par une résolution d'une organisation intergouvernementale ou par un document politique agréé par un groupe d'Etats."

Lettre du 5 mai 2009 adressée par la DDIP au Directeur du Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme. Document inédit.

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

4.1 Nationalité des personnes morales dans le cadre de la protection diplomatique et des accords de promotion et de protection des investissements. Pluralité de règles conventionnelles et conflits entre celles-ci

L'avis de droit intégralement reproduit ci-après porte sur la nationalité des personnes morales et son opposabilité sur le plan international:

"1. Problématique

La protection diplomatique est l'acte par lequel un Etat, endossant la cause d'un de ses ressortissants lésés, intervient en son nom propre quand une norme de droit international est violée. Dans ce cadre, la nationalité de la personne (physique ou morale) est l'une des conditions à remplir pour que la protection diplomatique puisse être accordée.

A la différence des personnes physiques, les sociétés n'ont pas une nationalité au sens strict du terme.⁶⁸ Chaque Etat détermine ainsi, au travers de sa législation nationale, les critères déterminant la nationalité. Cette règle vaut tant pour les sociétés de personnes que pour celles de capitaux.⁶⁹

Le présent avis de droit définit les critères établissant la nationalité des personnes morales applicables dans le cadre de la protection diplomatique. En outre, il établit dans quelle mesure les accords de promotion et de protection des investissements (ci-après: les APPI) connaissent des critères identiques à ceux de la protection diplomatique et, dans le cas contraire, si lesdits accords constituent une *lex specialis*.

2. La nationalité d'une personne morale

a) Les critères de rattachement

Il existe différents critères qui permettent de définir la nationalité d'une personne morale au regard de son droit national. D'une part, la théorie de l'incorporation veut que la nationalité d'une personne morale soit celle de l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée. Elle s'apparente à la théorie du siège qui, comme son nom l'indique, pose comme principe que la nationalité de la société est déterminée par le territoire de l'Etat où se trouve son siège administratif.⁷⁰ D'autre part, (il y a) la théorie du contrôle selon laquelle la nationalité de la société est déterminée par celle des personnes physiques qui la contrôlent effectivement, c'est-à-dire la majorité des actionnaires, administrateurs, associés voire créanciers de la société.⁷¹

b) La pratique en droit international

Le droit international coutumier ne connaît pas de règles qui permettent d'établir la nationalité des sociétés; ainsi, cette dernière est déterminée, en règle générale, par référence à la législation de l'Etat concerné.⁷² En particulier, la Cour internationale de Justice (ci-après la CIJ) a refusé de conclure à l'existence d'une coutume internationale quant à la

⁶⁷ RS 192.12.

⁶⁸ R. RUDIN, *Droit des sociétés*, Berne 2007.

⁶⁹ JAAC 58.131, 4 octobre 1993 (*Pratique suisse* 1993, n° 4.2, RSDIE, 4^e année, 1994, p. 604).

⁷⁰ T. COTTIER/B. MERKT, *La protection diplomatique des sociétés commerciales*, Berne 1997.

⁷¹ RUDIN, *op.cit.*

⁷² JAAC 58.131, cité à la note 69.

détermination de la nationalité qui ressortirait de l'ensemble des traités de protection des investissements et de la jurisprudence y relative.⁷³

L'affaire *Barcelona Traction*⁷⁴ constitue l'arrêt de référence en matière de protection diplomatique des personnes morales. Faute de coutume internationale, c'est en se basant sur les règles de droit interne que la CIJ a estimé que la nationalité de l'entreprise devait être déterminée en fonction de la théorie de l'incorporation ou de celle du siège,⁷⁵ bien qu'elle ait admis que ces critères n'étaient pas forcément exclusifs.⁷⁶ Ce faisant, la CIJ a rejeté la possibilité d'exercer la protection diplomatique d'un Etat en faveur d'actionnaires lésés ressortissants de ce même Etat. En d'autres termes, la CIJ a estimé que la théorie du contrôle prévue généralement dans les APPI bilatéraux et multilatéraux conférant une protection aux actionnaires ne constituait pas une règle de droit coutumier.

Cette jurisprudence est fortement critiquée par la Commission du droit international de l'ONU (ci-après la CDI).⁷⁷ Cette dernière affirme que l'arrêt de la CIJ n'est ni "sacro-saint ni intangible" en ce sens que la CIJ n'a pas codifié le droit international mais a réglé un différend particulier.⁷⁸ La CDI estime en outre que l'arrêt de la CIJ est difficilement applicable car les Etats ont de fortes réticences, en l'absence de lien effectif avec le pays, à octroyer la protection diplomatique au seul motif que la société est constituée selon leurs règles de droit interne, alors que les actions de celle-ci sont (majoritairement) détenues par des ressortissants étrangers. Aux yeux de la CDI, "les critères que sont le contrôle économique... ou la participation majoritaire, qui mettent l'accent sur le lien effectif entre l'Etat qui exerce la protection diplomatique et la société, ont davantage la faveur des Etats que le lien neutre et ténu que constitue l'octroi de la personnalité juridique".⁷⁹ Pour la CDI, cette solution jurisprudentielle restrictive⁸⁰ a d'ailleurs amené les Etats à recourir aux traités de protection des investissements lesquels permettent aux investisseurs de régler leurs différends avec l'Etat hôte.⁸¹

En l'absence de droit international coutumier, reste à déterminer si, au niveau du droit conventionnel des investissements, une solution est donnée. L'article 25, alinéa 2, lettre b, de la CIRDI stipule que le terme "ressortissant d'un autre Etat contractant" signifie "toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant... et que les Parties sont convenues... de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers".⁸² La solution prévue dans ladite convention est souple étant donné qu'elle ne pose pas de règle de fond s'agissant des critères de rattachement pour déterminer la nationalité. "La convention se réfère simplement aux personnes morales qui possèdent la nationalité d'un Etat contractant et ne définit pas la notion de contrôle exercé par des intérêts étrangers."⁸³ La doctrine estime également que la convention accepte alternativement les trois théories de rattachement, la détermination de la nationalité étant une question qui relève du droit interne et non de la convention elle-même.⁸⁴

c) La pratique en droit suisse

Il appartient donc à chaque Etat d'établir les critères qui prévalent dans l'attribution de la nationalité des personnes morales; la Suisse a adopté la pratique suivante:

i) Dans le cadre de la protection diplomatique

De manière générale, en Suisse, la théorie du contrôle prévaut dans la détermination de la nationalité de la société. Ainsi, en matière de protection diplomatique, "la nationalité des personnes morales - quel que soit leur siège - est fonction du critère du contrôle, dont les éléments sont notamment la proportion du capital en mains suisses, la composition du conseil d'administration et de la direction, l'existence d'importantes créances non commerciales en mains étrangères...".⁸⁵ Cette manière de voir n'a pas toujours prédominé, la Suisse appliquant, jusque dans les années 1930, le principe du siège. Toutefois, afin d'éviter que les entreprises contrôlées par des ressortissants suisses mais ayant leur siège à l'étranger ne puissent bénéficier de la protection diplomatique, la Suisse a décidé de changer sa pratique.⁸⁶ Aujourd'hui, les autorités suisses appliquent la théorie du contrôle pour déterminer la nationalité d'une

⁷³ Quatrième Rapport sur la protection diplomatique, document A/CN.4/530, Commission du droit international (CDI), 55^e session, Genève, 13 mars 2003, pp. 3 et ss.

⁷⁴ CIJ, Recueil 1970, p. 34. En l'espèce, la Belgique agissait contre l'Espagne suite à une expropriation au nom d'actionnaires belges qui détenaient une large majorité du capital d'une société incorporée au Canada. La CIJ refusa la qualité pour agir à la Belgique au motif que le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société appartient à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège.

⁷⁵ Voir le Quatrième Rapport, cite à la note 73

⁷⁶ Voir JAAC 58.131, cité à la note 72.

⁷⁷ Quatrième Rapport, cité à la note 73, p. 3, aux pp. 6 et ss et 10.

⁷⁸ Ibid., p. 10.

⁷⁹ Ibid., p. 7.

⁸⁰ La CIJ a prévu trois exceptions en reconnaissant que l'Etat de nationalité des actionnaires pouvait exercer la protection diplomatique à leur égard: a) s'il est porté atteinte aux droits propres des actionnaires (droit de vote, droit de participer à l'assemblée générale, droit à un dividende, etc.); b) si la société a cessé d'exister; c) si l'Etat de nationalité de la société est l'auteur, direct ou indirect, du fait préjudiciable.

⁸¹ Ibid., p. 9.

⁸² Ibid., p. 8.

⁸³ Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.2 (CIRDI)).

⁸⁴ (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 15 décembre 1967, concernant l'approbation de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats,) FF 1967 II 1460.

⁸⁵ C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, pp. 267 et ss.

⁸⁶ Voir la décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996, "Protection diplomatique. Interdiction de l'arbitraire. Responsabilité des organisations internationales", JAAC 61.75 (Pratique suisse 1996, n° 4.4, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 668).

⁸⁷ Voir la note interne de la DDIP du 19 janvier 1988, (traduction:) "De plus, on fait valoir, en général comme argument principal, et en invoquant la neutralité permanente de la Suisse, que la théorie du contrôle est la mieux à même de protéger efficacement les intérêts suisses face à des mesures de guerre économiques, par exemple celles tirées de la législation sur les biens ennemis."

entreprise. Cette pratique est d'ailleurs consacrée dans la directive interne du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE)⁸⁷ selon laquelle la protection diplomatique est accordée aux sociétés contrôlées par des ressortissants suisses, indépendamment du fait que leur siège se trouve en Suisse ou à l'étranger. Par contre, la protection consulaire prévoit des conditions moins strictes en ce sens qu'en présence d'intérêts économiques suisses, une société contrôlée par des ressortissants étrangers ayant son siège en Suisse peut bénéficier de l'assistance des autorités helvétiques.⁸⁸

ii) Dans le cadre des APPI

Pour déterminer la nationalité d'une société dans le cadre des APPI, il faut se référer à la notion d'investisseur qui fait l'objet d'une définition dans les accords bilatéraux conclus par la Suisse. La pratique suisse en matière d'APPI n'a pas toujours été homogène. En effet, les critères de rattachement ont été appliqués de manière alternative au gré des accords conclus.

"Die Schweiz hat jedoch noch bis weit in die 70er-Jahre nicht ausschliesslich das Kontrollprinzip vertreten, stellen doch eine grössere Anzahl dieser Abkommen das Inkorporationsprinzip alternativ neben das Kontrollprinzip, sodass auch ausländisch beherrschte nach schweizerischem Recht errichtete Gesellschaften in dessen Anwendungsbereich fallen. Namentlich im Lichte des Entscheids des IGH i.S. Barcelona Traction, entschloss sich die Schweiz, im Interesse der Harmonisierung mit unserer generellen Praxis des diplomatischen Schutzes von dieser Konzeption abzugehen. Allerdings wurde ins ISA mit China von 1986 erneut alternativ Sitz- und Kontrollrecht aufgenommen."^{89 90}

Dans les accords plus récents, notamment ceux dits de deuxième génération,⁹¹ la définition de l'investisseur ne répond pas à une seule et unique théorie de rattachement. A titre d'exemple, le message du Conseil fédéral relatif à la conclusion de cinq différents APPI explique que la définition d'investisseur "est fonction soit de la législation sous l'empire de laquelle la société est constituée et du siège de la société, soit du contrôle de celle-ci".⁹² Par conséquent, on peut noter que, s'agissant des APPI de deuxième génération, la nationalité est définie, en règle générale, alternativement, dans chaque accord concerné, par l'une ou l'autre des théories susmentionnées. En d'autres termes, la nationalité d'une société peut être définie soit par le critère du contrôle, soit par celui de l'incorporation et/ou du siège, ce qui donne une plus grande latitude à la société pour se voir octroyer la qualité d'investisseur (suisse) au sens de l'APPI.

3. Les APPI, une *lex specialis*

Il ressort de la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire Barcelona Traction que les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements doivent être considérés comme des règles spéciales qui dérogent aux principes généraux d'établissement de la nationalité. Cette interprétation est également reflétée dans notre pratique nationale. En effet, la Suisse n'accorde sa protection diplomatique qu'aux sociétés contrôlées par des Suisses, indépendamment du fait que leur siège se trouve en Suisse ou à l'étranger, sous réserve de normes conventionnelles contraires.⁹³

Les travaux de la CDI confirment cette manière de voir. Dans son projet sur la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires, la CDI a rappelé que les investissements sont dans une large mesure réglementés et protégés par des accords bilatéraux, ce qui permet d'éviter l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique.⁹⁴ La CDI fait donc sienne la règle établie par la CIJ, à savoir qu'en présence d'un accord de protection bilatéral, celui-ci fait figure de *lex specialis* et trouve à s'appliquer en dérogation des règles générales sur la nationalité prévues dans le cadre de la protection diplomatique.⁹⁵ Enfin, notons encore que la doctrine estime également que les règles de la protection diplomatique doivent s'écarter en faveur des normes plus flexibles prévues par un traité de protection des investissements.⁹⁶

Une question reste toutefois encore ouverte: dans le cas d'une procédure entre Etats Parties à un APPI - prévoyant des critères alternatifs - la nationalité doit-elle être définie à l'une des règles spéciales prévues dans ledit accord ou faut-il se référer aux règles prévues dans le cadre de la protection diplomatique? A notre sens, les règles générales ne trouvent pas application en présence d'un APPI, en vertu de l'adage *lex specialis derogat legi generali*. Cette interprétation ressort également des travaux de la CDI pour qui son projet de codification n'a pas vocation à s'appliquer au régime spécial de protection des investissements.⁹⁷

4. Conclusion

⁸⁷ Directive interne n° 702.0, actualisée le 30 janvier 2002.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Voir la note interne de la DDIP du 19 janvier 1988, W. Baumann.

⁹⁰ (Traduction:) "Jusqu'à tard dans les années 70, la Suisse n'a pas souhaité adhérer à la théorie du contrôle, puisqu'une série relativement importante de ces accords admettait celle de l'incorporation à titre alternatif, de sorte que des entités contrôlées de l'étranger mais créées sous l'empire du droit suisse étaient couvertes. A la lumière de l'arrêt de la CIJ (Cour internationale de Justice) dans l'affaire de la Barcelona Traction (CIJ, Recueil 1970, p. 3), en particulier, la Suisse s'est résolue, dans l'intérêt d'une harmonisation avec sa pratique générale en matière de protection diplomatique, à abandonner cette conception. Toutefois, dans l'APPI conclu avec la Chine de 1986 (Accord du 12 novembre 1986, RO 1987, p. 589), l'on retrouve à nouveau le critère alternatif contrôle/incorporation."

⁹¹ Ce type d'accord confère aux investisseurs, lors de différends avec l'Etat hôte relatifs à l'application de l'accord, le droit de s'adresser à une juridiction arbitrale internationale. On parle ainsi d'une procédure diagonale, c'est-à-dire d'un règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat hôte.

⁹² Message du Conseil fédéral (à l'Assemblée fédérale) du 22 septembre 2006 (FF 2006, p. 8023).

⁹³ Voir la Directive interne n° 702.0, actualisée le 30 janvier 2002 (et citée à la note 87).

⁹⁴ Voir l'Additif au Quatrième Rapport sur la protection diplomatique, document A/CN.4/530, Genève, 6 juin 2003, pp. 3 et ss.

⁹⁵ Ibid., p. 4.

⁹⁶ SCHREUER, *op.cit.* (note 84), p. 268.

⁹⁷ Voir l'Additif cité à la note 94, p. 3.

En l'absence de règle de droit international coutumier en matière de nationalité des personnes morales, il sied de se référer à celles applicables en droit conventionnel et en droit interne pour déterminer la nationalité des personnes morales.

Ainsi, il faut distinguer, d'une part, entre les critères de détermination de la nationalité des personnes morales dans le cadre de la protection diplomatique et, d'autre part, ceux valables en présence d'APPI. Dans le premier cas, la nationalité des entreprises est définie, en Suisse, en fonction de la théorie du contrôle, alors que les APPI conclus par notre pays prévoient en règle générale des critères alternatifs de détermination de la nationalité. Dans ce deuxième cas, la nationalité est définie soit par la théorie du contrôle, soit par celle de l'incorporation et/ou du siège. Partant, les règles prévues par les APPI sont, en règle générale, plus souples que celles de la protection diplomatique.

En considérant les APPI comme une *lex specialis* par rapport aux règles générales de la protection diplomatique, les critères alternatifs de détermination de la nationalité posés trouvent application au détriment des règles prévues dans le cadre de la protection diplomatique. Cela peut s'avérer important notamment dans le cas de procédure(s) entre Etats ayant été lancée(s) suite à la demande de protection diplomatique d'un investisseur suisse."

Avis de droit de la DDIP du 21 juillet 2009. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 3.5, 3.6, 7.3 et 9.1)

5.1 Accomplissement d'actes officiels sur le territoire d'un Etat étranger. Statut des missions diplomatiques en territoire étranger. Fonctions consulaires

Le texte ci-après concerne l'interrogatoire d'un citoyen suisse à l'Ambassade de Suisse en Espagne.

(Traduction)

"Sous l'angle du droit international il semble inadmissible de faire entendre le citoyen suisse X. par la police. Une telle audition constitue un acte de puissance publique. Elle ne peut être tenue à l'étranger que si l'Etat dont la souveraineté est en cause donne son accord. Un tel accord peut découler, d'une manière générale, d'un traité bi- ou multilatéral, ou avoir été donné dans le cas d'espèce. En Suisse, l'article 271 du Code pénal suisse⁹⁸... réprime de tels actes, accomplis sans l'accord des autorités suisses. Il faut rappeler, à ce propos, qu'une ambassade n'a pas de statut d'extraterritorialité, ce qui signifie qu'à l'intérieur de celle-ci le droit national (de l'Etat accréditaire) s'applique et que la souveraineté de ce dernier doit être respectée (bien que ce respect ne puisse être forcé *manu militari*).

Il est vrai que les fonctionnaires consulaires peuvent accomplir des actes de puissance publique, mais seulement dans la mesure où cela est prévu par la Convention de Vienne (du 24 avril 1963) sur les relations consulaires (... RS 0.191.02) ou un autre traité, ou si l'Etat accréditaire donne la permission. C'est ainsi que ces fonctionnaires peuvent recueillir les déclarations de leurs propres ressortissants, par exemple dans l'accomplissement de leurs tâches en matière d'état civil. On rappellera toutefois que la tenue d'un interrogatoire policier n'est pas une fonction consulaire. Les fonctionnaires consulaires ne sont dotés d'aucun pouvoir de police. Cela signifie qu'aux termes de la convention de 1963 une audition par la police à l'intérieur de l'ambassade, même de ressortissants de l'Etat que l'ambassade représente, est inadmissible. Si un interrogatoire par un fonctionnaire consulaire devait avoir lieu en dépit de cette interdiction et en l'absence d'autorisation, la souveraineté de l'Espagne serait enfreinte. En Suisse, on considérerait, à notre avis, qu'une telle audition serait contraire à l'article 271 du code pénal. On pourrait aussi, le cas échéant, mettre en doute la validité de déclarations faites dans de telles conditions lors d'une procédure judiciaire.

Il serait toutefois possible de solliciter la permission des autorités espagnoles. Si elle était accordée, rien ne s'opposerait à l'audition de X. à l'Ambassade. Peu importe le district consulaire où X. réside."

Avis de droit de la DDIP du 16 mai 2009. Document inédit.

5.2 Compétence universelle en matière pénale

Extrait d'une déclaration faite par le représentant suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies:

"La lutte contre l'impunité est d'autant plus importante lorsque les crimes en question sont d'une gravité particulière. On pense notamment au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre ou encore à la torture. En effet, des crimes qui choquent la conscience de la communauté internationale ne peuvent en aucun cas restés impunis. C'est pour cette raison que la Suisse, à l'instar d'autres Etats, s'est dotée des moyens juridiques lui permettant d'exercer sa compétence sur certains crimes, même en l'absence des liens de juridiction traditionnels.

La compétence dite universelle n'est exercée en Suisse que sous certaines conditions bien précises. Premièrement, les tribunaux suisses n'exercent la compétence universelle que lorsqu'il s'agit de crimes d'une gravité particulière que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international. Deuxièmement, la personne soupçonnée d'avoir commis les crimes en question doit se trouver sur le territoire suisse. Enfin, les tribunaux suisses n'exercent leur

⁹⁸ Code pénal du 21 décembre 1937 (RS 311). L'article 271 de ce code punit "celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics".

compétence que lorsque la Suisse n'extrade pas la personne en vue de poursuites pénales dans un autre Etat ayant une juridiction prioritaire, découlant par exemple de la compétence territoriale.

Ainsi, comme vous l'aurez constaté, les tribunaux suisses exercent la compétence universelle dans les cas particuliers où des crimes graves risquent de rester impunis. Dans certains cas, la compétence universelle est en effet le seul outil permettant de s'assurer que justice soit faite. Or, pour la Suisse, c'est précisément là que réside la raison d'être de la compétence universelle: assurer la poursuite des auteurs de crimes graves quand aucune autre juridiction compétente ne peut le faire et éviter ainsi que ces personnes trouvent refuge auprès d'autres Etats."

Déclaration faite le 20 octobre 2009 par le représentant suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Texte inédit.

6. Identité, Continuité et Succession d'états

7. Les Organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.3 et 5.1)

7.1 Immunité des chefs et anciens chefs d'Etat étrangers; tendance à restreindre cette immunité dans le domaine du droit international pénal

Extrait d'une communication faite par la DDIP à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police, qui porte sur l'immunité de l'ancien Président de l'Etat A.

"Il ressort de l'état actuel du droit international coutumier que les anciens chefs d'Etat continuent à bénéficier de l'immunité de juridiction pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ladite immunité est analogue à ce que prévoit, pour les agents diplomatiques, l'article 39, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) lequel stipule que l'immunité de juridiction subsiste - après la fin des fonctions diplomatiques - en ce qui concerne les actes accomplis par l'agent diplomatique dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission.

Cela étant dit, il est indéniable qu'il existe une tendance manifeste sur le plan international à vouloir restreindre l'immunité des (anciens) chefs d'Etat en cas de crimes relevant du jus cogens. La mise sur pied de tribunaux internationaux - tels que la Cour pénale internationale (CPI) et les Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda - en est l'exemple le plus parlant. En effet, la CPI, régie par le Statut de Rome,⁹⁹ est la première cour pénale internationale permanente créée pour contribuer à mettre fin à l'impunité des auteurs, sans égard à leur qualité officielle, des crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale. A ce titre, la CPI concrétise donc les aspirations de la communauté internationale laquelle, dans sa grande majorité, a trouvé au fil du temps un consensus sur l'impérieuse nécessité de poursuivre les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. A cette fin, l'article 27 du Statut de Rome stipule que la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence.

Par ailleurs, une certaine jurisprudence au niveau national s'est inscrite dans la même volonté de mettre un terme à l'impunité en matière des crimes les plus graves. En particulier, la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet du 24 mars 1999¹⁰⁰ par laquelle elle a refusé de maintenir l'immunité dont bénéficiait l'ancien chef d'Etat chilien au motif que celle-ci ne s'étendait pas aux crimes internationaux, tels les actes de torture dont ce dernier était accusé.

Toutefois, à notre avis, cette tendance ne peut, au stade actuel, être qualifiée de coutume internationale, en ce sens qu'elle ne reflète pas une pratique constante et généralisée des Etats. Ainsi, la Cour internationale de Justice dans son arrêt Yerodia du 14 février 2002¹⁰¹ - qui concernait un ministre des Affaires étrangères en exercice - explique qu'elle a examiné la pratique des Etats, y compris les différentes législations nationales et leur jurisprudence, et qu'elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction en cas de soupçon de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité. Cette affirmation en relation avec un ministre des Affaires étrangères en exercice vaut d'autant plus pour un chef d'Etat.

Il faut toutefois souligner que la Cour, dans un obiter dictum très remarqué et discuté dans la doctrine, a également indiqué de manière claire qu'immunité ne signifie pas impunité. Ainsi, elle a relativisé la portée de son affirmation concernant l'immunité de juridiction en expliquant qu'un Etat peut juger un ancien ministre des Affaires étrangères d'un autre Etat pour des actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a exercé ses fonctions, ainsi que pour des actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. En outre, un ministre des Affaires étrangères, même en exercice, peut être sujet à des procédures pénales devant une cour pénale internationale compétente (§ 61 de l'arrêt).

La Cour, bien que relativisant la portée de l'immunité des anciens représentants d'Etat, reste cependant muette, s'agissant des juridictions nationales, concernant une exception à l'immunité en cas d'actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles qui relèveraient du crime contre l'humanité. A notre sens - et c'est là un point crucial - si la

⁹⁹ Statut du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1).

¹⁰⁰ *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, 1999, p. 430.

¹⁰¹ Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), CIJ, Recueil 2002, p. 3.

Cour s'est abstenue de formuler toute affirmation allant dans le sens de l'arrêt Pinochet, c'est bien parce que, de l'avis de la Cour, la jurisprudence des Lords ne reflète pas (encore) la coutume internationale.

En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international coutumier, il ne peut être conclu, dans le cas d'espèce, à l'absence d'immunité pour l'ancien Chef d'Etat (...)."

Communication adressée par la DDIP, le 15 janvier 2009, à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

7.2 Devoir de l'Etat accréditaire de protéger les membres des missions diplomatiques

Le texte qui suit examine la question de l'évacuation du corps diplomatique non seulement en cas de conflit armé, mais aussi dans l'éventualité de tensions internationales et de catastrophes naturelles à grande échelle.

"1. Nous rappelons ci-après les principes généraux du droit diplomatique qui s'appliquent dans cette situation.

La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) fait obligation, de manière générale, à l'Etat accréditaire (Etat de résidence/Etat hôte) de protéger les membres des missions diplomatiques. Ce traité lui impose en particulier l'obligation spéciale de prendre toutes les mesures spéciales pour que les locaux de la mission diplomatique soient protégés et ne soient pas envahis ou endommagés.

L'article 44 de la convention de Vienne¹⁰² ..., en cas de conflit armé, impose une obligation particulière à l'Etat accréditaire; ce dernier doit "accorder des facilités pour permettre aux personnes bénéficiant de privilèges et immunités, autres que les ressortissants de l'Etat accréditaire, ainsi qu'aux membres de la famille de ces personnes, quelle que soit leur nationalité, de quitter son territoire dans les meilleurs délais. Il doit, en particulier, si besoin est, mettre à leur disposition les moyens de transport nécessaires pour eux-mêmes et pour leurs biens".

Selon l'article 45 de ladite convention, l'Etat accréditaire a, dans cette situation de conflit armé, l'obligation de protéger les locaux et les archives de la mission diplomatique.

Ces dispositions valent mutatis mutandis pour le personnel consulaire et pour les fonctionnaires internationaux des organisations internationales.

2. Si la convention de Vienne traite des obligations, telles que celles susmentionnées, en cas de conflit armé, elle est, en revanche, muette s'agissant des obligations de l'Etat hôte en cas de catastrophes naturelles à grande échelle ou de tensions internationales.

Partant, il y a donc lieu, pour déterminer l'étendue des obligations de l'Etat hôte dans ces deux situations, d'interpréter la convention de Vienne en appliquant les principes généraux du droit international, notamment dans le domaine de la responsabilité des Etats. Un des postulats de la responsabilité des Etats est la "due diligence" dont l'Etat hôte doit faire preuve. L'obligation spéciale de l'Etat hôte de protéger les missions diplomatiques sera certes accrue en cas de crise internationale. Néanmoins, la responsabilité de l'Etat hôte ne sera engagée que s'il a agi par manque de diligence dans l'accomplissement de son devoir de prendre les mesures qui lui semblent opportunes.

De surcroît, il faut également avoir à l'esprit le principe ultra vires. C'est ainsi que, face à une catastrophe naturelle imprévisible ou un attentat terroriste, l'Etat hôte a le droit de protéger en premier lieu ses propres concitoyens et l'infrastructure vitale du pays. Si les moyens mis à disposition ne suffisent pas pour protéger les missions diplomatiques au-delà des mesures prises en faveur de sa propre population, l'Etat hôte ne peut pas être tenu responsable pour un manquement à leur égard dans une situation exceptionnelle. Dans un état d'urgence, les missions diplomatiques et leur personnel ne peuvent ainsi que se prévaloir du "traitement national" en ce qui concerne l'accès à une installation de conduite (abri, réduit). En revanche, ils conservent leur droit de pouvoir quitter le territoire suisse, à charge de la Confédération de mettre des moyens de locomotion à leur disposition.

3. Il suit de ce qui précède qu'il n'existe ni dans la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ni dans la convention de Vienne sur les relations consulaires, ni dans les accords de siège que le Conseil fédéral a conclu avec les organisations internationales une obligation pour la Suisse d'évacuer le corps diplomatique ou consulaire, ou encore le personnel des organisations internationales, dans une installation de conduite en cas de crise. Une telle obligation ne peut également se déduire ni du droit international coutumier, ni des principes généraux du droit international.

... le soussigné, tout en rappelant que le personnel des ambassades à transférer serait limité, a évoqué la possibilité que le Conseil fédéral pourrait être amené à s'entourer, une fois qu'il se sera retiré dans une installation de conduite, de diplomates dont les pays seraient les plus impliqués dans le conflit armé. Le nombre de diplomates devrait être ainsi très restreint.

De même, en cas de situation de crise prolongée (pandémie de grippe, coupure de courant de longue durée), le Conseil fédéral pourrait être intéressé à réunir un certain nombre de représentants étrangers avec lesquels il voudra garder un contact permanent s'il décidait de se retirer dans un des bunkers "K". Le Conseil fédéral ne serait pas obligé non plus d'évacuer ces missions. Il s'agirait plutôt de mettre à leur disposition des facilités à proximité du Conseil fédéral pour leur permettre de maintenir le contact avec le Gouvernement suisse.

Les instructions sur les mesures organisationnelles à prendre dans l'administration fédérale pour maîtriser les situations particulières ou extraordinaires (FF 2007, p. 7801) (disposent), à l'article 6, alinéa 2, que "le Conseil fédéral décide, sur

¹⁰² Il s'agit de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

proposition du DFAE, du transfert de tout ou partie du corps diplomatique étranger dans les installations de conduite". A la lumière de ce qui précède, nous sommes de l'avis, tout comme vous, que cette disposition est obsolète et devrait être supprimée. Il faudrait ainsi saisir l'occasion d'une révision desdites instructions pour envisager sa suppression.

4. Enfin, le scénario de l'évacuation dans une installation de conduite ne semble pas le plus probable en situation de crise. On peut néanmoins prévoir un scénario d'un exode massif du corps diplomatique en situation de crise où routes, réseaux ferroviaires et toute voie de communication seraient fortement encombrés. Dans un tel cas, la Suisse devrait garantir au corps diplomatique la possibilité de quitter rapidement le territoire suisse, en organisant des convois et en mettant à disposition du corps diplomatique l'armée et des véhicules de l'armée jusqu'à la frontière suisse."

Communication faite par la DDIP à la Chancellerie de la Confédération le 5 juin 2009. Document inédit.

7.3 Asile dans les ambassades étrangères

La communication ci-après reproduite de la DDIP, adressée à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat X., concerne le refuge temporaire que les ambassades à l'étranger pourraient offrir à des individus pour des raisons humanitaires.

"De manière générale, la Suisse ne connaît pas l'asile politique dans ses ambassades. En revanche, elle admet qu'une personne peut trouver un refuge temporaire dans l'une de ses ambassades, et cela pour des raisons humanitaires, lorsque la personne est exposée à une menace imminente pouvant entraîner de sérieux préjudices quant à sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté. La sortie de cette personne des locaux de l'Ambassade doit ensuite être négociée avec l'Etat accréditaire et l'Ambassade doit veiller à ce que les règles élémentaires des droits de la personne soient respectées. Cette pratique suisse tient compte de l'article 41, paragraphe premier, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,¹⁰³ qui énonce que les personnes qui bénéficient de privilèges et immunités doivent respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire et ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat...

S'agissant des blessés, opposants au régime en place, que votre Ambassade pourrait recueillir, nous n'avons à ce jour pas eu de cas semblables. Selon vos indications et en raison de la situation de l'Ambassade, cette éventualité paraît peu probable à ce stade. Si le cas devait se présenter et d'entente avec la Direction politique, nous vous laissons le soin de déterminer l'attitude à avoir sur la base d'une appréciation humanitaire sur place. Si des blessés se trouvant à proximité de l'Ambassade devaient demander un secours immédiat, il conviendrait de leur offrir cette aide. Toutefois, il faut s'assurer au préalable d'être en mesure d'apporter une aide efficace et immédiate. Des dispositions devraient être prises dans ce sens avec le concours du médecin de confiance. Une coordination avec les autres ambassades occidentales doit être également mise en place. Le secours apporté devrait répondre à une urgence humanitaire tout en considérant que l'Ambassade n'a pas fonction d'hôpital.

En droit, nous vous rappelons que l'Etat accréditaire doit s'abstenir de surveiller et d'empêcher le flux des personnes qui entrent ou sortent d'une ambassade, que ce soit par des gardes ou par des caméras de surveillance. Dans ce contexte, nous vous rappelons que les locaux de l'Ambassade sont inviolables conformément à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques."

Communication faite le 26 juin 2009 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat X. Document inédit.

7.4 Situation des organisations intergouvernementales en Suisse

Face à la menace de pandémie de grippe H1N1 qui risquait de se déclarer au cours de l'année 2008, la Division politique V du DFAE chargea la DDIP d'examiner si, dans cette situation, la Suisse pourrait interdire les réunions organisées par des organisations intergouvernementales et, en particulier, l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Voici la réponse de la DDIP:

"1. Réunions de l'OMS

1. L'article premier de l'Accord de siège conclu entre le Conseil fédéral et l'OMS, le 21 août 1948, dispose que le Conseil fédéral garantit à l'OMS l'indépendance et la liberté d'action qui lui appartiennent en sa qualité d'institution internationale (RS 0.192.120.281).

Les accords de siège plus récents, comme celui conclu avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle,¹⁰⁴ voient leur article premier complété par un deuxième paragraphe qui se lit comme suit: "(Le Conseil fédéral) reconnaît (à l'OMPI), en particulier, ainsi qu'à ses membres dans leurs rapports avec elle, une liberté de réunion absolue, comportant liberté de discussion et de décision."

Ces dispositions valent mutatis mutandis pour toutes les organisations avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu des accords de siège.

Nous fondant sur ces dispositions, il n'est pas possible d'interdire à l'OMS, et aux autres organisations, de tenir les réunions qu'elles jugent nécessaires, même en cas de pandémie. Dotée de la personnalité juridique internationale et de l'inviolabilité de ses locaux, il ne serait pas pensable de prendre des mesures de coercition à l'égard d'une organisation internationale. Il ne serait pas possible, par exemple, d'encercler le bâtiment de l'organisation par des policiers et d'empêcher les délégués de pénétrer dans le bâtiment.

¹⁰³ Voir la note 102.

¹⁰⁴ Accord du 9 novembre 1970 (RS 0.192.122.23).

2. Pour en revenir plus spécifiquement à l'OMS, cette dernière organisation serait bien mal placée de ne pas s'en tenir aux recommandations qu'elle a elle-même édictées. Le canton de Genève n'imposerait certainement pas une interdiction de se réunir dans des lieux publics si cette dernière n'avait pas été recommandée par l'OMS et ensuite par le Conseil fédéral. Si j'ai bien compris le système, ces deux organismes ne prendraient pas de décisions, mais seulement des recommandations, laissant aux cantons la décision des mesures.

Le dialogue avec une organisation demeure la meilleure voie pour mettre en place les décisions du canton.... D'ailleurs l'OMS a déjà décidé de réduire la durée de son Assemblée générale (AG) à une semaine, a demandé aux délégués de remplir un questionnaire pour savoir s'ils ont été en contact avec des personnes potentiellement contaminées ou provenant de pays à risque et va établir une unité sanitaire pendant l'AG.

En cas de pandémie, en phase 6, et pour autant que des mesures sévères soient prises par le canton, il pourrait être recommandé à l'OMS de ne pas convoquer des délégués de l'étranger, mais d'organiser des réunions avec la seule participation de membres déjà en Suisse des missions permanentes établies à Genève. Si le dialogue avec l'organisation ne permettait pas d'aboutir à un arrangement à l'amiable avec le canton, il y aurait toujours l'arme des visas. La Suisse pourrait en quelque sorte diminuer le nombre de visas requis (par exemple si une délégation annonce 35 personnes, ne délivrer que 10 visas), voire ne plus en délivrer.

2. Fonctionnaires internationaux et délégués

S'agissant des personnes, je vous informe que la Mission suisse (auprès des organisations internationales à Genève) a rappelé, le 30 avril 2009, aux organisations internationales la note qu'elle avait déjà envoyée le 18 décembre 2005 pour la grippe....

Les personnes jouissant de privilèges et immunités seront soumises aux mêmes mesures que la population résidente, et cela nonobstant leurs privilèges et immunités et, en particulier, l'inviolabilité personnelle dont elles bénéficient. Ces mesures sont destinées à soigner les personnes contaminées et à protéger la population résidente. Elles reposent sur le principe de précaution et sont conformes à l'ordre public suisse."

Avis de droit donné le 12 mai 2009 par la DDIP à la Division politique V du DFAE. Document inédit.

7.5 Situation des organisations intergouvernementales établies en Suisse, ainsi que des personnes appelées auprès d'elles

Le document qui suit reflète les vues de la DDIP sur la possibilité de fermer l'aéroport de Genève pour des motifs de sécurité.

"La Suisse a l'obligation, vis-à-vis des organisations avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu un accord de siège, de faciliter l'entrée sur le territoire suisse et la sortie du territoire suisse des personnes appelées en qualité officielle auprès de ces organisations. Cette obligation ne revêt toutefois pas un caractère absolu et dépend des possibilités effectives d'assurer dans de bonnes conditions de sécurité l'exécution de cette obligation. D'ailleurs, les personnes concernées ne souhaiteront vraisemblablement pas faire usage d'un aéroport pour lequel un degré raisonnable de sécurité ne pourrait pas être assuré.

On ne saurait prendre pour prétexte la situation des organisations établies en Suisse au bénéfice d'un accord de siège ou des conférences internationales se tenant sur notre territoire pour exiger que l'aéroport de Genève reste ouvert en toutes circonstances. Il peut donc, selon la situation, s'avérer nécessaire de fermer l'aéroport de Genève si la sécurité ne peut pas être assurée de façon satisfaisante en faisant usage de moyens raisonnables. Il existe d'autres possibilités d'entrer en Suisse, notamment par un autre aéroport suisse ou par un aéroport situé dans un Etat voisin.

Ce genre de situation reste très théorique et il sera nécessaire, le cas échéant, d'évaluer le moment venu nos obligations à la lumière des risques potentiels et des moyens de sécurité pouvant raisonnablement être mobilisés, s'il devait être envisagé concrètement de fermer l'aéroport de Genève, comme vous le faites de toutes façons déjà sur une base régulière d'entente avec tous les services concernés."

Communication à la DDIP, du 3 juillet 2009, adressée à la Police genevoise. Document inédit.

7.6 Exonération d'une organisation intergouvernementale d'une taxe prélevée dans le cadre de la fourniture d'eau

La note ci-après étudie l'exonération de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) d'une "taxe de pompage" que les Services Industriels de Genève (SIG) entendaient prélever. La DDIP estima que le CERN devait en être exempté pour les raisons suivantes:

"1. Selon l'article 8 de l'Accord du 11 juin 1955 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire pour déterminer le statut juridique de cette organisation en Suisse (RS 0.192.122.42), le CERN est exonéré de tous impôts fédéraux, cantonaux et communaux. Il n'est en revanche pas exempté des taxes qui représentent la simple rémunération de services publics rendus. Par conséquent, pour déterminer si la taxe sur le prélèvement d'eau prévue par la réglementation genevoise peut être répercutée sur le CERN, il y a lieu de déterminer si la taxe de pompage représente une "taxe" ou un "impôt" au sens dudit accord.

2. L'article 8 de l'accord entre la Suisse et le CERN est une règle du droit international. En droit international, un "impôt" est une somme prélevée indépendamment du point de savoir si et dans quelle mesure l'administration publique rend des services particuliers au contribuable. La "taxe", en revanche, représente la rémunération versée par le contribuable

pour des prestations spéciales demandées à l'administration ou par le contribuable pour des prestations spéciales demandées à l'administration ou pour l'utilisation de services publics; ainsi, il doit y avoir une contre-prestation précise.

3. Au vu de ces définitions en droit international, il est nécessaire d'analyser si la taxe de pompage - quel que soit son nom en droit genevois - doit être qualifiée en droit international comme un "impôt" dont le CERN est exonéré ou comme une "taxe" dont il doit s'acquitter. Pour procéder à cette analyse, il faut déterminer s'il y a une contre-prestation de l'administration ou du service public qui prélève la taxe et s'il y a un lien étroit entre cette contre-prestation et la taxe perçue.

4. La taxe de pompage que les SIG envisagent de reporter sur le CERN est prévue par l'article 22A du Règlement sur l'utilisation des eaux superficielles et souterraines du Canton et République de Genève (RUESS, L (Législation genevoise) 2 05.04)). En application de cet article, les SIG, étant autorisés à prélever dans le lac l'eau destinée à l'eau potable, doivent s'acquitter de 9 centimes par m³ d'eau pompée. La base légale formelle pour cette redevance est représentée par les articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 5, de la Loi genevoise sur les Eaux (LEaux-GE, L 2 05). Selon ces dispositions "l'Etat encourage par des mesures incitatives la gestion parcimonieuse de l'eau" (article 29, alinéa 2) et "peut renoncer à prélever des redevances annuelles... pour le prélèvement d'eau dans les eaux superficielles destiné à la production de l'eau potable... pour autant que ce prélèvement soit accompagné de mesures d'utilisations parcimonieuses de l'eau" (article 33, alinéa 5). Il en découle que la redevance sur l'eau pompée selon l'article 22A RUESS constitue une taxe d'incitation visant à assurer la gestion parcimonieuse de l'eau.

5. En tant que taxe d'incitation, la taxe de pompage constituerait une "taxe pour service particulier rendu" au sens du droit international s'il y avait une contre-prestation de l'Etat de Genève ou des SIG en faveur du CERN et s'il y avait un lien étroit entre cette contre-prestation et la taxe perçue. Selon l'article 47, lettre c, LEaux-GE, les montants perçus avec la taxe sur l'eau pompée sont consacrés au fonds cantonal de renaturation. Ce fonds contribue au financement du programme de renaturation des cours d'eau du Canton de Genève. Il n'y a ainsi pas de contre-prestation directe en faveur du CERN.

6. Il y a donc lieu de conclure que la taxe de pompage prévue par le Règlement sur l'utilisation des eaux superficielles et souterraines du Canton et République de Genève est un impôt au sens du droit international. Par conséquent, en application de l'article 8 de l'accord du 11 juin 1955 entre le Conseil fédéral suisse et le CERN, les SIG ne sont pas autorisés à reporter la taxe de pompage sur le CERN, ou sur tout autre bénéficiaire d'exemptions fiscales en vertu du droit international."

Note adressée le 22 décembre 2008 par la DDIP aux Services Industriels de Genève. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

8.1 Responsabilité internationale des organisations intergouvernementales

Voici des extraits de la déclaration faite par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée des Nations Unies concernant le Rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa 61^e session, du 4 mai au 5 juin et du 6 juillet au 7 août 2009 (Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 64^e session, Supplément n° 10 (A/64/10), et portant sur un projet d'articles relatif à la "Responsabilité des organisations internationales" adopté en première lecture par la Commission en 2009 (pour le texte du projet, voir *ibid.*, p. 21). La première question traitée par l'orateur était celle de savoir quand le comportement d'un organe d'une telle organisation mis à la disposition d'un Etat peut être imputé à ce dernier.

"La première question est celle de savoir quand le comportement d'un organe d'une organisation internationale mis à disposition d'un Etat est attribuable à ce dernier. Bien qu'il nous soit difficile d'imaginer un exemple concret illustrant cette situation, il nous semble que, dans un tel cas de figure, deux éléments pourraient s'avérer être déterminants: Premièrement, le critère du contrôle effectif comme cela est prévu au projet d'article 6 relatif au comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un Etat ou une autre organisation internationale, et deuxièmement, le critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique, tel que cela est prévu à l'article 6 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats,¹⁰⁵ qui lui traite du comportement d'un organe d'un Etat mis à la disposition d'un autre Etat.

La mise à disposition d'un organe d'une organisation internationale à un Etat pourrait vraisemblablement prendre des formes différentes. Cela va dépendre notamment de l'accord conclu entre l'Etat et l'organisation et du domaine d'activités pour lequel l'organe de l'organisation a été mis à disposition de l'Etat. Pour cette raison, ma délégation est d'avis que l'élément déterminant pour l'attribution d'un comportement d'un organe mis à la disposition d'un Etat par une organisation internationale devrait être le critère du contrôle effectif. En effet, bien qu'on puisse argumenter en faveur d'une analogie avec la mise à disposition d'un organe d'un Etat à un autre Etat et plaider ainsi en faveur du critère de l'exercice des prérogatives de puissance publique, il nous semble que le critère du contrôle effectif serait plus susceptible de s'appliquer à tous les cas de figure envisageables de mise à disposition d'un organe d'une organisation internationale à un Etat. Selon nous, le comportement d'un tel organe mis à la disposition d'un Etat pourrait être attribuable à ce dernier, quand bien même l'organe n'exerce pas une prérogative de puissance publique, pour autant que l'Etat exerce un contrôle effectif sur lui."

¹⁰⁵ Pour le texte de ce Projet, voir La Commission du droit international et son œuvre, 7^e éd., vol. I, New York 2007, p. 414.

La deuxième remarque du représentant suisse se rapporte aux situations où une organisation intergouvernementale consent à la commission d'un acte par un Etat, excluant ainsi l'illicéité de cet acte, y compris le point de savoir ce qu'il faut entendre par ce "consentement".

"Avant de faire quelques remarques au sujet de la question de savoir quand le consentement donné par une organisation internationale à la commission d'un fait par un Etat constitue une circonstance excluant l'illicéité du comportement de cet Etat, permettez-moi de préciser ce que ma délégation entend par consentement. Dans ce contexte, nous entendons par "consentement" l'acte par lequel l'organisation accepte que l'Etat adopte un certain comportement à son égard. Cela exclut par conséquent toute autorisation ou recommandation au sens du projet d'article 16.¹⁰⁶

Ma délégation est d'avis qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre une situation dans laquelle une organisation internationale donne son consentement à un Etat et les situations déjà prévues dans le présent projet d'articles et celui portant sur la responsabilité des Etats, à savoir le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à une autre organisation internationale et le consentement d'un Etat à un autre Etat. Ma délégation considère donc que le consentement donné par une organisation internationale à la commission d'un fait par un Etat constitue une circonstance excluant l'illicéité du comportement de cet Etat, lorsque ce consentement est valide et pour autant que le comportement en question reste dans les limites du consentement. Ainsi, les critères ordinaires du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité devraient être applicables dans ce cas de figure....

S'agissant de la question de savoir quand une organisation internationale est habilitée à invoquer la responsabilité d'un Etat, ma délégation est d'avis que l'on peut procéder à un raisonnement par analogie basé sur les projets d'articles 42 et 48, qui sont eux-mêmes calqués sur les articles correspondants dans le cadre de la responsabilité des Etats.¹⁰⁷ Ainsi, lorsque l'organisation internationale est lésée, elle devrait être en droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat dans deux cas de figure: premièrement, si l'obligation violée est due à l'organisation individuellement et, deuxièmement, si l'obligation violée est due au groupe d'organisations internationales comprenant cette organisation internationale ou si elle est due à la communauté internationale dans son ensemble, soumise aux deux conditions prévues à la lettre b.¹⁰⁸

Une organisation internationale autre que l'organisation internationale lésée devrait également être en droit d'invoquer la responsabilité d'un Etat si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble et si la sauvegarde de l'intérêt de cette communauté affectée par la violation rentre dans les fonctions de l'organisation en question. Comme ma délégation l'a déjà souligné par le passé, il nous semble important dans ce contexte de prendre en compte les buts inclus dans le mandat de l'organisation en question. Cela dit, ma délégation souscrit aux remarques faites par la Commission au paragraphe 10 du commentaire du projet d'article 48,¹⁰⁹ qui souligne qu'aucun mandat explicite relatif à la sauvegarde de l'intérêt de la communauté internationale n'est requis en vertu des règles de l'organisation internationale. La prise en compte de la nature et des buts de l'organisation est dans ce contexte déterminante. Nous sommes toutefois d'avis que cela n'impliquera pas forcément que l'organisation internationale en question soit une organisation internationale à vocation universelle. En effet, l'on pourrait très bien imaginer qu'une organisation régionale invoque la responsabilité d'un Etat pour la violation d'une obligation due à un groupe d'Etats de la région.

Toujours dans le contexte de l'invocation de la responsabilité d'un Etat par une organisation internationale lorsque celle-ci n'est pas elle-même lésée, l'on peut se demander si une organisation serait en droit d'invoquer la responsabilité d'un de ses Etats membres, si le comportement illicite de ce dernier risque d'engager la responsabilité de l'organisation. Ma délégation estime qu'il s'agit là d'une question importante à examiner en vue de répondre à la question de savoir quand une organisation internationale est habilitée à invoquer la responsabilité d'un Etat....

Dans son rapport, la Commission indique qu'on pourrait faire valoir, par analogie, que les questions dont nous venons de parler sont traitées dans les articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite. En effet, comme nous venons de le voir, dans certains cas, nous pouvons trouver des réponses ou des éléments de réponse en nous basant sur les articles adoptés dans le cadre de la responsabilité des Etats. Toutefois, ma délégation est d'avis que la conclusion selon laquelle ces questions seraient traitées par analogie est insatisfaisante. Il nous semble essentiel, par souci de cohérence, que tous les cas de figure envisagés soient traités concrètement par la Commission. Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales est, à notre avis, très complet et prend en compte tous les acteurs concernés, y compris les Etats. Les articles sur la responsabilité des Etats quant à eux ne tiennent pas compte des organisations internationales. Cela est naturellement dû au fait que certaines questions ne se sont posées à cet égard que lors de l'examen de la responsabilité des organisations internationales. Bien que laisser la place à un raisonnement par analogie présente l'avantage de laisser une grande marge d'interprétation lorsque des cas non prévus par les projets d'articles de la Commission interviennent, il nous semble que cette approche procure une certaine insécurité juridique qui serait regrettable.

Ma délégation estime, par conséquent, que ces questions devraient être traitées expressément par la Commission et, qu'à l'instar des autres questions examinées, les résultats de ses travaux devraient le cas échéant prendre la forme de projets d'articles."

¹⁰⁶ Il s'agit d'autorisations ou recommandations adressées par une organisation internationale à un Etat ou une autre organisation internationale et engageant la responsabilité de l'organisation.

¹⁰⁷ Ces dispositions portent, respectivement, sur l'invocation de la responsabilité par un Etat ou une organisation (article 42) et sur l'invocation de la responsabilité par un Etat ou une organisation autre que l'Etat ou l'organisation lésés (article 48).

¹⁰⁸ C'est-à-dire lorsque la violation atteint spécialement l'organisation ou lorsqu'elle est de nature à modifier radicalement la situation de tous les Etats et organisations auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de celle-ci.

¹⁰⁹ Voir le rapport précité de la CDI, p. 149.

Déclaration faite le 26 octobre 2009 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 11.1)

9.1 Interdiction de recourir à la force: notion de recours à la force, direct et indirect, notamment en se servant de réseaux informatiques; jus cogens. Système de sécurité collective des Nations Unies. Légitime défense individuelle et collective: conditions. Interdiction d'intervention. Droit international humanitaire: principes; application dans le cas d'opérations impliquant l'utilisation de réseaux informatiques. Espionnage. Droit de la neutralité

Voici un large extrait d'un avis de droit élaboré en commun par la DDIP et l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Cet avis porte sur la légalité et les effets d'opérations de guerre conduites par le truchement de réseaux informatiques, notamment sous l'angle du droit international (jus ad bellum ou contra bellum, interdiction d'intervention, jus in bello, droit de la neutralité).

"3.2 CNO et jus ad bellum ou jus contra bellum

Aujourd'hui, le recours à la force est absolument pros crit dans les rapports internationaux. Cette interdiction, qui repose sur l'article 2, alinéa 4, de la Charte des Nations Unies et sur le droit coutumier, fait partie des normes impératives du droit international (jus cogens). Les seules exceptions au principe du non-recours à la force admises par la Charte des Nations Unies sont les mesures de sécurité collective (chapitre VII de la Charte) ainsi que la légitime défense individuelle et collective en cas d'agression armée (article 51 de la Charte).¹¹⁰

3.2.1 Interdiction du recours à la force

La première question qui se pose est celle-ci: l'attaque d'un réseau informatique rentre-t-elle dans le champ de l'interdiction du recours à la force? D'après la doctrine et la jurisprudence dominantes, le principe du non-recours à la force se rapporte uniquement à l'emploi de la force armée entre Etats. Pour répondre à la question, il faut donc d'abord établir si l'attaque d'un réseau informatique constitue un recours à la force armée. Dans l'affirmative, il faut alors se demander si l'attaque d'un réseau informatique peut être considérée comme un emploi de la force entre Etats.

3.2.1.1 Les attaques de réseaux informatiques constituent-elles un recours à la force armée?

Un ordinateur peut-il être considéré comme une arme, et une attaque au travers du réseau informatique d'un autre Etat peut-elle être considérée comme un recours à la force armée?

La discussion à ce sujet dans la doctrine de droit international public n'en est qu'à ses débuts.¹¹¹ Cependant, il apparaît déjà que, pour la doctrine, un ordinateur peut devenir une arme et il est imaginable qu'une attaque contre des réseaux informatiques puisse prendre les proportions d'un recours à la force armée.

Dans la notion d'arme, ce n'est pas le moyen employé qui est déterminant, mais l'intention dans laquelle il est utilisé et les effets spécifiques qu'il déploie. Si l'on utilise un ordinateur pour attaquer des réseaux informatiques dans le but de détruire des biens ou de porter atteinte à l'intégrité physique ou à la vie et que les conséquences sont les mêmes que celles de l'emploi physique de la force armée, cette attaque peut être assimilée à un recours à la force armée. Il convient donc d'apprécier les situations au cas par cas. La doctrine cite des exemples comme l'attaque d'une centrale nucléaire qui libérerait de la radioactivité, la coupure de l'électricité alimentant des hôpitaux non équipés de groupes électrogènes ou encore la manipulation de dispositifs de sécurité dans les transports entraînant des crashes aériens ou des collisions ferroviaires. Ces scénarios d'agression non seulement sont contraires aux principes du droit international humanitaire,¹¹² mais ils rentrent aussi dans le champ de l'interdiction du recours à la force.

On peut aussi penser à d'autres attaques de réseaux informatiques que celles conduisant à un emploi de la force physique. Des attaques informatiques peuvent être conduites dans le but d'exercer une contrainte économique ou politique sur un autre Etat. La doctrine cite comme exemple une attaque contre le système de paiement, le système bancaire ou le système boursier d'un pays.

La contrainte politique ou économique n'entre pas dans le champ de l'interdiction de l'emploi de la force. Les attaques menées à cette fin ne violent donc pas le principe du non-recours à la force.

¹¹⁰ Concernant l'interdiction de l'emploi de la force et les exceptions à cette interdiction, lire ANNE PETERS, *Völkerrecht*, Zurich 2008; MICHAEL BOTHE, *Friedenssicherung und Kriegerrecht*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (dir.), *Völkerrecht*, Berlin 2007; KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, Munich 2004; WALTER KÄLIN et al., *Völkerrecht*, Berne 2006.

¹¹¹ FALKO DITTMAR, *Angriffe auf Computernetzwerke: "jus ad bellum" und "jus in bello"*, Berlin 2005; MICHAEL N. SCHMITT, *Angriffe im Computernetz und das "jus ad bellum"*, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, vol. 41, 1999, pp. 177-195; THOMAS C. WINGFIELD, *CNA and the Jus ad Bellum: An Introduction*, in: K. Bystrom (dir.), *Proceedings of the International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law*, Stockholm 2004; D.B. SILVER, *Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter*, in: M.N. Schmitt et B.T. O'Donnell (dir.), *Computer Network Attack and International Law*, Newport, US Naval War College, 2002. Il s'agit là d'une question d'interprétation de la Charte des Nations Unies qui est régie par l'article 31 de la Convention (de Vienne du 23 mai 1969) sur le droit des traités (RS 0.111). En l'espèce, ce sont l'esprit et le but de la Charte des Nations Unies qui sont déterminants.

¹¹² Voir le chiffre 3.4.

En revanche, les attaques contre les réseaux informatiques d'autres Etats n'atteignant pas le niveau d'intensité qui les soumettrait à l'interdiction du recours à la force peuvent violer le principe de la non-intervention, qui est plus étendu que le principe du non-recours à la force.¹¹³

3.2.1.2 Les attaques de réseaux informatiques constituent-elles un emploi de la force entre Etats?

En principe, l'interdiction du recours à la force s'applique uniquement aux relations entre Etats. Peut-on qualifier une attaque à travers d'un réseau informatique d'emploi de la force entre Etats? Il est possible que la réponse soit moins aisée à apporter que pour une agression armée classique. En effet, il est parfois très difficile de remonter jusqu'à la source d'une attaque, d'autant qu'un agresseur a la possibilité de prendre des dispositions pour brouiller sa piste.

Mais l'interdiction du recours à la force ne s'applique pas seulement aux confrontations directes entre Etats; elle vise aussi les confrontations indirectes. Dans son arrêt Nicaragua, la Cour internationale de Justice (CIJ) avait estimé que le soutien apporté à des bandes armées et à des groupes de rebelles armés par la livraison d'armes, la fourniture d'une formation militaire et l'octroi d'une assistance logistique pouvait être considéré comme violant le principe du non-recours à la force (voir également l'arrêt concernant l'Ouganda et le Congo).¹¹⁴

On peut concevoir que des attaques de réseaux informatiques constituent un exercice indirect de la force, par exemple si ces opérations consistent à former des pirates informatiques et à leur fournir une assistance et que ces pirates sont à l'origine d'une attaque au travers un réseau informatique qui atteint l'intensité d'un recours à la force armée. Il faut cependant préciser que, selon l'arrêt Nicaragua de la CIJ, l'Etat concerné doit être impliqué de manière importante dans l'acte constitutif de recours à la force non étatique pour que celui-ci puisse être qualifié d'étatique.¹¹⁵

Lorsqu'un Etat s'abstient d'agir contre un acte d'emploi de la force perpétré à partir de son territoire ou tolère cet acte, dans quelle mesure ce dernier peut-il être qualifié d'emploi de la force ayant un caractère étatique indirect? La question est controversée.¹¹⁶ Elle se pose en particulier lorsqu'un Etat n'intervient pas pour empêcher la préparation ou l'exécution d'actes terroristes contre un autre Etat. En principe, un tel comportement ne peut cependant pas être assimilé automatiquement à un recours à la force de l'Etat qui n'intervient pas.¹¹⁷

L'article 2, alinéa 4, de la Charte de l'ONU interdit non seulement le recours à la force, mais aussi la menace de recourir à la force. Ainsi, la CIJ estime dans sa jurisprudence qu'il y a violation de l'article 2, alinéa 4, lorsqu'un Etat menace d'employer illicitement la force (avis sur les Armes nucléaires).¹¹⁸ Il en découle que si une attaque contre un réseau informatique peut être qualifiée de violation du principe de non-recours à la force, la menace d'exécuter cet acte de force est, elle aussi, illicite.

La pratique de la dissuasion par une préparation à la défense n'est pas considérée comme contraire au droit international public car la menace de recours à la force qui lui est sous-jacente est limitée à la légitime défense, qui est licite. Ce raisonnement pose problème dans la mesure où il n'est pas toujours possible d'établir une distinction entre l'armement à des fins de défense et l'armement à des fins d'agression.

Conclusion: Les attaques de réseaux informatiques violent le principe de non-recours à la force s'ils ont des effets identiques à l'exercice physique de la force armée. Cela s'applique au recours à la force ayant un caractère étatique, qu'il soit direct ou indirect. L'emploi de la force a un caractère étatique indirect lorsqu'un Etat est impliqué de manière importante dans des actes non étatiques pratiqués par des pirates informatiques. La mise en place d'une préparation à la défense n'est pas contraire à l'interdiction du recours à la force. Les attaques de réseaux informatiques qui n'atteignent pas l'intensité d'un acte physique de violence armée, comme, par exemple, l'attaque du système informatique bancaire d'un pays, violent non pas l'interdiction du recours à la force, mais le principe de non-intervention.

3.2.2 Droit de légitime défense

Le droit de légitime défense, individuelle ou collective, est réglé à l'article 51 de la Charte des Nations Unies; il a aussi la valeur d'une règle de droit coutumier. Mais pour qu'il soit licite de recourir à la force dans un cas de légitime défense, il faut que des conditions déterminées soient réunies. Ces conditions s'appliquent également à la réaction à l'emploi de la force armée commis via des réseaux informatiques.

3.2.2.1 Agression armée

La première condition à laquelle l'article 51 de la Charte des Nations Unies subordonne le droit de légitime défense est la commission d'une agression armée. Mais, selon la jurisprudence de la CIJ, toute violation du principe du non-recours à la force n'a pas le caractère d'une agression armée.¹¹⁹ Un Etat ne peut prétendre jouir d'un plein droit de légitime

¹¹³ Voir le chiffre 3.3.

¹¹⁴ CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), CIJ, Recueil 1986; CIJ, affaire concernant des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), CIJ, Recueil 2005; voir aussi PETERS (op cit. note 110), pp. 285 et ss; IPSSEN (op.cit. ibid.), pp. 1076 et 1087; BOTHE (op.cit. ibid.), pp. 648 et s.

¹¹⁵ Voir aussi le Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour les faits internationalement illicites, adopté au Comité de rédaction de la Commission du droit international en seconde lecture, Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, 53^e session, Nations Unies, doc. A/CN. 4/L. 602/Rev. 1 (2001).

¹¹⁶ Cf. ibid.

¹¹⁷ Pour plus de détails, voir le chiffre 3.2.2.4.

¹¹⁸ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ, Recueil 1996. Pour une discussion plus poussée, voir NIKOLAS STÜRCHLER, *The Threat of Force in International Law*, Cambridge 2007.

¹¹⁹ Voir l'arrêt de la CIJ en l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), CIJ, Recueil 1986, p. 104: "Mais la Cour ne pense pas que la notion d'«agression armée» puisse recouvrir non seulement l'action de bandes armées dans le cas où cette action revêt une ampleur particulière, mais aussi une assistance logistique ou autre. On peut voir dans une

défense que si l'agression militaire dont il est l'objet atteint une certaine intensité. Si la violation du principe de non-recours à la force dont un Etat est victime reste en deçà du niveau d'intensité de l'agression armée, cet Etat a toutefois le droit de prendre immédiatement des mesures de défense proportionnées sans caractère militaire.

3.2.2.2 Principe de la proportionnalité

La proportionnalité des mesures de défense est un principe de base du droit de légitime défense. Même si une agression armée a été commise, les actes de défense doivent être proportionnés à l'agression subie pour être licites. On retrouve aussi ce principe de la proportionnalité en droit international humanitaire.¹²⁰ Toutefois, ce n'est pas la nature des armes employées mais leur effet qui est déterminant. Si l'attaque d'un réseau informatique a une intensité égale à une agression armée, les actes de légitime défense conduits en réaction à cette attaque peuvent en principe utiliser des armes de même nature ou de nature différente. Dans un cas comme dans l'autre, l'intensité des effets produits doit être conforme au principe de la proportionnalité. Si les actes de légitime défense dépassent les limites de la proportionnalité, ils violent alors à leur tour le principe du non-recours à la force.

3.2.2.3 La légitime défense préventive, une démarche controversée

A partir de quand le recours à la force constitue-t-il un cas de légitime défense? C'est une question cruciale. En principe, il faut qu'une agression ait été commise pour que naisse le droit de légitime défense. Les opinions divergent quant à savoir si le droit de légitime défense naît également lorsqu'une agression armée est imminente (cas Caroline datant de 1837:¹²¹ "cases in which the necessity of self-defence is instant, overwhelming and leaving no choice of means, and no moment for deliberation"¹²²). Le problème tient ici à la zone grise que constitue le terme "imminent", dont la définition résulte d'une décision individuelle de l'Etat agresseur qui est quasi invérifiable.¹²³

Néanmoins, compte tenu des armes et des menaces d'aujourd'hui, on peut difficilement demander à un Etat d'attendre d'être effectivement victime d'une agression avant d'entreprendre de se défendre. Mais pour prendre des mesures de défense militaire, s'il faut qu'il existe un danger grave et imminent dont l'existence est clairement vérifiable; la simple aggravation d'une menace ou prévisibilité d'une agression ne suffit pas.

Le devancement de l'agression que constitue la légitime défense préventive mise en place par la doctrine américaine en 2002 sous le nom de "preemptive strikes" (frappes préventives) est contraire à la conception en vigueur en droit international public. Avant l'agression de l'Irak par les Etats-Unis en 2003, plusieurs membres du Conseil de sécurité ont répété qu'ils étaient opposés à cette extension du droit de légitime défense au domaine de la prévention. Il y a lieu de penser qu'à l'issue de la guerre en Irak, la majorité des Etats se rallieront à cette opposition.

3.2.2.4 Agression armée ayant un caractère étatique direct ou indirect

Pour avoir le droit de légitime défense, il faut que l'agression armée soit imputable à un Etat. Or, nous avons vu plus haut au sujet de l'emploi de la force qu'il peut être particulièrement difficile de retrouver la source des attaques de réseaux informatiques. On peut toutefois penser qu'une CNA (Computer Network Attack) s'inscrit dans une opération plus vaste, qu'il faudrait analyser avec précision si le cas se produisait.

La légitime défense est admise pour répondre également à l'exercice indirect de la force par un Etat si le niveau d'intensité de l'agression armée est atteint. Dans son arrêt Nicaragua, la CIJ a estimé que "l'envoi" de groupes armés "par un Etat ou sur mandat d'un Etat" constituait une agression armée si les actes commis par la force des armes avaient une ampleur et des conséquences dépassant le simple incident de frontière. En revanche, le seul fait de fournir des armes ou un soutien logistique à des rebelles ou à des bandes armées ne constituait pas, aux yeux de la Cour, une agression armée même s'il violait le principe du non-recours à la force. En conséquence, le simple fait qu'un Etat a formé des pirates informatiques qui exécutent une attaque armée au travers des réseaux informatiques ne serait pas suffisant pour conférer un plein droit de légitime défense contre cet Etat; il faudrait qu'en outre les pirates agissent sur mandat de l'Etat qui les a formés.

Dans ce contexte, l'exercice de la force par des groupes terroristes pose un problème particulier lorsqu'il a des conséquences assimilables à une agression armée alors que les terroristes ne sont pas sous le contrôle de l'Etat d'où est parti l'agression. Dans le cas de l'attaque du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité a établi, dans sa Résolution 1368, que les Etats-Unis avaient un droit de légitime défense individuelle et collective. Al-Qaïda n'était pas sous le contrôle du régime taliban; mais dans le cas de l'Afghanistan, des résolutions du Conseil de sécurité établissaient que le régime des Talibans soutenait l'organisation terroriste Al-Qaïda.¹²⁴ Selon la pratique des Etats et la jurisprudence de la CIJ, l'allégation qu'un autre Etat abrite ou soutient des terroristes, alors que le lien avec l'emploi de la force commis n'est pas prouvé, ne suffit pas pour faire valoir un droit de légitime défense.¹²⁵

telle assistance une menace ou un emploi de la force, ou l'équivalent d'une intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'autres Etats." Voir aussi p. 127. Opinion controversée dans la doctrine, cf. IPSEN (op.cit., note 110), p. 1087.

¹²⁰ Voir le chiffre 3.4.

¹²¹ British and Foreign State Papers, vol. 26 (1837-1838), pp. 1372-1377; vol. 29 (1840-1841), pp. 1126-1142; vol. 30 (1841-1842), pp. 193-202.

¹²² (Traduction:) "...cas dans lesquels la nécessité de recourir à la légitime défense est imminente et inévitable, ne laissant aucun choix quant aux moyens et aucun temps de réflexion".

¹²³ Au sujet de la "zone grise", voir IPSEN (op.cit. note 110), p. 1089.

¹²⁴ Résolutions 1214 (1998) et 1257 (1999) du Conseil de sécurité; voir la discussion à ce sujet dans IPSEN (op.cit. note (79)), PETERS (op.cit. ibid.) et BOTHE (op.cit. ibid.).

¹²⁵ Voir aussi l'avis consultatif de la CIJ concernant le mur de sécurité: CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ, Recueil 2004, ainsi que le Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites, cité à la note 115.

3.2.2.5 Pas de représailles militaires

Le droit de légitime défense suppose en principe non seulement qu'une agression armée (ait) eu lieu (ou qu'elle (soit) imminente dans le cas de la légitime défense préventive, cf. supra), mais aussi qu'elle (soit) encore en cours. Il est illicite de conduire des représailles armées pour sanctionner une agression armée qui a eu lieu antérieurement mais qui n'est plus en cours.

Conclusion: Pour qu'un Etat ait un droit de légitime défense en cas d'attaque contre ses réseaux informatiques, il faut que les conditions suivantes soient remplies cumulativement: 1) L'attaque à travers les réseaux informatiques doit avoir les mêmes conséquences qu'une agression armée physique. 2) Elle doit atteindre une certaine intensité. 3) Elle doit être imputable à un Etat, c'est-à-dire que les pirates informatiques doivent soit être des agents d'un Etat, soit agir sur mandat d'un Etat. 4) L'attaque doit avoir eu lieu et être encore en cours, ou être imminente et inévitable. Si ces conditions sont remplies, l'Etat visé a le droit de légitime défense quelle que soit la nature des armes qu'il emploie, pour autant que le principe de la proportionnalité soit respecté. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'Etat ne bénéficie pas du droit de légitime défense individuelle ou collective prévu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Des options envisageables sont des mesures de sécurité collective ou une réaction étatique à la violation de l'interdiction d'intervention.

3.2.3 Le système de sécurité collective des Nations Unies

Le système de sécurité collective des Nations Unies, qui est ancré au chapitre VII de la Charte, est le corollaire essentiel de l'interdiction absolue du recours à la force. Globalement, la Charte prévoit que le droit de légitime défense peut être exercé seulement jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris lui-même des mesures. Toutefois, cette "primauté" des mesures du Conseil de sécurité sur le droit de légitime défense de l'Etat agressé est restée, jusqu'à ce jour, sans portée dans la pratique.

En cas d'attaque conduite via des réseaux informatiques, comment le Conseil de sécurité peut-il entrer en action?

Selon l'article 39 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité peut prendre des mesures de contrainte à caractère non militaire et militaire dans l'une ou l'autre des trois situations suivantes: menace contre la paix, rupture de la paix ou acte d'agression.

Les attaques via des réseaux informatiques assimilés à un emploi de la force armée peuvent être considérées comme constituant une rupture de la paix ou un acte d'agression.¹²⁶ Le Conseil de sécurité a également la possibilité de prendre des mesures au titre du chapitre VII de la Charte s'il constate l'existence d'une simple "menace contre la paix". Dans ce cas, le chapitre VII prévoit une gradation dans les mesures possibles, allant des sanctions non-militaires aux sanctions militaires. Le choix des mesures à prendre dans chaque cas d'espèce est laissé à la discrétion du Conseil de sécurité. Ainsi, lorsqu'il apparaît qu'une attaque via des réseaux informatiques peut difficilement être assimilée à un emploi de la force armée (par exemple parce qu'elle porte sur le système de paiement, le système bancaire ou le système boursier d'un pays), le Conseil de sécurité peut néanmoins ordonner des mesures au titre du chapitre VII de la Charte. Les compétences du Conseil de sécurité sont donc plus larges que le droit de légitime défense individuelle ou collective inscrit à l'article 51 de la Charte.

Conclusion: Le système de sécurité collective offre plus d'options pour réagir à une agression au travers des systèmes informatiques que le droit de légitime défense individuelle et collective prévu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

3.3 Les CNO (Computer Network Operations) et l'interdiction d'intervention

La notion d'intervention se définit comme l'immixtion directe ou indirecte d'un Etat dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat par l'utilisation de moyens coercitifs. Considérée comme une règle de droit coutumier, l'interdiction d'intervention découle in fine du principe de l'égalité souveraine des Etats inscrit à l'article 2, alinéa premier, de la Charte des Nations Unies.¹²⁷

3.3.1 Contenu de l'interdiction d'intervention

Toute violation de l'interdiction de l'emploi de la violence est également une violation de l'interdiction d'intervention. L'interdiction d'intervention est en effet plus large que l'interdiction de l'emploi de la force puisqu'elle peut englober la contrainte économique, politique ou autre. Toutefois, la limite entre l'influence, qui est licite, et la contrainte, qui est interdite, ne peut pas être fixée en général, mais doit être établie sur la base d'une appréciation au cas par cas. Cela est particulièrement vrai de la contrainte économique. Le droit coutumier ne fonde pas de droit aux relations économiques internationales ou à l'aide économique. Néanmoins, on peut émettre l'hypothèse qu'une attaque informatique qui détruit le réseau bancaire d'un pays, par exemple, est une intervention illicite. Il est également difficile de dire où commence et où finit une "intervention subversive" dans le cas de la manipulation d'un contenu qui peut être effectuée via des réseaux informatiques.

Comme le principe du non-recours à la force, le principe de non-intervention peut être violé de manière indirecte. Les questions d'imputabilité de la violation en question se posent dans les mêmes termes que pour l'exercice indirect de la force et l'agression armée indirecte.¹²⁸ Dans ce cas également, l'Etat doit en principe être impliqué de manière importante dans l'intervention non étatique interdite. Une propagande subversive n'est en principe pas considérée

¹²⁶ Selon l'opinion dominante, la notion d'"acte d'agression" est comprise comme étant plus large que la notion d'"agression armée" au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, cf. PETERS (op.cit. note 110), p. 324.

¹²⁷ Au sujet de l'interdiction d'intervention, lire PETERS (op.cit. note 110), IPSÉN (op.cit. ibid.) et KÄLIN (op.cit. ibid.).

¹²⁸ Voir le chiffre 3.2.2.4.

comme une violation de l'interdiction d'intervention lorsque l'Etat depuis le territoire duquel cette propagande est diffusée la tolère sans pour autant en avoir le contrôle.¹²⁹

3.3.2 Réaction à des interventions interdites

Les CNA (Computer Network Attacks) associées à l'exercice d'une contrainte économique, comme par exemple la destruction de réseaux bancaires, sans pour autant atteindre le niveau d'intensité de l'agression armée, ne permettent pas de faire valoir un plein droit de légitime défense individuelle ou collective.

Le droit international public donne plusieurs possibilités de défense à l'Etat qui subit des attaques informatiques de ce type. Selon l'article 2, alinéa 3, de la Charte des Nations Unies, les Etats sont tenus de régler leurs différends par des moyens pacifiques. Cela comprend les démarches diplomatiques, la désignation de tribunaux arbitraux ou la saisine de la Cour internationale de Justice à La Haye. Il est également possible que la communauté des Etats entre en action et que le Conseil de sécurité, constatant une "menace pour la paix", ordonne des mesures coercitives au titre du chapitre VII de la Charte.

Enfin, le droit international public connaît les sanctions unilatérales, comme les mesures de rétorsion ou les représailles.¹³⁰

Une mesure de rétorsion est un acte inamical qui n'est pas contraire au droit international public en soi. On peut citer à titre d'exemple le refus de conclure un traité intéressant pour la partie adverse ou la rupture des relations diplomatiques. Traditionnellement, on estime qu'une mesure de rétorsion n'a pas besoin d'être proportionnée puisqu'elle ne contrevient pas au droit international public. Néanmoins, l'idée s'impose progressivement que le principe de proportionnalité devrait être respecté dans ce domaine également.

Une mesure de représailles est un acte contraire en soi au droit international public, par lequel un Etat réagit au comportement d'un autre Etat également contraire au droit international public. Si elle est exécutée en réaction à un acte contraire au droit international public, une mesure de représailles devient légitime. Mais pour qu'elle soit elle-même conforme au droit international public, il faut que certaines conditions soient remplies: le principe de la proportionnalité doit être respecté et la partie adverse doit avoir été informée à l'avance des représailles qu'elle encourt. Le principe de la proportionnalité exige que les représailles ne soient pas mises en œuvre comme une "sanction", mais qu'elles aient pour but exclusif de restaurer une situation conforme au droit international public. En outre, les représailles ne doivent pas porter atteinte aux droits d'Etat tiers. Les avis divergent sur la question de savoir si un Etat doit avoir épuisé les moyens existants de régler le différend pacifiquement avant d'avoir le droit de recourir à des représailles. Traditionnellement, la Suisse a pour principe de s'engager en faveur du règlement pacifique des différends.

La rupture des relations économiques ou la pratique de discriminations dans les relations commerciales ne sont pas contraires en soi au droit international public, pour autant qu'elles ne violent pas les règles de l'OMC (Organisation mondiale du commerce) ou les dispositions d'autres traités internationaux.

Conclusion: Les attaques informatiques qui n'atteignent pas le niveau d'une agression armée physique, comme par exemple la destruction du système bancaire d'un Etat, sont contraires non pas à l'interdiction de l'emploi de la force, mais à l'interdiction d'intervention lorsque l'attaque est imputable à un Etat. L'Etat agressé ne peut pas utiliser la force militaire pour répondre. Il peut se défendre en prenant des mesures de sécurité collective ou en recourant à des moyens de règlement pacifique du différend. Les mesures de rétorsion et les représailles ne sont pas exclues, pour autant que l'attaque informatique soit imputable à un Etat et qu'elles respectent le principe de la proportionnalité.

3.3.3 Les CNE (Computer Network Exploitations) et l'interdiction d'intervention

Reste la question de savoir si le simple fait qu'un organe étatique ou quelqu'un agissant sur mandat d'un Etat s'infiltrer dans des réseaux informatiques pour se procurer des informations est contraire au droit international public.

Dans ce domaine non plus, il n'y a pas de pratiques des Etats ni de traité international.

L'analogie avec l'espionnage offre des pistes: dans la pratique des Etats, l'espionnage n'est presque jamais considéré comme contraire au droit international public. Les Etats ne réagissent généralement pas aux actes d'espionnage par des représailles, c'est-à-dire des actes contraires au droit international public, l'espionnage étant considéré comme un "acte inamical".

Toutefois, la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si l'espionnage constitue une violation de l'interdiction d'intervention au regard du droit international public.¹³¹ En général, l'espionnage viole des dispositions du droit national des Etats; de même, l'infiltration dans des réseaux informatiques de tiers est passible de poursuites pénales dans de nombreux Etats.

Le fait que le droit international public n'interdit pas l'espionnage en principe ne signifie cependant pas que les espions puissent invoquer le droit international public pour justifier leur activité s'ils font l'objet d'une procédure nationale.¹³²

¹²⁹ JAAC, fasc. 61, 1997, n° 129, p. 1030.

¹³⁰ Lire à ce sujet PETERS (op.cit. note 110) et IPSEN (op.cit. ibid.).

¹³¹ JOHN A. RADSAN, The Unresolved Equation of Espionage and International Law, Michigan Journal of International Law, vol. 28, 2007, p. 595-634.

¹³² PHILIP KUNIG, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Vitzthum, (op.cit. note 110), pp. 143 et s.

L'un des problèmes posés par les CNE tient au fait que l'espionnage informatique ne requiert pas du tout la présence physique d'un "espion" sur le territoire - et donc dans l'espace judiciaire - de l'Etat visé. Le droit international public n'oblige pas à extraditer les espions.

Conclusion: Le droit international public n'interdit pas l'exploitation de réseaux informatiques (CNE). Par analogie avec l'espionnage, une opération dans un réseau informatique peut être qualifiée d'"acte inamical". Cette qualification s'applique en principe à toute infiltration pratiquée dans des réseaux informatiques pour se procurer des informations, même si le but est de se renseigner sur les ressources adversaires basées sur les CND (Computer Networks Defences).

3.4 Les CNO et le jus in bello

Le droit international humanitaire ou jus in bello, qui s'applique uniquement aux conflits armés, remplit deux fonctions: il régleme la conduite des hostilités et protège toutes les personnes qui ne participent pas ou ont cessé de participer aux combats. En revanche, il ne répond pas à la question de la licéité d'une guerre (jus ad bellum), question abordée plus haut. Le droit international humanitaire s'applique à tout conflit armé, que la participation à ce conflit soit "licite" ou non, et à toutes les parties au conflit.

Il est incontesté que le droit international humanitaire, avec l'ensemble de ses principes et règles, est applicable aussi aux actes d'agression commis via des réseaux informatiques dans le cadre d'un conflit armé.¹³³ Mais comme les attaques informatiques se distinguent des méthodes traditionnelles de guerre, l'application concrète du droit international humanitaire dans leur cas soulève toute une série de questions.

3.4.1 Les "attaques" selon le droit international humanitaire et les CNO

En droit international humanitaire, le terme "attaque" recouvre à la fois les actes d'agression et les mesures de défense. Il ne faut pas confondre la notion d'"attaque" en droit international humanitaire et la notion d'"agression armée" selon le jus ad bellum.¹³⁴ Selon l'article 49, alinéa premier, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève,¹³⁵ "l'expression attaques" s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs'. Par conséquent, lorsque le terme "attaque" est employé dans ce qui suit, il désigne à la fois les actes d'agression via des réseaux informatiques et les mesures de défense.

La définition de l'attaque au sens du droit international humanitaire porte moins sur l'action elle-même et les moyens employés pour l'exécuter que sur ses conséquences. On est en présence d'une attaque lorsqu'une action a des conséquences déterminées, comme des blessures ou la mort d'êtres humains, des dommages ou la destruction de biens matériels.¹³⁶ Les "attaques" informatiques ne peuvent donc être qualifiées d'attaques au sens du droit international humanitaire que si elles provoquent des blessures, des morts, des dommages ou des destructions. Les attaques de systèmes informatiques qui n'ont aucune des conséquences citées sont généralement licites au regard du droit international humanitaire.

3.4.2 Principes fondamentaux du droit international humanitaire

L'ensemble du droit international humanitaire codifié portant sur la conduite de la guerre (les quatre conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels de 1977)¹³⁷ ainsi que le droit international humanitaire coutumier sont applicables aux "attaques" informatiques. Il est utile de rappeler ici brièvement les principes fondamentaux du droit international humanitaire. Le non-respect de l'un ou l'autre de ces principes entraîne automatiquement une violation du droit international humanitaire.

3.4.2.1 Le principe de distinction

En vertu du principe de distinction, les belligérants sont tenus, en tout temps, de faire la distinction entre personnes ou biens civils et objectifs militaires (combattants et biens militaires) et de n'attaquer que les objectifs militaires. Ce principe, inscrit aux articles 48 et 51 du protocole additionnel I, fait partie des règles essentielles du droit des conflits armés. Il recouvre trois catégories d'obligations: l'interdiction d'attaquer des personnes civiles;¹³⁸ l'interdiction de diriger des "attaques" contre des biens civils; et l'interdiction de mener des "attaques" sans discernement, causant des dommages civils collatéraux excessifs.¹³⁹

3.4.2.2 Le principe de précaution

Le principe de précaution est régi par l'article 57 du protocole additionnel I (Précautions dans l'attaque). De cette norme découlent différents devoirs pour les belligérants. Ils doivent veiller constamment à épargner les personnes et les biens civils et préparer les "attaques" de manière précise afin que les actions de guerre se déroulent comme prévu. Les parties à un conflit sont tenues en particulier d'annuler ou d'interrompre une attaque lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou que le principe de la proportionnalité n'est pas respecté.

¹³³ International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law (voir note 111). Chairman's Conclusions, Stockholm, 17-19 November 2004; in: Byström (dir.), op.cit. note 111; DITTMAR, op.cit. ibid.; MICHAEL N. SCHMITT, CNA and the Jus in Bello: An Introduction, in: Byström (dir.), op.cit. note 111.

¹³⁴ Voir le chiffre 3.2.2.1.

¹³⁵ RS 0.518.521.

¹³⁶ Cf. SCHMITT (note 111), pp. 112-113 et ss.

¹³⁷ Conventions du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51) et Protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977 (RO 0.518.521 et 0.518.522).

¹³⁸ Cette règle ne s'applique pas, cependant, lorsque des personnes civiles participent directement à des hostilités et lorsque des biens civils sont utilisés à des fins militaires.

¹³⁹ Cf. ROBERT KOLB, Jus in bello, Le droit international des conflits armés: Précis, Bâle 2003, p. 115.

3.4.2.3 Le principe de la proportionnalité

Le but de la guerre est de mettre hors de combat l'adversaire et de le contraindre à la reddition en causant le moins possible de dommages à des personnes et à des biens civils.¹⁴⁰ Le principe de la proportionnalité tient compte du fait que les "attaques" menées contre des objectifs militaires peuvent causer des dommages à la population civile et aux biens civils (dommages collatéraux).¹⁴¹ Ce principe oblige l'attaquant à "s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu".¹⁴²

Les belligérants sont donc tenus de choisir des moyens et des méthodes qui soient en rapport avec l'avantage militaire attendu. Pour qu'une "attaque" soit proportionnée, il faut qu'elle soit adéquate, nécessaire et raisonnable par rapport à l'objectif visé: Elle est adéquate si elle permet d'atteindre l'objectif; elle est nécessaire si aucune autre mesure également adaptée mais moins lourde ne permet d'atteindre l'objectif visé; et elle est raisonnable si le rapport entre l'"attaque" et l'objectif visé est convenable.

3.4.3 Questions choisies concernant les CNO

Comme les "attaques" informatiques constituent une méthode de guerre nouvelle, différente des méthodes traditionnelles, de nombreuses questions concernant l'application du droit international humanitaire à ces "attaques" sont encore en suspens. Cela fait peu de temps que des groupes d'experts, composés de juristes et d'informaticiens, tentent de trouver des réponses à ces questions.¹⁴³ Il n'existe d'ailleurs pas encore de pratique bien établie des Etats à ce sujet.

Les paragraphes qui suivent font brièvement le tour des différentes questions que soulèvent les "attaques" de réseaux informatiques. Il s'agit, sans entrer dans tous les détails, d'illustrer les problèmes qui se posent de prime d'abord au regard des trois principes fondamentaux du droit international humanitaire.

Un premier problème tient au fait que les opérations dans les réseaux informatiques se caractérisent par l'utilisation de codes, de virus, de vers, de bombes logiques, etc., qui se propagent automatiquement. Ces virus peuvent se répandre dans des réseaux informatiques sans faire de distinction entre objectifs militaires et personnes ou biens civils, échappant au contrôle des personnes conduisant les attaques. Le danger existe donc que des "attaques" informatiques ne respectant pas le principe de distinction.¹⁴⁴

Ce principe est également violé lorsqu'il est impossible, lors d'une "attaque", d'opérer une distinction claire entre systèmes militaires et systèmes civils. Il y a souvent des interdépendances entre les uns et les autres: l'armée est de plus en plus tributaire des systèmes civils, par exemple pour les télécommunications.¹⁴⁵

Une autre caractéristique des "attaques" informatiques est qu'elles sont menées à distance. Cet aspect pose deux problèmes importants, susceptibles de se traduire en particulier par une violation du principe de précaution. Premièrement, la distance par rapport à l'objectif visé peut conduire à prendre pour cible un objet qui, en réalité, n'est pas un objectif militaire. Deuxièmement, il est extrêmement difficile de remonter à la source de la première frappe, si bien que la riposte risque d'être dirigée vers le mauvais objectif.

Dans la mesure où il est difficile de respecter les principes de distinction et de précaution dans les "attaques" informatiques, le respect du principe de la proportionnalité pose lui aussi problème. Les "attaques" de réseaux informatiques peuvent déclencher en cascade des effets qui touchent à la fois des biens militaires et des biens civils et dont l'ampleur peut être difficile à prévoir.

Les "attaques" de réseaux informatiques soulèvent ainsi un autre problème: la personne qui conduit les attaques a-t-elle concrètement la possibilité technique de séparer les réseaux militaires des réseaux civils, d'identifier avec précision la cible de l'"attaque" et d'éviter les effets en cascade afin de garantir le respect des trois principes fondamentaux du droit international humanitaire?

La question du statut des personnes impliquées dans une action de combat pose également un problème particulier. Concrètement, il s'agit de déterminer si l'action conduite par une personne civile doit être qualifiée de participation directe aux hostilités. Comme nous l'avons dit, les attaques de réseaux informatiques peuvent être menées depuis un point géographiquement très éloigné de la cible. La personne qui exécute l'attaque peut ne pas être un membre des forces armées, mais un informaticien spécialisé. Cette personne peut même être basée dans un pays qui n'est pas partie au conflit. L'exécution d'une attaque constitue une participation directe aux hostilités. Mais comment faut-il qualifier l'entretien du système utilisé pour conduire des attaques ou les mesures de sécurité prises pour défendre ce système contre les attaques? Et comment peut-on agir contre une personne civile qui, en raison de sa participation à des hostilités, a perdu la protection dont elle bénéficie contre les attaques directes, en particulier si elle se trouve dans un pays tiers?

¹⁴⁰ Ibid., p. 58.

¹⁴¹ DITTMAR, op.cit. note 111, pp. 247 et s.

¹⁴² Article 57, paragraphe 2, lettre a, du Protocole additionnel I.

¹⁴³ Une conférence internationale d'experts a été organisée à Stockholm du 17 au 19 novembre 2004 dans le but d'ouvrir la discussion sur les CNA et les CND. Lors de cette conférence, il a été établi que le droit international humanitaire s'appliquait également aux "attaques" contre des réseaux informatiques. Plusieurs problèmes liés à cette nouvelle méthode de guerre ont en outre été identifiés.

¹⁴⁴ Cf. DAVIS BROWN, A Proposal for an International Convention to Regulate the Use of Information Systems in Armed Conflict, Harvard International Law Journal, vol. 47, 2006, p. 22.

¹⁴⁵ DITTMAR, op.cit. (note 80), p. 242.

Cette bref tour d'horizon illustre la nécessité de procéder à une analyse complète des questions techniques et pratiques avant d'entamer une analyse juridique des modalités à suivre pour respecter les principes et les règles du droit international humanitaire dans le cadre des CNO.

Conclusion: Le droit international humanitaire est applicable en principe aux actions de combat menées via des réseaux informatiques. Toutefois, un grand nombre de questions juridiques restent ouvertes. Pour leur apporter une réponse, il faut d'abord procéder à une analyse complète des aspects techniques et pratiques.

3.5 Les CNO et le droit de la neutralité

Pour la Suisse, il est particulièrement intéressant de savoir quelles sont les questions que les CNO posent au regard du droit de la neutralité.

Le droit de la neutralité s'applique lorsqu'un conflit armé oppose des Etats. Si des mesures militaires ont été décidées par le Conseil de sécurité, le droit de la neutralité ne s'applique pas car ses fondements résident dans le droit de la guerre classique.

A titre préalable, il importe de rappeler le devoir fondamental de l'Etat neutre de ne pas violer le principe du non-recours à la force.¹⁴⁶

3.5.1 Le territoire de l'Etat neutre

Si un conflit armé oppose des Etats, l'Etat neutre a le devoir de ne pas mettre son territoire à la disposition des belligérants. Il a également le devoir de défendre ce territoire. Inversement, les belligérants sont tenus de respecter l'inviolabilité territoriale de l'Etat neutre.

Ces droits et devoirs territoriaux de l'Etat neutre soulèvent quelques questions dans le cas des CNO. Si le cyberspace était considéré comme un espace appartenant en propre à un Etat, comme par exemple l'espace aérien, cela aurait pour conséquence que l'Etat neutre serait tenu de bloquer l'accès des belligérants à ses réseaux informatiques et, inversement, que les belligérants devraient renoncer à faire un usage abusif de ces réseaux.

Mais contrairement aux avions, les données ne sont pas pilotées lorsqu'elles sont acheminées vers leur objectif. Souvent, on ne peut même pas déterminer quel chemin prennent les données échangées internationalement. S'il est possible de fermer un espace aérien à des avions spécifiques, cela est beaucoup moins évident pour des données dans un réseau informatique. En outre, une partie des données passent par des satellites, qui se trouvent dans l'espace et donc hors du champ d'application du droit de la neutralité.

Pour toutes ces raisons, on estime généralement que l'espace virtuel constitué par le cyberspace n'est pas assujéti à la règle qui veut que l'Etat neutre interdise son territoire aux belligérants. Inversement, les belligérants ne violent pas le droit de la neutralité lorsque des données passent par des réseaux informatiques neutres lors d'actions de combat.¹⁴⁷

La conclusion que l'Etat neutre n'est pas tenu de fermer ses réseaux de données aux belligérants en cas de guerre découle également, par transposition, de l'article 8 de la Convention de La Haye, selon lequel "une Puissance neutre n'est pas tenue d'interdire ou de restreindre l'usage, pour les belligérants, des câbles télégraphiques ou téléphoniques, ainsi que des appareils de télégraphie sans fil, qui sont, soit sa propriété, soit celle de compagnies ou de particuliers".¹⁴⁸

Le droit de la neutralité implique cependant une limite à l'usage d'armes causant des dommages sur un territoire étendu.¹⁴⁹ Le territoire de l'Etat neutre doit être épargné par les possibles effets secondaires des actions de combat. Il est donc en principe interdit aux belligérants d'infliger des dommages aux réseaux informatiques des Etats neutres par des actions de combat menées via des réseaux informatiques.

3.5.2 Absence de soutien des belligérants par l'Etat

Un Etat neutre n'a pas le droit de soutenir des belligérants, que ce soit au moyen de troupes ou d'armes. Si l'on transpose cette interdiction aux CNO militaires menées dans le cadre de conflits armés, cela signifie qu'un Etat neutre ne peut pas consentir à ce que les belligérants utilisent ses réseaux militaires. En principe, les réseaux militaires sont protégés et ne sont donc pas accessibles au public.

Conclusion: En cas de conflit entre Etats, l'Etat neutre n'est pas tenu de bloquer l'accès aux réseaux de données accessibles au public afin que les belligérants ne puissent les utiliser abusivement pour commettre des attaques informatiques. Les réseaux militaires, en revanche, ne doivent pas être mis à la disposition des belligérants et doivent donc pouvoir être protégés."

Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP. JAAC 2009.3.

10. Droit des conflits armés

(Voir aussi le n° 9.1)

¹⁴⁶ Voir le chiffre 3.2.1.

¹⁴⁷ Voir aussi DITTMAR, op.cit. (note 111), pp. 263 et ss.

¹⁴⁸ (Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre sur terre,) RS 0.515.21.

¹⁴⁹ Cf. également BOTHE, op.cit. (note 110), p. 714.

10.1 Droit international humanitaire: droit applicable aux conflits armés (droit international et droits de l'homme; opérations multinationales; occupation); acteurs (groupes armés non étatiques; entreprises militaires et de sécurité privées; organisations intergouvernementales); moyens et méthodes de guerre (technologie avancée et effet sur les règles relatives à la conduite des hostilités; guerre informatique; armes); accès humanitaire

Dans la première partie d'une "note de discussion", la DDIP examine certains domaines du droit international humanitaire (DIH) appelant des clarifications (droit applicable; nature des conflits; participants; moyens et méthodes de guerre; accès humanitaire). La seconde partie de la note étudie le renforcement de mécanismes existants (mécanismes établis par le DIH lui-même; mécanismes prévus par le droit international général, tels le recours aux organes des Nations Unies; mécanismes ressortissant au droit international pénal) et d'éventuels moyens nouveaux (créations d'un organe de surveillance pour l'application des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels;¹⁵⁰ recours au Groupe de travail du Conseil de sécurité des Nations Unies et à son mécanisme de surveillance et de communication d'informations concernant des violations graves du DIH).

L'extrait publié ci-après est tiré de la première partie de la note.

"Introduction

Dans tous les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non internationaux, les violations du droit international humanitaire (...) commises par les différents acteurs sont trop nombreuses et c'est malheureusement la population civile qui en paie le prix fort.

De plus, le DIH fait actuellement face à de nombreux défis. Ceci est notamment dû à la nature des conflits armés récents (conflits asymétriques, guerre de guérilla), à la multiplication des acteurs non étatiques (rebelles, groupes armés, entreprises militaires et de sécurité privées) et à l'apparition de nouvelles méthodes et moyens de guerre ("guerre informatique").

Il est généralement admis que le problème du non-respect du DIH n'est pas dû au caractère inadapté de ce régime juridique face aux défis posés par les conflits armés actuels mais que le problème se situe plutôt au niveau du respect et de la mise en œuvre du DIH. Afin de renforcer le respect et la mise en œuvre du droit dans les conflits armés, il est utile de se pencher sur les domaines du DIH qui pourraient faire l'objet d'une clarification ainsi que sur les mécanismes de mise en œuvre du DIH.

La présente note a pour objectifs d'énoncer les principaux domaines du DIH qui ont été identifiés comme nécessitant des clarifications (1.) et d'examiner les moyens par lesquels la Suisse pourrait contribuer à améliorer et à renforcer les mécanismes de mise en œuvre du DIH (2.).

Il est à noter que l'objectif stratégique 1 de la stratégie du DFAE pour la protection des civils dans les conflits armés prévoit que "le cadre normatif conférant une protection aux civils dans les conflits armés est adéquat, connu et respecté par les acteurs concernés".

1. Domaines du droit international humanitaire qui ont été identifiés comme nécessitant des clarifications

Comme il a déjà été mentionné, le DIH fait actuellement face à de nombreux défis. Une manière d'y répondre est la clarification et l'opérationnalisation du droit dans certains domaines afin de renforcer le respect du DIH par les différentes parties à un conflit armé. La partie qui suit va énoncer un certain nombre de domaines qui pourraient faire l'objet d'une clarification.

a) Droit applicable

Droits de l'homme et droit international humanitaire

Le fait que les droits de l'homme soient également applicables en période de conflit armé n'est aujourd'hui plus contesté. L'interaction de ces deux branches du droit a aussi fait l'objet d'une clarification générale par la Cour internationale de Justice.¹⁵¹ Néanmoins, dans la pratique il est souvent difficile de savoir quelles sont les règles effectivement applicables dans une situation donnée. Ce sujet est particulièrement important notamment dans les conflits armés non internationaux, dans des situations d'occupation prolongée ou lorsque la frontière entre conflit armé et troubles internes est floue. Une étude approfondie sur cette thématique pourrait s'avérer extrêmement utile.

Par ailleurs, concernant les situations susmentionnées, il est difficile de déterminer si l'on se trouve dans une situation de violence armée (où le DIH n'est pas applicable) ou de conflit armé. Cela peut notamment se produire au début d'un conflit armé, dans des situations post-confliktuelles ou lors de "conflits gelés" ou qui durent de nombreuses années. Il

¹⁵⁰ Voir la note 136.

¹⁵¹ A ce propos, voir notamment l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, para. 106: "Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire."

pourrait être utile de déterminer quels sont les standards minimaux de protection en droit international, qui sont applicables à toutes les situations.¹⁵²

Cela pourrait être fait par exemple par le biais d'un code de conduite.

Opérations multinationales

Il y a de plus en plus d'opérations militaires multinationales. Ce type d'opérations qui implique plusieurs Etats, mais aussi parfois des organisations internationales, soulèvent de nombreuses questions quant aux obligations qui lient les différents Etats participant à ce type d'opérations. En effet, tous les Etats ne sont pas liés par les mêmes obligations de droits de l'homme et de DIH. Cela soulève aussi des questions liées à la responsabilité des organisations internationales et des différents Etats. Le Danemark a initié un processus concernant les questions liées aux opérations multinationales mais limité à la détention et à la gestion des détenus.¹⁵³ Une étude plus approfondie sur ces questions (et) sur les incidences de ce type d'opérations pour le DIH pourrait être initiée.

b) Nature des conflits

Conflits armés non internationaux

Actuellement, la plupart des conflits armés sont non internationaux. Le droit conventionnel qui régit ces conflits contient beaucoup moins de dispositions que celui régissant les conflits armés internationaux. En effet, il y a l'article 3 communs aux quatre Conventions de Genève (ci-après CG) et le Deuxième Protocole additionnel aux CG (ci-après PA II), qui ne comporte que 28 articles.¹⁵⁴ Il est important de noter que l'évolution du droit coutumier a largement comblé les lacunes qui existent dans le droit des traités. En effet, aujourd'hui la majorité des règles régissant la conduite des hostilités ainsi que celles protégeant les victimes des conflits armés font partie du droit coutumier dans les deux types de conflits. Néanmoins un certain nombre de défis significatifs sont encore à relever. A ce propos, on peut mentionner que la principale différence au niveau du droit applicable concerne la question du statut de combattant qui existe dans les conflits armés internationaux.

L'étude du CICR (Comité international de la Croix-Rouge) sur le droit coutumier¹⁵⁵ a contribué de manière significative à la clarification du droit applicable dans les situations de conflits armés non internationaux. Même si l'étude n'a pas de force strictement obligatoire, elle est citée par des tribunaux et des Etats comme interprétation authentique, et de cette manière a déjà contribué (considérablement à) clarifier le DIH. La Suisse s'engage d'ailleurs pour la diffusion de cette étude. Néanmoins, dans certains domaines, comme par exemple concernant les questions liées à la détention, il serait utile de clarifier les règles applicables. En effet, l'article 3 commun aux quatre CG énonce des obligations minimales concernant les personnes détenues mais ne donne pas d'indications sur tous les aspects de la détention auquel il peut s'appliquer comme les garanties procédurales. Dans ce contexte, il serait peut-être utile d'établir des lignes directrices qui contiendraient les normes minimales de traitement concernant la détention administrative.¹⁵⁶

Conflits armés non internationaux avec intervention étrangère

Dans de nombreux conflits armés, il y a des interventions étrangères (... un ou plusieurs Etats qui interviennent aux côtés d'une ou des deux parties au conflit). Ce type de situation engendre des questions fondamentales pour l'application du DIH: quel niveau l'intervention doit-elle atteindre pour qu'il y ait un conflit armé international entre l'Etat intervenant et la partie combattue? L'intervention étrangère internationalise-t-elle l'ensemble du conflit ou seulement les rapports entre l'Etat intervenant et la partie combattue? A ce stade, il n'y a pas de réponse claire à ces questions; il pourrait par conséquent être utile de se pencher sur cette thématique afin de fournir des lignes claires sur le droit applicable entre les différentes parties. Il est à noter que le CICR s'était penché, en 1972, sur ce problème, en proposant une approche pragmatique qui ne mentionnait pas la question de conflit armé international ou non international mais parlait d'application complète ou partielle des CG.¹⁵⁷ Cette approche très intéressante pourrait être réexaminée à la lumière du développement du droit coutumier concernant le droit applicable aux conflits armés non internationaux.

Guerre asymétrique, guerre de guérilla et combats dans les zones urbaines

Le problème de la guerre asymétrique est que le belligérant qui dispose de moyens beaucoup moins sophistiqués que son adversaire estime n'avoir pas d'autres choix pour contrer son adversaire que de commettre des actes contraires au DIH, notamment en utilisant des méthodes comme les "attentats-suicide" ou l'utilisation de boucliers humains qui violent des règles fondamentales du DIH comme le principe de distinction. Cette attitude tend à pousser la partie qui dispose de moyens technologiques supérieurs à violer les principes essentiels du DIH (distinction, précaution et proportionnalité). Il est important de pouvoir arrêter cette spirale négative.

Par ailleurs, dans ce type de conflit il est souvent difficile de distinguer entre les civils qui doivent être protégés et ceux qui participent directement aux hostilités et qui par conséquent perdent leur protection, ce qui rend la population civile

¹⁵² Des initiatives ont déjà menées par des experts sur cette question. On peut aussi mentionner à ce propos la Déclaration de Turku révisée en 1994. Pour plus d'informations, voir notamment www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZHPY, en particulier les notes de bas de page 4 et 5.

¹⁵³ Pour plus d'informations sur le "Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations", voir notamment www.ambottawa.um.dk/en/menu/InfoDenmark//Denmark+in+Afghanistan/Detainees [lien plus actif].

¹⁵⁴ Alors que concernant les conflits armés internationaux il y a les 4 CG (Conventions de Genève) et le PA (Protocole additionnel).

¹⁵⁵ Voir www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/customary-law-rules-291008.

¹⁵⁶ A ce propos voir l'Annexe I du Rapport du CICR pour la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. [www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-421007/\\$File30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_FR.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-421007/$File30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_FR.pdf) [lien plus actif].

¹⁵⁷ A ce propos, voir notamment E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd., Bruxelles 2002, pp. 147-148.

très vulnérable. De plus, ces conflits se déroulent de plus en plus fréquemment dans des zones urbaines, rendant plus difficile la distinction entre les biens civils et les objectifs militaires. Cela a des conséquences graves sur le respect du DIH, en particulier concernant les règles régissant la conduite des hostilités. Afin d'aider les différentes parties à mieux respecter le DIH, il pourrait être utile de clarifier et d'opérationnaliser la définition des objectifs militaires ainsi que des principes de précaution et de proportionnalité (dommages collatéraux excessifs). Concernant le principe de distinction, le CICR vient d'apporter une contribution majeure en clarifiant la notion et les conséquences de la "participation directe aux hostilités" en publiant un guide interprétatif après six ans de discussions et de recherches menées par des experts.¹⁵⁸

Territoire occupé, situation d'occupation prolongée, administration d'un territoire par l'ONU

Un des défis majeurs concernant l'application du droit de l'occupation¹⁵⁹ est lié au fait que le principe qui sous-tend le droit de l'occupation stipule que la Puissance occupante doit maintenir le statu quo et ne doit donc pas modifier la structure juridique, politique, institutionnelle et économique du territoire occupé. Cela pose de nombreux problèmes dans des situations qui durent depuis plusieurs décennies. Un autre défi provient de situations contemporaines d'occupation comme par exemple lorsque c'est l'ONU qui administre un territoire. Dans ce type de situation, il est important de déterminer quel est le régime juridique applicable. Afin de répondre à ces défis, le CICR entend examiner si et dans quelle mesure les règles du droit de l'occupation devraient être renforcées, clarifiées ou développées. Le rapport du CICR est en cours d'élaboration. La clarification des relations entre droits de l'homme et DIH mentionnée ci-dessus pourrait aussi contribuer à répondre à ces défis.

c) Acteurs

Groupes armés non étatiques

Le DIH est basé sur le principe de l'égalité des belligérants. Néanmoins, dans les conflits armés non internationaux, il y a une différence fondamentale entre les acteurs étatiques et non étatiques. En effet, les acteurs non étatiques n'ont pas droit au statut de combattant.¹⁶⁰ Cela implique que les groupes armés non étatiques peuvent être poursuivis pénalement pour le simple fait de participer aux hostilités même s'ils respectent le DIH. Cet état de fait ne crée pas vraiment d'incitations, pour les acteurs non étatiques, à respecter le DIH. On pourrait donc se demander s'il est envisageable d'accorder le statut de combattant à des acteurs non étatiques afin de réduire la principale différence entre les conflits armés internationaux et non internationaux. En même temps, cette question est l'une des plus délicates; en effet, pour une majorité d'Etats il n'est pas acceptable de donner "un permis de tuer" aux acteurs non étatiques qui se battent contre leurs forces gouvernementales.

Par ailleurs, un des défis majeurs (est l'amélioration du) respect du DIH par les acteurs non étatiques.¹⁶¹ De plus, la Suisse va initier un projet, en collaboration avec l'Académie de droit international humanitaire et de droits de l'homme, qui a notamment comme objectif d'améliorer le respect du droit par les acteurs non étatiques (Ownership of Norms Project - Towards a Better Protection of Civilians in Armed Conflict).

Entreprises militaires et de sécurité privées

Concernant cette thématique, nous nous limiterons à mentionner premièrement l'initiative menée par la Suisse en collaboration avec le CICR qui a abouti au "Document de Montreux" l'année passée. Ce document a notamment pour objectif de clarifier le droit international applicable concernant les entreprises militaires et de sécurité privées opérant dans des situations de conflits armés, et l'autre projet de la Suisse qui a conduit à la récente "Déclaration de Nyon" par les entreprises militaires et de sécurité privées. Cette déclaration prévoit le développement d'un code de conduite international relatif au respect du DIH et des droits de l'homme.

Organisations internationales

Il reste un certain nombre d'incertitudes sur le droit applicable, par exemple lorsque des opérations de maintien ou d'imposition de la paix opèrent dans des situations de conflits armés. A ce jour, le Bulletin du Secrétaire général (des Nations Unies)¹⁶² ainsi que plusieurs réunions d'experts sur ces questions¹⁶³ ont permis (d'étudier) un certain nombre de questions. Néanmoins il y a encore des incertitudes dans ce domaine qui pourraient faire l'objet d'une étude approfondie.

d) Moyens et méthodes de guerre

Technologie de pointe et impact sur les règles de la conduite des hostilités

¹⁵⁸ www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609 [lien plus actif].

¹⁵⁹ Règlement de La Haye de 1907 (Règlement du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, RS 0.515.112) et CG IV.

¹⁶⁰ Les articles 43 et 44 du PA I sont un compromis qui permet, à des conditions très strictes et qui sont limitativement énumérées, de déterminer un statut de combattant non seulement pour les forces armées mais aussi pour des acteurs non étatiques. Il est à noter que ces articles ne font pas partie du droit coutumier et que c'est une des raisons qui expliquent que des Etats ne veulent pas devenir partie au PA I.

¹⁶¹ A ce propos, le CICR a fait un rapport en 2007 qui mentionne de nombreuses initiatives qui pourraient être entreprises, voir l'Annexe III au Rapport du CICR pour la XXX^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. "DIH et défis posés par les conflits armés contemporains", [www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/\\$File/30IC_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/$File/30IC_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf) [lien plus actif].

¹⁶² www.un.org/peace/st_sqb_1999_13.pdf.

¹⁶³ La dernière initiative sur cette thématique était la 31^e Table Ronde de l'Institut international de droit humanitaire de San Remo du mois de septembre 2008: International Law, Human Rights Law and Peace Operations.

Les Etats disposent de moyens technologiques de plus en plus perfectionnés pour mener des opérations militaires. Il pourrait être intéressant de voir si et comment ce développement technologique a des incidences sur les règles régissant la conduite des hostilités, notamment les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution.

Guerre informatique (Computer Network Attacks)

La guerre informatique soulève de nombreuses questions notamment au regard du DIH. A cette fin, la Finlande, la Suède et la Suisse ont décidé de mener un processus visant à clarifier ces questions. Une première réunion d'experts a eu lieu en Suède en 2004; la Suisse s'est engagée à organiser la prochaine réunion d'experts.

Armes

L'évolution des systèmes d'armes a sans cesse progressé et la compatibilité de nouvelles armes avec le droit international humanitaire demande un examen spécifique à chaque type d'armes. Lorsque que le droit international existant n'est pas suffisamment précis pour protéger la population civile face aux méfaits de certaines armes, des traités spécifiques ont été adoptés. Des défis actuels résident par exemple dans l'utilisation d'armes non létales dans les situations de conflits armés ou la disponibilité d'armes conventionnelles dans ces mêmes situations à cause de l'insuffisance de leur réglementation commerciale.

e) Accès humanitaire

L'accès humanitaire dans les situations de conflits armés est devenu... plus difficile et complexe. Dans le but d'améliorer l'accès de l'assistance humanitaire aux victimes des conflits armés, la Suisse a initié un processus visant notamment à clarifier le cadre juridique existant et à en opérationnaliser les règles."

Note de discussion préparée par la DDIP et datée du 7 juillet 2009. Document inédit.

11. La neutralité

(Voir aussi le n° 9.1)

11.1 Neutralité permanente de la Suisse et proposition de conclure une convention sur la sécurité en Europe. Neutralité et sécurité collective

L'étude de la DDIP qui va suivre a pour objet la proposition de conclure un traité sur la sécurité européenne.

(Traduction)

"L'article 7, alinéa 2, (de la proposition) dispose qu'en cas d'attaque armée dirigée contre une Partie contractante, chaque Partie peut la considérer comme une attaque contre elle-même et faire, ainsi, usage du droit de légitime défense selon ce que prévoit l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

Aux termes des obligations incombant aux Etats dotés d'un statut de neutralité permanente, la Suisse ne peut militairement assister aucun Etat impliqué dans un conflit armé international. Le droit de la neutralité ne cesse de s'appliquer que lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant sur la base du chapitre VII (de la Charte), décide de prendre des mesures de caractère militaire. Le Conseil n'est pas un belligérant au sens du droit de la neutralité. Là où le droit international et le système de sécurité collective des Nations Unies ne sont pas à même de prévenir le déclenchement d'un conflit armé international, le droit de la neutralité devient toutefois applicable. L'article 7, alinéa 2, (de la proposition), qui autorise des mesures militaires lorsqu'un Etat contractant a subi une agression, contredit donc les devoirs imposés à la Suisse par le droit de la neutralité.

Le fait que cette disposition prévoit un droit et non une obligation d'intervention en cas d'attaque militaire ne change rien à la situation. La disposition en cause fait clairement ressortir que chaque Partie contractante peut considérer une attaque portée à une autre Partie comme une attaque contre elle-même. Pareille définition juridique suffirait à elle seule pour déclarer la disposition dont il s'agit incompatible avec le sens que la Suisse attribue à sa neutralité permanente: "neutralité" signifie non-participation aux conflits armés interétatiques.

L'article 8, alinéa 4, (de la proposition) prévoit qu'une réunion extraordinaire des Parties contractantes peut adopter des décisions contraignantes si quatre cinquièmes de l'ensemble des Parties sont présentes. Il est vrai que la nature des mesures en cause n'y est pas précisée, mais les mesures militaires ne sont pas explicitement exclues. Une telle situation serait de fait couverte par la notion de légitime défense collective au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Des règles de procédure prévoient toutefois que les décisions sont à prendre à l'unanimité, ce qui conférerait un droit de veto à la Suisse; mais cela ne permet pas de laisser tomber les réserves que suscite la disposition, ici examinée sous l'angle de la politique de neutralité. Le risque de subir des pressions massives pour prévenir un veto suisse ne peut être exclu.

La simple affirmation, faite à l'article 9, alinéa 4, que le droit à la neutralité n'est pas touché ne suffit pas à mettre (la proposition) en harmonie avec la neutralité suisse. Pour que la Suisse puisse y souscrire, il faudrait au minimum qu'elle puisse formuler une réserve la dispensant des obligations prévues aux articles 7 et 8. Or le texte (de la proposition) omet de préciser si des réserves sont possibles ou non."

Etude de la DDIP du 23 décembre 2009. Document inédit.

La pratique suisse en matière de droit international public 2010 - RSDIE 2012 p. 101

1. Les sources du droit international

1.1 Traités internationaux: source et nature du droit des traités; entrée en vigueur des traités; Pacta sunt servanda; droit international conventionnel et droit interne; responsabilité internationale pour violation de dispositions conventionnelles; application provisoire des traités; absence de rétroactivité; concurrence entre règles conventionnelles

Les passages reproduits ci-après sont extraits de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral partiellement reproduit ci-dessous sous 2.3, où sont également exposés les faits de la cause.

[Traduction]

"4.1 Le droit des gens règle notamment les rapports entre Etats (voir à titre d'exemple: WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht. Eine Einführung*, 2^e éd., Berne 2006, pp. 1,6), les sources de ce droit étant celles énumérées à l'article 38, paragraphe premier, du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501). Les règles du droit international concernant les traités reposent sur le droit coutumier tel qu'il a été codifié par la Convention [de Vienne] du 23 mai 1969 relative au droit des traités (RS 0.111; CV, en vigueur pour la Suisse depuis le 6 juin 1990; voir ATF 120 Ib 360, c. 2c,¹ et également JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIG WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., Berne 2001, pp. 148 et s., avec de nombreuses références).

4.2. L'article 26 de la CV énonce le principe de droit international coutumier codifié qu'un traité entré en vigueur engage les Parties à le remplir de bonne foi (*Pacta sunt servanda*). Par "Parties", on entend les Etats en tant que tels (article 2, paragraphe premier, lettre g, de la CV). Selon l'article 27 de la CV, une Partie contractante ne peut, en principe - sauf lorsqu'il y a violation manifeste des règles internes relatives à la compétence de conclure des traités (article 46 de la CV; voir c. 5.3.4) - invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité (ATF 124 II 293, c. 4;² ATF 120 Ib 360, c. 2c). Sur le plan international, les Etats sont ainsi tenus de respecter leurs engagements internationaux, quoi qu'en dise leur droit interne; le droit des gens commande un respect absolu. Toute violation d'un traité est une violation du droit international dont l'Etat auteur doit répondre (ATAF 2010/7, c. 3.3.3, avec des références, également sur les considérations qui vont suivre). En revanche, le droit des gens ne dit pas comment un Etat doit remplir ses obligations sur le plan interne; ici le droit des gens renvoie au droit interne. L'article 27 de la CV a pour seul but d'empêcher qu'un Etat invoque son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales et à la responsabilité qui s'y rattache (ANNEMIE SCHAUS, in: OLIVIER CORTEN/PIERRE KLEIN (éd.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaires article par article*, 3 vol., Bruxelles 2006, nos 2 et s., ad article 27 de la CV de 1969).

4.3

4.3.1 L'application provisoire d'un traité ou d'une partie de celui-ci fait l'objet de l'article 25 de la CV. D'après le paragraphe premier de cette disposition, un traité s'applique à titre provisoire, en tout ou en partie, s'il en dispose lui-même ainsi ou si les Etats ayant participé à la négociation en sont ainsi convenus d'une autre manière. Faute d'accord contraire, l'application à titre provisoire, complète ou partielle, d'un traité à l'égard d'un Etat prend fin lorsque celui-ci notifie aux autres Etats concernés son intention de ne pas devenir Partie au traité (article 25, paragraphe 2, de la CV).

4.3.2 Lorsqu'un traité international (...) omet de préciser la date de son entrée en vigueur (article 24, paragraphe 2, de la CV), il entre en vigueur dès que le consentement à être lié aura été établi pour tous les Etats ayant participé à la négociation. L'entrée en vigueur du traité conditionne également sa force obligatoire. L'article 25 de la CV, qui est de caractère dispositif, permet la mise en application provisoire d'un traité, avant son entrée en vigueur, par l'expression concordante de la volonté des Parties. La force obligatoire selon l'article 26 de la CV est ainsi anticipée, du moins à titre provisoire (MARK E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde/Boston 2009 (...), n° 4 ad article 25 CV; THOMAS SÄGESSER, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz* (...), Berne 2007, n° 6 ad article 7b de cette loi³). L'application provisoire d'un traité implique que sa mise en vigueur dépend de la réalisation de certaines conditions, notamment de l'approbation (parlementaire) sur le plan interne (VILLIGER *op.cit.*, n° 5 ad article 25 de la CV; URS SAXER/PATRICK SUTTER, *Die Voranwendung internationaler Verträge durch den Bundesrat: Dringlichkeit, Rechtsstaat und Demokratie im schweizerischen Staatsvertragsrecht*, Aktuelle Juristische Praxis 2003, pp. 1406 et ss, 1407). Qui peut le plus peut le moins; la liberté de conclure des traités implique que les Etats peuvent toujours prévoir l'application provisoire (totale ou partielle) d'un traité (VILLIGER, *op.cit.*, n° 6 ad article 25 de la CV). D'après la structure de l'article 25 de la CV, l'"application provisoire" se rapporte à la seule applicabilité; on invoque ainsi, pour une période donnée, un fondement juridique qui n'est pas davantage en vigueur, c'est-à-dire dont la mise en vigueur dépend d'un événement qui peut ou ne peut pas se produire à l'avenir. De plus, il faut distinguer entre le traité provisoirement applicable et l'accord qui prévoit cette application provisoire. Même s'il se peut que le traité ne soit pas encore en vigueur, l'accord sur son application provisoire, lui, l'est (DENISE MATHY, in: CORTEN/KLEIN, *op.cit.*, n° 21 ad article 25 de la CV de 1969).

4.3.3 Ni la CV ni le droit interne ne précise les effets de l'application provisoire. Cette dernière n'a de sens que si elle permet de prendre certaines dispositions; autrement elle manquerait de but et serait superflue. Il s'ensuit que l'application provisoire est temporaire. Le traité est appliqué comme s'il était déjà en vigueur, jusqu'au moment où il

¹ *Pratique suisse* 1994, n° 1.1, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 590.

² *Pratique suisse* 1998, n° 2.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 652.

³ Il s'agit de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010).

entre formellement en vigueur ou jusqu'au moment où il est certain qu'il ne le fera pas. Dans ce dernier cas, l'application provisoire cesse au moment où un Etat informe l'autre de son intention de ne pas devenir Partie au traité (article 25, paragraphe 2, de la CV). L'application provisoire, quant à elle, signifie que le traité ou du moins certaines de ses dispositions prennent effet immédiatement (MATHY, *op.cit.*, n° 1 *ad* article 25 de la CV de 1969; voir également le n° 8). Il peut s'agir, par exemple, de la réaction à une urgence ou à une autre situation qui exige rapidement de nouveaux accords, particulièrement dans des cas où la procédure d'approbation prendrait beaucoup de temps. Souvent aussi on la prévoit lorsque le contenu du traité paraît désirable et que la ratification ultérieure semble certaine ou lorsque les Etats veulent ouvrir la voie vers une entrée en vigueur complète du traité (VILLIGER, *op.cit.*, n° 1 *ad* article 25 de la CV, avec des renvois). Bien que l'article 25 ne se réfère pas à une entrée en vigueur temporaire ou provisoire, l'application provisoire agit comme si le traité était en vigueur (voir MATHY, *op.cit.*, nos 16 et ss *ad* article 25 de la CV de 1969; voir également VILLIGER, *op.cit.*, nos 4 et 8 *ad* article 25 de la CV, cet auteur affirmant que la notification par laquelle un Etat fait part de son intention de ne pas devenir Partie au traité déploie des effets *ex nunc*).

4.4 Selon l'article 28 de la CV les traités n'ont pas d'effet rétroactif à moins qu'une intention contraire ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie. Comme cela résulte déjà du texte clair, la non-rétroactivité est la règle, mais les Parties contractantes peuvent expressément convenir de la rétroactivité ou la prévoir implicitement (VILLIGER, *op. cit.*, nos 6 et ss *ad* article 28 de la CV). Autrement dit, l'article 28 de la CV n'empêche pas les Etats de donner un effet rétroactif aux traités.

4.5 Lorsque deux ou plus de deux traités sur la même matière règlent celle-ci avec une précision semblable mais de façon différente, l'article 30 de la CV offre les critères nécessaires pour déterminer les droits et devoirs des Etats contractants (VILLIGER, *op. cit.*, n° 6 *ad* article 30 de la CV; FELIPE PAOLILLO, *in*: CORTEN/KLEIN (éd.), *op. cit.*, nos 16 et 26 *ad* article 30 de la CV de 1969). Cette disposition règle d'ailleurs la seule question de la priorité dans l'application de traités successifs relatifs à la même matière, ces règles pouvant du reste être modifiées d'un commun accord entre les Parties contractantes (VILLIGER, *op. cit.*, n° 8 *ad* article 30 de la CV; PAOLILLO, *op. cit.*, n° 19 et s. *ad* article 30 de la CV de 1969). Abstraction faite de l'article 30, paragraphe premier,⁴ les Etats peuvent régler comme ils l'entendent les rapports entre les traités conclus par eux. Ainsi les Parties contractantes peuvent notamment prévoir qu'un traité met fin à toutes les dispositions conventionnelles contraires aux siennes ou que certaines clauses conventionnelles l'emportent sur toutes les règles d'un traité conclu antérieurement (voire postérieurement). Toute règle expresse dans ce sens l'emporte (article 30, paragraphe 2, de la CV). En l'absence de règle expresse, l'article 30, paragraphe 3, de la CV dispose que, conformément à la règle de la *lex posterior*, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur (ATAF 2010/7. c. 3.4; PAOLILLO, *op. cit.*, n° 35 et s. *ad* article 30 de la CV de 1969). Lorsque les Etats Parties au traité antérieur ne sont pas tous Parties au traité postérieur, les relations entre un Etat Partie aux deux accords et un Etat Partie à l'un de ces accords seulement sont réglés par l'instrument auquel les deux Etats sont Parties (article 30, paragraphe 4, lettre b, de la CV; PAOLILLO, *op. cit.*, n° 47 et ss *ad* article 30 de la CV de 1969). Les tentatives faites à Vienne entre 1968 et 1969 d'introduire une hiérarchie fondée sur le contenu des traités et élaborée par la Commission du droit international, basée sur divers rapports et semblable au *jus cogens*, ont été vouées à l'échec, comme l'ont également été les tentatives de soustraire certaines catégories de traités à l'article 30, paragraphe 3, de la CV (PAOLILLO, *op. cit.*, n° 52 et s. *ad* article 30 de la CV de 1969)."

Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4013/2010 du 15 juillet 2010 dans la cause A. c. *Administration fédérale des contributions*. ATAF 2010/40, p. 543, c. 4.1 à 4.5 (550-554). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir le n° 2.3. Pour une décision semblable du Tribunal administratif fédéral, voir l'arrêt A-7789/2009 du 21 janvier 2010, ATAF 2010/7, p. 85.

1.2 Conclusion de traités internationaux; rôle du Parlement et du peuple. Dénonciation de traités non dénonçables

Dans une interpellation du 20 mars 2009, le groupe parlementaire de l'Union démocratique du Centre demanda au Conseil fédéral de s'exprimer sur la nature des traités internationaux non dénonçables. Spécifiquement il demanda au Conseil fédéral de répondre à quatre questions:

"1) [Le Conseil fédéral a-t-il] conscience des problèmes que pose la conclusion de traités internationaux en termes de respect de la démocratie? 2) Comment entend-il renforcer les droits du Parlement et ceux du peuple suisse dans les questions internationales? 3) La Suisse a-t-elle déjà conclu des traités internationaux non dénonçables? Si tel est le cas, lesquels? 4) Est-il vraiment impossible de dénoncer des 'traités non-dénonçables' ou y a-t-il des conditions dans lesquelles il serait possible, pour l'Etat contractant, de se retirer d'un tel traité?"

Voici la réponse du Conseil fédéral:

"L'ordre constitutionnel et juridique suisse en matière de conclusion de traités internationaux préserve les droits de participation démocratique du Parlement et du peuple et ne les sape en aucun cas. Au contraire, dans aucun autre pays au monde les droits de participation du peuple lors de la conclusion de traités découlant du principe de démocratie directe sont aussi développés qu'en Suisse. Cela a déjà été exposé en détail par le Conseil fédéral dans sa réponse à l'interpellation du groupe de l'Union démocratique du centre intitulée "Halte à la sape de la démocratie directe" (...). Le Conseil fédéral signale, en outre, qu'il traitera de manière approfondie les questions liées aux traités internationaux et

⁴ Cette disposition réserve l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui prévoit qu'en cas de conflit entre les obligations des membres de l'Organisation en vertu de la Charte et celles résultant de tout autre accord international, les premières prévaudront.

à la légitimation démocratique dans son rapport sur la relation entre droit international et droit national, qui sera présenté en réponse au postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (...).

1. Les relations mutuelles entre la Suisse et les autres Etats sont régies par le droit international public. L'intensification croissante de ces relations a également conduit à un accroissement du nombre de normes de droit international ayant des effets sur la situation juridique des habitants de la Suisse. En conséquence, les attentes des citoyens en matière de légitimation démocratique du droit international sont désormais plus élevées. Ces évolutions ont été dûment prises en compte dans le cadre de la réforme de la Constitution en 1999 et de celle des droits populaires en 2002: en effet, les droits de participation du Parlement lors de la conclusion de traités internationaux ont été institutionnalisés et les droits politiques en matière de traités internationaux ont été adaptés aux droits politiques en matière de législation nationale.

2. La Constitution fédérale de 1999 a déjà renforcé la position du Parlement en matière de politique extérieure. Ainsi, l'article 166, alinéa premier, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101) ancre expressément au niveau constitutionnel les compétences de l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure. Selon l'alinéa 2 du même article, qui reprend l'article 85 de l'ancienne Constitution, il appartient par principe à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux, sous réserve des traités dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international soumis au référendum. Le Conseil fédéral rend compte chaque année à l'Assemblée fédérale de l'ensemble des traités internationaux qui ne sont pas soumis à l'approbation du Parlement (article 48a, alinéa 2, Loi [fédérale du 21 mars 1997] sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; RS 172.010).

La participation directe du peuple demeure toutefois le moyen le plus important pour ancrer la politique extérieure dans la politique intérieure. Avec la réforme des droits populaires de 2002, le champ d'application du référendum facultatif en matière de traités internationaux a été considérablement étendu (article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 3, Cst.) en vue d'établir un parallélisme étroit avec le référendum sur les lois et de soumettre au référendum facultatif, en analogie avec l'article 164, alinéa premier, de la Constitution, tous les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit. Cela vaut également pour des traités dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales. Le Conseil fédéral ne voit par conséquent aucune raison de renforcer davantage les droits du Parlement et du peuple suisse dans les questions internationales.

3. L'article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre premier, de la Constitution prévoit clairement que les traités internationaux d'une durée indéterminée et non dénonçables sont soumis au référendum facultatif. Les traités internationaux non dénonçables sont relativement rares. En fait, pour la plupart des traités conclus par la Suisse, soit le texte contient une clause de dénonciation explicite, soit il découle clairement de l'objet du traité que ce dernier est d'une durée déterminée ou prévoit une possibilité de dénonciation.

Quantitativement parlant, la catégorie la plus importante de traités non dénonçables et de durée indéterminée est celle des traités de délimitation des frontières que la Suisse a conclus avec ses pays voisins. Ces traités ne sont pas dénonçables, car les Parties partent du principe que les frontières convenues sont immuables.

De même, les deux Pactes de l'ONU relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1) et aux droits civils et politiques (RS 0.103.2 [du 16 décembre 1966]) sont considérés comme n'étant pas dénonçables; ils ont tous deux été approuvés par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 et soumis au référendum en matière de traités internationaux, lequel était déjà prévu par l'ancienne Constitution fédérale pour les traités d'une durée indéterminée et non dénonçables.

4. Les traités non dénonçables reflètent la volonté des Parties d'être liées par un traité international pour une durée indéterminée. Il va de soi que les Parties contractantes peuvent convenir d'un commun accord de la révocation d'un traité ou, si possible, de l'introduction ultérieure d'une clause de dénonciation dans le cadre d'une modification du traité. Par contre, une dénonciation unilatérale n'est concevable qu'exceptionnellement si une Partie contractante ne respecte pas des obligations fondamentales découlant du traité ou si des circonstances essentielles, qui constituaient la base de la conclusion du traité, changent de façon imprévisible. En l'absence de l'un de ces deux motifs, une résiliation unilatérale constituerait une rupture du traité."

Réponse donnée par le Conseil fédéral le 20 mai 2009 à une interpellation du groupe parlementaire de l'Union démocratique du Centre déposée le 20 mars 2009. BO CN 2010, Annexes, pp. 295-296.

1.3 Compétence pour conclure des traités et pour souscrire à des instruments non contraignants

La communication qui suit a été adressée par la DDIP au Directeur de l'Office fédéral de métrologie (METAS) du Département fédéral de justice et police (DFJP). Elle porte sur le point de savoir si et dans quelle mesure le pouvoir de conclure des accords ou de souscrire à des textes non contraignants peut revenir à un département ou être délégué à un office.

"Considérations générales

Pour déterminer la compétence de conclusion, en Suisse, de toute entente internationale (cf. aussi JAAC/VPB 70.69, 2006 IV, p. 1097/1119⁵), il faut d'abord trancher la question de savoir si celle-ci est destinée à produire des effets juridiques en droit international. A la différence d'un traité, qui contient des obligations régies par le droit international, un instrument non contraignant repose sur une déclaration d'intention politique commune des Parties, lesquelles

⁵ Pratique suisse 2006, n° 1.4, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 747.

n'entendent pas se lier sur le plan juridique. L'intitulé de l'acte n'est pas décisif, bien qu'il constitue un élément d'interprétation de l'intention des Parties. Il importe en revanche de savoir si celles-ci entendaient conférer à leur entente un caractère juridiquement contraignant, ce qui doit ressortir du texte de l'acte et de sa formulation.

La compétence de conclusion d'un *traité* appartient en principe à l'Assemblée fédérale ou, s'il y a une base légale, au Conseil fédéral. Cette compétence n'appartient à une unité subordonnée que si les conditions légales de la (sub)délégation selon l'article 48a, alinéa premier, LOGA⁶ sont satisfaites. La capacité de conclure n'est d'ordinaire pas reconnue à l'unité administrative dont la mission générale comprend l'objet de l'acte. La compétence de conclusion d'un *instrument non contraignant* appartient en principe au Conseil fédéral. Un tel instrument peut être conclu par un département s'il revêt une importance très limitée pour la conduite de la politique étrangère de la Suisse. Elle n'appartient aux offices que si ceux-ci disposent d'une délégation de compétence pour conclure aussi des traités en ce domaine.

Considérations particulières à votre Office

A notre connaissance et après bref examen, il semble *de lege lata* que ni la Loi fédérale du 9 juin 1977 sur la métrologie ni l'Ordonnance du 15 février 2006 sur les instruments de mesure (RS 941.20 et 941.210) n'octroient de compétence explicite de conclusion de traités au Conseil fédéral, au DFJP ou à METAS, nonobstant les tâches générales de votre Office en matière internationale.

En revanche, *de lege ferenda*, il est prévu que le Conseil fédéral ait la compétence de conclure des traités concernant la reconnaissance aussi bien de la mise à disposition des unités légales (article 3, alinéa 3 du projet de loi) que des procédures étrangères de contrôle d'instruments de mesurage (article 11, alinéa 2). Il serait également possible qu'une ordonnance délègue au DFJP des compétences de conclusion de traités en la matière, voire à METAS directement pour des traités de portée mineure.

Nature juridique de l'AAM de l'OIML

Vous nous avez d'abord soumis pour avis l'Arrangement d'Acceptation Mutuelle (AAM) sur les Evaluations de Type de l'Organisation internationale de métrologie légale (OIML). Le système de l'OIML pour promouvoir la reconnaissance mutuelle des examens de type d'instruments de mesure a été complété par l'AAM. Celui-ci nous semble pouvoir être comparé à des "conditions générales" qui, comme vous nous le confirmez dans votre lettre, ne déploient leurs effets que lors de l'établissement d'une déclaration séparée pour chaque catégorie d'instruments de mesure ("Declaration of Mutual Confidence"; DoMC; cf. aussi l'article 1.2 AAM). Or l'AAM prévoit explicitement que les DoMC ne sont pas juridiquement contraignantes même si les participants qui les signent donnent leur accord pour collaborer à mettre en oeuvre, améliorer et clarifier les dispositions des DoMC (articles 1.3 et 8.4).

Vous affirmez à cet égard sur votre site Internet que "les certificats de conformité délivrés par les Etats membres dans le cadre de ce système de certification attestent que les examens ont été effectués conformément aux procédures internationales harmonisées et que les types d'instruments testés répondent aux exigences des recommandations. Selon ce système, les signataires de cet arrangement s'engagent à reconnaître et utiliser les rapports d'essai, résultats d'examen et certificats OIML pour leurs approbations nationales ... La reconnaissance du certificat de conformité, délivré après un examen réussi, est contraignante pour les signataires de l'AAM."

Nous relevons en outre que le but de ce système est bel et bien de "minimiser les besoins de multiples accords indépendants particuliers entre les membres de l'OIML" ainsi que, par rapport à l'ancien système, "d'étendre largement les obligations des signataires" (préface de l'AAM). L'AAM est quant à lui défini comme un ensemble de "règles pour un cadre volontaire au sein duquel les participants acceptent et utilisent les rapports d'essai" (article 1.1) et comme un "accord cadre qui engage les participants à accepter et à utiliser les rapports d'essai émis selon un DoMC distinct par d'autres participants, après avoir instauré une confiance réciproque entre eux par le biais de tests de compétence, et à assumer toute responsabilité juridique dès que de tels rapports ont été acceptés." (article 3.16).

Nous constatons dès lors que, bien que la participation à un DoMC particulier soit facultative, le fait de signer un DoMC établi selon les exigences de l'AAM entraîne de nombreuses obligations juridiques pour les participants. L'article 5 de l'AAM est révélateur de cette nature juridique obligatoire pour les participants à un DoMC; il prévoit notamment que ceux-ci "shall commit" their participation according to (an Annex ...), shall agree to implement reciprocity with regard to all other Participants in accepting and utilizing or recognizing the Test Reports and Certificates prepared according to the relevant OIML Recommendation and any additional test requirements having been reviewed and transmitted by other Participants" (article 5.1), "shall provide documented information to potential customers" (article 5.2), ou encore "shall assume responsibility for the Test report according to national regulation" (article 5.7).⁷

Nous en concluons que, dans ces [ses?] résultats pour les signataires, l'AAM de l'OIML a une nature juridiquement contraignante ou du moins que la procédure à respecter en Suisse pour conclure ce type d'instruments doit être celle qui a cours pour les traités internationaux.

Nature juridique de l'OIML

⁶ Loi citée à la note 3.

⁷ [Traduction] "conviennent de concrétiser leur participation conformément à (une annexe ...), de mettre en oeuvre la réciprocité, vis-à-vis de tous les autres Participants, en utilisant et en acceptant, ou en reconnaissant, les Rapports d'examen et les Certificats préparés selon les Recommandations pertinentes de OIML et selon toute condition supplémentaire revue et transmise par d'autres Participants" (article 5.1); "offrira de l'information documentée aux clients potentiels" (article 5.2); "endossera la responsabilité pour le Rapport d'examen selon ce que prévoit la législation nationale" (article 5.7).

Vous nous avez ensuite soumis pour avis l'Arrangement de Reconnaissance Mutuelle (MRA) du Comité international des poids et mesures (CIMP). Cet arrangement prévoit que "les laboratoires nationaux de métrologie participants reconnaissent le degré d'équivalence des étalons nationaux de mesure, déduit des résultats des comparaisons clés, et reconnaissent la validité des certificats d'étalonnage et de mesurage émis par les autres laboratoires participants, pour les grandeurs et leurs valeurs spécifiées en annexes" (cf. "Points principaux; Engagement" et article 2). Il est en outre précisé, notamment sur le site Internet du Bureau international des poids et mesures (BIPM), que "les signataires du MRA le font avec l'approbation des autorités appropriées de leur pays et que par là même ils acceptent les procédures rédigées dans l'arrangement et visant à établir la base de données, reconnaissent les résultats des comparaisons clés et supplémentaires, inscrits dans la base de données, et reconnaissent les possibilités en matière de mesures et d'étalonnages des autres laboratoires participant à l'arrangement, et inscrites dans la base de données." Parallèlement cependant, chaque signataire reconnaît et accepte que cet arrangement ne crée aucun droit ou engagement ou obligation qui le lierait vis-à-vis du droit national des Etats ou du droit international (article 10.1 MRA).

Ainsi, comme dans le précédent cas, la formulation des obligations des signataires selon le texte est en contradiction au moins partielle avec la disposition du même texte qui affirme qu'il n'y aurait aucune obligation juridique. Dans de telles circonstances et bien que ce cas puisse apparaître un peu plus "limité" que le premier, nous sommes également d'avis que la procédure à respecter en Suisse pour conclure ce type d'instruments doit être celle qui a cours pour les traités internationaux.

Comme vous le précisez, le Conseil fédéral a effectivement été saisi de la question du MRA. Il a ainsi, par décision du 11 août 1999, décidé d'autoriser la signature du MRA par l'ancien directeur de votre Office. Il aurait été intéressant de connaître non seulement le dispositif de décision y relatif, mais également le développement de la proposition, qui n'est toutefois pas en notre possession. Il est en effet possible que, parvenant à une conclusion semblable, le Conseil fédéral ait alors décidé qu'il s'agissait d'un traité dont il devait lui-même approuver la conclusion et la signature. Mais cela n'est pas certain, tant il est vrai que le Conseil fédéral approuve en principe aussi lui-même des instruments juridiquement non contraignants, mais d'importance.

Suivi

Pour répondre de manière précise aux questions posées, nous sommes d'avis qu'il serait opportun de régulariser la conclusion des engagements déjà pris par la Suisse. Aux termes de l'article 166, alinéa 2, Constitution fédérale (Cst.; RS 101), il appartient à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international. La compétence propre de l'exécutif est en effet prévue dans de nombreuses lois spéciales ainsi que pour les traités internationaux de portée mineure.

De lege ferenda et sauf autre disposition dans une ordonnance, il appartiendra au Conseil fédéral de décider la conclusion d'instruments dans les domaines régis par les articles 3 et 11 de la loi. Dans cette attente et sous réserve d'éventuelles autres conclusions d'experts plus versés que nous en ce domaine technique, nous serions d'avis que les textes soumis peuvent déjà entrer dans la compétence du seul Conseil fédéral à l'heure actuelle, du fait qu'ils sont à notre avis de portée mineure en ce qu'ils "s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes" (article 7a, alinéa 2, lettre d, LOGA).

Ainsi, pour rétablir une situation conforme, il suffira à notre sens que, par une seule proposition, votre Office présente au Conseil fédéral, sur la base de l'article 7a, alinéa 2, lettre d, LOGA, l'approbation après coup d'une part de l'AAM de l'OIML avec les DoMC signées à ce jour et d'autre part du MRA du CIMP. Nous suggérerions alors que vous en profitiez pour en outre déléguer au DFJP ou à METAS, sur la base de l'article 48a, alinéa premier, LOGA, dans le dispositif de décision, la compétence de conclure ou modifier de nouveaux DoMC envisagés et de modifier le MRA, éventuellement dans l'attente d'une ordonnance qui pourrait prévoir des délégations comparables."

Communication de la DDIP à l'Office fédéral de métrologie METAS du Département fédéral de justice et police, du 13 janvier 2010. Document inédit.

1.4 Compétence pour conclure des traités. Application provisoire des traités

Voici un bref exposé du Conseil fédéral portant sur les sujets susmentionnés:

"Dans la législation actuelle, les compétences exclusives dont jouit le Conseil fédéral en matière de conclusion de traités internationaux reposent déjà sur une loi au sens formel. Pour les traités internationaux de portée mineure, cette compétence se fonde sur l'article 7a, alinéa 2, de la Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), adopté pour concrétiser une longue pratique et destiné à éviter au Parlement des délibérations portant sur des traités internationaux qui ne revêtent pas un caractère essentiel. Le Conseil fédéral est d'accord de préciser et de compléter la liste des types de traités figurant aux lettres a à d de l'article 7a, alinéa 2, LOGA.

S'agissant de l'application provisoire des traités soumis à l'approbation parlementaire, le Conseil fédéral est disposé à subordonner sa décision à l'accord des commissions parlementaires compétentes et à modifier dans ce sens l'article 152, alinéa 3, de la Loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (RS 171.10)."

Réponse donnée par le Conseil fédéral le 4 juin 2010 à une motion déposée le 2 juin 2010 par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national. BO CN 2010, Annexes, p. 593.

1.5 Compétence des établissements publics pour conclure des traités et responsabilité en cas d'inexécution de ceux-ci

Le passage qui suit, emprunté à un avis de la DDIP, est consacré à la question de savoir si l'Agence de développement de l'Etat R. peut engager ce dernier et, notamment, conclure des traités internationaux.

"Il faut ... d'abord examiner si de telles entités ont la capacité et la mission d'engager l'Etat. Si elles veulent conclure des contrats soumis au droit privé, elles répondent elles-mêmes des engagements qu'elles prendraient par ces contrats. Elles sont alors tenues d'affirmer clairement qu'elles agissent pour leur propre compte et non pas au nom de l'Etat, qui les détient pourtant en tout ou partie. Lorsqu'elles traitent toutefois de questions qui touchent à la souveraineté de l'Etat, et non pas aux tâches opérationnelles, notamment par la conclusion de traités internationaux, elles peuvent ou doivent être considérées comme des unités administratives agissant pour l'Etat, qui seul peut s'engager dans certains domaines et doit donc avoir délégué de telles compétences.

Si en l'espèce, comme vous l'affirmez, cette agence ne représente pas l'Etat R. et puisque la coopération au développement n'est en principe pas une tâche qui relève (exclusivement) de la souveraineté d'un Etat, un accord de la Suisse en ce domaine avec une telle agence doit être soustrait au droit international et soumis au droit privé, comme le serait tout contrat (nommé alors par la doctrine "contrat d'Etat") avec une ONG [organisation non gouvernementale], une organisation privée ou un particulier. Pour pouvoir conclure valablement un traité soumis au droit international avec une telle agence, il faudrait qu'elle engage, en le disant ainsi, le Gouvernement [de R.]."

Avis de droit de la DDIP du 21 septembre 2010. Document inédit.

1.6 Référendum en matière de traités internationaux: propositions de réforme

Le 11 août 2009, l'Action pour une Suisse indépendante et neutre (ASIN) déposa l'initiative intitulée: "Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)". Cette initiative vise à compléter l'actuel texte de l'article 140, alinéa premier, de la Constitution.⁸ par une lettre d) nouvelle, qui aurait la teneur suivante:

"Sont soumis au vote du peuple et des cantons:

d. les traités internationaux qui:

1. entraînent une unification multilatérale du droit dans des domaines importants;
2. obligent la Suisse à reprendre de futures dispositions fixant des règles de droit dans des domaines importants;
3. délèguent des compétences juridictionnelles à des institutions étrangères ou internationales dans des domaines importants;
4. entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus d'un milliard de francs, ou de nouvelles dépenses récurrentes de plus de 100 millions de francs."

Le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de soumettre ce texte au peuple et aux cantons, conjointement avec son contre-projet, qui était ainsi libellé:

"Sont soumis au vote du peuple et des cantons:

b. les traités internationaux qui

1. prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité ou à des communautés supranationales;
2. contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution ou équivalant à une modification de la Constitution."

Voici quelques arguments invoqués par le Conseil fédéral à l'appui de son contre-projet:

"Le référendum obligatoire extraordinaire en matière de traités internationaux reprend le principe du parallélisme. Il en résulte que les questions qui, dans le droit national, doivent être réglées dans la Constitution, sont soumises au référendum et requièrent l'approbation du peuple et des cantons. En conséquence, si le même contenu est réglé dans un traité, celui-ci devrait être soumis à la même procédure qu'une modification de la Constitution, soit au référendum obligatoire, qu'il s'agisse d'un traité bilatéral ou multilatéral. L'initiative de l'ASIN suit la même logique, puisqu'elle demande que le peuple et les cantons puissent décider des questions fondamentales pour l'Etat de droit suisse sans qu'il soit nécessaire de recueillir des signatures. Le Conseil fédéral partage donc l'avis des auteurs de l'initiative sur le fait qu'il y a moyen d'optimiser les droits référendaires. Il estime cependant qu'on ne saurait améliorer la situation en adoptant une norme constitutionnelle trop détaillée nécessitant moult interprétations et dépassant le principe du parallélisme. Il lui semble préférable d'élaborer une disposition s'inspirant des réflexions sous-tendant le concept du référendum extraordinaire et prévoyant le référendum obligatoire pour les traités internationaux de rang constitutionnel. Aussi oppose-t-il à l'initiative un contre-projet direct libellé comme suit:

[voir ci-dessus]

... Commentaire

... Aspect formels

D'un point de vue formel, il est judicieux de modifier la lettre b de l'article 140, alinéa premier, Cst. en y mentionnant expressément les traités internationaux et de la subdiviser en deux chiffres pour saisir les deux catégories de traités internationaux soumis au référendum. Le chiffre premier reprend en substance l'actuelle lettre b. Le chiffre 2 introduit

⁸ Le texte actuel de cette disposition est le suivant: "Sont soumises au vote du peuple et des cantons: a. les révisions de la Constitution; b. l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales; c. les lois fédérales déclarées urgentes qui sont dépourvues de base constitutionnelle et dont la durée de validité dépasse une année; ces lois doivent être soumises au vote dans le délai d'un an à compter de leur adoption par l'Assemblée fédérale."

le référendum extraordinaire, en précisant qu'il concerne, d'une part, les traités internationaux qui contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution et, d'autre part, ceux qui contiennent des dispositions équivalant à une modification de la Constitution.

L'article 140, alinéa premier, Cst. gagne ainsi en clarté, dans la mesure où il regroupe tous les cas de référendums fédéraux obligatoires. La lettre a vise le référendum de révision constitutionnelle, la lettre b, le référendum relatif aux traités internationaux et la lettre c, le référendum contre les lois urgentes adoptées pour une durée supérieure à un an et dépourvues de bases constitutionnelles.

... Aspects matériels

Le but du contre-projet est de concrétiser la volonté du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale d'accroître la légitimité démocratique du droit des traités internationaux. Pour parachever le parallélisme entre les procédures législatives interne et internationale, la ligne de démarcation entre les traités sujets au référendum (article 141, alinéa premier, lettre d, Cst.) et ceux soumis au référendum (article 140, alinéa premier, lettre d, chiffres premier et 2, Cst.)⁹ doit être précisée. La pratique tend aujourd'hui à utiliser comme critère l'importance constitutionnelle du traité international, c'est-à-dire sa portée matérielle. Le Conseil fédéral continue de considérer qu'"il faut [...] s'en tenir au principe selon lequel la procédure de législation constitutionnelle se justifie uniquement pour les questions présentant une importance particulière et fondamentale".¹⁰ Il n'est certes pas aisé de déterminer les normes que couvre cette notion juridique largement indéterminée. La question de savoir "quelles règles méritent ou non de figurer dans la constitution, c'est-à-dire revêtent (ou au contraire ne revêtent pas) une importance juridique telle pour notre Etat fédéral qu'il s'y impose de les inscrire dans la constitution" s'est en particulier posée dans le cadre de la mise à jour de la Constitution.¹¹ Bien qu'elle n'ait pas trouvé de réponse définitive, on peut retenir que les dispositions correspondant au contenu de la Constitution mise à jour, indépendamment du fait que celle-ci doive être formellement modifiée ou non, sont de rang constitutionnel. Il s'agit des normes garantissant les droits fondamentaux, de celles garantissant la structure fédérale de l'Etat et de celles réglant l'organisation des autorités fédérales. Il en va de même des traités d'adhésion à des organisations de défense collective ou à des communautés supranationales qui touchent l'organisation spatiale, la structure ou les rapports internationaux de l'Etat et modifient de ce fait des éléments fondamentaux de sa souveraineté. Ces traités sont d'ailleurs déjà soumis au référendum en vertu de l'article 140, alinéa premier, lettre b, Cst.¹²

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 1^{er} octobre 2010, relatif à l'initiative populaire "Pour un renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)." FF 2010, p. 6353 (6375-6377).

1.7 Application des traités à titre provisoire

L'avis de droit ci-après reproduit de la DDIP porte sur les conditions et les conséquences de l'application provisoire des traités bilatéraux.

"L'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit en matière de traités [du 23 mai 1969] (CV; RS 0.111) stipule que les traités peuvent être appliqués à titre provisoire. Il ne définit en revanche pas les organes compétents, au sein des Etats Parties, en matière d'application à titre provisoire. Les Etats sont donc libres de décider.

En Suisse, l'application à titre provisoire des traités internationaux est régie par l'article 7b de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010). Sa teneur est la suivante:

"Si l'approbation d'un traité international relève de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut décider ou convenir de son application à titre provisoire si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent.

L'application à titre provisoire d'un traité international prend fin si, dans un délai de six mois à compter du début de l'application à titre provisoire, le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale le projet d'arrêté fédéral portant approbation du traité concerné.

Le Conseil fédéral notifie aux Etats contractants la fin de l'application à titre provisoire."

Dans le cas d'un traité soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, deux conditions doivent être cumulativement remplies ainsi que le mentionne l'article 7b, alinéa premier, LOGA:¹³ la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière. En conséquence d'une application provisoire, le Conseil fédéral doit dans un délai de six mois soumettre à l'Assemblée fédérale un message et un projet d'arrêté fédéral approuvant le traité en cause. Si le Conseil fédéral applique un traité à titre provisoire, il doit alors veiller à ce que l'Assemblée fédérale puisse se prononcer le plus rapidement possible sur le traité. S'il ne le fait pas dans le délai imparti, l'application provisoire prend fin.

⁹ Aux termes de ces dispositions sont soumis au référendum *facultatif* "les traités internationaux qui: 1) sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables; 2) prévoient l'adhésion à une organisation internationale".

¹⁰ Message du 16 août 1972 relatif à l'approbation des accords entre la Suisse et les Communautés européennes (FF 1972 II 726 [Pratique suisse 1972, n° 1.5, ASDI, vol. XXIX, 1973, p. 303]). Ces mêmes critères sont repris dans le Message du 23 octobre 1974 concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux (FF 1974 II 1159 [Pratique suisse 1974, n° 1.6, ASDI, vol. XXXI, 1975, p. 173]) et dans le Message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen (FF 1992 IV 529).

¹¹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 45).

¹² ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: L'Etat, Berne 2006, n°s 784 et ss.

¹³ Loi citée à la note 3.

Dans le cas d'un traité qui n'est pas soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale et qui relève de la seule compétence du Conseil fédéral, les conditions précitées ne sont pas requises. En vertu de ses prérogatives et de sa responsabilité en matière de politique étrangère (article 184, alinéa premier, Cst.), le Conseil fédéral peut ainsi ordonner seul l'application provisoire d'un traité international, même en l'absence d'urgence ou d'intérêt essentiels pour la Suisse. Le Conseil fédéral peut en effet décider qu'un traité entre en vigueur dès sa signature, car il l'aura approuvé auparavant. A plus forte raison peut-il décider, lorsqu'il dispose seul de la compétence de conclure, qu'un traité sera appliqué provisoirement dès sa signature.¹⁴ En pratique cependant, il est fait un usage limité de l'institution de l'application provisoire. Le Conseil fédéral s'inspire parfois dans de tels cas des critères de l'article 7b LOGA mais de manière alternative (urgence ou intérêts essentiels pour la Suisse) lorsqu'il souhaite une application provisoire ou préfère alors - si l'Etat contractant peut l'accepter - l'entrée en vigueur dès la signature."

Avis de droit de la DDIP du 9 décembre 2010, adressé à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

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

(Voir aussi le n° 1.1)

2.1 Droit international et droit interne: primauté des règles du droit international protégeant les droits de l'homme

Dans un arrêt relatif à une demande de changement de nom, présentée par une citoyenne binationale, le Tribunal fédéral consacra un considérant aux rapports entre le droit international et le droit suisse.

[Traduction]

"3.3.2 Selon l'article 190 de la Cst., le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales autant que le droit international. En cas de conflit, le droit international l'emporte sur le droit interne, en tout cas lorsque la règle de droit international vise à protéger les droits de l'homme. Cela signifie que, dans la mesure où une règle de droit interne contredit le droit international, elle ne saurait être appliquée (ATF 125 II 417, c. 4d, p. 425, concernant le PKK [Parti des travailleurs du Kurdistan]¹⁵)."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 25 janvier 2010, dans la cause *Ma. c. Direction de la justice et de l'intérieur du canton de Zurich*. ATF 136 III 168, c. 3.3.2 (171).

2.2 Droit international et droit interne: règles du droit international directement applicables sur le plan interne

Le texte qui suit, œuvre de la DDIP, porte sur l'application directe de règles du droit international sur le plan interne suisse.

[Traduction]

"1. Les règles du droit international public se subdivisent en règles directement applicables ("self-executing") et non applicables ("non-self-executing"). Lorsqu'une règle est directement applicable, le droit international s'applique de façon immédiate et les individus peuvent s'en prévaloir directement; dans le cas contraire, la règle de droit international doit être concrétisée sur le plan interne. La question doit toujours être examinée par rapport à une règle spécifique, car un traité peut contenir des règles directement applicables et d'autres qui ne le sont pas.

2. En principe le droit des gens comme tel ne se prononce pas sur cette question, à moins que celle-ci ne soit réglée, exceptionnellement, par le traité international en cause.¹⁶ En l'absence d'une telle réglementation, c'est vers les principes du droit interne que l'on se tournera. En Suisse, le Tribunal fédéral a dégagé les critères permettant de déterminer si une règle du droit international est d'application directe. Ces critères, développés par la jurisprudence, s'appliquent à toutes les dispositions de droit international.¹⁷ Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une règle du droit international est d'application directe si¹⁸

elle touche aux droits et obligations des individus;

elle est de caractère justiciable, c'est-à-dire concrète et suffisamment claire pour être appliquée directement par une

¹⁴ Un débat est actuellement en cours à ce propos au Parlement, comme cela ressort de la motion déposée par la Commission de politique extérieure "Base légale pour la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral" (10.3354). Dans sa réponse du 4 juin 2010, le Conseil fédéral a notamment relevé que "s'agissant de l'application provisoire des traités qu'il a la compétence de conclure seul, le Conseil fédéral ne voit pas de motif justifiant l'adoption de la mesure préconisée (c'est-à-dire l'approbation par la commission parlementaire chargée de l'examen préalable). Il lui paraît en effet inutile d'appliquer un tel traité à titre provisoire sous réserve de l'approbation du Parlement, puisqu'il est autorisé à le signer et à décider de son entrée en vigueur en Suisse de son propre chef."

¹⁵ *Pratique suisse* 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634.

¹⁶ Voir DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005, p. 84.

¹⁷ Cela couvre des dispositions de caractère international de toutes catégories (traité, accord, protocole, déclaration, charte, pacte, échange de lettres ou de notes, annexe, etc.). Voir également, sur ce point, l'arrêt rendu le 2 octobre 2009 par le Tribunal administratif fédéral, A-1765/2009, c. 4.3.2, affaire *Samedan*. Dans cet arrêt, le Tribunal étudia l'application directe des normes des annexes de l'OACI [Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, RS 0.748.0].

¹⁸ Voir par exemple ATF 124 III 90, c. 3 [JdT 1998 I 272], ATF 129 II 249, c. 3.3 [JdT 2005 I 369], ATF 133 I 286, c. 3.2.

autorité ou un tribunal à un cas spécifique;
elle s'adresse aux organes d'application du droit et non au législateur.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Office fédéral de la justice [du Département fédéral de justice et police] et la Direction du droit international public [DDIP] ont retenu, dans une étude commune,¹⁹ que les dispositions dont il s'agit doivent être considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité; elles doivent être inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et pouvoir s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et servir de fondement à une décision concrète. La question de savoir si cette condition est remplie est donc un problème d'interprétation, à résoudre dans le cadre de chaque cas concret.

3. La question essentielle à résoudre est donc celle de savoir si un acte législatif est requis sur le plan national pour donner effet à la disposition conventionnelle. Aucune mesure n'est nécessaire pour les règles "justiciables", soit celles qui sont très concrètes, précises quant à leur contenu et claires. Ne sont pas justiciables les règles du droit des gens qui se bornent à régler une matière dans ses grandes lignes, qui laissent à l'Etat contractant une grande latitude dans l'interprétation et l'application ou qui se limitent à formuler des directives non "justiciables". Ce sont notamment les dispositions dites programmatiques qui manquent de précision.²⁰ Ces dispositions s'adressent avant tout au législateur et doivent être concrétisées par celui-ci sur le plan interne en vue de créer des droits et des obligations pour des particuliers. Une telle concrétisation est également nécessaire, selon le Tribunal fédéral, lorsqu'une règle conventionnelle se borne à tracer les grandes lignes de la latitude concédée, à régler une matière de façon rudimentaire ou à réserver aux Parties contractantes une grande latitude dans sa mise en application.²¹

4. Dans divers arrêts le Tribunal fédéral a pris position sur l'applicabilité directe de dispositions qui, formellement, s'adressent aux Etats contractants. Ainsi a-t-il admis, dans son arrêt ATF 133 I 286, c. 3.2, que l'article 37 de la Convention sur les droits de l'enfant,²² qui s'adresse aux Etats, c'est-à-dire aux Parties contractantes ("Les Etats Parties veillent à ce que ..."), est d'applicabilité immédiate, bien que le langage utilisé porte à croire que seuls les devoirs des Etats contractants sont en cause et qu'aucun droit directement applicable n'a pris naissance. Un examen du contenu de l'article 37 de la convention révèle toutefois que cette dernière garantit des droits concrets et "justiciables". C'est ainsi que le texte de la lettre c²³ serait à interpréter comme s'adressant directement aux organes d'application du droit et non au législateur: l'enfant privé de liberté a le droit d'être traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité humaine; il sera détenu séparément des adultes. La jurisprudence du Tribunal fédéral montre que ce n'est pas en premier lieu le destinataire formel de la disposition qui compte mais son destinataire normal, ce dernier devant être déterminé au moyen de l'interprétation.

Comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans son arrêt ATF 120 Ia 1, c. 5d,²⁴ il s'agit d'une disposition qui [traduction] "s'adresse clairement au seul législateur, ce qui exclut d'emblée, et quel que soit son degré de précision, qu'elle fasse l'objet d'un recours de droit public au sens de l'article 84, alinéa premier, lettre c, de l'OJF²⁵". Les dispositions qui engagent formellement et exclusivement les Etats à légiférer sur une matière ne sont donc pas directement applicables. Un tel devoir d'agir sur le plan interne se retrouve par exemple à l'article premier de la Convention du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques,²⁶ comme cela a été relevé par le Tribunal fédéral.²⁷ Pour ce qui est du point de savoir si une disposition, en plus du devoir d'agir sur le plan national, établit un droit pouvant être mise en oeuvre par un individu, comme c'est le cas de l'article 4 de la convention sur les droits de l'enfant,²⁸ il faut l'examiner de cas en cas au moyen de l'interprétation. Ce faisant, il n'est pas permis de se fonder sur le seul texte.

5. Lorsqu'un particulier ne peut se prévaloir d'une règle du droit des gens, soit en raison du contenu de cette règle, soit en raison d'une réserve faite par la Suisse, cela n'exclut pas que, lors de l'interprétation du droit suisse, il soit tenu

¹⁹ Etude élaborée en commun par l'Office fédéral de la justice et la Direction du droit international public, du 26 avril 1969, JAAC 1989, fasc. 53/IV, n° 54, sous III.3 [*Pratique suisse 1989*, n° 2.1, ASDI, vol. XLVII, 1990, p. 138, 142].

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 septembre 2006, 2A.593/2005, c. 5.2.

²¹ ATF 105 II 49, c. 3; arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 2009, 2C_763/2008, c. 1.4.

²² Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

²³ Article 37, lettre c, de la convention: "Les Etats Parties à la Convention veillent à ce que: ... c. tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles."

²⁴ JdT 1996 I 627.

²⁵ Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, dans sa teneur du 20 décembre 1968 (abrogée).

²⁶ Article I de la Convention [du 19 mars 1931] portant loi uniforme sur les chèques (RS 0.221.555.1):

"Les Hautes Parties contractantes s'engagent à introduire dans leurs territoires respectifs, soit dans un des textes originaux, soit dans leurs langues nationales, la Loi uniforme formant l'Annexe I de la présente Convention.

Cet engagement sera éventuellement subordonné aux réserves que chaque Haute Partie contractante devra, dans ce cas, signaler au moment de sa ratification ou de son adhésion. Ces réserves devront être choisies parmi celles que mentionne l'Annexe II de la présente Convention.

Cependant, pour ce qui est des réserves visées aux articles 9, 22, 27 et 30 de ladite Annexe, elles pourront être faites postérieurement à la ratification ou à l'adhésion, pourvu qu'elles fassent l'objet d'une notification au Secrétaire général de la Société des Nations qui en communiquera immédiatement le texte aux Membres de la Société des Nations et aux Etats non-membres au nom desquels la présente Convention aura été ratifiée ou au nom desquels il y aura été adhéré. De telles réserves ne sortiront pas leurs effets avant le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la réception par le Secrétaire général de la notification susdite.

Chacune des Hautes Parties contractantes pourra, en cas d'urgence, faire usage des réserves prévues par les articles 17 et 28 de ladite Annexe II, après la ratification ou l'adhésion. Dans ces cas, elle devra en donner directement et immédiatement communication à toutes autres Parties contractantes et au Secrétaire général de la Société des Nations. La ratification de ces réserves produira ses effets deux jours après la réception de ladite communication par les Hautes Parties contractantes."

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 décembre 2000, 4C.492/2000.

²⁸ [Message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant.] FF 1994 V 1, 22.

compte du contenu du droit international public.²⁹ Dans la mesure où l'on peut identifier des éléments concrets pour procéder à une interprétation conforme au droit des gens, même les règles qui ne sont pas directement applicables sont obligatoires pour les organes d'application du droit.³⁰ Le devoir d'appliquer le droit interne de façon conforme au droit international - donc également en conformité des règles qui ne sont pas directement applicables - peut être déduit de l'article 5, alinéas 3 et 4, Cst.³¹

Résumé

On retiendra, en résumé, que la question de savoir si une disposition de droit international est directement applicable ne peut être résolue qu'en interprétant cette disposition. Un traité international peut renfermer à la fois des règles directement applicables et des règles qui ne le sont pas et dont l'application requiert une action législative sur le plan national. La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine montrent que ce n'est pas l'identité du destinataire formel de la règle qui compte. Il s'agit plutôt de déterminer, en interprétant cette règle, à qui celle-ci s'adresse du point de vue matériel et si elle renferme un élément de droit matériel ou si, au contraire, elle demande, pour être efficace, une concrétisation par le législateur national."

Note de la DDIP, du 12 mai 2010, sur l'applicabilité directe des règles du droit international. Document inédit.

2.3 Droit international, notamment conventionnel, et droit interne suisse; droit international et Constitution

Le 19 août 2009 la Suisse et les Etats-Unis conclurent un accord d'entraide judiciaire à propos d'une demande d'entraide adressée à la Suisse par l'autorité fiscale fédérale ("Internal Revenue Service") des Etats-Unis et ayant trait à UBS, société anonyme de droit suisse (RO 2009, p. 5669; ci-après: accord 09). La demande portait sur la remise d'informations relatives à des contribuables américains qui, entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2008, pouvaient disposer de comptes auprès d'UBS ou de filiales ou sociétés en Suisse contrôlées par UBS, à moins que ces comptes n'aient été annoncés régulièrement au fisc américain.

Se conformant à une décision de l'Administration fédérale suisse des contributions fondée sur une disposition de l'Ordonnance du 15 juin 1998 (RS 672.933.61) concernant la Convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis du 2 octobre 1996 (RS 0.672.933.61; ci-après: TDI-EU 96), UBS fournit les données concernant son client A. le 23 novembre 2009. Par décision du 21 janvier 2010, le Tribunal administratif fédéral constata que l'accord 09, en tant qu'arrangement transactionnel, ne pouvait aller au-delà de ce que prévoyait l'article 26 du TDI-EU 96,³² raison pour laquelle l'entraide ne devait pas être accordée dans la présente affaire.

Après de nouvelles négociations, la Suisse conduit avec les Etats-Unis, le 31 mars 2010, un procès-verbal modifiant l'accord 09 (RO 2010, p. 1459; ci-après: procès-verbal 10). Selon son article 3, alinéa 2, cet instrument était provisoirement applicable, donc applicable à la date du 31 mars 2010.

Dans une décision définitive prise le 20 avril 2010, l'Administration fédérale des contributions décida que l'entraide était due dans le cas de A., ce que ce dernier contesta.

Le 17 avril 2010 l'Assemblée fédérale approuva l'accord 09 et le procès-verbal 10 (texte consolidé: RS 0.672.933.612; ci-après dénommé traité 10) et en autorisa la ratification par le Conseil fédéral sans que les textes en cause aient été soumis au référendum facultatif en matière de traités.

Le recours de A. fut écarté par le Tribunal administratif fédéral. Les considérations de l'arrêt relatives aux relations entre le droit international et le droit suisse sont reproduites ci-après.

[Traduction]

"3.

3.1

3.1.1 Selon l'article 190 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (... RS 101), les organes d'application du droit sont tenus d'appliquer le droit international. Cela inclut, outre les traités approuvés par l'Assemblée fédérale et, le cas échéant, par le peuple ou le peuple et les cantons, le droit international public dans son ensemble, y compris toutes ses règles, conventionnelles ou autres, dont également celles émises par les organes du droit international dans l'interprétation qu'il convient de leur donner (ATF 133 II 450, c. 6.1;³³ pour les détails, voir ATAF 2010/7, c. 3.1.1.f., avec des renvois; IVO HANGARTNER, *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 2^e éd., Zurich etc. 2008, n° 19 *ad* article 190 Cst.).

²⁹ ATF 133 I 286, c. 3.2.

³⁰ WÜGER, *op.cit.* [note 16], p. 52.

³¹ PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, [chiffre] 38, p. 171.

³² Cette disposition précise les limites du devoir d'échange de renseignements.

³³ *Pratique suisse 2007*, n° 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467.

3.1.2 L'article 190 Cst.³⁴ ne renferme aucune règle sur d'éventuels conflits entre différentes règles du droit international liant la Suisse. Si le conflit ne peut être réglé par la voie de l'interprétation, on se référera à la hiérarchie des règles du droit international ou à d'autres règles du droit international ou à d'autres règles de conflit (ATF 133 II 450, c. 6.2; voir c. 6). De plus faut-il tenir compte, dans ces situations, de la règle selon laquelle le droit international doit être interprété de façon conforme au droit suisse. La relation entre des règles du droit international qui pourraient se contredire doit ainsi être vérifiée avant d'aborder la question de l'article 190 Cst., car il serait illogique voire carrément contraire à cette disposition de révoquer, sur la base de cet article, le rang assigné à un traité par le droit international applicable ou par les Parties contractantes (voir ATAF 2010/7, c. 3.1.2, avec des renvois).

3.2 La Suisse applique le système moniste qui veut que le droit international s'applique directement sur le plan interne, sans qu'il soit nécessaire de procéder à sa transformation. Cela étant, le droit international conserve le caractère qui lui est propre (ATAF 2010/7, c. 3.2.1). Dans ce contexte, on distinguera entre les obligations assumées sur le plan international et leur application sur le plan interne.

3.3. Dans la mesure où le législateur, en adoptant un acte législatif, n'a pas consciemment pris le risque d'enfreindre le droit international (jurisprudence *Schubert*,³⁵ voir par exemple l'arrêt du TAF A-2744/2008 du 25 mars 2010, c. 1.4, avec d'autres références; ANNE BENOIT, *Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?* Revue de droit suisse, vol. 128, 2009, I, pp. 453 et ss, aux pp. 464 et ss), il faut, selon la doctrine et la pratique suisses (PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, paragraphe 9, n^{os} 12 et ss, en particulier n^{os} 20 et ss et 29 et ss; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, n^{os} 3616 et ss, qui relèvent cependant que selon certains auteurs l'essence des droits fondamentaux garantis a priorité sur les règles contraires du droit international, voir le n^o 3622; voir également les vues différenciées de la doctrine sur les relations entre les garanties fondamentales des droits de l'homme contenues dans la Constitution et les accords internationaux de caractère technique dans ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd., Zurich etc. 2008, n^o 1922; BENOIT, *op.cit.*, pp. 461 et 463, avec des références, et p. 470). Ainsi le TAF - malgré le devoir d'interpréter le droit international d'une manière aussi conforme que possible au droit national (voir ATAF 2010/7, c. 3.1.2 - est tenu d'appliquer le droit international même là où il enfreint la Constitution. C'est là une conséquence logique de la manière dont l'article 190 Cst. règle les rapports entre le droit international pertinent et la Cst. (ATF 133 II 450, c. 6; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, n^o 10 *ad* article 190 Cst.; HANGARTNER, *op.cit.*, n^o 13 *ad* article 190 Cst.) En tout état de cause, le droit international ne doit pas être vérifié sous l'angle de sa conformité avec le droit fédéral lorsqu'il est plus récent (c'est ce que relèvent expressément, pour les lois fédérales, HÄFELIN/HALLER/KELLER, *op.cit.*, n^o 1924). Cela amène à la conclusion que, pour cette seule raison, on ne doit pas s'attarder sur le fait qu'il n'existe, pour le procès-verbal 10 et le traité 10, contrairement aux conditions énoncées à l'article 13, alinéa premier, de la Loi fédérale sur les langues nationales du 5 octobre 2007 (... RS 441.1), aucun texte authentique dans au moins une langue officielle de la Confédération (...).

Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4013/2010 du 15 juillet 2010 dans la cause *A. c. Administration fédérale des contributions*. ATAF 2010/40, p. 543, c. 3.1-3.3 (548-550). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir le n^o 1.1. Pour une décision semblable du Tribunal administratif fédéral, voir l'arrêt A-7789/2009 du 21 janvier 2010, ATAF 2010/7, p. 85.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi le n^o 1.5)

3.1 Statut de Jérusalem. Neutralité suisse

Voici deux questions posées au Conseil fédéral par un député au Conseil national: 1) Pourquoi l'Ambassade de Suisse en Israël se trouve-t-elle à Tel-Aviv et non à Jérusalem? 2) Pourquoi la Suisse, Etat neutre, ne transfère-t-elle pas son ambassade dans la capitale israélienne? La réponse du Conseil fédéral était la suivante:

"1. L'Ambassade de Suisse ne se trouve pas à Jérusalem, parce que le statut de Jérusalem comme capitale de l'Etat israélien est contesté en droit international. Le 30 juillet 1980, le Parlement israélien approuva un texte constitutionnel, réunissant les parties ouest et est du territoire de Jérusalem, et décréta Jérusalem comme capitale de l'Etat d'Israël. Cet acte unilatéral, puisque la partie est de la ville est un territoire occupé, s'est vu, jusqu'à ce jour, refuser toute reconnaissance internationale, et cela en vertu du principe de droit international selon lequel un gain territorial obtenu par la force n'entraîne pas d'effet de droit tant qu'il n'est pas consacré par un traité de paix.

2. Ce n'est pas une question de neutralité. C'est une question de respect du droit international. Un transfert de l'ambassade de Suisse à Jérusalem signifierait indirectement une reconnaissance de l'annexion illicite de la partie orientale de Jérusalem et ne peut, en conséquence, entrer en question."

Réponse donnée le 7 juin 2010 par le Conseil fédéral à une question posée le même jour par M. Andreas Brännimann, député au Conseil national. BO CN 2010, Annexes, p. 634.

³⁴ Cet article dispose que "[l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international".

³⁵ *Pratique suisse* 1973, n^o 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

3.2 Organisations intergouvernementales: personnalité juridique internationale; obligations de l'organisation et de ses Etats membres d'assurer le financement de mécanismes de sécurité sociale en faveur du personnel de l'organisation

Le passage qui suit est extrait d'une lettre adressée par la DDIP à l'Office fédéral de métrologie.

"Les organisations intergouvernementales ont la personnalité juridique internationale. Toutefois, leur mandat est déterminé par leur acte constitutif, auquel tous les Etats membres ont adhéré, et par les décisions des Etats membres au sein de l'Assemblée générale et des autres organes de l'organisation. Le bon fonctionnement des organisations intergouvernementales dépend de l'octroi, par les Etats membres, des moyens financiers nécessaires, puisque ces organisations n'ont pas de revenus propres. Dès lors, en créant une organisation intergouvernementale ou en y adhérant, les Etats assument l'obligation générale d'assurer en tout temps à l'organisation dont ils sont membres les moyens financiers nécessaires à son fonctionnement, à la lumière des buts qu'ils lui ont assignés.

Cette obligation inclut le respect des règlements internes qui ont été adoptés par les Etats membres en faveur du personnel de l'organisation (protection des droits acquis). Elle doit être assumée tout au long de l'existence de l'organisation. Dès lors que les Etats membres ont voté des dispositions prévoyant un certain nombre de droits en faveur du personnel, il leur appartient de veiller à ce que l'organisation ait les moyens d'agir en tant qu'employeur responsable, aussi bien tant que l'organisation existe qu'après sa dissolution. Ainsi, même si l'acte constitutif ne mentionne pas explicitement l'obligation des Etats membres d'assurer la pérennité du régime de sécurité sociale après la dissolution de l'organisation, les Etats pourraient engager leur responsabilité s'ils devaient avoir omis, volontairement et en toute connaissance de cause, de prendre les mesures adéquates en temps voulu pour assurer la pérennité du régime de sécurité sociale.

Par ailleurs, une organisation ne saurait renoncer à prendre des mesures adéquates en vue d'un financement de ses obligations au motif que, en cas de manquement, les Etats membres auront l'obligation d'assumer les conséquences de ces manquements après la dissolution de l'organisation. Les Etats membres seraient irresponsables de laisser une organisation dont ils sont membres accumuler des dettes. S'ils négligent maintenant leurs obligations, ils risquent d'être confrontés, à terme, à des obligations financières considérables non prévues dans les budgets nationaux, que ce soit pour assurer le fonctionnement de la caisse de pension après la dissolution de l'organisation ou pour pallier les manquements de ladite caisse de pension en faisant bénéficier les anciens membres du personnel de leur régime national de sécurité sociale alors que ces personnes n'y ont pas contribué.

Nous relevons que la plupart des organisations intergouvernementales ont institué leur propre régime de sécurité sociale en faveur des membres de leur personnel. Elles ont donc l'obligation - et pour elles leurs Etats membres - de veiller à ce que le système de sécurité sociale soit financé de façon à pouvoir garantir les droits qui ont été consentis aux membres du personnel. Même si une organisation intergouvernementale était autorisée par la législation nationale de son Etat hôte à affilier son personnel au régime de sécurité sociale de l'Etat hôte, l'organisation - et donc ses Etats membres - aurait l'obligation de veiller à disposer des moyens nécessaires pour s'acquitter des contributions au régime de sécurité sociale de l'Etat hôte conformément à la législation dudit Etat."

Lettre de la DDIP à l'Office fédéral de métrologie du Département fédéral de justice et police, du 13 janvier 2010. Document inédit.

3.3 Disparition des organisations internationales. Responsabilité des Etats membres pour les dettes de l'organisation?

L'avis de la DDIP qui suit se rapporte à la fin des organisations internationales.

[Traduction]

"Une organisation internationale cesse d'exister lorsque les Parties contractantes, d'un commun accord, conviennent de mettre fin au traité constitutif de l'organisation ou lorsque ces Parties, agissant unilatéralement, dénoncent cet instrument. Quand ce dernier ne contient pas de règles spéciales à ce sujet, il appartient aux Parties contractantes de se mettre d'accord sur l'attribution d'éventuels droits et obligations ayant appartenu à l'organisation avant sa dissolution. Avec cette dernière, le sujet des droits et obligations en cause cesse en principe d'exister. D'après l'article 70 de la Convention de Vienne sur le droit des traités,³⁶ l'extinction du traité a pour effet de libérer les Parties du devoir de conformer à ses dispositions; mais elle ne touche pas aux droits et obligations des Parties nés de l'exécution du traité, ni à la situation juridique ainsi créée.

Les membres de l'organisation répondent-ils des obligations de celle-ci? La réponse à cette question elle aussi dépend principalement des dispositions du traité constitutif. Si celui-ci ne contient pas de règles à ce sujet et si l'interprétation des dispositions du traité conformément aux principes de la convention de Vienne (article 31) ne donne aucune indication quant à la volonté des Parties contractantes, il faut se tourner vers les principes généraux du droit international public. La doctrine est toutefois divisée sur le point de savoir si, en établissant une organisation internationale, les Etats membres peuvent endosser une responsabilité dépassant les fonds de l'organisation (voir le tableau dressé par A. SEIDENSCHWANG, *Die Erstreckung der völkerrechtlichen Staatenhaftung auf eine Mitgliedstaatenhaftung für zivilrechtliche Verbindlichkeiten internationaler Organisationen*, Hanse Law Review, vol. 2, 2006, <http://www.hanselawreview.org/pdf4/Vol2No2Art07.pdf>, chap. II); la doctrine sur ce sujet est abondante. S'agissant de la responsabilité des Etats membres pour les dettes de l'organisation, on en a débattu, surtout lors de la

³⁶ Convention du 23 mai 1969 (RS 0.111).

désintégration, le 24 octobre 1985, du Conseil international de l'étain (...) qui, à cette date, se déclara incapable d'honorer ses engagements.

Vu l'incertitude de la situation juridique, il est de toute façon recommandable de régler de manière explicite la question de l'attribution des obligations existantes aux Etats membres d'une organisation en cas de dissolution de celle-ci. Les règles en cause devraient évidemment s'appliquer aux prétentions qui résultent des activités de l'organisation mais qui ne peuvent faire l'objet de réclamations à l'encontre des Etats membres qu'après la dissolution de l'organisation. Il est difficile de préciser le contenu que devraient en général avoir ces règles; tout dépendra des circonstances concrètes (à ce sujet, voir également la contribution d'ECKART KLEIN, in: W. VITZTHUM (éd.), *Völkerrecht*, 4^e éd., [Berlin] 2007: - *Das Recht der internationalen Organisationen*, pp. 310 et ss).

Pour ce qui est de la Suisse, on a vécu, à la fin des années 90, non pas la liquidation d'une organisation internationale, mais l'extinction de l'accord de siège avec l'Organisation internationale de la circulation routière (OICR/IRTO). Cependant, la Suisse n'a pas été impliquée, par la suite, dans la liquidation de cette Organisation."

Avis de droit de la DDIP du 25 janvier 2010. Document inédit.

3.4 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers

Le document partiellement reproduit ci-après se rapporte au désir des autorités de l'Etat B. de déposer certaines de leurs archives, notamment judiciaires, auprès d'une société suisse établie en Suisse. Cette dernière allait mettre à la disposition de l'Etat B. des locaux et assurer l'accès aux données afin d'en permettre l'entretien. La question examinée dans le texte ci-après est celle de savoir si un individu pourrait essayer de faire saisir ces archives, en raison d'une créance envers l'Etat B., en demandant l'immobilisation des données déposées et la vente forcée de celles-ci en vue de satisfaire ses prétentions. La partie du document ici publiée se rapporte à la règle de l'immunité des Etats étrangers.

[Traduction]

" ...

2. Immunité des Etats

Se fondant sur le droit international coutumier autant que sur sa propre pratique, la Suisse applique le principe de l'immunité (limitée) de juridiction des Etats étrangers. Ce principe signifie que, dans les procédures judiciaires ouvertes en Suisse contre un Etat étranger, ce dernier bénéficie en tout cas de l'immunité si le litige se rapporte à l'exercice de ses fonctions étatiques (*jus imperii*). En revanche, si l'Etat a agi en tant que titulaire de droits privés, c'est-à-dire *jure gestionis*, le Tribunal fédéral déclarera recevable la réclamation pour autant que le rapport juridique en cause ait une relation suffisamment étroite avec le territoire suisse (Binnenbeziehung). [Dans le cas d'espèce], il faut tenir compte de la Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats (RS 0.273.1), en vigueur pour la Suisse autant que [pour l'Etat B.]. Cet instrument renferme des dispositions détaillées qui elles aussi, en fin de compte, établissent une distinction entre activités *jure imperii* et activités *jure gestionis*.

Les Etats bénéficient en outre de l'immunité d'exécution qui, elle aussi, est en principe limitée: les biens affectés à l'accomplissement de tâches publiques (biens *jure imperii*) ne peuvent faire l'objet d'actes d'exécution. Dans les rapports avec [l'Etat B.], on se référera, sur ce point, à l'article 23 de la convention européenne précitée qui interdit tout acte d'exécution, sauf lorsque l'Etat visé y a expressément consenti. Les biens en cause comprennent en principe les objets mobiliers autant qu'immobiliers (droits, hypothèques, propriété intellectuelle et industrielle), de même que tout intérêt se rapportant à la propriété, à la possession ou au contrôle de fait de l'Etat.

2.1 Arguments pour s'opposer à une demande de remise des données

Lorsqu'une "demande de remise" des données est présentée, conformément à la Loi sur la protection des données,³⁷ et adressée [à l'Etat B.] ou [à la société détentrice des données] (qui, cependant, peut invoquer les mêmes motifs que son mandant), il s'agira donc d'examiner la nature juridique des objections que [l'Etat B.] peut opposer à la "demande de remise".

En tant que possesseur ou gestionnaire de la collection de données, [l'Etat B.] fait valoir, en dernière analyse, pour justifier son refus de donner des renseignements ou de livrer des éléments de la collection, son droit de propriété sur celle-ci. Ce droit ne relève pas, selon cet Etat, d'actes *jure gestionis*, mais des activités *jure imperii* de ses tribunaux (...). Etant donné qu'il s'agit ici de demandes touchant à des valeurs détenues [par l'Etat B.] en tant que titulaire de prérogatives souveraines (*jure imperii*), cet Etat peut, en principe, se prévaloir de son immunité souveraine.

2.2 Arguments pour s'opposer à des mesures d'exécution ...

S'agissant d'éventuelles mesures d'exécution portant sur les données à déposer, il convient d'examiner si ces dernières peuvent être qualifiées de "propriété" pour les besoins de l'immunité d'exécution.

Les données relatives à l'activité des tribunaux [de B.] constituent indubitablement des intérêts de caractère juridique pour cet Etat, car elles font partie de ses "archives". Il s'ensuit qu'elles appartiennent aux biens [de l'Etat B.]. Les autorités de cet Etat déposeraient en Suisse des données relatives aux activités de ses tribunaux aux seules fins d'archivage et de mise à l'abri. Les données en question ne sont pas affectées à des activités économiques en Suisse.

³⁷ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1).

L'archivage et la sécurisation de données judiciaires sont, comme tels, des actes officiels. Les données déposées servent ainsi à des fins publiques; elles relèvent de l'accomplissement d'une tâche publique. Il ne faut pas oublier que dans les rapports [avec l'Etat B.] - on l'a déjà dit - des mesures d'exécution sur ses biens sont en tout état de cause exclus, à moins que [cet Etat] n'y ait consenti.

2.3 Conclusions

Au vu de ces considérations, on retiendra qu'une "demande de remise" des données adressée [à l'Etat B.] serait irrecevable parce que le droit de cet Etat se rapporte à une activité à titre de souverain (actes *jure imperii*) et, partant, est protégé par l'immunité qui s'oppose à la demande. A une "demande de remise" viendrait ainsi faire obstacle l'article 23 de la convention du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats."

Prise de position de la DDIP du 31 décembre 2010. Document inédit.

3.5 Immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales, notamment de la Banque des règlements internationaux. Immunité de juridiction et d'exécution des Etats. Droit international général et droits de l'homme

Les sociétés NML Capital et EM Ltd., avec siège aux îles Cayman, se prévalant de créances constatées dans des jugements rendus aux Etats-Unis, avaient fait séquestrer à Bâle des avoirs de l'Etat argentin déposés auprès de la Banque des règlements internationaux (ci-après: la BRI ou la Banque). La BRI fit valoir, auprès des autorités de poursuite et de surveillance, son immunité et celle des valeurs déposées auprès d'elle; d'éventuelles divergences quant à l'immunité de la BRI seraient à régler par la voie de l'arbitrage et non par les autorités de poursuite. L'Office des poursuites du canton de Bâle-Ville n'en émit pas moins deux ordonnances de séquestre; celles-ci furent ultérieurement annulées par l'autorité cantonale de surveillance.

NML Capital et EM Ltd. s'adressèrent alors au Tribunal fédéral au moyen de recours de droit civil. Dans leurs recours, elles faisaient notamment valoir que la Banque ne pouvait ici se prévaloir de sa propre immunité en tant qu'organisation internationale et qu'elles avaient, en tout état de cause, le droit d'accéder à un tribunal qui déciderait du caractère abusif ou non de l'invocation de l'immunité par la Banque.

[Traduction]

"4.1 L'intimée est incontestablement une organisation internationale (SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, *Das Recht der internationalen Organisationen*, 7^e éd., [Cologne] 2000, n° 3201). Dans l'Accord conclu entre le Conseil fédéral et la Banque le 10 février 1987 pour régler le statut juridique de la BRI en Suisse (RS 0.192.122.973.1, ci-après: accord de siège), la Suisse reconnaît (article premier) la personnalité juridique internationale de l'intimée. La LP (Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1) réserve les traités internationaux (article 30a de la LP). Pour la Suisse, l'étendue de l'immunité de l'intimée résulte ainsi en premier lieu de l'accord de siège (KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, [Berne] 1998, p. 94; pour ce qui est de l'interprétation, cf. COMBACAU/SUR, *Droit international public*, 8^e éd., [Paris 2008], pp. 179 et s.).

4.2 L'article 4 de l'accord de siège, dans sa version authentique, règle ainsi l'immunité de juridiction et d'exécution de l'intimée:

"1. La Banque bénéficie de l'immunité de juridiction, sauf:

- a) dans la mesure où cette immunité a été formellement levée pour des cas déterminés par le Président, le Directeur général ou par leurs représentants dûment autorisés;
- b) dans le cas d'actions civiles ou commerciales découlant de transactions bancaires ou financières, intentées par des cocontractants de la Banque, sous réserve de cas pour lesquels des dispositions d'arbitrage ont ou auront été prises;
- c) dans le cas d'actions en responsabilité civile intentées contre la Banque pour dommage causé par tout véhicule lui appartenant ou circulant pour son propre compte;

2. Les litiges opposant, en matière de rapports de service, la Banque à ses fonctionnaires, anciens fonctionnaires ou à leurs ayants droit sont jugés par le Tribunal administratif de la Banque ...

3. La Banque bénéficie sur ses biens et avoirs, où qu'ils se trouvent et quels qu'en soient les détenteurs, de l'immunité d'exécution (notamment à l'égard de toute mesure de saisie, séquestre, blocage ou d'autres mesures d'exécution forcée ou de sûreté et, en particulier, de séquestre au sens du droit suisse), sauf ...

4. Les dépôts confiés à la Banque, toute créance sur la Banque, ainsi que les actions émises par la Banque, où qu'ils se trouvent et quels qu'en soient les détenteurs, ne pourront faire l'objet, sauf accord exprès préalable de la Banque, d'aucune mesure d'exécution (notamment de saisie, séquestre, blocage ou d'autres mesures d'exécution forcée ou de sûreté et, en particulier, de séquestre au sens du droit suisse)."

Selon le texte de l'accord de siège, la Banque "bénéficie de l'immunité de juridiction" (article 4, paragraphe premier, chapeau), et "les dépôts confiés à la Banque ... ne pourront faire l'objet ... d'aucune mesure d'exécution (notamment de saisie, séquestre, blocage ou d'autres mesures d'exécution ou de sûreté et, en particulier, de séquestre au sens du droit suisse)" (article 4, paragraphe 4). Dans le même sens, des droits à l'immunité ont déjà été prévus à l'article 10 de la Convention du 20 janvier 1930 relative à la Banque des règlements internationaux (RS 0.192.122.971), à l'article premier du Protocole du 30 juillet 1936 sur les immunités de la Banque (RS 0.192.122.971.1) et à l'article 55 des Statuts de celle-ci du 20 janvier 1930 (dans la version du 27 juin 2005).

4.2.1 Il est vrai que l'intimée peut - comme l'instance précédente l'a constaté - consentir au séquestre. Mais, sans le consentement préalable ("sauf accord exprès préalable") de la BRI, les valeurs confiées à elle ne peuvent être séquestrées (article 4, paragraphe 4, de l'accord de siège). En l'espèce, on n'a ni constaté ni prétendu qu'il y aurait eu accord préalable de la Banque. Il est clair que l'instance précédente a fait erreur (...) lorsqu'elle a estimé que la question du consentement au séquestre, soit celle de la renonciation à l'immunité, demeurerait ouverte. C'est à juste titre que les recourants, se fondant sur les pièces de la procédure cantonale, relèvent que l'intimée a refusé de renoncer à son immunité immédiatement après avoir reçu notification de l'interdiction de payer et de disposer de valeurs.

L'intimée se prononce dans le même sens. Sur ce point, il convient donc de rectifier les constatations de fait de l'instance précédente. Il est ainsi établi que l'intimée n'a à aucun moment - ni initialement ni par la suite - consenti au séquestre des valeurs argentines qui lui avaient été confiées.

4.2.2 Les recourantes prétendent que la notification du séquestre (selon l'article 99 de la LP) au débiteur du tiers débiteur ne constitue pas, d'une manière générale, une condition de validité du séquestre (sur ce point, voir ATF 101 III 65, c. 6, p. 67; GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^e éd., [Bâle] 2005, n° 2275), raison pour laquelle le présent séquestre serait valable. Cet argument n'est pas pertinent. L'intimée bénéficie de l'immunité de juridiction et d'exécution. Les dispositions de l'accord de siège font ressortir que les valeurs confiées à l'intimée, soit les dépôts des banques centrales, ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution et que l'intimée, en tant que tierce détentrice, ne peut subir des mesures d'exécution (WENCKSTERN, *Die Immunität internationaler Organisationen*, in: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. II/1, [Tübingen] 1994, n° 842; SZODRUCH, *Staateninsolvenz und private Gläubiger*, [Berlin] 2008, p. 391; DOMINICÉ, *L'immunité des organisations internationales*, in: *Recueil des cours de l'Académie de droit international [de La Haye]* (ci-après: *Recueil*) 1984-IV [vol. 187], p. 208). Etant donné que selon le droit suisse les valeurs confiées à l'intimée, soit les dépôts des banques centrales, ne peuvent être séquestrées, l'intimée est soustraite aux mesures judiciaires et officielles d'exécution (WENCKSTERN, *op.cit.*, n° 842), c'est-à-dire aux ordres du juge du séquestre et de l'office des poursuites appelé à exécuter ces mesures. En l'espèce, il s'est avéré, au cours de l'exécution du séquestre et de la procédure devant l'Autorité de surveillance, qu'en aucun moment l'intimée n'a consenti au séquestre des avoirs et créances argentins. Or l'intimée ne peut être contrainte à faire opposition au séquestre et à faire valoir, par la voie judiciaire, que le séquestre porte atteinte à ses droits ou à son immunité. L'Office des poursuites ne peut d'ailleurs exécuter l'ordonnance qui s'y rapporte au moyen d'interdictions de disposer des valeurs en cause ou d'effectuer des paiements. L'Autorité de surveillance a considéré, à juste titre, que les ordonnances de séquestre et l'exécution de celles-ci étaient manifestement privées d'effet vu les dispositions de l'accord de siège relatives à l'immunité.

4.3 Les recourantes objectent que l'immunité concédée à l'intimée par l'accord de siège est de nature fonctionnelle, condition qui, pour les dépôts faits par l'Argentine, ne serait pas remplie.

4.3.1 Selon l'opinion dominante, un Etat jouit de l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de sa souveraineté (*acta jure imperii*) et est soumis, pour les actes ne relevant pas de sa souveraineté (*acta jure gestionis*), à la juridiction et aux mesures d'exécution prises par l'autre Etat. Les organisations internationales, en revanche, bénéficient de l'immunité pour l'ensemble de leurs actes. Cette immunité en principe complète s'explique par le fait qu'en raison du caractère fonctionnel de leur personnalité juridique, les actes de ces entités doivent tous être liés à leur but (ATF 130 I 312, c. 2, p. 321;³⁸ 118 Ib 562, c. 1b, p. 564;³⁹ arrêt du Tribunal fédéral 4C.518/1996 du 25 janvier 1999, c. 4b et c, publié en partie dans *Revue suisse de droit international et de droit européen* [9^e année] 2000, pp. 642 et s.; MULLER, *International Organizations and their Host States*, [Dordrecht] 1995, pp. 151 et ss; SEIDL-HOHENVELDERN, *op.cit.*, n° 1908). L'intimée a pour objectif, selon l'article 3 de ses statuts, de favoriser la coopération des banques centrales, de fournir des facilités additionnelles pour les opérations financières internationales et d'agir comme mandataire (trustee) ou agent en ce qui concerne les règlements financiers internationaux qui lui sont confiés en vertu d'accords passés avec les parties intéressées. L'acceptation par l'intimée de dépôts effectués par les banques centrales correspond ainsi à son vrai objet (voir également l'article 21, lettre j, des statuts de la Banque).

4.3.2 Suivant en cela les considérations émises par l'instance précédente, les recourantes estiment qu'il faut examiner s'il est indispensable, dans un cas d'espèce, d'exempter une organisation internationale de la saisie de biens appartenant à des tiers débiteurs pour la protéger dans l'exercice de ses fonctions. Souvent, expliquent-elles, le maintien de l'immunité n'est pas nécessaire pour assurer le fonctionnement de l'organisation parce que celle-ci, dans un tel cas, n'est que faiblement atteinte (sur ce point, elles citent TAUCHMANN, *Die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmassnahmen*, [Baden-Baden] 2005, pp. 243 et ss). Cela correspond tout à fait à ce que disent les arrêts du Tribunal fédéral 5P.464/1994 du 22 juin 1995 et 5P.156/2003 du 7 juillet 2003 (avec une référence à ATF 74 III 1, 4), arrêts invoqués par les recourantes (voir DOMINICÉ, *op.cit.*, p. 210). Cependant, dans ces cas, les organisations internationales concernées ne s'étaient pas opposées aux saisies de salaires dont il s'agissait, et le Tribunal fédéral ne s'était pas prononcé sur les effets de telles saisies pour l'organisation internationale en tant que débitrice de la personne poursuivie (cf. TAUCHMANN, *op. cit.*, pp. 153 et ss).

4.3.3 Il est évident que l'effet du séquestre qui est en cause ne saurait être comparé à celui des saisies ou séquestres en matière de salaires. L'intimée, qui agit comme banque des banques centrales et qui, dans l'exercice de cette fonction, accepte les dépôts effectués par des banques centrales serait sans doute atteinte dans son essence si les avoirs des banques centrales, qui peuvent atteindre des milliards, pouvaient être séquestrés ou si les fonds confiés à elle pouvaient être frappés d'une interdiction de disposer ou de payer au moyen d'un acte souverain. Contrairement à

³⁸ Extraits publiés dans *Pratique suisse* 2004, n°s 3.9 et 4.2, RSDIE, 15^e année, 2005, pp. 739 et 743. Ces extraits ne comprennent toutefois pas le considérant cité ici.

³⁹ *Pratique suisse* 1992, n° 3.3, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 691.

ce qu'affirment les recourantes, leurs arguments fondés sur la nécessité fonctionnelle ne sont pas de nature à pouvoir mettre en échec l'immunité absolue de l'intimée, telle qu'elle découle du texte clair de l'accord de siège. Ils confirment au contraire la nécessité d'une telle immunité.

4.4 Les recourantes prétendent aussi que l'immunité octroyée à l'intimée par l'accord de siège ne saurait mettre celle-ci à l'abri de l'abus de droit commis par la République argentine et du comportement internationalement illicite de celle-ci.

4.4.1 Les recourantes font valoir que les transferts massifs d'avoirs par un pays débiteur sur des comptes auprès de la BRI lorsque ce pays se trouve dans un état de nécessité contreviennent au devoir international d'observer un comportement convenable car ils jetteraient un doute sur la situation financière effective de l'Etat débiteur, contrairement à l'exigence de transparence (voir SZODRUCH, *op.cit.*, p. 391). L'insolvabilité de l'Argentine continue à faire l'objet d'une vaste discussion, qui inclut des commentaires critiques sur le comportement de cet Etat (cf. SZODRUCH, *op.cit.*, pp. 116 et ss et 391, avec des références).

4.4.2 C'est à juste titre que l'instance précédente s'était demandée à qui revenait le droit de juger si l'immunité de l'intimée avait été appliquée de manière abusive. Si des tribunaux nationaux étaient habilités à décider que telle ou telle activité d'une organisation internationale était indispensable à l'accomplissement de ses fonctions, ou au contraire abusive, l'indépendance et l'impartialité de l'organisation seraient mises en cause (voir [J.-F.] LALIVE, *L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales*, in: *Recueil* 1953-III [t. 84], p. 311; REINISCH, *International Organizations before National Courts*, [Cambridge] 2000, p. 242). Pour cette raison, et afin d'éviter la prise d'une décision en matière d'immunité contraire au droit international, le point de vue de l'organisation est décisif pour le juge national (voir WENCKSTERN, *op.cit.*, n^{os} 270 et 482). L'accord de siège ne dit rien de contraire. L'intimée, cependant, refuse de renoncer à l'immunité.

4.4.3 Pour ce qui est de la nécessité d'empêcher un abus des immunités accordées par l'accord de siège, ce sont l'intimée et les autorités suisses qui en décident de concert (article 22). S'il y a des divergences sur l'interprétation et l'application de cet accord, celui-ci prévoit des négociations directes (article 27, paragraphe premier) afin de parvenir à une solution de nature politique. Des modes juridictionnels de règlement sont en outre prévus à l'article 27, paragraphes premier et 2, de l'accord de siège, soit le recours à un tribunal arbitral (conformément à l'article 11 de la convention précitée du 20 janvier 1930) ou un tribunal arbitral *ad hoc*. Ce sont ces instances qui décideront si, en l'espèce, l'intimée bénéficie de l'immunité ou non. ...

4.5 Les recourantes allèguent enfin une violation de l'article 6, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ..., qui garantit un procès équitable, en raison du fait que ni l'instance précédente ni un autre tribunal ne se serait prononcé sur l'immunité de l'intimée. L'accord de siège (article 4, paragraphe premier, lettres b et c, et paragraphe 2) prévoit des procédures devant les tribunaux internes ou au sein de la Banque pour les transactions bancaires ou financières, les accidents de la circulation ou les rapports de travail. Mais les recourantes ne disposent d'aucun droit qui leur appartient en propre - l'intimée n'en disconvient pas - de saisir une instance indépendante pour se plaindre du refus de l'intimée de renoncer à son immunité concernant les valeurs qui lui ont été confiées.

4.5.1 L'intimée conteste que l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH lui soit applicable. Cette disposition s'applique cependant, en principe, aux procédures dans le cadre de la LP⁴⁰ (arrêt du Tribunal fédéral 1P.512/2004 du 6 janvier 2004, c. 2.2, publié dans *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2005, pp. 327 et ss; cf. la décision 61702/00 de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en l'affaire *Schweizer c. Suisse* du 10 juillet 2006). Les recourantes souhaitent faire mettre en oeuvre leurs droits judiciairement constatés envers la République argentine dans la présente procédure d'exécution forcée (voir l'arrêt de la Cour EDH en l'affaire *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, du 28 novembre 1998, *Recueil Cour EDH* 1998-VIII, p. 3244, § 39; TAUCHMANN, *op.cit.*, p. 227). Elles pourraient donc, en principe, se prévaloir de l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH.

4.5.2 Le droit garanti par cette disposition inclut le droit d'accès à un tribunal. Toute restriction à ce droit doit poursuivre un but légitime et être proportionnée [par rapport à l'importance de ce but]. D'après l'arrêt de la Cour EDH du 18 février 1999 en l'affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne* (*Recueil Cour EDH* 1999-I, pp. 397 et ss, § 63), l'octroi de privilèges et immunités à des organisations internationales figure parmi les mesures les plus importantes pour assurer le bon fonctionnement de telles organisations et pour les protéger des interférences d'Etats individuels (voir aussi l'arrêt parallèle 26083/94 de cette Cour, du 18 février 1999, confirmé dans la décision 1742/05 dans l'affaire *Eiffage SA c. Suisse* du 15 septembre 2009, c. 2b; voir MALCOLM SHAW, *International Law*, 5^e éd., [Cambridge] 2003, p. 1028). Pour ce qui est de la proportionnalité, le point décisif est, selon l'arrêt *Waite et Kennedy* (§ 68), la question de savoir s'il existe une voie alternative raisonnable de protection juridique. En l'espèce - cela est incontesté -, les particuliers n'ont pas d'accès direct à une voie judiciaire qui permettrait d'examiner l'immunité de l'intimée par rapport aux valeurs qui lui ont été confiées. La seule possibilité qui leur reste est le recours aux autorités suisses afin que la Suisse, Partie à l'accord de siège, mette en cause le point de vue de l'intimée.

4.5.3 Il faut se demander si la restriction qui est en cause est proportionnée. Selon l'arrêt *Waite et Kennedy* (§ 72), l'exigence de proportionnalité ne peut avoir pour conséquence d'assujettir une organisation à la compétence des tribunaux étatiques; pareille interprétation de l'article 6, paragraphe premier, aboutirait, selon la Cour [EDH], à empêcher la fonctionnement régulier de l'organisation et ferait obstacle à l'essor et à l'intensification de la coopération internationale. Tel serait le cas ici s'il appartenait aux juridictions et aux autorités suisses d'exécution forcée de décider de l'immunité de la BRI en ce qui concerne les comptes et dépôts des banques centrales. En tant que banque des banques centrales, la BRI gère une partie des réserves monétaires de nombreux pays et institutions financières

⁴⁰ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

internationales. Si les tribunaux et organes d'exécution forcée avaient à décider si et dans quelle mesure des dépôts des banques centrales se justifient sous l'angle de la politique monétaire, l'intimée serait gravement atteinte dans sa fonction de mécanisme régulateur des banques centrales. La liberté d'action de l'intimée et la continuité des services de paiement des banques centrales, qui est dans l'intérêt de la stabilité financière internationale, ne seraient plus assurées. On ne saurait donc voir une violation de la [CEDH] dans le fait que l'instance précédente a refusé, en fait, de se prononcer sur le refus de l'intimée de renoncer à son immunité."

Arrêt du Tribunal fédéral, du 12 juillet 2010, en l'affaire *Capital Ltd. et EM Limited c. Banque des règlements internationaux (BRI) et Office des poursuites de Bâle-Ville*. ATF 136 III 379, c. 4.1 à 4.5 (383-390).

3.6 Immunité d'exécution des Etats étrangers: que faut-il entendre par actes jure gestionis?

La décision du Tribunal fédéral partiellement reproduite ci-après portait sur l'opposition faite par l'Etat d'Israël à un commandement de payer émanant des propriétaires d'un immeuble loué par cet Etat. Dans son arrêt, le Tribunal examina la nature du rapport juridique entre les propriétaires de l'immeuble et l'Etat locataire.

[Traduction]

"4.2 L'autorité de surveillance [en matière de poursuite pour dettes et de faillite] a estimé, à juste titre, que le recourant - un Etat étranger - est un débiteur dont le domicile, plus précisément le siège, se trouve à l'étranger. Le recourant ne met pas en cause le for de la poursuite. On ne peut davantage mettre en cause la thèse de l'autorité de surveillance suivant laquelle un bail qui porte sur un immeuble devant servir de siège à une ambassade est une transaction relevant du *jus gestionis* (ATF 86 I 23, c. 6, p. 29; voir aussi, de manière générale, ATF 134 III 122, c. 5.2.1, p. 128,⁴¹ KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, [Berne] 1998, p. 421) ..."

Arrêt du TF, du 7 octobre 2010, dans la cause *Etat d'Israël c. Hoirie de X. et Office des poursuites Berne-Mittelland*. ATF 136 III 575, c. 4.2 (577).

3.7 Immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens: invocation in limine litis

Dans une affaire impliquant un Etat et portée devant un tribunal tessinois puis faisant l'objet d'un appel et d'un recours au Tribunal fédéral, l'échange d'écritures au fond était déjà terminé lorsque le défendeur, l'Etat A., invoqua son immunité de juridiction. Voici des extraits de l'arrêt du Tribunal fédéral:

"5. Le litige porte sur l'immunité invoqué par la recourante pour contester que la juridiction suisse lui soit applicable.

5.1 L'ordre international se fonde sur l'idée que tous les Etats sont souverains et juridiquement égaux. Il s'ensuit qu'en principe, un Etat ne peut être soumis à la juridiction des tribunaux d'un autre Etat, et ce principe est concrétisé par le concept d'immunité de juridiction (ATF 130 III 136 c. 2.1, pp. 140 et ss;⁴² JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, "*Binnenbeziehung*" und *Staatenimmunität: ein Phänomen der Schweizerischen Rechtsprechung*, in: *Versicherungsbranche im Wandel*, [Berne] 2009, pp. 287-305, spécialement pp. 287 et ss).

5.2 Appelé à statuer dans un litige mettant en cause un Etat étranger, le juge doit donc examiner en priorité la question de l'immunité de juridiction et cela avant d'entrer en matière sur le fond du procès (ATF 124 III 382, c. 3b, p. 387⁴³).

C'est à la condition toutefois que cette question soit soulevée (ATF 130 III 136, c. 2.1, p. 140). Il ne faut pas oublier en effet que, selon le droit international public, un Etat peut également décider de renoncer à se prévaloir du privilège de l'immunité de juridiction (KREN KOSTKIEWICZ, *op. cit.*, p. 191; voir aussi par analogie, même s'il concerne l'immunité d'exécution, l'ATF 134 III 122, c. 5.3). Cette renonciation peut se manifester soit expressément (par écrit ou oralement), soit par actes concluants, et elle peut également intervenir dans le cadre d'une procédure judiciaire (KREN KOSTKIEWICZ, *op. cit.*, p. 292). L'Etat assigné en justice qui entend se prévaloir du privilège de l'immunité de juridiction doit donc le faire immédiatement, avant de procéder à tout autre acte.

5.3 En l'espèce, la Cour cantonale a constaté que la recourante est intervenue à la procédure par le dépôt d'une réponse (10 juin 2005), puis d'une duplique (22 février 2006) sans se prévaloir de son immunité. Cette dernière a été invoquée pour la première fois dans une requête du 30 janvier 2007, de telle sorte que l'exception a été considérée comme tardive.

...

5.3.3 ... l'omission d'invoquer sa propre immunité dans les premières écritures peut être considérée comme une renonciation de la part de la recourante, par actes concluants, à se prévaloir de ce privilège. La décision de la Cour cantonale au sujet de ce moyen, soulevé pour la première fois dans la requête du 30 janvier 2007, peut donc être confirmée.

De ce qui précède, il résulte que la manière dont les juges tessinois ont appliqué les règles de procédure est tout sauf arbitraire. C'est la compétence juridictionnelle qui doit, à teneur de l'article 97, chiffre 4, CPC/TI [Code de procédure

⁴¹ *Pratique suisse* 2007, n° 3.3, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 478.

⁴² *Pratique suisse* 2004, n° 3.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 731.

⁴³ *Pratique suisse* 1998, n° 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654.

civile du Tessin⁴⁴], être examinée d'office à tous les stades de la procédure, et non pas l'immunité de juridiction d'un Etat étranger. Cette dernière exception ne doit être examinée que si l'Etat intéressé la soulève avant de procéder à d'autres actes. La décision des juges tessinois de traiter la question de l'immunité de la même manière qu'une exception de procédure est donc admissible.

...

5.5 Par surabondance, on peut encore observer que ce résultat est conforme aux dispositions de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, qui n'est pas encore en vigueur, mais que la Suisse a ratifiée le 16 avril 2010.⁴⁵ Cette convention a pour but de codifier les règles du droit international coutumier (ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 128; voir aussi JEROME CANDRIAN, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, in: [Sem.jud.] 2006 II 95-139, spécialement p. 107). Or son article 8 intitulé 'Effet de la participation à une procédure devant un tribunal', se lit comme suit:

"Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat:

a) ...

b) Si, quant au fond, il est intervenu à ladite procédure ou y a participé de quelque façon (exception faite du cas où il est intervenu à la seule fin d'invoquer l'immunité, cf. chiffre 2a)

...""

Arrêt 4A_541/2009 du Tribunal fédéral dans la cause *République A. c. B. Limited et autres*, du 8 juin 2010. Sem.jud. 2010 I 556, c. 5, 5.1, 5.3.3 et 5.5 (557-559).

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

(Voir aussi les n^{os} 2.1 et 3.5)

4.1 Y-a-t-il, en droit international public et en droit interne suisse, un droit des ressortissants suisses à la protection diplomatique et consulaire?

L'étude reproduite ci-après de la DDIP examine la question de l'existence d'un droit des ressortissants suisses à la protection diplomatique. Elle parvient à une conclusion négative.

[Traduction]

"1) Droit international public

a) Existence d'un droit

Selon l'article 5, lettres a, e et i de la Convention de Vienne sur les relations consulaires [du 24 avril 1963] (RS 0.191.02 ...), les Etats ont le droit, sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'Etat de résidence, d'assister leurs citoyens à l'étranger en leur accordant la *protection consulaire*.

D'après le droit international coutumier (tel qu'il est défini à l'article 2 du Projet d'articles de la CDI [Commission du droit international] sur la protection diplomatique de 2006 ...⁴⁶), les Etats ont le droit d'assister leurs citoyens à l'étranger en assumant leur protection diplomatique lorsque les conditions suivantes sont réunies: i) comportement contraire au droit international d'un autre Etat; ii) nationalité continue de l'individu protégé; iii) épuisement des recours internes.

b) Existence d'une obligation?

La question d'un droit d'être protégé se pose notamment à propos de la protection diplomatique. Dans le commentaire consacré par la CDI à l'article 2 de son Projet, qui reflète le droit coutumier, on peut lire ceci (...): "Un Etat a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. *Il n'a ni devoir ni obligation de le faire.*"⁴⁷

Ce même commentaire relève toutefois que, "[d]e nos jours, certaines législations nationales et décision judiciaires accréditent l'idée que l'Etat a *une obligation, aussi limitée soit-elle, en droit interne ou en droit international, de protéger ses nationaux lorsque leurs droits fondamentaux ont été gravement violés.*"⁴⁸

En substance, cependant, ce qui vient d'être dit semble répondre à *une tendance* qui, toutefois, *ne correspond pas encore à une pratique établie*. Sous l'angle du droit international, il n'y a donc aucune obligation d'accorder la protection diplomatique

2) Droit interne

a) Existence d'un droit?

⁴⁴ Code de procédure civile du 17 février 1971 (Tessin, Raccolta delle leggi 3.3.2.1).

⁴⁵ Pour le texte de la Convention, voir FF 2009, p. 1481.

⁴⁶ Rapport de la Commission du droit international, 58^e session, 1^{er} mai - 9 juin et 3 juillet - 11 août 2006, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 61^e session, Supplément n° 10 (A/61/10), p. 13.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 30.

On admet, sur la base de l'article 184, alinéa premier, Cst.,⁴⁹ que le Conseil fédéral est habilité à exercer la protection consulaire et diplomatique (voir par exemple THÜRER, *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 2^e éd., [Zurich etc. 2008], n° 7; et pour l'article 102, chiffre 8, analogue, de l'ancienne Cst., voir le commentaire de SCHINDLER, *[Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft]*, [Zurich, etc.], n° 106 [ad article 102].

b) Existence d'une obligation?

Une obligation limitée d'accorder la protection diplomatique à un ressortissant suisse privé de sa liberté semble pouvoir être déduite de l'article 17 du *Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse* (RS 191.1 ...).⁵⁰ Pour tous les autres cas, en revanche, aucune obligation pour les autorités ne résulte de l'article 16, dont le texte a un caractère plus général.

Le seul article qui parle expressément de "défense des intérêts privés suisses" (article 16 du règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 ...⁵¹) *n'offre aucun droit subjectif à l'individu*. De cette disposition on retient surtout que les représentations n'interviendront en faveur d'un national, pour en défendre les intérêts, *que dans la mesure où les intérêts généraux de la Confédération ne sont pas touchés*. Cet article ne fait donc que reprendre les principes déjà dégagés plus haut à propos de l'article 102, chiffre 8, [ancienne] Cst.⁵²

Le droit suisse ne connaît aucune autre obligation, à la charge de l'Etat, d'octroyer la protection diplomatique ou consulaire, voir à ce propos ATF 130 I 312, c. 1.1 (...).⁵³

Sur ce dernier point (la protection diplomatique), la pratique du Conseil fédéral, de même que la jurisprudence du Tribunal fédéral, considèrent de manière uniforme que l'obligation de l'Etat d'assurer la protection diplomatique trouve sa source dans *le droit interne, mais que celui-ci ne confère pas aux ressortissants suisses un droit personnel et subjectif à la protection diplomatique*. La Confédération est libre d'accorder ou de refuser cette dernière, selon les circonstances et sur la base d'une appréciation politique de la situation, ce qui ne signifie pas qu'elle puisse agir arbitrairement dans ce domaine. L'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire, qui trouve sa seule limite dans l'interdiction de l'arbitraire (JAAC 61.75, c. 2.2.3 et 2.3, pp. 720-721;⁵⁴ arrêt du Tribunal fédéral 2A. 102/1993 du 6 octobre 1995, c. 5a ...⁵⁵) au sens de la jurisprudence constamment rappelée en ce qui concerne cette notion (cf. ATF 129 I 8, c. 2.1, et les arrêts cités).⁵⁶

Le passage mentionné dans l'arrêt (c. 2.2.3) et tiré de JAAC 61.75 (*décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996*) (...) a la teneur suivante: "En définitive, *le droit positif suisse ne comprend pas un droit subjectif du citoyen à la protection diplomatique*, ni par conséquent une obligation de la Confédération d'intervenir chaque fois que celui-ci le demanderait."

A notre connaissance, les commentaires pertinents de la Constitution ... ne traitent pas de la question, car la Cst. ne s'y réfère pas. Ainsi le droit suisse, lui aussi, n'établit aucune obligation d'accorder la protection diplomatique."

Etude de la DDIP du 8 février 2010. Document inédit.

5. Le territoire étatique

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir le n° 3.3)

7. Les organes du droit international

(Voir le n° 3.2)

⁴⁹ Selon cette disposition, "[l]e Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger".

⁵⁰ Cette disposition, intitulée "Assistance aux Suisses privés de liberté", a la teneur suivante: "Lorsque les représentations apprennent qu'un ressortissant suisse a été privé de sa liberté sans que les autorités de l'Etat accréditaire les en aient informées, elles s'enquêtent auprès de ces autorités des motifs de la mesure. S'il paraît opportun ou si l'intéressé le demande, elles cherchent à entrer en communication avec lui ou à lui rendre visite; elles veillent à ce que sa défense soit assurée devant toute autorité."

⁵¹ L'article 16, intitulé "Défense des intérêts privés suisses", dispose: "Quand on ne peut demander raisonnablement aux intéressés d'assumer seuls la défense de leurs intérêts, les représentations accordent leur aide aux Suisses de l'étranger, aux Suisses de passage ou à ceux domiciliés en Suisse. Le cas échéant, elles s'occupent d'assurer aux intéressés une représentation appropriée devant toute juridiction. Le Département fédéral des affaires étrangères donne les instructions nécessaires sur la défense des intérêts des double-nationaux et des personnes morales de caractère suisse."

Quand les représentations apprennent que des intérêts suisses sont menacés à l'étranger sans que les ayants droit puissent les défendre, pour cause d'absence ou pour toute autre raison valable, elles s'efforcent de les sauvegarder. Elles demandent notamment aux autorités de l'Etat accréditaire de prendre les mesures conservatoires nécessaires.

L'intervention des représentations est refusée ou limitée si elle risque de nuire aux intérêts généraux de la Confédération, si l'intéressé a failli gravement à ses devoirs de citoyen suisse ou si, comme Suisse de l'étranger, il ne s'est pas fait inscrire dans le rôle d'immatriculation. Sont réservées les situations mettant en danger la vie ou l'intégrité corporelle de l'intéressé."

⁵² Ce paragraphe est en français dans le texte.

⁵³ *Pratique suisse 2004*, n° 4.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 743.

⁵⁴ *Pratique suisse 1996*, n° 4.4, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 668.

⁵⁵ *Pratique suisse 1995*, n° 4.5, RSDIE, 6^e année, 1996, p. 612.

⁵⁶ Ce paragraphe est, lui aussi, en français dans le texte.

7.1 Fonctions consulaires. Obligations des membres d'un poste consulaire en matière de témoignage

Le texte qui suit semble avoir pour objet le témoignage qu'un membre d'un consulat suisse était appelé à donner dans le cadre d'une procédure de mise sous tutelle d'un ressortissant suisse à l'étranger.

"1. L'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁵⁷ définit les fonctions consulaires. Il a pour but de déterminer quelles fonctions les membres des postes consulaires sont *autorisés* à accomplir sur le territoire de l'Etat de résidence.

L'Etat de résidence ne peut pas, sur cette base, obliger des membres des postes consulaires à accomplir lesdites fonctions, car chaque Etat d'envoi détermine s'il entend que le poste consulaire accomplisse l'ensemble des fonctions consulaires ou seulement une partie d'entre elles. C'est ainsi notamment que les postes consulaires dirigés par un fonctionnaire consulaire honoraire n'accomplissent généralement pas l'ensemble des fonctions consulaires, s'agissant notamment de la délivrance de passeports ou de visas.

En conséquence, l'Etat de résidence ne saurait s'appuyer sur l'article 5, lettre h, de la convention de Vienne sur les relations consulaires⁵⁸ pour justifier une obligation de témoigner dans une procédure de mise sous tutelle, respectivement pour justifier une sanction (amende) en cas de refus de témoigner.

2. *Les obligations en matière de témoignage sont définies à l'article 44 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.*⁵⁹ En vertu de cette disposition, les membres d'un poste consulaire peuvent être appelés à répondre comme témoins au cours de procédures judiciaires et administratives.

Les membres d'un poste consulaire ne sont pas tenus de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions et de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs. Ils ont également le droit de refuser de témoigner en tant qu'experts sur le droit national de l'Etat d'envoi (article 44, paragraphe 3).

Les employés consulaires ne peuvent pas refuser de répondre comme témoins, sauf s'il s'agit de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions.

Les fonctionnaires consulaires peuvent refuser de témoigner et, en cas de refus, aucune mesure coercitive ou autre sanction ne peut leur être appliquée. En conséquence, aucune amende ne pourrait être infligée à l'encontre d'un fonctionnaire consulaire qui refuse d'apporter son témoignage.

A noter que l'autorité qui requiert le témoignage doit éviter de gêner un fonctionnaire consulaire dans l'accomplissement de ses fonctions. Le témoignage peut être recueilli à sa résidence ou au poste consulaire, ou par écrit.

S'agissant du témoignage de fonctionnaires consulaires suisses, nous privilégions un témoignage par écrit plutôt qu'une présence personnelle devant l'autorité judiciaire ou administrative.

3. En vertu de l'article 58 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, *l'article 44, paragraphe 3, s'applique aux fonctionnaires consulaires honoraires.*⁶⁰ Il en découle que les fonctionnaires consulaires honoraires peuvent être appelés à témoigner, mais peuvent refuser de déposer sur des faits qui ont trait à l'exercice de leurs fonctions ou de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs. Ils ont également le droit de refuser de témoigner en tant qu'experts sur le droit national de l'Etat d'envoi."

Avis de droit de la DDIP du 19 mai 2010. Document inédit.

7.2 Immunité de juridiction des hauts fonctionnaires internationaux

L'Office des poursuites de Genève avait notifié à A., haut fonctionnaire du Bureau international de travail, un commandement de payer émanant de son épouse et portant sur une contribution d'entretien. A. ayant fait opposition, l'Office annula par la suite le commandement de payer, considérant que A. jouissait de l'immunité de juridiction pénale, civile et administrative. Une plainte contre cette décision fut rejetée par l'Autorité de surveillance. Il en alla de même pour le recours en matière civile adressé au Tribunal fédéral:

⁵⁷ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

⁵⁸ Selon l'article 5 de la Convention, les fonctions consulaires consistent à "h) Sauvegarder, dans les limites fixées par les lois et règlements de l'Etat de résidence, les intérêts des mineurs et des incapables, ressortissants de l'Etat d'envoi, particulièrement lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise".

⁵⁹ L'article 44 prévoit ce qui suit:

"1. Les membres d'un poste consulaire peuvent être appelés à répondre comme témoins au cours de procédures judiciaires et administratives. Les employés consulaires et les membres du personnel de service ne doivent pas refuser de répondre comme témoins, si ce n'est dans les cas mentionnés au paragraphe 3 du présent article. Si un fonctionnaire consulaire refuse de témoigner, aucune mesure coercitive ou autre sanction ne peut lui être appliquée.

2. L'autorité qui requiert le témoignage doit éviter de gêner un fonctionnaire consulaire dans l'accomplissement de ses fonctions. Elle peut recueillir son témoignage à sa résidence ou au poste consulaire, ou accepter une déclaration écrite de sa part, toutes les fois que cela est possible.

3. Les membres d'un poste consulaire ne sont pas tenus de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions et de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs. Ils ont également le droit de refuser de témoigner en tant qu'experts sur le droit national de l'Etat d'envoi."

⁶⁰ Voir l'article 58, paragraphe 2, de la Convention.

"3. Aux termes de l'art. 30a LP,⁶¹ les traités internationaux et les dispositions de la LDIP⁶² sont réservés. Ainsi en va-t-il, notamment, de l'Accord conclu le 11 mars 1946 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation Internationale du Travail pour régler le statut juridique de cette organisation en Suisse (accord de siège OIT - RS 0.192.120.282) et de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [du 24 avril 1963, CVRD] (RS 0.191.01).

Selon l'accord de siège OIT, les fonctionnaires des catégories désignées par le Directeur du Bureau International du Travail et agréées par le Conseil fédéral suisse jouissent des privilèges, immunités, exemptions et facilités reconnus aux agents diplomatiques conformément au droit des gens et aux usages internationaux (article 16). Le Directeur du Bureau International du Travail a toutefois le droit et le devoir de lever l'immunité d'un fonctionnaire lorsqu'il estime que cette immunité empêche le jeu normal de la justice et qu'il est possible d'y renoncer sans porter atteinte aux intérêts de l'Organisation Internationale du Travail (article 21, paragraphe 2).

Il est constant que l'intimé est un haut fonctionnaire auprès du Bureau International du Travail, agréé par le Conseil fédéral et jouissant sans restriction, d'après la carte de légitimation de type C qui lui a été délivrée par la Confédération suisse, du statut diplomatique. En qualité d'agent diplomatique, il bénéficie des prérogatives les plus étendues prévues aux articles 29 à 36 CVRD, en particulier de l'immunité de juridiction civile et administrative (article 31, paragraphe premier, CVRD; ETIENNE BOURGNON, *Organisations internationales*, FJS [Fiche juridique suisse] n° 1011a, chiffre I/B, II/1/B). Aucune mesure d'exécution, fondée notamment sur la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, ne peut par conséquent être prise à son égard (article 31, paragraphe premier, CVRD; cf. arrêt B.94/1990 du 20 juillet, publié in: Sem. jud. 1990, p. 628, c. 2;⁶³ P.-R. GILLIÉRON, *Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, [Lausanne 1999-2003], nos 25, 28 et 30 ad article 30a LP).

L'article 31, paragraphe premier, CVRD prévoit cependant trois situations dans lesquelles l'agent diplomatique ne jouit pas de l'immunité de juridiction civile et administrative: s'il s'agit d'une action réelle concernant un immeuble privé (lettre a), d'une action concernant une succession (lettre b) ou d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale exercée en dehors des activités officielles (lettre c). En l'espèce, aucune de ces exceptions n'est réalisée.

Par ailleurs, l'immunité de l'intimé n'a pas été levée sur la base de l'article 21, paragraphe 2, de l'accord de siège OIT. C'est dès lors à bon droit que l'Office a déclaré nulle et de nul effet la poursuite litigieuse et que la Commission cantonale de surveillance a confirmé sa décision.

4. A teneur de l'article 38, paragraphe premier, CVRD, l'agent diplomatique qui a sa résidence permanente dans l'Etat accréditaire ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions, à moins que des privilèges et immunités supplémentaires n'aient été accordés par l'Etat accréditaire.

Le grief de violation de cette disposition tombe à faux dès lors que l'application de celle-ci, compte tenu de l'exception qui y est formulée ("à moins que des privilèges et immunités supplémentaires n'aient été accordés par l'Etat accréditaire") et de la systématique du texte conventionnel, n'est envisageable qu'à l'égard de personnes jouissant d'une immunité limitée (membres du personnel administratif et technique, membres du personnel de service ou domestiques privés mentionnés à l'article 38, paragraphes 2 et ss, CVRD) et donc susceptibles de se voir accorder des privilèges et immunités supplémentaires. L'application de l'article 38, paragraphe premier, CVRD n'est pas envisageable dans le cas de personnes qui, comme l'intimé, ont le statut d'agent diplomatique bénéficiant d'une immunité complète, laquelle implique *ipso facto* l'octroi de "privilèges et immunités supplémentaires" excluant une telle application."

Arrêt du TF, du 15 décembre 2010, dans la cause A. c. A. Sem. jud. 2001, p. 260, c. 3 et 4 (261-262).

8. La responsabilité internationale

(Voir les nos 1.1, 1.5, 3.2 et 3.3)

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

--

10. Le droit des conflits armés

--

11. La neutralité

(Voir le n° 3.1)

⁶¹ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, citée à la note 40.

⁶² Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

⁶³ *Pratique suisse 1990*, n° 7.7, RSDIE, 2^e année, 1991, p. 549.

La pratique suisse en matière de droit international public 2011 - RSDIE 2013 p. 99

Avertissement

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 RSDIE 2013 p. 99. Le lecteur trouvera cependant dans le présent document la version complète de la *Pratique suisse 2011* (cf. aussi www.dfae.admin.ch/ddip > Documents), y compris les notes relatives aux documents susmentionnés.

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 de 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.

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.

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 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 2011 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 réglée 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

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.

règles du droit coutumier qui ne sont pas du *jus cogens*. En d'autres termes, le droit conventionnel prime les règles 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, déclarant le traité valable dans l'Etat considéré. Cette loi peut être un simple *ordre d'exécution*, auquel cas la norme

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.

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, contrairement 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, LPubl [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 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

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.

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

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 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

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].

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

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, 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

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.

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

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

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. traité 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*.

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

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 la 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 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

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.

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.

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 gagnée 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 considérait 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 (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

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.

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.

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

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,

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/RÉNÉ 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].

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.

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 recours 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.

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

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.

⁶⁶ Voir l'article 191 Cst.

⁶⁷ Articles 113 et ss LTF.

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 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

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°s 17 et ss, *ad* article 116.

⁷⁰ RS 101.

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

⁷² *Ibid.*, point 8.4 [ci-dessus].

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

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 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

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 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].

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

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

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 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.

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.

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*);

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.

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.

- 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 contrediraient 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 recoupements 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 recoupements 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.

Les *inconvénients* 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

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/SCHÉFER, *op.cit.* [note 92], p. 93.

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

⁹⁹ MARKUS SCHÉFER, *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.].

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.

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."

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-

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].

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.

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 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."

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 Ia 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 Ia 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).

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.

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 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];

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].

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.

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

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

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.

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

¹⁴⁶ Voir Rapport du 5 mars 2010, point 9.3.4.

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.

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

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 2324.

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.

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).

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 nos 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

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."

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 *jus imperii* et *jus 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 *jus 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

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.

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

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 (...).

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 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

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....

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

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

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 prévaluée 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 nos 9.1 et 9.2.

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 (...).

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 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,

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.

¹⁶⁰ Convention citée ci-dessus, note 1.

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 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 mentionnées (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.

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.

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

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

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

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]

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.

"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 juridique 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. 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

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.

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.

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."

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

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

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).

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.

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 règlementent 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,

¹⁷⁵ Convention du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

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

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."

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 (CNUJIE; publiée in: FF 2009 1481 et ss), en particulier l'article 11 CNUJIE 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 CNUJIE 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 CNUJIE du 11 décembre 2009 FF 2003, p. 7969; Message du 25 février 2009 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la CNUJIE, FF 2009, p. 1443).

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

¹⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 55.

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 CNUJIE, 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 de 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 CNUJIE, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une 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 CNUJIE 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, CNUJIE. 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

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.

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.

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 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 ODPr; 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 CNUJIE 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, CNUJIE, 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, CNUJIE 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, CNUJIE 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, CNUJIE 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, CNUJIE.

2.3 La recourante prétend également qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction en vertu de l'article 11, alinéa 2, lettre e, CNUJIE. 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 e, CNUJIE 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, CNUJIE 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, CNUJIE, 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 créé 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 CNUJE, 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, CNUJE).

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 nos 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

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.

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 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.

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.

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". 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" (preamble). 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 déposé 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 subséquemment 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

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.

droit international général selon laquelle "toute compétence étatique, notamment en matière judiciaire, doit être exercée de manière raisonnable".

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 un 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.

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 (...).

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 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 faits 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

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.

préjudicielles ou à d'autres questions préalables ainsi que pour d'autres conséquences juridiques découlant 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 judex 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.

B. Histoire diplomatique

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.

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 'réserve 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 considérerait 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.

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

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] (...).

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°s 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 ratifiée 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 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

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.

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, Winarski, 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.

au fond. Le juge Lauterpacht, qui pourtant avait des vues libérales en matière de compétence et de recevabilité, a confirmé cette l'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

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*

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.

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

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.

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

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.

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] 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

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."

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 (paragraphe 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 (paragraphe 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 et 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 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."

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 (...).

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^o 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 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

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 International 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.

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 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

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 HOEFLE, *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 ULRIKE 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).

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.

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 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

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*, *Humanitäres 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 SASSOLI/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.

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.

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 téléguident 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.

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

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.

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 ZAIONCE/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.

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*') perdent 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 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:

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, www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022 [lien plus actif]. 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 (...).

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.

"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 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

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].

³⁰⁶ SASSOLI/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*, Mortsel 2004.

³⁰⁸ SASSOLI/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

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 guerillas, 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 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 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

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>.

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.

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 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

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; SASSOLI/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 (...).

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 KNUD DÖRMANN, *The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants*, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2003, n° 849, pp. 45-73.

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

--

La pratique suisse en matière de droit international public 2012 - RSDIE 2014 p. 93

1. Les sources du droit international

(Voir aussi le n° 2.1)

1.1 Nature juridique de l'Acte de fondation d'Interpol. Cette agence peut-elle être qualifiée d'organisation internationale?

Avis de droit de la DDIP du 29 octobre 2010.

[Traduction]

"La question de principe qui se pose ici est celle de savoir si la Constitution d'INTERPOL est un traité international au sens de l'article 102 de la Charte des Nations Unies¹ et si INTERPOL est une organisation internationale telle que l'entend le droit des gens.

Un traité international est *un accord de volontés, exprès ou tacite, entre deux ou plusieurs sujets du droit international* (en général des Etats) qui vise à *régler leurs rapports internationaux de façon contraignante*. Lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une organisation internationale, l'acte constitutif fixe en principe le but de l'organisation, les principes de coopération et la composition des organes où se forme la volonté de l'organisation.

Selon nous, on peut admettre, en principe, que la constitution d'INTERPOL forme un accord international. Compte tenu de sa teneur, cette constitution pourrait aussi être considérée comme formant l'acte de fondation d'une organisation internationale dans le sens précédemment défini. Le seul doute résulte de la question de savoir si en 1923, lors de la fondation d'INTERPOL (ou lors de l'adoption de la nouvelle constitution en 1956), les Parties avaient l'intention claire de fonder une organisation internationale.

Si nous comprenons bien, c'est en particulier cet élément qu'il s'agit, en quelque sorte, de capter par l'adoption du projet de résolution joint au Rapport n° 6 relatif à l'enregistrement de l'acte constitutif d'INTERPOL aux termes de l'article 102 de la Charte des Nations Unies. Ainsi montrerait-on également de façon claire que c'est d'un traité international qu'il s'agit.

En ce qui concerne l'adoption du projet de résolution, deux points méritent d'être relevés:

1) *La prise de décision au sein d'INTERPOL quant à l'adoption du projet*. A notre avis, la décision au sein d'INTERPOL sur ce texte relatif à l'enregistrement de l'acte de fondation d'INTERPOL conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies requiert l'accord de toutes les Parties contractantes (Etats membres) dès lors qu'on considère que ce texte doit servir à confirmer leur volonté de conclure un traité établissant une organisation internationale. Il en va ainsi malgré le fait que la constitution d'INTERPOL prescrit, en principe, une majorité simple ou, éventuellement, la majorité des deux tiers (voir l'article 14 de la constitution et l'article 19 des Règles générales). Ici il s'agit en effet d'une *question-clé* se rapportant au caractère de l'acte constitutif, c'est-à-dire au statut juridique d'INTERPOL; pour cette raison, il semble que la question doive être décidée à l'unanimité."

Avis de droit de la DDIP, du 29 octobre 2010, adressé à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

1.2 Pleins pouvoirs de signature de traités relèvent de la compétence d'un département, d'un groupement ou d'un office fédéral

Voici un texte, préparé par la DDIP, relatif aux pouvoirs nécessaires pour signer des accords qui relèvent de la compétence d'un département, d'un groupement ou d'un office fédéral.

"... Le Conseil fédéral signe les traités et les ratifie. Il les soumet à l'approbation du Parlement (article 184, alinéa 2, Cst.²), à l'exception de ceux dont la conclusion relève de sa seule compétence en vertu d'une loi ou d'un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (article 166, alinéa 2, Cst.; article 24, alinéa 2, LParl.³; article 7a, alinéa premier, LOGA⁴). Le Conseil fédéral peut en outre conclure seul des traités de portée mineure (article 7a, alinéa 2, LOGA). Lorsqu'il décide de signer un traité, le Conseil fédéral octroie en même temps des pleins pouvoirs à la personne qu'il mandate pour signer. Ceux-ci sont délivrés par le Conseil fédéral et portent la signature conjointe du Président et du Chancelier de la Confédération.

Le droit suisse prévoit toutefois de fréquentes délégations de la compétence de conclure un traité à une unité administrative subordonnée au Conseil fédéral. De telles délégations peuvent résulter directement de la loi (voir par exemple l'article 100, alinéas 4 et 5, LEtr.⁵ article 177, alinéa 2, LAgr.⁶ article 13, alinéa premier, LVP⁷). Elles peuvent en outre être données par le Conseil fédéral à un département et, en ce qui concerne les traités de portée mineure, à

¹ L'article 102 dispose que "tout traité ou accord international" conclu par un membre de l'Organisation doit être enregistré au Secrétariat de celle-ci et publié par lui.

² Constitution fédérale ... du 18 avril 1999 (RS 101).

³ Loi [fédérale] du 19 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, RS 171.10).

⁴ Loi [fédérale] du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA] (RS 172.010).

⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20).

⁶ Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture, RS 910.1).

⁷ Loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées (RS 312.4).

un groupement ou à un office (article 48, alinéa premier, LOGA); il s'agira soit d'une autorisation générale et abstraite par ordonnance, par exemple article 6 OPers-PDHH,⁸ soit d'une autorisation individuelle ou collective concrète par arrêté du Conseil fédéral.⁹

Lorsqu'un département, un groupement ou un office est seul compétent pour conclure un traité, le Conseil fédéral n'a en principe pas pu décider l'octroi spécifique de pleins pouvoirs. Le droit et la pratique internationales¹⁰ prévoient pourtant, quelle que soit la procédure interne d'approbation, que les personnes qui signent un traité présentent au dépositaire ou échangent avec le partenaire un document de pleins pouvoirs.

Seuls les chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères peuvent signer un traité sans avoir à produire de pleins pouvoirs. Les autres représentants d'un Etat doivent produire des pouvoirs avant la signature ou à l'occasion de celle-ci. Par extension, les pleins pouvoirs doivent être signés par l'une des trois autorités précitées (cf. article 7 CV). La présentation de pleins pouvoirs est certes parfois superflue, par exemple pour des traités avec des organisations internationales ou sous forme d'échange de notes/de lettres. Pour des motifs de sécurité juridique notamment, l'échange de pleins pouvoirs, conservés avec l'original du traité, est cependant la règle, du moins pour les traités bilatéraux entre Etats. La Suisse est ainsi parfois appelée à produire un document de pleins pouvoirs pour un traité qui n'a pas été soumis au Conseil fédéral. Non seulement il est important de pouvoir donner suite à de telles demandes, mais il est en outre souvent dans l'intérêt de la Suisse de produire d'emblée des pleins pouvoirs, afin de pouvoir obtenir ceux de l'autre Etat et s'assurer ainsi de la pleine validité de l'engagement du partenaire.

La seule alternative valable en droit international serait la présentation d'un document émanant du ministre des affaires étrangères. Il apparaît peu opportun sous l'angle de la procédure interne que le chef du DFAE délivre de manière générale les pleins pouvoirs de signature lorsque la compétence de conclure un traité a précisément été déléguée à un autre département. La Suisse doit pouvoir établir des pleins pouvoirs du Conseil fédéral en faveur de la personne mandatée pour signer par un département un groupement ou un office compétent, sans devoir en saisir le Conseil fédéral.¹¹

Texte rédigé par la DDIP et daté du 10 février 2011. Document inédit.

1.3 Conclusion des traités internationaux: référendum facultatif; délégation de compétence en matière de conclusion des traités. Notion d'organisation internationale (inter-gouvernementale)

La communication ci-après vise à cerner la notion d'organisation internationale (intergouvernementale) en vue d'identifier les traités qui échappent au référendum facultatif.

[Traduction]

"En principe nous ne distinguons pas entre différentes catégories d'organisations internationales. On parle de telles organisations là où les critères établis par le droit international (...) sont réunis. Ainsi l'organisation internationale est une entité créée par traité entre des Etats -- ou entre des Etats et des organisations intergouvernementales -- qui, en vertu du traité, est dotée d'une personnalité juridique internationale et dont ne font partie que des Etats et des organisations intergouvernementales, c'est-à-dire des sujets du droit international. Les organes de ces organisations sont indépendants des membres de celles-ci et leurs vues peuvent différer de celles des membres.

S'agissant, au sein d'un ordre juridique, d'organisations internationales, les critères en question sont applicables, à moins que le texte en cause ne parte d'une notion différente (une classification différente d'entités à caractère international, mais ne possédant pas toutes les caractéristiques figurant dans la définition donnée par le droit des gens, peut être trouvée, par exemple, dans la Loi [fédérale du 22 juin 2007] sur l'Etat hôte, RS 192.12. Il n'existe ainsi aucune différence qualitative entre les 'organisations internationales' selon les lois [en cause]¹² et celles mentionnées par la Cst. Il faut toutefois retenir que les organisations internationales remplissant les critères formels ne revêtent pas toutes une grande importance politique et juridique. Dans de nombreux domaines, des organisations internationales sont instituées pour favoriser la coopération technique interétatique. Il en va ainsi, par exemple, des domaines régis par les deux lois mentionnées.¹³ De tels traités constitutifs, même si sous l'angle de leur contenu matériel, ils sont de portée limitée au sens de l'article 7a de la LOGA¹⁴ et de nature à pouvoir être conclus par le Conseil fédéral seul, doivent être soumis au Parlement parce qu'ils remplissent un des critères de l'article 141, alinéa premier, lettre d, [Cst.].¹⁵ Cela ne vaut pas pour les seuls traités établissant une organisation internationale (chiffre 2 de cette disposition), mais aussi pour les traités de durée indéterminée et non dénonçables (chiffre premier). Lorsqu'un traité satisfait à l'un ou l'autre

⁸ Ordonnance du 2 décembre 2005 sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire (RS 172.220.111.9).

⁹ Cf. FF 1999 IV 4492.

¹⁰ Article 7 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV, RS 0.111); cf. aussi [DFAE/DDIP,] Guide de la pratique en matière de traités internationaux, Berne 2010, chiffres 93 et ss.

¹¹ JAAC 2008, 22, p. 295 *in fine* [Pratique suisse 2008, n° 1.6, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 545].

¹² Voir les notes 4 et 5.

¹³ Loi fédérale du 18 juin 1999 sur la météorologie et la climatologie (RS 429.1) et Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (RS 420.1).

¹⁴ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA); RS 172.010).

¹⁵ Cette disposition soumet au référendum facultatif "les traités internationaux qui 1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables; 2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale, et 3. contiennent des dispositions importantes fixant les règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de loi fédérales".

de ces critères, il n'est plus de portée limitée en dépit de son caractère technique, soit parce qu'il lie la Suisse pour une durée indéterminée, soit parce qu'il fait de la Suisse un membre d'une organisation internationale.

Pour décharger le Parlement de l'examen de nombreux traités de ce genre, qui sont d'une importance subordonnée quant à leur matière et à leur portée politique mais qui, en vertu de l'article 141, alinéa premier, lettre d, Cst., doivent néanmoins être approuvés par lui, on peut faire appel à l'instrument de la délégation de pouvoirs au moyens de lois spéciales. Les règles opérant des délégations visent à permettre au Conseil fédéral de conclure des traités qui, autrement, devraient être approuvés par le Parlement suivant les règles relatives au référendum facultatif. Pour cette raison, la notion 'organisation internationale' figurant dans ces règles de délégation est identique à celle utilisée dans la Cst. De telles règles n'existent du reste pas seulement dans le contexte du chiffre 2 de l'article 141, alinéa premier, lettre d, Cst. L'article 24 de la Loi [fédérale du 5 octobre 2007, RS 510.62] sur la géoinformation, par exemple, délègue au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités internationaux portant sur la détermination de la frontière nationale pour autant que ces traités n'envisagent que des rectifications de frontières ou d'autres modifications mineures du territoire. Ce type de traités sont, en général, de durée indéterminée et indénouables.

Au cours du développement de l'article 141 Cst., on a toujours estimé que le référendum facultatif ne pouvait entrer en ligne de compte quand le Parlement avait délégué le pouvoir de conclure des traités au moyen de règles qui remplissaient les mêmes conditions que celles applicables aux délégations législatives sur le plan interne. Une délégation suffisamment précise permet ainsi d'exclure l'ensemble des hypothèses de référendum facultatif de l'article 141, alinéa premier, lettre d, Cst., ce qui met fin à toute velléité de référendum vis-à-vis des traités conclus en exerçant cette compétence déléguée. Dans la mesure où telle loi ou telle autre opère une délégation, la question du référendum facultatif en matière de traités ne se pose pas – à condition que la règle qui prévoit la délégation soit rédigée de façon suffisamment précise."

Lettre du 9 mars 2012, adressée par la DDIP à un particulier. Document inédit.

1.4 Conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral

La Commission de politique extérieure du Conseil des Etats avait demandé au Conseil fédéral de veiller à ce qu'il ne puisse plus, à l'avenir, conclure des traités internationaux sans qu'une telle compétence lui soit attribuée par une loi fédérale ou un traité approuvé par l'Assemblée fédérale. Pour ce qui était des traités de portée mineure, dont l'approbation devait demeurer du ressort exclusif du Conseil fédéral, la Commission avait demandé au Conseil fédéral de dresser une liste des domaines concernés. Voici des extraits du Message du Conseil fédéral en cette matière:

"Situation juridique actuelle

Compétence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de conclusion de traités internationaux

Les traités internationaux sont conclus par les autorités fédérales soit selon la procédure ordinaire, soit selon la procédure simplifiée. Dans la *procédure ordinaire* l'Assemblée fédérale approuve les traités qui ont été négociés et signés par le Conseil fédéral. Cette approbation intervient avant que ces traités ne soient ratifiés par le Conseil fédéral, autrement dit avant leur entrée en vigueur. Dans la *procédure simplifiée*, en revanche, il n'y a pas d'approbation parlementaire. Le Conseil fédéral peut donc conclure seul le traité. Pour cela, il faut qu'une loi fédérale ou un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale l'y autorise (article 166, alinéa 2, Cst., article 24, alinéa 2, LParl et article 7a, alinéa premier, de la LOGA).¹⁶

Délégation spéciale dans la loi

L'article 7a, alinéa premier, de la LOGA prévoit que le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. De nombreuses lois fédérales prévoient ainsi des délégations sectorielles, qui confèrent au Conseil fédéral la compétence de conclure des traités internationaux dans un certain domaine. On peut mentionner, à titre d'exemple, l'article 22 de la Loi du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture,¹⁷ l'article 100, alinéa 2, de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹⁸ ou l'article 16 de la Loi du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation.¹⁹

Ces clauses de délégation ne doivent pas équivaloir à un blanc-seing: la loi doit donner au Conseil fédéral des indications aussi précises que possible sur sa façon d'envisager les questions fondamentales que pose la réglementation internationale d'une matière donnée.²⁰ Souvent, ces délégations de pouvoir sont assorties de conditions

¹⁶ D'après l'article 166, alinéa 2, de la Cst., "[l']Ass. féd. approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international". L'article 24, alinéa 2, de la Loi fédérale du 13 décembre 2000 sur l'Assemblée fédérale (LParl.) RS 171.10) dispose, quant à lui, que l'Ass. féd. "approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale". L'article 7a, alinéa premier, de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.10), enfin, a la teneur suivante: "Le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale."

¹⁷ RS 442.1.

¹⁸ RS 142.20.

¹⁹ RS 420.1; cf. également l'article 31 du projet de révision totale de la Loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (FF 2011, p. 8187).

²⁰ Voir JAAC 1987, fasc. 51/IV, n° 58, p. 394 [Pratique suisse 1987, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178].

ou de précisions quant au contenu du traité concerné. Leur légitimité découle du fait qu'elles figurent dans un acte approuvé par l'Assemblée fédérale et sujet au référendum.

Une délégation au Conseil fédéral de la compétence des traités internationaux peut aussi figurer dans un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. Elle peut découler explicitement ou implicitement du traité. On en trouvera un exemple à l'article 19 de l'Accord du 21 septembre 2005 entre le Conseil fédéral suisse et le Conseil des ministres de la République d'Albanie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité.²¹

Traités de portée mineure

L'article 7a, alinéa 2, de la LOGA autorise en outre le Conseil fédéral à conclure seul des traités internationaux 'de portée mineure'.²² Par rapport à l'alinéa premier, il s'agit là d'une clause générale et subsidiaire. Elle est générale car elle s'applique à tous les traités de portée mineure, quel que soit le domaine concerné. Elle est subsidiaire car lorsqu'il existe une délégation sectorielle dans une loi spéciale, la compétence du Conseil fédéral se fondera non pas sur l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, mais sur cette délégation sectorielle, qui constitue une *lex specialis* et permet *a fortiori* de conclure aussi des traités de portée mineure.

L'idée selon laquelle le Conseil fédéral peut conclure seul certains traités internationaux de portée mineure n'est pas nouvelle. Sous le régime de la Constitution de 1874, le Conseil fédéral s'appuyait sur le droit coutumier pour conclure lui-même, c'est-à-dire sans approbation parlementaire, un grand nombre de traités internationaux. La pratique et la doctrine avaient dégagé cinq catégories de traités pouvant être conclus par le Conseil fédéral seul: 1) les traités qui ne confèrent que des droits à la Suisse sans lui imposer d'obligations nouvelles ou porter renonciation à des droits existants; 2) les traités provisoires ou urgents; 3) les traités portant exécution de traités antérieurs; 4) les traités pour la conclusion desquels le Conseil fédéral bénéficie d'une autorisation spéciale octroyée par le Parlement; 5) les traités sur des objets dont la gestion sur le plan interne relève de la seule compétence du Conseil fédéral dans la mesure où celle-ci porte sur une tâche qui dépasse les frontières.²³ A la suite d'une communication commune de 1987 de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public,²⁴ une sixième catégorie de traités a été ajoutée à cette liste: il s'agit des accords dits 'de portée limitée' ou 'd'importance mineure' ('*Bagatelverträge*'). La Constitution mise à jour de 1999 exigeant désormais une base légale expresse pour la conclusion de traités par le Conseil fédéral (article 166, alinéa 2, Cst.), il a fallu codifier cette pratique dans une disposition légale. L'article 47bis de la Loi du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils (LREC),²⁵ qui est ensuite devenu l'article 7, alinéa 2, de la LOGA, reprend ainsi, avec quelques ajustements, les catégories de traités dégagées par la pratique antérieure.

L'article 7a, alinéa 2, LOGA précise quelles catégories de traités sont considérées comme des traités de portée mineure. Il s'agit des traités suivants:

Lettre a: traités qui ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants (reprend la catégorie 1 précédente). L'avis de 1987 mentionnait, dans ce contexte, les accords qui reflètent de manière ponctuelle le droit coutumier international et ne peuvent pas être considérés comme constituant vraiment une codification de ce droit.²⁶ A l'heure actuelle, la lettre a sert de base avant tout à la conclusion d'accords reprenant certains développements de l'acquis de Schengen qui n'entraînent pas d'obligations pour la Suisse. On mentionnera, à titre d'exemple, l'Echange de notes du 24 juin 2009 entre la Suisse et la CE [Communauté Européenne] concernant la reprise de la décision de la Commission C (2009) 3770 final du 20 mai 2009 modifiant les spécifications techniques du modèle uniforme de titre de séjour destiné aux ressortissants de pays tiers.²⁷

Lettre b: traités qui servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale (correspond à la catégorie 3 précédente). Les accords d'exécution servent à l'élaboration plus détaillée des droits et obligations déjà fixés dans le traité de base, ou permettent de fixer des principes d'organisation servant à la réalisation de l'objectif du traité de base. On mentionnera, à titre d'exemple, l'Echange de notes du 25 mai 2009 entre la Suisse et le Liechtenstein relatif à l'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires contenant de nouvelles substances actives.²⁸

Lettre c: traités qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international (correspond à la catégorie 5 précédente). A l'heure actuelle, le Conseil fédéral ne recourt à cette compétence que dans des cas exceptionnels. En effet, les domaines dans lesquels cette compétence était le plus fréquemment invoquée font désormais l'objet d'une délégation dans la loi fédérale spéciale (article 100 LETr).²⁹ Cette délégation inclut les accords sur les stagiaires, les accords sur la suppression réciproque de l'obligation de visa et les accords de réadmission.

²¹ RS 0.360.123.1.

²² L'alinéa 2 de l'article 7a de la LOGA dispose: "Il peut, en outre, conclure seul des traités internationaux de portée mineure. Sont considérés comme traités de portée mineure notamment les traités qui: a. ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants; b. servent à l'exécution de traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale; c. portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international; d. s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes."

²³ Voir notamment FF 1999 IV 4471, 4487.

²⁴ JAAC 1987, fasc. 51/IV, n° 58, pp. 369 et ss.

²⁵ FF 1999, p. 7867; RO 2000, p. 273.

²⁶ FF 1994, p. 4491.

²⁷ FF 2010, p. 3520, ch. 9.9.

²⁸ RS 0.916.225.14.

²⁹ Cette disposition énumère les différentes catégories de règles fondamentales devant être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

Lettre d: traités qui s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes. Ces critères correspondant à la définition des traités dits 'bagatelles'. Ce sont par exemple des arrangements visant à faciliter le passage des frontières par des équipes de sauvetage en cas de catastrophe, les accords reprenant certains développements techniques de l'acquis de Schengen ou les accords de coopération scientifique ou économique (exemple: Convention entre la Suisse et les Etats-Unis portant sur le développement et la promotion des technologies modernes en matière d'instruction³⁰). Quant au critère de l'absence de dépenses importantes, il a généralement été pris en considération en conjonction avec les autres critères prévus à la lettre d.

Il suffit que l'une des quatre conditions mentionnées aux lettres a à d soit remplie pour que le Conseil fédéral dispose de la compétence de conclure le traité. Cette énumération n'est en outre pas exhaustive (voir le mot 'notamment' en introduction de l'article 7, alinéa 2, de la LOGA).

Le critère déterminant pour savoir si le Conseil fédéral est autorisé à conclure un traité de manière autonome est dans tous les cas sa 'portée mineure'. Il n'existe pas de définition générale de cette notion. La portée d'un traité s'apprécie toujours en fonction de son contenu. Un traité ne sera pas considéré comme étant de portée mineure s'il touche à des intérêts privés dignes de protection ou nécessite une modification de la loi.³¹ Un autre élément d'appréciation permettant de conclure à l'existence d'un traité d'importance mineure consiste dans la constatation qu'il s'intègre sans difficulté dans le contexte général de politique intérieure et de politique extérieure, de même que dans son environnement économique.³²

Jusqu'à présent, la pratique des autorités fédérales n'a pas donné lieu à une extension des critères énumérés ci-dessus en dépit du caractère non exhaustif de l'article 7a, alinéa 2, LOGA.

Données quantitatives

D'un point de vue purement quantitatif, la grande majorité des traités conclus chaque année par la Suisse (y compris les modifications de traités existants) le sont par le Conseil fédéral seul. Le Conseil fédéral a ainsi conclu 346 traités internationaux en 2009; la même année, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 18 traités internationaux. En 2010, le Conseil fédéral a conclu 385 traités; la même année, l'Assemblée fédérale a approuvé la conclusion ou la modification de 27 traités.

Parmi les traités que le Conseil fédéral a conclus de la manière autonome, sans approbation parlementaire, seule une petite partie l'ont été en application de l'article 7a, alinéa 2, LOGA. Ainsi, sur les 346 traités conclus en 2009 et les 385 traités conclus en 2010 (ces chiffres ne comprennent pas les modifications), 33 et 18 traités respectivement ont été conclus par le Conseil fédéral sur la base de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA. En 2011, sur les 448 nouveaux traités conclus par le Conseil fédéral, les départements, les groupements ou les offices, seuls 20 l'ont été sur la base de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA. Les autres traités ont été conclus en vertu d'une délégation spéciale contenue dans un acte sujet au référendum.

Enfin, parmi les traités conclus sur la base de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, la majorité le sont en application de la lettre d.

...

Changements proposés

Traités de portée mineure

Le Conseil fédéral propose de compléter et de préciser l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, de manière à clarifier la répartition des compétences entre l'exécutif et le Parlement. Les modifications proposées obéissent à plusieurs principes directeurs.

Premièrement, le Parlement ne doit pas être surchargé d'objets ne présentant qu'une importance marginale. Il en va du bon fonctionnement de cette institution. La compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux de portée mineure ne doit donc pas être vidée de sa substance.

Deuxièmement, le caractère général et subsidiaire de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA doit être maintenu. Si l'on intégrait, à l'alinéa 2, une liste thématique des domaines concernés, comme le suggèrent les motions, cette disposition perdrait son caractère général et subsidiaire au profit d'une orientation sectorielle. L'élaboration d'une telle liste supposerait en outre de formuler les domaines concernés de manière suffisamment précise, ce qui, l'expérience l'a montré, ne va pas sans difficultés. Le Conseil fédéral considère dès lors que cette solution n'est pas propre à atteindre l'objectif fixé par les auteurs de la motion, à savoir délimiter plus étroitement la compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux de portée mineure. L'intégration d'une liste de ce genre présenterait également le désavantage que les traités conclus dans des domaines qui ne feraient ni l'objet d'une délégation dans une loi spéciale, ni d'une mention à l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, ne pourraient plus être conclus par le Conseil fédéral seul. Ils devraient dès lors être soumis à l'Assemblée fédérale, même lorsqu'ils revêtent indiscutablement une portée mineure de par leur contenu. Le Conseil fédéral est d'avis que le caractère subsidiaire de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA doit au contraire être accentué plus encore qu'aujourd'hui, avec la création de normes de délégation expresses dans les domaines où des traités internationaux sont fréquemment conclus, à condition qu'il soit possible de préciser, dans la

³⁰ Conclue le 28 décembre 2009, FF 2010, p. 3421, ch. 5.5.

³¹ Voir JAAC 1987, fasc. 51/IV, n° 58, p. 399.

³² *Ibid.*

norme de délégation, l'objet et l'étendue des traités, et pour autant qu'aucune considération importante de politique intérieure ou extérieure ne s'oppose à une telle délégation.

Troisièmement, les modifications proposées doivent être guidées par le principe du parallélisme entre droit national et droit international, selon lequel des règles analogues doivent, autant que possible, s'appliquer à la procédure d'adoption des lois nationales et à la procédure de conclusion des traités internationaux. Ainsi, en droit interne, les dispositions importantes fixant des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, sujette au référendum (article 164, alinéa premier, Cst.); de même, les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit sont sujets au référendum facultatif, (article 141, alinéa premier, lettre d, chiffre 3, Cst.). En vertu de ce principe du parallélisme, les principes et critères qui régissent la compétence du Conseil fédéral d'édicter des règles de droit doivent aussi s'appliquer à la conclusion de traités internationaux. Cette logique ne peut toutefois pas être poussée jusqu'au bout dans le cas de la conclusion de traités par le Conseil fédéral. Si le principe du parallélisme était appliqué tel quel, le Conseil fédéral pourrait alors conclure seul tous les traités qui ne contiennent pas de dispositions importantes fixant des règles de droit, ce qui élargirait significativement sa compétence par rapport à la situation actuelle. De plus, telle n'est pas la direction souhaitée par les motions.

Compte tenu de ces principes directeurs, le Conseil fédéral propose de conserver le contenu de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, mais de déplacer son actuelle deuxième phrase dans un nouvel alinéa 3 qui contiendra une liste non exhaustive des traités constituant des traités de portée mineure; les lettres b et de l'alinéa 2, reprises dans le nouvel alinéa 3 sont précisées, tandis que la lettre c est abrogée. L'article 7a, alinéa 2, de la LOGA est en outre complété par un nouvel alinéa 4 contenant une liste non exhaustive des traités qui ne constituent pas des traités de portée mineure.

Ces modifications visent essentiellement à restreindre de façon mesurée la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux ainsi qu'à préciser le droit actuel afin de faciliter la tâche des autorités chargées d'interpréter ces dispositions.

...

Appréciation de la solution retenue

Traités de portée mineure

La répartition actuelle des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale relativement à la conclusion des traités internationaux donne satisfaction pour l'essentiel. Le système actuel ne doit donc pas être remis en cause dans ses fondements. Il permet en effet à l'Assemblée fédérale de se concentrer sur les traités importants, tandis que la grande masse des traités de portée 'plus marginale' est un ressort du Conseil fédéral ou de ses départements et offices. Il garantit par ailleurs une marge de manœuvre suffisante au Conseil fédéral dans l'exercice de sa responsabilité en matière de politique extérieure telle qu'elle découle de la Constitution. Dans la grande majorité des cas, cette répartition des tâches n'a pas été remise en question. Ainsi, l'Assemblée fédérale n'a jamais demandé à se prononcer après coup sur un traité conclu par le Conseil fédéral seul (...).

A la suite des discussions ayant entouré la conclusion de l'accord avec les Etats-Unis concernant UBS SA,³³ le Parlement a adopté les deux motions évoquées plus haut. (...)³⁴

Partant de là, les modifications législatives proposées ont pour objet de clarifier, autant que faire se peut, la répartition des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale. Il s'agit d'affiner le système sans le remettre en cause dans ses fondements.

Le projet du Conseil fédéral propose une formulation plus restrictive de la compétence du Conseil fédéral de conclure seul des traités internationaux en se fondant sur l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA, ainsi que des critères plus clairs. Il est donc probable que le nombre de traités conclus sur cette base diminuera légèrement. Cette restriction imposée à la marge de manœuvre du gouvernement est cependant acceptable dans la mesure où il demeure possible de recourir à des délégations spéciales fondées sur les articles 166, alinéa 2,³⁵ alinéa premier, de la Cst. et 7a, l'alinéa premier, de la LOGA. Ainsi, dans les domaines qui nécessitent la conclusion de nombreux traités dont l'importance ne paraît pas fondamentale, mais qui ne peuvent pas pour autant être considérés comme des traités de portée mineure, et où il serait exagérément lourd de requérir à chaque fois l'approbation de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral garde la possibilité de proposer l'adoption d'une norme lui déléguant la compétence de conclure seul les traités dans le domaine concerné, comme cela a été fait pour les accords de réadmission, les accords en matière de visas, de recherche, etc.

Le fait de restreindre quelque peu la catégorie des traités de portée mineure au sens de l'actuel article 7a, alinéa 2, de la LOGA aura par ailleurs une incidence quant à la possibilité, pour le Conseil fédéral, de sous-déléguer sa compétence en matière de conclusion de traités. En effet, en vertu de l'article 48a, alinéa premier, deuxième phrase, de la LOGA, le Conseil fédéral peut déléguer la compétence de conclure un traité international à un groupement ou à un office, à condition que le traité en question soit de portée mineure. Cette disposition renvoie à la notion de traités de portée mineure telle qu'elle est définie actuellement à l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA. Si cette définition devient plus restrictive, alors la possibilité pour le Conseil fédéral de déléguer aux offices la compétence de conclure des traités sera réduite d'autant.

³³ FF 2012, pp. 6964 - 6965.

³⁴ *Ibid.*, pp. 6963-6964.

³⁵ D'après cette disposition, l'Ass. féd. "approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international".

Cette conséquence est supportable, dans la mesure où la délégation aux groupements et aux offices de la compétence de conclure des traités doit rester l'exception. En effet, l'article 166, alinéa 2, de la Cst. n'envisage que l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral comme autorités compétentes pour la conclusion de traités. Si cette disposition n'induit aucune interdiction de déléguer aux offices de la compétence de conclure des traités, elle plaide néanmoins en faveur de l'application d'une certaine retenue dans la pratique en matière. L'article 48a, alinéa premier, de la LOGA, qui ne prévoit la possibilité d'une délégation à un groupement ou à un office que pour des traités de portée mineure, milite également en faveur d'une telle retenue.³⁶ Le Conseil fédéral conserve néanmoins la possibilité de déléguer la compétence de conclusion à un groupement ou à un office si une base légale spéciale le prévoit. Si des motifs particuliers justifient l'attribution à un groupement ou à un office de la compétence de conclure des traités internationaux, le Conseil fédéral pourra donc proposer à l'Assemblée fédérale l'adoption d'une délégation correspondante dans la loi (c'est le cas par exemple à l'article 177a de la Loi du 29 avril 1998 sur l'agriculture³⁷ ou à l'article 3b de la Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation.³⁸)

Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 4 juillet 2012, concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux. FF 2012, p. 6959 (6966-6969, 6973-6974, 6974-6976). Pour d'autres extraits de ce message, voir ci-dessous, n° 1.5.

1.5 Application provisoire des traités internationaux

Des motions parlementaires demandaient au Conseil fédéral la modification des bases légales pertinentes en matière d'application provisoire, de sorte qu'un traité ne puisse être appliqué provisoirement sans l'accord de la commission parlementaire compétente au sens de l'article 152, alinéa 3bis, de la Loi fédérale du 19 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10). Aux termes de cette disposition, "[l]e Conseil fédéral consulte les commissions compétentes avant d'appliquer à titre provisoire un traité international dont l'approbation relève de l'Assemblée fédérale". Le Conseil a alors préparé un message portant notamment sur cette question. Dans ce message, le Conseil fédéral se penche d'abord sur la situation actuelle en la matière:

"Application à titre provisoire des traités internationaux

Compétences

"Selon l'article 25 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités,³⁹ un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire avant son entrée en vigueur si le traité lui-même en dispose ainsi ou si les Etats contractants en étaient ainsi convenus d'une autre manière. L'application à titre provisoire à l'égard d'un Etat prend fin si celui-ci notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir Partie au traité.

Lorsque le Conseil fédéral conclut seul un accord international en vertu d'une base légale sectorielle ou de l'article 7a, alinéa 2, LOGA,⁴⁰ il est autorisé à le signer et à convenir de son entrée en vigueur en Suisse. Dans la mesure où il peut convenir d'une date d'entrée en vigueur rapide ou même immédiate, il n'a pas besoin de recourir à l'instrument de l'application provisoire.

Lorsqu'un traité nécessite l'approbation de l'Assemblée fédérale, il ne peut être ratifié et ne peut entrer en vigueur que s'il a été approuvé par le Parlement. Or il peut s'avérer nécessaire d'appliquer un traité de manière anticipée, autrement dit avant l'approbation parlementaire. On a donc admis, en s'appuyant sur le droit constitutionnel coutumier, que le Conseil fédéral disposait de la compétence de mettre provisoirement en application un traité lorsque la sauvegarde d'intérêts suisses essentiels ou une urgence particulière l'exigeait, et cela en vertu de sa responsabilité en matière de politique extérieure. Pendant longtemps, cette pratique n'a pas été contestée,⁴¹ si bien que la pratique en matière d'application provisoire des traités n'a pas été codifiée lors de la mise à jour de la Constitution, ni à l'occasion de l'adaptation de la LREC⁴² à la nouvelle Constitution fédérale. La doctrine actuelle considère majoritairement que la compétence du Conseil fédéral en matière d'application provisoire de traités internationaux se déduit de l'article 184, alinéa premier, Cst., qui attribue au Conseil fédéral la conduite de la politique étrangère.⁴³

³⁶ L'article 48a, alinéa premier, prévoit que "[l]e Conseil fédéral peut déléguer à un département la compétence de conclure un traité international. En ce qui concerne les traités internationaux de portée mineure, il peut également déléguer cette compétence à un groupement ou à un office."

³⁷ RS 910.1.

³⁸ RS 748.0.

³⁹ RS 0.111.

⁴⁰ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; voir note 16).

⁴¹ Voir notamment JAAC 1987, fasc. 51/IV, n° 58, p. 397 [*Pratique suisse 1987*, n° 1.4, ASDI, vol. XLIV, 1988, p. 178] et FF 2004, pp. 704, 707.

⁴² Loi fédérale du 23 mars 1962 sur les rapports entre les Conseils (RS 171.11; plus en vigueur).

⁴³ Voir, à titre d'exemple, THOMAS SÄGESSER, *Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge durch den Schweizerischen Bundesrat*, in: Recht 2003, pp. 85 et ss et les références citées. Également DANIEL THÜRER, *Commentaire st-gallois, ad article 166 Cst.*, n° 45. En sens contraire: URS SAXER/PATRICK SUTTER, *Die Voranwendung internationaler Verträge durch den Bundesrat: Dringlichkeit, Rechtsstaat und Demokratie im schweizerischen Staatsvertragsrecht*, in: PJA [*Pratique juridique actuelle*], vol. 12, pp. 1406 et ss, 1411 et ss.

En 2003, suite à l'affaire de l'Accord aérien conclu avec l'Allemagne (voir ch. 1.1.2 ci-dessus),⁴⁴ qui avait été appliqué provisoirement par le Conseil fédéral avant d'être rejeté par le Parlement, une initiative parlementaire a proposé de codifier la pratique du Conseil fédéral en matière d'application provisoire des traités (initiative parlementaire ... de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E): Application à titre provisoire de traités internationaux). Il en est résulté l'article 7b de la LOGA, adopté le 8 octobre 2004, lequel prévoit que le Conseil fédéral peut décider ou convenir de l'application provisoire d'un traité international aux deux conditions cumulatives suivantes: 'la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse' et l'existence d'une 'urgence particulière'. Dans la pratique antérieure du Conseil fédéral, ces deux conditions étaient alternatives; avec cette codification, le législateur a donc introduit une première restriction importante.

La seconde obligation qui est faite au Conseil fédéral est qu'il soumette à l'Assemblée fédérale, dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire, un projet d'arrêté fédéral portant approbation du traité concerné, faute de quoi l'application provisoire prend fin automatiquement.

L'intégration de cette nouvelle disposition dans la LOGA s'est accompagnée d'une troisième exigence, à savoir l'adjonction, dans la loi sur le Parlement, d'une disposition prévoyant une consultation obligatoire des commissions parlementaires compétentes avant l'application à titre provisoire d'un traité (article 152, alinéa 3bis, [LParl]).⁴⁵

Les commissions parlementaires compétentes sont le plus souvent les Commissions de politique extérieure mais il arrive parfois, dans certains secteurs politiques, que d'autres commissions spécialisées soient saisies. La décision appartient aux Bureaux, le cas échéant aux présidents des conseils (article 9 du Règlement du Conseil national du 3 octobre 2003⁴⁶ et article 6 du Règlement du Conseil des Etats du 20 juin 2003⁴⁷).

Par ailleurs il y a lieu de relever qu'une minorité de la CIP-E avait proposé que l'application à titre provisoire soit subordonnée à l'approbation des commissions compétentes⁴⁸. Cette solution n'avait cependant pas été retenue, au motif notamment que le Conseil fédéral doit toujours être en mesure de choisir d'appliquer provisoirement un traité pour assumer ses responsabilités en matière de conduite de la politique étrangère et que, le Conseil fédéral étant compétent en matière d'affaires étrangères (article 184, alinéa premier, Cst.), il convient de ne pas diluer les responsabilités dans ce domaine.⁴⁹

Dans les cas où le Conseil fédéral décide d'appliquer provisoirement un traité, l'Assemblée fédérale reste compétente pour approuver ledit traité. L'approbation parlementaire a cependant lieu à posteriori. En cas de refus de l'approbation, le Conseil fédéral notifie aux autres Etats signataires l'intention de la Suisse de ne pas devenir partie au traité, ce qui met fin automatiquement à l'application provisoire en vertu de l'article 25, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur le droit des traités.

La codification des règles relatives à l'application provisoire des traités internationaux par le Conseil fédéral a, par rapport à la pratique antérieure, restreint la marge de manœuvre du Conseil fédéral dans ce domaine. Celle-ci reste toutefois entière lorsque le Conseil fédéral dispose d'une base légale spécifique l'autorisant expressément à appliquer à titre provisoire des traités internationaux dans le domaine concerné (voir par exemple les articles 2 et 10, alinéa 2, de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures⁵⁰ et l'article 4 de la Loi fédérale du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes⁵¹).

... Changements proposés

...

Application provisoire

En ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités internationaux, le Conseil fédéral propose de prévoir, aux articles 152, alinéa 3bis, de la LParl et 7b, alinéa 1bis, de la LOGA, que le Conseil fédéral est lié par un préavis négatif des commissions parlementaires compétentes si ce préavis a été émis à une majorité des deux tiers dans chacune des deux commissions compétentes. Dans une telle hypothèse, le Conseil fédéral ne pourra donc plus appliquer le traité à titre provisoire.

... Appréciation de la solution retenue

...

Application provisoire

Les motionnaires souhaitaient subordonner l'application à titre provisoire des traités internationaux à l'approbation des commissions parlementaires compétentes. La solution proposée par le Conseil fédéral ne va pas aussi loin et

⁴⁴ Voir FF 2012, pp. 6965-6966.

⁴⁵ Loi citée à la note 16. La disposition en cause prévoit: "Le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes avant d'appliquer à titre provisoire un traité international dont l'approbation relève de l'Assemblée fédérale."

⁴⁶ RS 171.13.

⁴⁷ RS 171.14.

⁴⁸ Voir Rapport CIP-E, FF 2004, pp. 703, 713.

⁴⁹ Rapport CIP-E, *ibid.*, pp. 712 et 714.

⁵⁰ RS 946.201.

⁵¹ RS 632.10.

représente un compromis entre la situation actuelle (avis purement consultatif des commissions) et la proposition des motionnaires.

Le Conseil fédéral estime en effet que la situation actuelle n'est pas entièrement satisfaisante et qu'il se justifie de renforcer dans une certaine mesure l'implication du Parlement, afin de contribuer à éviter à l'avenir les situations dans lesquelles le Parlement rejetterait en définitive un traité qui a été appliqué provisoirement par le Conseil fédéral.

Avec la solution proposée ici, le Conseil fédéral ne pourrait plus s'écarter d'un avis négatif lorsque celui-ci serait le reflet d'une majorité claire au sein des commissions. Dans un tel cas de figure, on peut en effet partir de l'idée qu'il y a un risque considérable que le traité en question ne soit pas approuvé par le Parlement; une certaine restriction de la marge de manœuvre du Conseil fédéral est donc acceptable. La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral n'est cependant pas modifiée dans son principe, la décision sur l'application provisoire d'un traité international restant du ressort du Conseil fédéral.

Dans le cas de l'accord conclu avec les Etats-Unis concernant UBS SA,⁵² l'application provisoire avait été refusée à une étroite majorité par la commission compétente du Conseil national, et à une majorité plus claire (6 contre 3) par la commission du Conseil des Etats. Ce traité, rappelons-le, a néanmoins été approuvé par la suite par les Chambres fédérales.

Le Conseil fédéral estime cependant que l'exigence d'une approbation à la majorité simple des commissions parlementaires compétentes, comme le demandent les motionnaires, va trop loin. En effet, en dehors des cas dans lesquels une majorité claire des membres des commissions s'oppose à l'application provisoire, il se justifie de laisser au Conseil fédéral la responsabilité de décider de cette application pour préserver sa marge de manœuvre, nécessaire à une politique extérieure active et adaptée aux circonstances. Avec la solution préconisée par les motionnaires, la compétence en matière d'affaires étrangères que l'article 184 Cst. confère au Conseil fédéral serait excessivement restreinte au profit du Parlement. Si la décision d'appliquer à titre provisoire un traité incombait explicitement aux commissions parlementaires à l'avenir, la liberté de choix que le Parlement entend se réserver quant à l'approbation dudit traité s'en trouverait plus menacée qu'elle ne l'est aujourd'hui du fait d'une décision du Conseil fédéral; la position des commissions parlementaires préjugerait en effet davantage la décision finale d'approbation du traité que la position du Conseil fédéral.⁵³

Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 4 juillet 2012, concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux. FF 2012, p. 6959 (6970-6971, 6972, 6974 et 6976). Pour d'autres extraits de ce message, voir ci-dessus, n° 1.4.

1.6 Cessation de l'application provisoire des traités. Effet direct des traités sur le plan interne. Bonne foi

Dans une communication à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat Z., la DDIP s'est prononcée sur les modalités à suivre et les délais à observer pour faire cesser l'application provisoire d'un traité.

[Traduction]

"Modalités à suivre et délais à observer lors de l'application provisoire d'un traité"

L'application provisoire d'un traité engage les Parties à celui-ci mais moins complètement que l'entrée en vigueur définitive. En règle générale, elle sert à établir une transition vers le moment où toutes les Parties au traité auront terminé la procédure interne d'approbation conduisant à l'entrée en vigueur définitive. Il se peut évidemment que cette procédure aboutisse au rejet du traité, ce qui exclut son entrée en vigueur et met un terme à l'application provisoire. Au cours de la période d'application provisoire, les Parties doivent ainsi escompter la possibilité d'une extinction du traité, ce qui ne sera plus nécessairement le cas après l'entrée en vigueur définitive. Ainsi l'application par analogie et inchangée des délais de dénonciation prévus dans le traité pour mettre fin à l'application provisoire du traité ne se justifie pas, car le lien entre les Parties et leur conviction que le traité perdurera sont moins forts pendant la période d'application provisoire. Pendant le laps de temps auquel il faut s'attendre 'normalement' pour compléter la procédure d'approbation, en particulier, l'application provisoire doit pouvoir être terminée simplement et, si possible, sans attendre. Cependant, une dénonciation sans délai de l'application provisoire, comme l'a effectuée [l'Etat Z.] dans le cas d'espèce peut tromper la bonne foi du partenaire ou des partenaires lorsque cette application a duré très longtemps ou que la nature du traité ne permet la dénonciation qu'à certains moments. D'une manière générale, il faut tenir compte de la nature du traité, de la durée de l'application provisoire et des autres circonstances.

Dans la présente espèce, le traité est provisoirement appliqué depuis 2001. Cette durée dépasse largement le temps normalement nécessaire pour les procédures internes d'approbation. De plus s'agit-il d'un traité qui s'applique directement aux individus qui, avec la durée de l'application provisoire, doivent pouvoir s'y fier de plus en plus. Pour ces raisons, la dénonciation sans observer le délai de l'application provisoire n'est-elle sans doute pas permise: étant contraire à la bonne foi, elle lèse les droits de la Suisse, Partie contractante et, indirectement, ceux des particuliers concernés. Pour ce qui est d'un délai de dénonciation approprié, celui-ci, après dix ans d'application provisoire du traité, semble devoir correspondre, par analogie, aux conditions de dénonciation (six mois, pour la fin de l'année civile)."

⁵² Voir FF 2012, pp. 6964-6965.

⁵³ FF 2004, p. 939.

Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse auprès de l'Etat Z., du 23 janvier 2012. Document inédit.

1.7 Adhésion aux traités: présomption que celle-ci vaut pour les éventuels textes amendés du traité et de ses annexes

S'agissant de l'adhésion de la Suisse, le 25 septembre 2012, à la Convention du 21 novembre 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées et aux Annexes II, VII et XII à cet instrument (RS 0.192.110.03), la DDIP confirma la présomption, établie à l'article 40, paragraphe 5, lettre a, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (RS 0.111), selon laquelle l'adhésion se rapporte aux textes du traité et des annexes tels qu'ils ont été amendés.

"Il nous paraît en effet que la présomption de l'article 40, paragraphe 5, lettre a, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités s'applique en l'espèce. Cette disposition prévoit que tout Etat qui devient Partie à un traité après l'entrée en vigueur d'amendements est, faute d'avoir exprimé une intention différente, considéré comme étant Partie au traité tel qu'il est amendé. Cette conclusion s'impose à notre avis d'autant plus que, dans sa section 43, la convention ne prévoit pas que la notification doive faire référence à la version de l'annexe que l'Etat s'engage à appliquer, mais se limite à prévoir que tout Etat qui adhère doit désigner dans son instrument les institutions auxquelles il s'engage à appliquer les dispositions de la convention, ce que la Suisse a valablement fait. A notre avis, les autres dispositions de la convention vont dans le même sens. En effet, en vertu de la section 36, le texte final de chaque annexe est celui qui a été approuvé par l'institution spécialisée intéressée. Selon la section 38, l'institution qui adopte certains amendements à l'annexe finale qui a déjà été remise au Secrétaire général doit transmettre ce texte révisé au Secrétaire général. Ainsi, le texte final d'une annexe correspond au dernier texte qui a été approuvé par l'institution et transmis au Secrétaire général, en d'autres termes, soit le texte initialement approuvé par l'institution et transmis au Secrétaire général, en d'autres termes, soit le texte initialement approuvé par l'institution conformément à la section 36, soit le texte que l'institution aura révisé conformément à la section 38."

Communication de la DDIP du 5 octobre 2012. Document inédit.

1.8 Interprétation des traités internationaux et des réserves à ceux-ci

Le texte ci-après, tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral, porte sur l'interprétation de la Convention de Lugano, du 16 septembre 1988, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11).

"3.3.1 Comme tout traité, la Convention de Lugano doit être interprétée de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (article 31, alinéa premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après CV; RS 0.111); ATF 131 III 227, c. 3.1, p. 229).

Il n'en va pas différemment de la réserve formulée par un Etat. Celle-ci, acceptée par les autres Etats, exclut ou modifie l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat (article 2, alinéa premier, lettre d, de la CV). Elle doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du traité et, en conséquence, pour déterminer les obligations assumées sous l'empire du traité par l'Etat réservataire, elle doit être interprétée comme une clause de ce traité (sur l'ensemble de la question: AYDOGAN ÖZMAN, *Le problème de l'interprétation des réserves à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités*, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXVII, 1970, pp. 89 et ss).

...

3.3.2 ...

L'article 31 CV, intitulé 'Règle générale d'interprétation' commence par affirmer que les traités doivent être interprétés de bonne foi. Il énonce ensuite les méthodes qui doivent être suivies, à savoir prendre en compte les termes du texte dans leur sens ordinaire, tenir compte du contexte, de l'objet et du but du traité (entre autres auteurs: GEORGES J. PERRIN, *Droit international public*, [Zurich] 1999, p. 400 et les références). Cette disposition fixe un ordre de prise en compte des éléments de l'interprétation, sans toutefois établir une hiérarchie juridique obligatoire entre ces différents éléments (JEAN-MARC SOREL, in [O. CORTEN/P. KLEIN, dir.] *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités -- Commentaire article par article*, t. II, [Bruxelles] 2006, n° 9, ad article 31 CV 1969; PERRIN, *op.cit.*, p. 402 et les références; MUSTAFA KAMIL YASSEEN, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* [t. 151], 1976-III, p. 22). Il serait donc contraire à l'article 31 CV de favoriser, en soi, l'analyse textuelle, au détriment des autres méthodes proposées (FOUAD ZARBIEV, *Les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités*, in: *L'harmonisation internationale du droit*, [Zurich] 2007, p. 81).

En matière d'interprétation des réserves, il semble d'ailleurs qu'il existe en pratique une tendance diamétralement opposée, consistant à ne pas appliquer la réserve de façon strictement littérale. Il est en effet admis qu'il n'est pas possible d'apprécier la portée d'une réserve en l'isolant de son contexte et qu'il convient plutôt de rechercher le but poursuivi par le gouvernement réservataire, tout en faisant en sorte que la réserve ne soit pas dépourvue d'effet 'pratique' (ou 'utile') (PIERRE-HENRI IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux* [Paris] 1979, p. 276 et les références).

3.3.3 Cela étant, l'examen des diverses méthodes présentées à l'article 31, alinéa premier, de la CV conduit en l'espèce à retenir que l'objet et le but de la convention de Lugano de 1988 revêtent un poids particulier et que, sans véritablement

s'écarter de la lettre de l'article V du Protocole n° 1 (l'existence d'une réserve liant la Suisse étant confirmée), ils en limitent la portée.

L'objet et le but d'un traité -- deux termes, utilisés le plus souvent de façon indifférenciée, qui visent l'objectif poursuivi par les parties dans les limites des normes qu'elles ont formulées (sur l'ensemble de la question: YASSEEN, *op.cit.*, pp. 55 et ss) -- sont normalement énoncés dans le préambule du traité (YASSEEN, *op.cit.*, p. 57). Il ressort expressément du préambule de la convention de Lugano de 1988 que les Parties contractantes 'sont déterminées à renforcer sur (leur) territoire ... la protection juridique des personnes qui y sont établies'."

...

Arrêt du TF, du 11 avril 2012, dans l'affaire X. AG c. A, B, C, Y Ltd. en liquidation et Z. SA (c. 3.3.1 à 3.3.3). 4A_736/2011; Pratique juridique actuelle 2012, p. 1616.

1.9 Interprétation des traités internationaux. Droit conventionnel et droit coutumier

Le texte qui suit est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral concernant l'interprétation de la Convention italo-suisse du 2 juillet 1953 relative au trafic de frontière et au pacage (RS 0.631.256.945.41).

[Traduction]

"3.1 L'interprétation des traités internationaux est régie par les principes généraux de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111). Pour la Suisse, cette convention est entrée en vigueur le 6 juin 1990; cependant, en tant que règles coutumières retenues par la convention pour contribuer à l'interprétation des traités, les dispositions pertinentes en la matière ont été également contraignantes dans la période précédant leur entrée en vigueur (article 4 de la CV;⁵⁴ ATF 122 II 234, c. 4c, p. 238; FREDERIC DOPAGNE in: [O.] CORTEN/ [P.] KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, [Bruxelles] 2006, N. 21 ad article 4 de la CV; voir également ANDREAS R. ZIEGLER, *Einführung in das Völkerrecht*, 2^e éd., [Berne] 2011, N. 249; [W.] KÄLIN/ [A.] EPINEY/ [M.] CARONI/ [J.] KÜNZLI (dir.), *Völkerrecht*, 3^e éd., [Berne] 2010, p. 33).

Selon l'article 31, paragraphe premier, un traité international doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le contexte, essentiel pour déterminer le sens du traité, peut consister en d'autres accords et instruments (article 31, paragraphe 2, lettres a et b, de la CV); il faut également tenir compte de la pratique portant sur l'application du traité telle qu'elle découle de l'accord des Parties contractantes relatif à l'interprétation à donner au traité (article 31, paragraphe 3, lettre b, de la CV), donc de l'interprétation authentique; cf. ANNE PETERS, *Völkerrecht*, 2^e éd., [Zurich] 2008, chapitre 7, N. 20; ZIEGLER, *op.cit.*, N. 251)."

Arrêt du TF, du 19 septembre 2012, en la cause *Direction générale des douanes c. X. et Y.* (c. 3.1). 2C_743/2011, ATF 138 II 524 (526-527). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir ci-dessous, n° 2.1.

1.10 Interprétation des traités internationaux

Le passage ci-après, tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral, a pour objet l'interprétation d'une disposition de la Convention du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (RS 0.741.611).

[Traduction]

"3.1 L'interprétation des dispositions de traités internationaux est régie par les articles 31 et suivants de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111). Les traités doivent être interprétés de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but (article 31, paragraphe premier, de la CV). Les termes d'une disposition conventionnelle dans leur sens ordinaire et dans leur contexte sont donc essentiels, comme le sont également les accords intervenus entre les Parties lors de la conclusion du traité (article 31, paragraphe 2, de la CV) et la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, pour autant qu'elle établisse l'accord des Parties contractantes quant à l'interprétation du traité (article 31, paragraphe 3, lettre b, de la CV). Dans ce contexte, il faut tenir compte du sens attribué aux dispositions à interpréter par les décisions de tribunaux d'autres Parties contractantes [suivent des références à des décisions de tribunaux étrangers]."

Arrêt du TF, du 25 septembre 2012, dans l'affaire X. SA c. Y. SA (c. 3.1). 4A_284/2012, ATF 138 III 708 (709).

1.11 Entrée en vigueur des amendements à un traité multilatéral servant de constitution à une organisation intergouvernementale

Une note de la DDIP dont des extraits vont suivre, a trait aux amendements à la Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM). Cette organisation pressait la Suisse de ratifier ces amendements. Voici une note de la DDIP à ce propos.

⁵⁴ L'article 4 de la CV dispose: "Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats."

"L'article 30, paragraphe 2, de la Constitution du 19 octobre 1953 de l'OIM (RS 0.935.30), organisation sise à Genève et dont la Suisse est membre depuis 1954, a la teneur suivante (c'est nous qui soulignons):

'Les amendements entreront en vigueur lorsqu'ils auront été adoptés par les deux tiers des membres du Conseil et acceptés par les deux tiers des Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, étant entendu, toutefois, que *les amendements entraînant de nouvelles obligations pour les membres n'entreront en vigueur pour un membre déterminé que lorsque ce membre aura accepté de tels amendements.*'

Par Résolution de son Conseil du 24 novembre 1998, qualifiée d'étape importante du développement de l'OIM destinée à renforcer ses structures et rationaliser son processus de prise de décision, l'OIM a amendé notamment cette disposition pour lui donner la teneur suivante:

'Les amendements entraînant des changements fondamentaux dans la Constitution de l'Organisation ou de nouvelles obligations pour les Etats membres *entreront en vigueur lorsqu'ils auront été adoptés par les deux tiers des membres du Conseil et acceptés par les deux tiers des Etats membres*, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Le Conseil décidera, par un vote à la majorité des deux tiers, si un amendement entraîne un changement fondamental dans la Constitution. Les autres amendements entreront en vigueur lorsqu'ils auront été adoptés par une décision du Conseil prise à la majorité des deux tiers.'

La Suisse n'a pas encore acceptées amendements, qui ne sont toujours pas en vigueur malgré des rappels annuels de l'OIM; 67 membres l'avaient fait fin 2010, alors qu'il en faudrait plus que 80.

Par note du 12 février 1999 à la Division politique IV [du DFAE], la DDIP affirmait notamment ceci:

[Traduction] "L'actuel article 30 dispose que des amendements prévoyant de nouvelles obligations pour les membres *n'entrent en vigueur, pour un membre, qu'une fois que celui-ci les aura acceptées. Cette précision a disparu du nouveau texte.* C'est pourquoi nous partons du point de vue que, selon le nouveau texte, même en cas de modification fondamentale du traité constitutif, l'amendement adopté par les deux tiers des membres, entrera en vigueur également pour les membres qui ne l'ont pas approuvé (...).

Nous estimons également que, malgré l'avis contraire du Conseil [de l'Organisation], l'amendement en cause renferme bel et bien de nouvelles obligations pour les Etats membres (...). Pour ces raisons, l'amendement de l'article 30 ne peut être approuvé par le Conseil fédéral agissant en sa propre compétence mais *doit être soumis au Parlement.*⁵⁵ "

Note de la DDIP, adressée le 10 janvier 2012 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit.

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

(Voir aussi les n^{os} 1. 6 et 7.2)

2.1 Droit international et droit interne: question de la primauté; impossibilité d'invoquer le droit interne pour justifier la violation d'un traité international

Le passage ci-après provient d'un arrêt du TF ayant trait à l'interprétation de la Convention italo-suisse du 2 juillet 1953 relative au trafic de frontière et au pacage (RS 0.631.256.945.41). Le Tribunal examine les rapports entre le droit des gens et le droit interne suisse.

[Traduction]

"5.1 Lorsqu'un authentique conflit se produit entre les règles du droit fédéral et celles du droit international, la jurisprudence veut que l'engagement international de la Suisse l'emporte en principe (ATF 125 II 417, c. 4d, p. 425;⁵⁶ 135 II 243, c. 3.1, p. 249); cela vaut également pour des traités qui -- comme celui ici considéré -- ne portent ni sur des droits de l'homme ni sur des droits fondamentaux (ATF 136 II 241, c. 16.1, p. 255; 122 II 485, c. 3a, p. 487⁵⁷). Cette primauté existe aussi en faveur des traités antérieurs par rapport aux lois fédérales postérieures; la règle de la *lex posterior* ne s'applique pas aux rapports entre droit international et droit interne (ATF 122 II 485, c. 3a, p. 487). La Suisse ne peut, en particulier, se prévaloir de son droit interne pour justifier le non-respect d'un traité (article 5, alinéa 4, Cst.;⁵⁸ article 27 de la CV;⁵⁹ voir ATF 125 II 417, c. 4d, pp. 424 et s.; 122 II 234, c. 4e, p. 239; ainsi que ATF 116 IV 262, c. 3b/cc, p. 269;⁶⁰ 117 IV 124, c. 4b, p. 128⁶¹). Dans de telles situations, la loi fédérale contraire [au traité] doit donc demeurer inapplicable (ATF 125 II 417, c. 4d, p. 425; 128 IV 201, c. 1.3, p. 205⁶²).

5.2 L'article 2, alinéa premier, de la Loi [fédérale] sur les douanes⁶³ contient une règle expresse analogue pour résoudre les conflits; les règles de cette loi sont subordonnées à celles des traités internationaux. Puisque le sens et l'objet des dispositions conventionnelles excluent l'application simultanée des règles internes (...), la Suisse continue à être liée

⁵⁵ Ce qui, pourtant, finalement, été fait, voir FF 2013, p. 4209. Délai référendaire au 13 octobre 2013.

⁵⁶ *Pratique suisse* 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634.

⁵⁷ *Pratique suisse* 1996, n° 2.2, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 647.

⁵⁸ Cette disposition prévoit que "[l]a Confédération et les cantons respectent le droit international".

⁵⁹ Aux termes de cet article, "[u]ne Partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.

⁶⁰ ..."

⁶¹ JdT 1993 IV 12.

⁶² JdT 1993 IV 189.

⁶³ JdT 2005 IV 57.

⁶³ Loi fédérale du 18 mars 2005 (RS 631.0).

par des traités dans le domaine agraire qui demandent l'application du concept de la zone radiale, si bien que, malgré l'introduction du concept de la zone parallèle⁶⁴ par l'article 43, alinéa 2, de la loi sur les douanes, la pratique existante subsiste en fait (...).⁶⁵ Aussi longtemps qu'il n'y aura pas eu de pratique concordante des Parties ou de modification par celles-ci, le traité, tant qu'il reste en vigueur, conservera sa force obligatoire sur le plan international et son effet globalement obligatoire sur le plan interne, ce qui signifie qu'il est contraignant pour les autorités (voir ATF 122 II 234, c. 4e, p. 240)."

Arrêt du TF, du 19 septembre 2012, en l'affaire *Direction générale des douanes c. X. et Y.* (c. 5.1 et 5.2). 2C_743/2011, ATF 138 II 524 (532-533). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir ci-dessus, n° 1.9.

2.2 Droit international conventionnel et droit interne: question de la primauté: jurisprudences Schubert et PKK

Le passage qui suit est extrait d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral, qui se prononce sur un conflit entre la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30) et la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31), en particulier les dispositions de celle-ci suivant lesquelles le recourant est assujéti à l'obligation de rembourser certains frais prévue aux articles 85 et suivants de la loi. Cette obligation est jugée contraire aux droits garantis aux réfugiés par la convention.

[Traduction]

"11.1 Là où il y a conflit entre le droit des gens et le droit interne, ce conflit sera réglé -- ou évité -- en premier ligne par une interprétation du droit interne qui est en conformité avec le droit international (cf. DANIEL WÜGER, *Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen*, in: [T.] COTTIER et al., *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Berne 2001, pp. 142 et ss; WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht*, 2^e éd., Berne 2006, pp. 101 et ss; Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, "La relation entre droit international et droit interne" (FF 2010, p. 2067, point 8.5⁶⁶). Si cela s'avère impossible, le droit international l'emporte en principe (voir les articles 26 et 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (ci-après: CV)⁶⁷ et l'arrêt 2010/7 rendu par le Tribunal administratif fédéral en juillet 2010, 2010/7, c. 3.3.3, avec des renvois). Le TF a, dans sa jurisprudence, admis une exception à la primauté du droit international là où du droit fédéral plus récent a été promulgué en sachant qu'il était contraire au droit des gens (ATF 99 Ib 39, affaire *Schubert* ...⁶⁸). Cette exception ne s'applique pas, cependant, lorsque la règle antérieure de droit international vise à protéger les droits de l'homme (voir ATF 125 II 417, arrêt *PKK*⁶⁹). Au cours des années qui ont suivi, le Tribunal a eu à étudier ces questions à plusieurs reprises. Sa pratique n'est toutefois pas conséquente: elle comprend aussi bien des décisions fondées sur l'arrêt *Schubert* (par exemple ATF 136 III 168) que des décisions basées sur *PKK* (ATF 136 II 241 ...) qui laissent même entendre que le droit des gens l'emporte toujours; sur l'ensemble de la question, voir RENE WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, vol. I, Berne 2012, N. 649 et ss; ASTRID EPINEY, *Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: [A.] ACHERMANN et al. (dir.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, pp. 107 et ss; ROBERT BAUMANN, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, PJA [Pratique juridique actuelle] 2010, pp. 1009 et ss, avec des renvois). La jurisprudence qui part de la primauté du droit international -- limitée cependant par la jurisprudence *Schubert*, restreinte à son tour par la jurisprudence *PKK* -- est souvent critiquée mais semble être suivie dans la majorité des cas (voir YVO HANGARTNER, in: [B.] EHRENZELLER/[P.] MASTRONARDI/[R.] SCHWEIZER/[D.] VALLENDER (dir.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2008, N. 30 et ss, ad article 190; ALBERTO ACHERMANN, *Der Vorrang des Völkerrechts*, in: COTTIER et al., *op.cit.*, Berne 2001, p. 47; et, également, l'arrêt du TAF A-4013/2010, c. 3.3, avec des renvois)."

Arrêt du TAF, du 31 octobre 2012, en l'affaire *A. c. Office fédéral des migrations du Département fédéral de justice et police* (c.11.1). C-1026/2009.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les nos 1.1, 1.3, 6.1 et 6.3)

3.1 Immunité de juridiction des Etats étrangers s'agissant de contrats de travail conclus par ces Etats sur leur propre territoire

Ressortissante de l'Etat A., Z. était employée de maison à la résidence de l'Ambassadeur de A. auprès de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à Genève. Elle avait conclu le contrat sur le territoire de A. et reçut de la part du DFAE une carte de légitimation du type "E" pour membres du personnel administratif. A un moment donné, Z. ouvrit action devant les juridictions genevoises pour obtenir le versement d'arriérés de salaire et d'autres prestations. L'Etat A. invoqua son immunité de juridiction, qui ne fut cependant pas

⁶⁴ Par "zones parallèles", on entend des bandes de territoire d'une largeur d'environ dix kilomètres qui, des deux côtés de la frontière, suivent celle-ci et dans lesquelles aucun droit d'importation ou d'exportation n'est perçu sur les biens agricoles. Une "zone radiale" consiste en un cercle d'une circonférence d'environ dix kilomètres chevauchant la frontière, où les mouvements de marchandises agricoles sont libres.

⁶⁵ D'après cette disposition, "[l]es traités internationaux demeurent réservés".

⁶⁶ *Pratique suisse 2011*, n° 2.1, RSDIE, 22^e année, 2012, p. 102 (voir www.dfae.admin.ch/ddip).

⁶⁷ RS 0.111. L'article 26 énonce le principe *Pacta sunt servanda*, tandis que l'article 29 détermine le champ d'application territorial des traités.

⁶⁸ *Pratique suisse 1973*, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

⁶⁹ *Pratique suisse 1999*, n° 2.3, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634.

admise par les juridictions inférieures. Le passage de l'arrêt du Tribunal fédéral ici publié porte lui aussi sur ce point: le Tribunal refusa de reconnaître l'immunité dans le cas d'espèce.

Un élément important dans cette affaire est l'article 11 (Contrats de travail) de la Convention du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJE; FF 2009, p. 1481), qui a été ratifiée par la Suisse mais qui, faute d'un nombre suffisant de ratifications, n'a pas encore pu entrer en vigueur. Néanmoins, précise le Tribunal fédéral au considérant 2.1 de son arrêt, on peut s'inspirer de cet instrument -- et notamment de son article 11 -- parce que la Suisse a déjà ratifié la convention et que celle-ci reprend les règles générales du droit international public telles que les applique le Tribunal fédéral.⁷⁰

L'article 11 de la convention de 2004 dispose qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail, sauf (paragraphe 2, lettre b, point iv) "s'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique".

En l'espèce il se peut, dit le Tribunal (c. 2.2.1 de son arrêt), que Z., en tant que titulaire d'une carte "E", ait joui de certaines immunités ou de privilèges, mais ce fait serait sans pertinence pour les raisons suivantes:

"2.2.2 L'article 11 de la 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, de la CNUJE,⁷¹ 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, de la CNUJE⁷² se rapportent ainsi au même groupe de personnes (Rapport du Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, Annuaire de la Commission du droit international 1999, vol. II/2, p. 165, ch. 84 et ss, spécialement ch. 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, de la 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, de la 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 a/iv de la CNUJE."

Arrêt du TF du 30 novembre 2011 en l'affaire Z. c. République A. (c. 2.2.2). 4A_544/2011.

3.2 Immunité pénale, *ratione personae* ou *ratione materiae*, des agents d'Etats étrangers

I. A la suite de dénonciations pénales, le Ministère public de la Confédération ouvrit une instruction contre A., ressortissant algérien, ancien Major général de l'Armée algérienne et ancien Ministre de la défense, pour des crimes de guerre commis pendant le conflit interne algérien.

La DDIP remit au Ministère public de la Confédération des observations à ce sujet, suivant lesquelles A., ancien Ministre algérien de la défense, continuait à jouir, en cette qualité, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux suisses pour les actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, mais non pour des actes privés accomplis durant le mandat de A., ni pour les actes accomplis avant ou après celui-ci.

Par la suite, à la demande de A., le Ministère public se déclara compétent en cette affaire, faisant valoir, en particulier, qu'étaient désormais soumises à la juridiction fédérale les infractions de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, à condition que l'infraction fût commise à l'étranger, que l'auteur se trouvât en Suisse et que celui-ci ne fût ni extradé ni renvoyé à un tribunal international dont la compétence était reconnue par la Suisse.

Par recours à la Cour des plaintes du 12 décembre 2011, A. demanda à la Cour de déclarer recevable son recours et de juger que le Ministère public était incompétent pour le poursuivre. A l'appui de sa thèse, il fit notamment valoir qu'il bénéficiait de l'immunité de juridiction, affirmation contestée par le Ministère public. Le prévenu persista toutefois dans ses conclusions, notamment en précisant qu'il avait siégé, en 1993/1994, au sein du Haut Comité d'Etat, soit au-delà de sa démission, en 1993, du poste de ministre de la défense. Ce Comité était une instance présidentielle collégiale disposant de "tous les pouvoirs et attributs

⁷⁰ ATF 134 III 570, c. 2.1, p. 572, *Pratique suisse* 2008, n° 3.7, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 564.

⁷¹ Disposition qui comprend l'article 11, paragraphe 2, lettre b, point iv, ici en cause et qui énumère les catégories de personnes à l'encontre desquelles l'Etat contractant peut invoquer l'immunité.

⁷² Disposition qui permet d'invoquer l'immunité vis-à-vis d'un "employé ... engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique".

dévolus par la Constitution au Président de la République". Le recourant estima ainsi être couvert par l'immunité *ratione personae* et *ratione materiae* pour la période allant du 14 janvier 1992 au 30 janvier 1994.

L'extrait de la décision qui va suivre, intervenue le 25 juillet 2012, concerne l'argument portant sur l'immunité pénale du recourant.

"5.3 La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que dans le domaine de l'immunité de la juridiction pénale, les principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse. Les chefs d'Etat sont absolument exempts, *ratione personae*, de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice des fonctions officielles (ATF 115 Ib 496, c.5b⁷³ et doctrine citée). Selon ces principes, l'immunité des chefs d'Etats est une institution de droit international coutumier. Elle dérive de l'immunité et de la souveraineté de l'Etat (Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001, RSDIE [Revue suisse de droit international et européen] 2004, p. 684). Les anciens chefs d'Etat continuent, quant à eux, à bénéficier de l'immunité de juridiction pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ladite immunité est analogue à ce que prévoit, pour les agents diplomatiques (, l'article 39, alinéa 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), lequel stipule que l'immunité de juridiction subsiste -- après la fin des fonctions diplomatiques -- en ce qui concerne les actes accomplis par l'agent diplomatique dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission (Communication du 15 janvier 2009 de la DDIP à l'OFJ [Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police] citée dans [S.] BESSON, *Droit international public*, Berne 2011, pp. 94-95). La question de l'immunité après la cessation de la fonction de chef d'Etat ne fait cependant plus l'unanimité notamment de la doctrine internationale et de la jurisprudence rendue à ce sujet dans plusieurs pays (*infra*, c. 5.3.3 à 5.3.6).

5.3.1 Dans le domaine de l'immunité, deux notions sont généralement distinguées: l'immunité personnelle (*ratione personae*) et l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*). La nécessité d'améliorer la coopération internationale a conduit à faire bénéficier les chefs d'Etat et de gouvernements, ainsi que les ministres des affaires étrangères (communément désignés par le terme de Triade) de l'immunité personnelle (*ratione personae*) durant l'accomplissement de leurs fonctions couvrant l'ensemble de leurs actes y compris ceux privés. Le droit international public coutumier a reconnu de tels privilèges *ratione personae* aux chefs d'Etat autant pour tenir compte de leurs fonctions et du symbole de souveraineté qu'ils portent qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations interétatiques (ATF 115 Ib 496, c. 5b). L'immunité de juridiction pénale doit en particulier éviter que les activités gouvernementales ne soient paralysées par des accusations de nature pénale formulées pour des raisons politiques à l'encontre de hauts agents officiels étrangers (ATF 130 III 136, c. 2.1⁷⁴). L'immunité *ratione personae* couvre les actes accomplis par un représentant de l'Etat à la fois à titre officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions. Liée à la fonction de son titulaire dans l'administration publique, l'immunité est de nature temporaire, elle prend effet avec l'entrée en fonction du responsable et cesse de s'appliquer le jour où ses fonctions prennent fin (Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère, Commission du droit international, 60^{ème} session, 2008, A/CN.4/601, n° 79 (ci-après: Rapport préliminaire 2008)). Dans l'affaire *Yerodia*, la CIJ [Cour internationale de Justice] a précisé que sont au bénéfice de cette immunité les représentants qui occupent des positions élevées dans la hiérarchie.⁷⁵ Tel est notamment le cas du ministre des affaires étrangères en exercice qui jouit, à l'égard de la juridiction d'autres Etats, d'une immunité absolue.

5.3.2 En ce qui concerne l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*), il est admis que les représentants des Etats étrangers autres que les membres de la Triade et les fonctionnaires qui ne jouissent pas d'autres immunités en tant que membres du corps diplomatique ou consulaire ou en tant que fonctionnaires d'une organisation internationale couverts par l'accord du siège de cette organisation internationale ou de droit national, bénéficient en principe de l'immunité de juridiction et d'exécution dans les autres Etats. Cette immunité découle des actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles ([A.] ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, Berne 2011, p. 293, nos 659, 660). Le but de l'immunité fonctionnelle est tout à la fois de protéger le fonctionnaire étranger des conséquences des actes imputables à l'Etat pour lequel il a agi et d'assurer par là même le respect de la souveraineté de l'Etat. Il est généralement admis que cette immunité continue pour les actes officiels accomplis pendant la durée de la fonction même après la fin de celle-ci (Rapport préliminaire 2008, n° 80). En revanche, cette immunité fonctionnelle, plus communément désignée avec le terme d'immunité résiduelle, ne saurait protéger l'ancien fonctionnaire d'une poursuite pénale pour des faits pénalement relevants commis avant et après la fin de sa fonction officielle ou pour des infractions pénales commises dans la période de sa fonction officielle mais en dehors des tâches relevant de son ancienne fonction ([A.] CASSESE/[G.] ACQUAVIVA/[M.] FAN/[A.] WHITNIG, *International Criminal Law*, Oxford 2011, pp. 76 et 77).

5.3.3 Pour ce qui a trait à l'immunité des chefs d'Etat et, plus généralement, des membres de la Triade, la CIJ relève que dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. Dans le même arrêt, la CIJ a également souligné que l'immunité de juridiction dont jouit le ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions, mais

⁷³ *Pratique suisse 1990*, n° 7.1, RSDIE, 4e année, 1991, p. 533.

⁷⁴ *Pratique suisse 2004*, n° 3.3, RSDIE, 15e année, 2005, p. 731.

⁷⁵ Affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2002, p. 3, par. 51 et ss.

elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale (arrêt CIJ du 14 février 2002 relatif au *Mandat d'arrêt*, paragraphes 60 et 61).

5.3.4 La doctrine, en se fondant à la fois sur l'émergence des nouvelles conventions et instances internationales consacrées au respect du jus cogens humanitaire et sur les jugements rendus par des tribunaux internationaux et surtout nationaux en la matière, a mis en exergue l'émergence d'un processus tendant à accroître les causes d'exception à l'immunité juridictionnelle (cf. notamment [A.] BELLAL, *Immunités et violations graves des droits humains*, Bruxelles 2011, spécialement pp. 214 et ss; [R.] VAN ALBEEK, *The Immunity of States and Their Officials in international Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford 2008, spécialement pp. 200 et ss; [C.] TOMUSCHAT, *L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme*, RGDI [Revue générale de droit international public], 2005, pp. 51-74; [A.] BIANCHI, *L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme*, RGDIP 2004, pp. 64-101). Exceptions qui visent l'immunité *ratione personae* des chefs de l'Etat en exercice et l'immunité de violation grave des droits humanitaires car l'immunité *ratione materiae* dépend des actes en cause et non plus de la personne officielle de son titulaire, dont la fonction s'est éteinte (BESSON, *op.cit.*, p. 93; [J.] CANDRIAN, *L'immunité des Etats face aux droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels*, Zurich 2005, p. 484). Il est fréquemment fait état dans la doctrine d'une érosion progressive de l'immunité devant les juridictions nationales [P.] GAETA, *Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny? in: Realizing Utopia* (CASSESE dir.), Oxford 2012, p. 229; BESSON, *op.cit.*, p. 96; BIANCHI, *op.cit.*, p. 90).

5.3.5 Si certaines dérogations de droit conventionnel à l'immunité des chefs d'Etats existaient déjà depuis 1984 (article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 (RS 0.311.11; ci-après: convention contre le génocide); cf. par exemple les articles premier et 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105; ci-après: convention contre la torture), il est indéniable qu'il existe une tendance manifeste sur le plan international à vouloir restreindre l'immunité des (anciens) chefs d'Etat en cas de crimes relevant du *jus cogens*. En relèvent et sont du droit impératif, l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité dont l'interdiction de la torture (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome, FF 2008 3474⁷⁶). La création de tribunaux internationaux, notamment la CPI [Cour pénale internationale] et les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en sont l'exemple le plus parlant. Régie par le Statut de Rome, la CPI est la première cour pénale internationale permanente créée pour permettre de mettre fin à l'impunité des auteurs, sans égard à leur qualité officielle, pour les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale et qui sont, de ce fait reconnus comme faisant partie du *jus cogens*. A ce titre, la CPI concrétise les aspirations de la communauté internationale, laquelle, dans sa grande majorité, a trouvé, au fil du temps, un consensus sur l'impérieuse nécessité de poursuivre les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. A cette fin, l'article 27 du Statut de Rome stipule que la qualité officielle de chef de l'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence [C.] SCHILLER, *Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, 2011, pp. 30-38). En parallèle à cette tendance, au niveau national s'est inscrite cette même volonté de mettre un terme à l'impunité en matière des crimes les plus graves. Une évolution sensible de la pratique internationale est perceptible dès les années 1990. A titre d'exemple, il faut relever les arrêts rendus dans cette même période par la Chambre des Lords au sujet de l'ancien président chilien Augusto Pinochet. Lors de cette affaire, l'autorité britannique a jugé à trois reprises que l'immunité de l'ancien dictateur ne pouvait être opposée à sa responsabilité pénale pour des violations des droits humains commises hors de ses fonctions de chef d'Etat (cf. BESSON, *op.cit.*, p. 94; [E.] WISE/[E.] PODGOR/[R.] CLARK, *International Criminal Law: Cases and Materials*, San Francisco 2009, pp. 379-398). Dans l'affaire *Pinochet*, les Lords ont estimé que la convention contre la torture ne pouvait pas coexister avec le principe de l'immunité *ratione materiae* pour les actes de torture que l'ancien président chilien aurait pu commettre pendant sa période de fonction. Depuis cette affaire notamment, les immunités *ratione materiae* des anciens chefs d'Etat ne sont plus garanties automatiquement face à la responsabilité individuelle en matière pénale, même pour les actes commis durant leurs activités officielles.

5.3.6 La question relative à la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'Etat occupe depuis quelques années la Commission du droit international de l'ONU (ci-après: CDI). Le Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère a été rendu en 2008 (Rapport préliminaire 2008), et très récemment la CDI a publié le Rapport CDI 2011. Même si les travaux de la CDI sur ce sujet ne sont pas terminés, il se dégage des discussions tenues dans cette enceinte des thèses opposées. En résumé, à la position représentée par le Rapporteur spécial de la Commission, axée exclusivement sur la *lex lata* et tendant à considérer l'immunité comme la norme qui ne souffrirait aucune exception (Rapport ONU 2011, n° 121), s'est opposé un courant qui a qualifié de tendancieuse la position du Rapporteur puisque ne prenant pas en considération les évolutions en cours du droit international concernant, en particulier, la question des crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n° 117). Quoi qu'il en soit, des travaux en cours de la CDI il semblerait ressortir une position dominante concernant la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* absolue des membres de la Triade en exercice, car toute brèche dans ce domaine empêcherait les intéressés en fonction de s'acquitter de leurs tâches. En ce qui concerne en revanche l'immunité *ratione materiae*, des exceptions dans le contexte de la commission de crimes de droit international pourraient être pertinentes (Rapport ONU 2011, n° 113). Sur ce point, il est proposé d'exclure l'immunité suivant la nature des actes tels que les actes privés, *ultra vires*, ou illicites. Dans ces cas, l'agent étatique n'agirait guère dans le cadre de sa fonction (Rapport ONU 2011, notamment n°s 113, 134, 135). Il ressort enfin de ce rapport la préoccupation de la Commission d'aborder prudemment la question de l'immunité afin de parvenir à un équilibre acceptable entre la

⁷⁶ Pratique suisse 2008, n° 1.3, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 541.

nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et celle d'éviter l'impunité des auteurs de crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n° 119).

5.4 L'appréciation des cas d'espèce nécessite un rapide survol de la situation algérienne pendant la période en cause (1991-1993). Après l'interruption du processus électoral de décembre 1991, processus qui avait vu le Front islamique de salut (ci-après: FIS) remporter les élections législatives de juin 1990, l'Algérie a connu une période de grande instabilité politique et sociale. Craignant la perte du pouvoir et l'établissement d'une république islamiste, le Gouvernement annula immédiatement les élections après le premier tour. Le 11 janvier 1991, à la suite d'un coup de force de l'armée, le président F. a quitté le pouvoir après que l'armée l'ait contraint à dissoudre l'Assemblée nationale pour éviter l'intérim ([M.] IMPAGUAZZO/[M.] GIRO, *Algeria in ostaggio*, Milan 1997, pp. 40-41). Le pouvoir présidentiel fut désormais exercé par une structure collégiale instituée le 14 janvier 1992 dénommée HCE. G., un des chefs du Front de Libération Nationale (ci-après: FLN) a été choisi pour présider le HCE ([Y.] ZIREM, Algérie. *La guerre des ombres*, Bruxelles 2002, p. 10). Les autres membres du HCE étaient: A. (ex-général), H. (recteur de la mosquée de Paris, rappelé d'urgence en Algérie depuis la France), I. (président d'une organisation pour les droits humains), et J. (chef de l'association des Moudjahidin, ex-combattants de la libération) (IMPAGUAZZO/GIRO, *op.cit.*, p. 41). L'état d'urgence a été décrété le 9 février 1992 et le FIS a été dissous par une décision administrative le 4 mai 1992 (ZIREM, *op.cit.*, p. 49). L'assassinat de G., le 29 juin 1992, a marqué le début d'une période de guerre civile qui a duré environ 10 ans. Le Gouvernement a poursuivi une politique d'action systématique contre les islamistes, qui ont formé des groupes armés et monté des attaques terroristes qui se sont progressivement répandus dans toutes les régions du pays. Depuis le début des combats, les organisations non gouvernementales et l'ONU avaient exprimé une vive préoccupation quant à la militarisation du pays, à l'usage indiscriminé de la violence par les forces de l'ordre, aux arrestations arbitraires, aux déportations, aux disparitions, aux exécutions sommaires, à la torture et aux mauvais traitements. Il a été estimé que les combats en Algérie pendant cette période ont coûté la vie à 200'000 personnes et le nombre des disparus est évalué entre 4000 et 7000 personnes (cf. notamment [T.] DEL MINISTRO, *Algeria Dalla Guerra civile alla Riconciliazione*, Bologna 2009, p. 88; Commission on Human Rights, 59^{ème} session, 9 janvier 2003, United Nations, Economic and Social Council, E/CN.4/3003/66/Add. 1, nos 19, 20). Pour ce qui concerne particulièrement le recourant, il est souvent mis en cause dans les études consacrées à l'Algérie de cette période comme faisant partie du courant des "éradicateurs" opposé au courant des "réconciliateurs" (ZIREM, *op.cit.*, p. 10), le premier étant suspecté d'être responsable de massacres dans les prisons (DEL MINISTRO, *op.cit.*, p. 121, note de bas de page n° 5).

5.4.1 A. est soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre durant les années 1992 à 1999 (MPC 01-00-0001), 13-00-0005); il est également suspecté d'avoir commis des actes de torture en Algérie en 1993 sur plusieurs personnes, notamment sur B. et C. Il ressort de ses déclarations que A., militaire de carrière, a fait toute sa formation en Algérie. En début de carrière, il était officier de l'armée française, de laquelle il a déserté pendant la guerre d'Algérie. En 1988, il a été commandant des forces terrestres sous la présidence de F., ultérieurement adjoint et chef d'état-major (MPC 13-00-0006). Après la chute du président F. (11 janvier 1991), depuis fin 1991/ début 1992 jusqu'au 10 juillet 1993, il confirme avoir été Ministre de la défense. Pendant cette période, il ne conteste pas avoir également été membre du HCE (MPC 13-00-0007). Le HCE a été en fonction pendant deux ans (début 1992 - fin 1993). Ainsi que déclaré lors de son audition du 20 octobre 2011, le recourant a indiqué que pendant ces deux ans d'appartenance au HCE, il a fait partie de la gouvernance collégiale qui dirigeait le pays. Toujours selon ses déclarations, la politique et la conduite du pays étaient dans les mains du HCE, il n'y avait pas d'autres instances telles qu'une assemblée. Le HCE était là pour suppléer la présidence et en assumer les fonctions; il prenait les décisions concernant le pays et ensuite le Gouvernement les exécutait (MPC 13-00-0008). En tant que membre du HCE et Ministre de la défense le recourant avait la double casquette de membre d'un gouvernement collégial et de responsable des forces armées. Selon ses déclarations, il aurait quitté ces deux fonctions le 10 juillet 1993 (MPC 13-00-0008). Contrairement à ce qui est notamment indiqué dans la réplique du 6 février 2012, où il est mentionné que le recourant aurait siégé au HCE durant les années 1993 et 1994 (...), lors de son audition le recourant a été catégorique en affirmant que sa fonction au sein de cette autorité s'est terminée avec la fin de son mandat de ministre de la défense (MPC 13-00-0011). Il n'est pas clair, en l'état actuel du dossier et des déclarations du prévenu lui-même, si celui-ci a, après cela, continué d'exercer des rôles institutionnels, directs ou indirects, dans la conduite de l'armée ou, plus généralement du pays. Quoiqu'il en soit, toujours selon ses dires, bien qu'il n'aurait pas eu de fonctions officielles (MPC - 13-00-0011), il serait encore resté proche du pouvoir et aurait fait nommer K., son successeur, comme Ministre de la défense (MPC 13-00-0008).

5.4.2 Eu égard aux principes de droit international rappelés ci-dessus (*supra*, c. 5.3.1), l'appartenance de A. au Gouvernement collégial (HCE) devrait suffire pour qu'on lui reconnaisse l'immunité *ratione personae* pendant sa période de fonction. Cette question ne mérite cependant pas de plus amples éclaircissements puisque selon l'interprétation large fournie par la CIJ dans l'affaire *Yerodia*, interprétation suivie par certains tribunaux nationaux (cf. notamment [M.] COSNARD ET [Y.] NOUVEL, *Jurisprudence française en matière de droit public*, RGDP 2011, pp. 593-604, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation de la Chambre criminelle du 19 janvier 2010, *Association des familles victimes du naufrage du Jola et autres*, où l'immunité *ratione personae* du Ministre de la défense a été admise) et par la CDI (Rapport 1011, n° 192), l'immunité *ratione personae* durant la période de la fonction ne concerne pas exclusivement la Triade. Le Ministre de la défense en fonction jouit également de cette immunité. A ce titre déjà, A. bénéficiait pendant la période où il exerçait cette fonction de l'immunité *ratione personae*. Cette dernière est aujourd'hui éteinte.

5.4.3 En l'espèce, la question est dès lors de savoir si, après la cessation des fonctions officielles, le recourant continue de bénéficier de l'immunité à d'autres titres. Il a d'emblée été exclu, après consultation du DFAE par le MPC, que A. est au bénéfice d'un statut diplomatique ou d'une accréditation en Suisse le mettant à l'abri d'une procédure pénale et vérifié que le document en possession du précité n'attribue que des privilèges de transport (MPC 13-00-0005). Il reste à décider si l'immunité *ratione materiae* résiduelle couvre tous les actes commis pendant sa fonction et prévaut sur la

nécessité de dégager les responsabilités éventuelles du recourant sur de prétendues violations graves des droits humains. Selon les principes qui ressortent des courants de doctrine et de jurisprudence exposés plus haut (*supra*, c. 5.3.3 à 5.3.6), une réponse affirmative à cette question ne fait plus l'unanimité. Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui "l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (*jus cogens*)". Selon ce même législateur, "les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres Etats (*erga omnes*)" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF, 2008 p. 3474). Eu égard à la valeur fondamentale du bien juridique protégé, le législateur suisse a décidé d'assurer une répression sans faille de ces actes" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome, FF 2008, p. 3468). Or, il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre des violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. S'il en était ainsi, il deviendrait difficile d'admettre qu'une conduite qui lèse les valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des règles de ce même ordre juridique. Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle voulue par le législateur vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*.

5.4 Pour ce qui concerne les actes accomplis avant la prise de fonction de A. en tant que Ministre de la défense de la République algérienne ainsi que pour les actes accomplis après la fin de cette fonction, aucune immunité juridictionnelle ne saurait entrer en ligne de compte."

Décision de la Cour des plaintes de la Cour pénale fédérale, du 25 juillet 2012, en l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C.* BB 2011.140. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours fut déclaré irrecevable par arrêt rendu le 8 novembre 2012 par la Première Cour de droit public (1B_542/2012).

3.3

II. Comme on le sait, la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) étudie actuellement la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat (voir Rapport de la CDI, 64e session, 7 mai - 1er juin et 2 juillet - 3 août 2012, Assemblée générale, Documents officiels, 67e session, Supplément n° 10(A/67/10). Voici un extrait de la déclaration faite à ce sujet le 5 novembre 2012, devant la Sixième Commission de l'Assemblée des Nations Unies, par le représentant de la Suisse:⁷⁷

"La Commission a souhaité recevoir des informations de la part des Etats sur leur législation et leur pratique. Nous pouvons à cet égard mentionner ce qui suit.

En Suisse, le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat est défini par le droit international coutumier s'agissant des personnes qui ne sont pas au bénéfice des règles conventionnelles en vigueur. Outre les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires, la Convention sur les missions spéciales et les accords de siège, j'ai le plaisir de signaler que la Suisse a déposé ses instruments d'adhésion, respectivement de ratification, le 25 septembre 2012, à l'Accord du 9 septembre 2002 sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, la Convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies et la Convention du 21 novembre 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, qui sont désormais également applicables en Suisse.⁷⁸

Les tribunaux suisses ont eu à se prononcer essentiellement sur la portée de l'immunité des membres des missions diplomatiques, des missions permanentes et des postes consulaires ou sur celle des fonctionnaires des organisations internationales. Nous disposons de peu de jurisprudence concernant d'autres représentants des Etats. Cependant, le Tribunal pénal fédéral a rendu un arrêt tout récemment à ce sujet, soit le 25 juillet 2012.⁷⁹

Dans ce jugement, le Tribunal pénal fédéral avait à se prononcer sur la question de savoir si un ancien ministre de la défense, qui se trouvait en Suisse pour un court séjour de nature privée, pouvait se prévaloir devant les tribunaux suisses d'une immunité de juridiction pénale suite au dépôt contre lui de plaintes pour crimes de guerre prétendument commis plusieurs années auparavant dans son Etat d'origine, alors qu'il exerçait ses fonctions de ministre de la défense. Le Tribunal pénal fédéral s'est également prononcé sur la question de sa compétence, sujet que nous ne développerons pas ici, si ce n'est pour relever que, parmi les arguments invoqués en l'espèce par le recourant, le Tribunal a dû se prononcer sur un reproche d'ingérence dans les affaires intérieures du pays étranger concerné et sur les conditions applicables à l'exercice de la compétence universelle.

Le Tribunal pénal fédéral a considéré en l'espèce qu'un ministre de la défense en exercice jouissait d'immunité *ratione personae* en vertu du droit international public. A cet égard, il s'est référé à l'arrêt *Yerodia* de la Cour internationale de Justice. Comme la Cour internationale de Justice, le Tribunal pénal fédéral a admis que l'immunité de juridiction *ratione personae* ne se limite pas à la seule Triade (le Chef d'Etat, le Chef de gouvernement et le Ministre des affaires

⁷⁷ Cette déclaration contient, outre les passages effectivement prononcés devant la Sixième Commission, certaines explications, considérées comme étant techniques et imprimées en italiques, qui ne figurent que dans le texte écrit de la déclaration.

⁷⁸ RS 0.192.110.931.2; 0.192.110.931.2; 0.192.110.02; 0.192.110.03.

⁷⁹ Voir ci-dessus, n° 3.2.

étrangères), mais peut s'appliquer à d'autres hauts fonctionnaires du gouvernement, notamment au ministre de la défense. Ce faisant, le Tribunal a admis qu'une certaine immunité subsiste après la fin des fonctions officielles.

Le Tribunal pénal fédéral est toutefois parvenu à la conclusion que certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* doivent être admises. Il a en effet estimé que cette immunité résiduelle ne saurait dégager les responsabilités éventuelles en cas de violations graves des droits humains et il a refusé de reconnaître une immunité de juridiction en l'espèce. Il a, à cet égard, conclu qu'une certaine évolution du droit international tendait à restreindre la portée des immunités dans de telles situations.

...

La Suisse fournira par écrit les détails de l'argumentation du Tribunal pénal fédéral dans l'arrêt que je viens de citer, afin de ne pas prolonger notre intervention. Toutefois, nous voudrions profiter de l'occasion de lancer quelques lignes de réflexion qui pourraient assister la Commission du droit international dans la suite de ses travaux.

Nous sommes tous conscients que les positions qui ont été exprimées jusqu'à présent sur la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants des Etats sont très divergentes et qu'il ne sera sans doute pas possible de régler rapidement l'ensemble de la problématique. Or, la communauté internationale, et la Suisse en particulier en sa qualité d'Etat hôte et dans le cadre de sa politique de bons offices, ont un intérêt majeur à ce que des réponses puissent être données aux questions qui sont ouvertes.

Dans un contexte aussi complexe, nous voudrions encourager la Commission à ne pas considérer la question de l'immunité de juridiction des représentants des Etats comme un tout, mais à procéder par thèmes. Il s'agirait ainsi de s'éloigner de la réflexion *ratione personae* - *ratione materiae*, du moins à ce stade des réflexions.

Nous proposons d'aborder en premier lieu la situation des représentants des Etats en exercice en laissant pour l'instant de côté leur situation après la fin de leurs fonctions. A ce sujet, la première question à clarifier devrait être celle de la définition de la notion de représentant de l'Etat auquel une immunité de juridiction devrait être reconnue, étant entendu qu'il ne s'agit d'abord que les catégories qui ne sont pas encore couvertes par des conventions internationales et étant entendu que, parmi les représentants des Etats qui auront été identifiés, des différences pourront par la suite être envisagées quant à la portée des immunités à leur reconnaître.

Une fois que l'on a déterminé qui peut être considéré comme un représentant de l'Etat, il pourrait être utile d'opérer une distinction entre les voyages officiels et les voyages accomplis à titre privé. A cet effet, il serait utile de définir ce qu'il faut entendre par voyage officiel. Il serait envisageable de retenir que cette notion couvre tout voyage d'un représentant d'un Etat qui a lieu sur invitation ou avec l'autorisation du gouvernement d'un autre Etat, à quelque niveau que ce soit, toujours dans l'idée que, selon le rang du représentant de l'Etat, la portée des immunités reconnues peut être différente. Une telle définition devrait ainsi permettre de couvrir non seulement les voyages officiels qui ont lieu sur une base bilatérale, mais également les réunions qui sont organisées sur le territoire d'un Etat, avec l'autorisation de celui-ci, visant à réunir plusieurs Etats ou plusieurs entités d'un Etat, par exemple dans le cadre des bons offices.

La Suisse est Partie à la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales.⁸⁰ Celle-ci prévoit d'ailleurs à son article 18 la possibilité de réunions de missions spéciales sur le territoire d'un Etat tiers, avec l'accord de ce dernier. La convention sur les missions spéciales n'est toutefois pas universellement reconnue et seuls 45 Etats y sont Parties. Elle pourrait toutefois servir de base de réflexion afin d'en retenir les éléments qui ne sont pas largement contestés. Par exemple, certains éléments résultent déjà de l'interdiction *venire contra factum proprium*; nul ne devrait contester qu'il serait méprisable pour un Etat d'inviter à titre officiel un représentant d'un autre Etat pour arrêter cette personne au moment de son arrivée sur le territoire de l'Etat invitant.

Une fois posées les définitions de ce qu'il faut entendre par représentant de l'Etat et de ce qu'il faut entendre par voyage officiel, la discussion pourrait être ouverte sur l'étendue des immunités à reconnaître aux représentants d'Etat en exercice lors de leurs voyages officiels, toujours dans l'idée que des distinctions pourront être envisagées quant à l'étendue des immunités à reconnaître à telle ou telle catégorie de représentant de l'Etat. Lorsque des conclusions auront pu être largement approuvées, il sera possible d'aborder les autres questions ouvertes, à savoir la situation des représentants de l'Etat en exercice lors de voyages privés et la situation des représentants de l'Etat après la fin de leurs fonctions officielles.

A l'instar de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Yerodia* et de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral évoqué tout à l'heure, nous sommes d'avis qu'un certain nombre de hauts fonctionnaires qui représentent l'Etat doivent, lorsqu'ils sont en exercice, bénéficier d'une immunité de juridiction large. Nous n'entrons à dessein pas encore dans le détail de la discussion pour savoir s'il doit s'agir d'une immunité de juridiction absolue ou s'il faut admettre certaines exceptions. Nous sommes cependant de l'avis que la notion de haut fonctionnaire ne se limite pas au Chef de l'Etat, au Chef de gouvernement et au Ministre des affaires étrangères, mais qu'elle doit couvrir également d'autres membres du gouvernement appelés à voyager régulièrement dans le cadre de l'exercice de leur mandat ministériel.

Nous sommes également de l'avis que ces hauts fonctionnaires doivent après la fin de leurs fonctions continuer à pouvoir faire valoir une immunité de juridiction résiduelle. Il est également prématuré de vouloir discuter aujourd'hui de la portée de cette immunité."

Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Document inédit.

⁸⁰ Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2).

3.4 Immunité de juridiction et d'exécution du Comité international de la Croix-Rouge

L'Accord conclu le 19 mars 1993 entre le Conseil fédéral et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse (accord de siège; RS 0.192.122.50) dispose, à son article 5, paragraphe premier, que

"[d]ans le cadre de ses activités, le CICR bénéficie de l'immunité de juridiction et d'exécution, sauf: ... c) en cas de litige opposant, en matière de rapports de service, le Comité à ses collaborateurs, anciens collaborateurs ou à leurs ayants droit".

En l'espèce, il s'agissait d'un litige entre le Comité et une ancienne collaboratrice qui demandait le paiement d'une certaine somme à titre de frais extrajudiciaires d'avocat occasionnés, selon elle, par des négociations consécutives à la violation par le CICR de droits contractuels et de droits d'auteur. La réquisition de poursuite relative à ces frais fut repoussée par l'Office des poursuites de Genève en raison de l'immunité du CICR. Cette décision fut confirmée par les instances suivantes, puis, en dernière lieu par le Tribunal fédéral qui eut notamment ceci à dire:

"7.

7.1 Dans un dernier moyen, la recourante se plaint d'une violation des articles 9, 29a et 30 Cst., ainsi que de l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH,⁸¹ qui garantit l'accès à la justice.

7.2

7.2.1 L'article 6, paragraphe premier, de la CEDH garantit à toute personne le droit à ce qu'un tribunal connaisse d'une contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil; il consacre ainsi le 'droit à un tribunal' dont le droit d'accès - c'est-à-dire le droit de saisir le tribunal en matière civile - ne constitue qu'un aspect. Toutefois, ce droit d'accès n'est pas absolu: il se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle, de par sa nature même, une réglementation par l'Etat, qui jouit en ce domaine d'une certaine marge d'appréciation (ATF 132 V 299, c. 4.3.1; sur la jurisprudence de la CourEDH [Cour européenne des droits de l'homme], cf. [J.A.] FROWEIN/[W.] PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 3e éd., [Kehl] 2009, n^{os} 45 et ss, *ad* article 6 CEDH: [C.] GRABENWARTER/[K.] PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., [Munich] 2012, § 24, nos 49 et ss).

Le rapport entre l'immunité des Etats ou des organisations internationales et le droit d'accès à la justice a donné lieu à de nombreux débats (cf. parmi plusieurs: GRABENWARTER/PABEL, *op.cit.*, § 24, nos 52 et 55-56; [L.] CAFLISCH, *Immunité des Etats et droits de l'homme: Evolution récente*, in: *Festschrift RESS* [Cologne] 2005, pp. 935 et ss; [J.] CANDRIAN, *L'immunité des Etats face aux droits de l'homme et à la protection des Biens culturels*, [Zurich] 2005, pp. 660 et ss; [F.] ZARBIEV, *Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme*: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2004, pp. 621 et ss et les références citées par ces auteurs). La CourEDH a affirmé que le principe de l'immunité de l'Etat constitue une restriction admissible au droit d'accès à la justice (arrêt *Sabeh El Leil c. France*, du 29 juin 2011, §§ 46 et ss et les citations⁸²), même si l'on discerne une tendance à la limitation de cette immunité 'dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi de personnel' (arrêt *Cudak c. Lituanie*, du 23 mars 2010, §§ 63 et ss et les citations⁸³). En matière de conflits de travail entre une *organisation internationale* et ses employés, elle a considéré que l'octroi de privilèges et immunités est un moyen indispensable au bon fonctionnement de cette entité, de sorte que le principe de l'immunité de juridiction (...) poursuit un but légitime' (arrêts *Beer et Regan c. Allemagne*, du 18 février 1999, §§ 53 et 62⁸⁴; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, du 18 février 1999, §§ 63 et 72⁸⁵); cependant, l'article 6, paragraphe premier, de la CEDH n'est respecté que si le justiciable dispose 'd'autres voies raisonnables pour protéger efficacement [ses] droits garantis par la Convention' (arrêts précités, respectivement §§ 58 et 68), ce qui signifie *a contrario* que cette disposition conventionnelle serait transgressée à défaut de 'protection équivalente (...) offerte au sein même de l'organisation' (CAFLISCH, *op.cit.*, p. 935).

Cette dernière jurisprudence correspond, en substance, à la pratique suisse. Dans un arrêt du 25 janvier 1999, le Tribunal fédéral a rappelé que les organisations internationales jouissent d'une immunité absolue et complète, sans restriction, le principe de l'immunité dite relative -- qui opère une distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* -- ne s'appliquant qu'aux Etats; toutefois, dès lors que l'immunité leur garantit d'échapper aux juridictions étatiques, les organisations internationales au bénéfice d'un tel privilège s'engagent envers l'Etat hôte à prévoir un mode de règlement des litiges pouvant survenir à l'occasion de contrats passés avec des personnes privées, cette exigence visant à garantir un accès à la justice aux personnes dont les différends sont couverts par l'immunité de juridiction de l'organisation (arrêt 4C.518/1996, c. 4c, reproduit in: RSDIE 2000, pp. 642 et ss)⁸⁶.

7.2.2 Les principes exposés précédemment, touchant à l'immunité de *juridiction*, s'appliquent également à l'immunité d'*exécution*, qui n'est qu'une conséquence de celle-là (ATF 124 III 382, c. 4a *in fine*;⁸⁷ 130 III 136, c. 2.1⁸⁸). Cela étant,

⁸¹ Convention européenne des droits de l'homme du 5 novembre 1950 (RS 0.101).

⁸² N° 34869/05.

⁸³ N° 15869/02, Grande Chambre.

⁸⁴ N° 28934/95, Grande Chambre.

⁸⁵ N° 26083/94, Grande Chambre.

⁸⁶ *Pratique suisse* 1999, n° 3.3, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 642.

⁸⁷ *Pratique suisse* 1998, n° 3.1, RSDIE, 9^e année, 1999, p. 654.

⁸⁸ *Pratique suisse* 2004, n° 3.3, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 731.

la recourante perd de vue l'objet de la présente procédure, qui est de savoir si l'office a violé la loi en refusant de donner suite à la réquisition de poursuite déposée à l'encontre de l'intimé. Or, en droit suisse, l'office des poursuites est une autorité administrative, et non judiciaire, qui ne se prononce pas sur l'existence de la prétention alléguée par le poursuivant (ATF 130 III 285, c. 5.1 et les références). Dans cette mesure, l'invocation du 'droit d'accès à un tribunal', compris comme la prérogative d'obtenir que l'autorité saisie examine les arguments du justiciable (cf. FROWEIN/PEUKERT, *op.cit.*, n° 45, *ad* article 6 de la CEDH et les arrêts cités ('Anspruch auf Sachentscheidung')) s'avère d'emblée mal fondée.

Le refus de l'Office [des poursuites] n'ayant aucun effet de droit matériel, la recourante conserve ainsi la possibilité de soumettre ses prétentions à un tribunal étatique, à défaut de protection juridique équivalente offerte par l'organisation. A ce propos, l'article 19 de l'accord de siège prévoit que le CICR 'prendra des dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant de différends résultant de contrats auxquels le CICR serait partie et d'autres différends portant sur un point de droit privé' (lettre a). L'article 22 de ce texte -- mentionné par la recourante -- est dépourvu de pertinence dans ce contexte, puisque la procédure d'arbitrage instituée par cette norme ne vise que les 'divergence[s] de vues concernant l'application ou l'interprétation du présent accord' qui n'ont pu être réglées 'par des pourparlers directs entre les parties'."

Arrêt du TF, du 20 septembre 2012, en l'affaire *D. c. Comité international de la Croix-Rouge* (c. 7). 5A_106/2012.

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

(Voir aussi le n° 6.1)

4.1 Expulsion des étrangers

La Commission du droit international des Nations Unies (CDI) a récemment renvoyé à l'Assemblée générale des Nations Unies un projet d'articles intitulé "L'expulsion des étrangers" et adopté par elle en première lecture (Rapport de la CDI, 64e session, 7 mai - 1er juin et 2 juillet - 3 août 2012, Assemblée générale, Documents officiels, 67e session, Supplément n° 10, A/67/10, p. 9).

Les textes qui suivent sont des commentaires faits par le représentant suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Le premier de ces commentaires concerne l'article 10 du projet (interdiction de l'expulsion collective), qui est ainsi libellé:

- "1. Aux fins du présent projet d'articles, l'expulsion collective s'entend de l'expulsion d'étrangers en tant que groupe.
2. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite.
3. Un Etat peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe.
4. Le présent projet d'article est sans préjudice des règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'Etat expulsant."

Voici le commentaire du représentant suisse:

"La Suisse salue tout d'abord le fait que le projet d'article 10 ne prévoit pas d'exception à l'interdiction de l'expulsion collective. En vertu du principe de non-refoulement, l'Etat est en tout temps tenu d'examiner chaque cas d'expulsion individuellement. Il doit s'assurer que la personne dont l'expulsion est envisagée ne sera pas soumise à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants. Le droit international interdit donc l'expulsion collective d'étrangers en temps de paix comme en temps de guerre. Dans ces conditions, nous nous demandons si une réserve expresse des règles de droit international applicables en cas de conflit armé seulement (*article 10, paragraphe 4*) est nécessaire."

L'article 16 du projet protège les personnes vulnérables et dispose ceci:

- "1. Les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et d'autres personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion doivent être considérés comme tels et doivent être traités et protégés en tenant dûment compte de leur vulnérabilité.
2. En particulier, dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."

Voici le commentaire suisse consacré à cette disposition:

"Il serait souhaitable que le commentaire de l'article 16 consacré aux personnes vulnérables contienne quelques indications quant à la définition des catégories de personnes concernées, notamment des notions d'"enfants" (référence à l'article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant⁸⁹: 'un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable'), de 'personnes âgées' et de 'personnes handicapées' (référence à l'article premier de la Convention relative aux droits des personnes handicapées:⁹⁰ '(p)ar personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités

⁸⁹ Convention du 20 novembre 1989 (RS.0.107).

⁹⁰ Convention du 13 décembre 2006.

physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres").

L'article 19, qui a trait aux conditions de détention, a la teneur suivante:

- "1. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif;
b) Un étranger objet d'une expulsion doit, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté.
2. a) La durée de la détention ne peut être illimitée. Elle doit être limitée à un laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'expulsion. Toute détention d'une durée excessive est interdite;
b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires.
3. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion doit faire l'objet d'un examen à échéances régulières fondé sur des critères précis définis par la loi.
b) Sous réserve du paragraphe 2, il est mis fin à la détention lorsque l'expulsion ne peut pas être mise à exécution, sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné."

Cette disposition fait l'objet des commentaires que voici:

"En ce qui concerne la détention de l'étranger objet de l'expulsion, ma délégation salue la mention -- dans le projet d'article 19 et son commentaire -- du critère de la nécessité. En effet, c'est uniquement à défaut de mesures moins intrusives que l'étranger peut être détenu. En outre, il va de soi qu'un étranger ne peut être détenu plus longtemps que nécessaire.

Le projet d'article 19 prévoit que la prolongation de la durée de la détention doit être décidée par une juridiction. En revanche, il n'indique pas si l'examen à échéances régulières de la détention -- également prévu par ce projet d'article -- doit être juridictionnel. Le projet d'article 19 ne mentionne ainsi pas le droit de l'étranger d'introduire un recours devant une *juridiction*, afin que cette dernière statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Or, un tel droit est ancré tant à l'article 9, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹¹ qu'à l'article 5, paragraphe 4, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).⁹² Ma délégation estime que le droit de demander à une juridiction de contrôler la légalité de la détention, y compris la légalité de la décision de mise en détention, relève de l'essence même des droits de l'homme. Ce droit devrait dès lors être ajouté au projet d'article 19."

L'article 26 dispose:

- "1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants:
a) le droit à la notification de la décision d'expulsion;
b) le droit de contester la décision d'expulsion;
c) le droit d'être entendu par une autorité compétente;
d) le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion;
e) le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente;
f) le droit à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente.
2. Les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit.
3. L'étranger objet de l'expulsion a le droit de demander l'assistance consulaire. L'Etat expulsant ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit ou de l'assistance consulaire.
4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'Etat expulsant concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis moins de six mois."

Voici le commentaire suisse:

"Le projet d'article 26 concerne les droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion. Son dernier paragraphe permet à l'Etat expulsant de restreindre les droits procéduraux des étrangers se trouvant illégalement sur son territoire depuis moins de six mois. De telles restrictions sont problématiques à plusieurs titres. Premièrement, ma délégation estime que rien ne justifie de traiter différemment les étrangers se trouvant légalement et ceux se trouvant illégalement sur le territoire de l'Etat expulsant, en ce qui concerne les droits procéduraux minimaux. Le projet d'article 14 prévoit d'ailleurs que la dignité humaine et les droits de l'homme de tout étranger doivent être respectés. Deuxièmement, la fixation du délai à six mois ne repose sur aucune considération objective. Enfin, l'écoulement de ce délai de six mois sera difficile à vérifier en pratique. En effet, la date, à partir de laquelle un étranger se trouve illégalement dans l'Etat expulsant, n'est en principe connue que de cet étranger.

Ma délégation propose donc d'octroyer à tous les étrangers les droits procéduraux prévus au projet d'article 26, que l'étranger se trouve légalement ou illégalement dans l'Etat expulsant. Conjuguée avec une réglementation différenciée de l'effet suspensif -- ma délégation reviendra sur ce point dans un instant --, cette proposition aboutirait à une solution équilibrée. Elle permettrait de tenir compte tant des intérêts des étrangers que de ceux des Etats: les étrangers bénéficieraient tous des mêmes droits procéduraux; et les Etats auraient dans la plupart des cas la possibilité de procéder à l'expulsion avant la fin des procédures de recours."

⁹¹ Pacte du 16 décembre 1966 (RS.0.103.2).

⁹² Voir la note 81.

Les dernières observations portent sur les articles 27 et 28, qui prescrivent:

[Article 27: Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion]

"Le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'Etat expulsant, contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision."

[Article 28: Procédures de recours individuel]

"L'étranger objet de l'expulsion peut utiliser toute procédure disponible de recours individuel devant une instance internationale compétente."

Les commentaires du représentant suisse sont les suivants:

"Le projet d'article 27 prévoit l'effet suspensif pour les recours contre une décision d'expulsion formés par un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'Etat expulsant. Pour ma délégation, le droit international n'impose pas l'octroi de l'effet suspensif, sauf lorsque le principe de non-refoulement l'exige. Dans ces conditions, le projet d'article devrait prévoir l'effet suspensif uniquement pour les recours formés par les étrangers qui peuvent raisonnablement invoquer un risque pour leur vie ou leur liberté dans l'Etat de destination, ou qui peuvent raisonnablement invoquer le risque d'être soumis à de mauvais traitements dans l'Etat de destination. A cette condition, tout étranger -- qu'il se trouve légalement ou non dans l'Etat expulsant -- devrait bénéficier de l'effet suspensif."

Les mêmes principes devraient également être applicables aux procédures de recours individuels devant une instance internationale. En effet, de tels recours n'ont en règle générale pas d'effet suspensif. Cependant, lorsque le principe de non-refoulement l'exige, les Etats ont l'interdiction de procéder à l'expulsion tant que la procédure devant l'instance internationale est pendante."

Intervention du représentant de la Suisse, du 1er novembre 2012, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les nos 3.2 et 3.3)

5.1 Acquisition et cession de territoires par l'Etat

Le texte qui suit est extrait de la réponse donnée par la DDIP à la question de savoir si l'enclave allemande de Büsingen pourrait venir rejoindre la Suisse.

[Traduction]

"Le territoire sur lequel la Suisse exerce sa souveraineté est formé par l'ensemble du territoire des cantons. Depuis 1848 (année de naissance de l'Etat fédéral moderne), ce territoire ne s'est que peu modifié à la suite de la conclusion de traités de régularisation avec les cinq Etats voisins. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de cessions unilatérales de territoire par la Suisse à un Etat voisin ou par un Etat voisin à la Suisse. Abstraction faite de traités de paix qui remontent à longtemps ou d'événements tels que la vente de l'Alaska par la Russie à l'Amérique, les Etats n'ont guère eu l'habitude de céder des parties de leur territoire à d'autres Etats, quelle que fût la contreprestation. La pratique internationale ne connaît que les échanges de territoires à surface égale, dans la plupart des cas par des traités de régularisation, lorsque cela devient nécessaire en raison de travaux de construction près de la frontière (exemple: barrages pour usines hydroélectriques) pour des raisons pratiques et juridiques (droit applicable) et s'impose comme étant nécessaire et politiquement utile. Le territoire des Etats concernés ne subit pas de changement à la suite de tels traités."

Communication de la DDIP faite à un particulier le 11 janvier 2012. Document inédit.

5.2 Notification directe à l'étranger, par la voie postale, d'actes de procédure ou de décisions judiciaires

Extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral:

"2.1 A moins qu'elle ne soit autorisée conventionnellement, la notification directe à l'étranger, par la voie postale, d'actes de procédure et de décisions judiciaires heurte le droit international. Une telle notification est nulle (ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., [Bruxelles/Berne] 2009, N. 382, p. 352). Traditionnellement, la jurisprudence admet qu'elle est dépourvue de tout effet. Le vice n'est pas susceptible d'être guéri (cf. ATF 135 III 623, c. 2.2, p. 626 et 3.4, pp. 630 et ss⁹³). En l'espèce, le recours n'a cependant pas pour objet le contrôle de la validité formelle des décisions émises par le service compétent de l'Etat de Genève, mais la décision judiciaire pénale portant condamnation de la recourante."

Arrêt du TF, du 17 août 2012, en l'affaire *D. c. Ministère public de la République et canton de Genève* (c. 2.1). 6B_88/2012; Sem.jud. 2013 I 106.

5.3 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: notification d'actes judiciaires et extrajudiciaires

⁹³ Sem. jud. 2000 I 211 (résumé).

Répondant à une question posée par d'un particulier, la DDIP a précisé l'attitude de la Suisse concernant la notification de documents judiciaires et extrajudiciaires.

[Traduction]

"Selon la conception suisse, la transmission de documents, judiciaires ou non, est un acte de puissance publique que seul l'Etat territorial peut accomplir sur son territoire. La communication postale directe de telles pièces par des autorités étrangères à des personnes morales ou physiques en Suisse est donc en principe interdite, à moins qu'un traité international ne la permette.

Dans le domaine fiscal, il n'existe aucun traité entre [l'Etat B.] et la Suisse qui permettrait la notification directe ou une transmission dans une autre forme. Est donc illicite la notification directe en Suisse effectuée, en matière fiscale, par les autorités de B.

La réciprocité est également vraie: les autorités suisses ne peuvent notifier des documents judiciaires ou autres, en matière fiscale, à des personnes morales ou physiques [dans l'Etat B.].

A l'inverse, lorsqu'un particulier cherche à échanger des documents avec les autorités, aucun acte de puissance publique n'intervient. ..."

Communication faite par la DDIP à un particulier le 22 novembre 2012. Document inédit.

5.4 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: transmission d'actes judiciaires et extrajudiciaires dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Dans la note reproduite ci-dessous, adressée à l'Ambassade du Pérou en Suisse, le DFAE expose la manière dont il conçoit la transmission d'actes judiciaires ou extrajudiciaires et l'exécution de commissions rogatoires par des fonctionnaires consulaires en Suisse.

"L'article 5, lettre j, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires⁹⁴ dispose que les fonctions consulaires consistent à transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence.

Conformément à cette disposition, l'exécution de commissions rogatoires par les fonctionnaires consulaires doit pouvoir s'appuyer sur un accord international ou, à défaut, doit pour le moins être compatible avec le droit interne de l'Etat de résidence. Il importe de souligner que la convention de Vienne elle-même ne peut pas être invoquée au titre d'accord international au sens de son article 5, lettre j, pour justifier l'exécution de commissions rogatoires par les fonctionnaires consulaires sur le territoire de l'Etat de résidence. Pour cela, il faut un accord international séparé qui prévoit spécifiquement la reconnaissance d'une telle compétence aux fonctionnaires consulaires de l'Etat d'envoi.

En l'occurrence, la Suisse et le Pérou ont conclu le 21 avril 1997 un traité d'entraide judiciaire en matière pénale⁹⁵ dans le but de coopérer plus efficacement à la recherche, à la poursuite et à la répression des infractions pénales. Ce traité prévoit notamment, à son article 10, que les témoins sont entendus conformément au droit de l'Etat requis. En conséquence, le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Pérou règle la compétence en matière d'exécution de commissions rogatoires par un renvoi aux dispositions de la législation suisse pour ce qui a trait aux interrogatoires effectués sur le territoire suisse.

Fondé sur le principe de souveraineté, le droit suisse exclut tout acte officiel d'une autorité étrangère sur le territoire suisse. Le Code pénal suisse⁹⁶ prévoit à cet égard à son article 271 que les actes relevant de la puissance publique effectués sans droit pour un Etat étranger sur le territoire suisse sont punissables.

Corollaire du principe de souveraineté et conséquence de l'article 271 du Code pénal suisse, le système de l'entraide judiciaire en matière pénale permet à un Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord en la matière, non pas de procéder lui-même à des actes de puissance publique mais de requérir la collaboration et l'assistance des autorités judiciaires suisses. Sur cette base, l'Etat requérant peut demander aux autorités compétentes suisses d'effectuer pour son compte les actes judiciaires nécessaires à l'instruction sur son territoire d'une affaire pénale déterminée. L'accomplissement d'actes judiciaires tels qu'interrogatoires ou audiences par vidéoconférence pour le compte d'autorités judiciaires étrangères en Suisse est dès lors du ressort des autorités judiciaires suisses compétentes.

Au vu de ce qui précède, les fonctionnaires consulaires péruviens ne sont pas autorisés à procéder à des interrogatoires ou à des audiences judiciaires par vidéoconférence en Suisse, et cela quelle que soit la nationalité des personnes en cause."

Note adressée le 23 novembre 2012 par le DFAE à l'Ambassade du Pérou en Suisse. Document inédit.

5.5 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: principe et exceptions (législation douanière)

⁹⁴ RS 0.191.02.

⁹⁵ RS 0.351.964.1.

⁹⁶ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

Le document ci-après se rapporte à la compétence territoriale de la Suisse sur son territoire et aux entorses à cette compétence:

[Traduction]

"Il va de soi que le droit interne suisse, conformément au principe de la territorialité, s'applique au seul *territoire placé sous la souveraineté de la Suisse*. Les Etats voisins, dont le territoire est distinct de celui de la Suisse, y appliquent leur propre droit.

Il se peut toutefois que le droit suisse soit également applicable à l'étranger. Pour qu'il puisse en aller ainsi, il faut une *base juridique internationale*, donc, en règle générale, un traité avec l'Etat concerné. Le cas classique est celui de la législation douanière suisse et des autres règles du droit fédéral applicables à la Principauté du Liechtenstein dans la mesure où cela résulte de l'union douanière avec la Suisse (article 4 du Traité d'union douanière entre les deux Etats du 29 mars 1923, RS 0.631.112.514).

Le *territoire suisse* est constitué par l'ensemble des territoires des cantons. Depuis 1848, il n'a subi que des changements minimes dus aux différents traités de régularisation de la frontière avec les cinq pays voisins. Le tracé des frontières est établi selon les traités de frontière conclus par les cantons avant 1848, par la Confédération après cette date.

L'article 3 de la Loi [fédérale] sur les douanes [du 18 mars 2005] (LD; RS 631.0) définit le *territoire douanier* comme comprenant, outre le territoire suisse, également les enclaves douanières étrangères contrairement aux enclaves douanières suisses.

Les '*enclaves douanières étrangères*' sont les territoires étrangers incorporés au territoire douanier suisse, sont en vertu des traités internationaux (*Principauté du Liechtenstein; enclave allemande de Büsingen*) ou du droit coutumier (*enclave italienne de Campione*). Les '*zones douanières*' sont les zones frontières suisses exclues du territoire douanier par le droit suisse (*commune de Samnaun dans les Grisons*).

Il s'ensuit que le territoire douanier ne coïncide pas avec le territoire étatique.

L'application du droit interne suisse (du droit des assurances privées, par exemple) dans les enclaves étrangères, dont le territoire ne relève pas de la Suisse, ne peut ainsi se justifier que par des traités pertinents qui ont pu être conclus avec les pays voisins (ou par d'autres instruments tels que des traités internationaux multilatéraux).

...

Pour ce qui est de la *Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques* (RS 0.191.01), enfin, celle-ci régit avant tout les immunités et privilèges des représentants diplomatiques dans l'Etat hôte. Elle oblige en particulier celui-ci à empêcher que les locaux de la mission soient envahis ou endommagés (article 22, paragraphe 2, de la convention). Nous n'avons pas connaissance de dispositions particulières en matière d'assurances privées. En ce qui concerne l'acquisition de locaux pour la mission, par exemple, l'Etat accréditaire est tenu de faciliter l'achat, *dans le cadre de sa législation*, ou d'aider l'Etat accréditant à se procurer des locaux d'une autre manière (article 21, paragraphe premier). Il n'est donc aucunement question d'appliquer le droit de l'Etat accréditant dans le territoire de l'Etat accréditaire, une réserve éventuelle devant être faite lorsqu'il y a des conventions ou traités bilatéraux qui en disposent autrement.

La situation semble être la même dans le cadre de la *Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires* (RS 0.191.02)."

Communication de la DDIP à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), du 20 décembre 2011. Document inédit.

5.6 Actes officiels des représentations diplomatiques et consulaires en territoire étranger: fonctions d'état civil (mariages, enregistrement de naissances, reconnaissance d'enfants)

En 1995, le DFAE avait envoyé aux représentations diplomatiques et consulaires en Suisse une note les informant que les officiers d'état civil suisses étaient seuls à pouvoir exercer, en Suisse, les attributions de leur charge. Dans la note partiellement reproduite ci-après, le Département rappelle son message précédent.

"Il est parvenu à la connaissance des autorités fédérales que des missions diplomatiques et des postes consulaires ont exercé à diverses reprises des fonctions en matière d'état civil qui, conformément à la législation fédérale, incombent exclusivement aux officiers de l'état civil suisses.

Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁹⁷ et de l'article 5, lettre f, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires,⁹⁸ les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires sont certes habilités à agir en qualité d'officiers d'état civil, pour autant toutefois que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas.

Or, dans le cadre de sa compétence souveraine, la Confédération suisse a réservé, sans exception, l'exercice des fonctions d'officier de l'état civil aux officiers de l'état civil suisse. Ces derniers sont donc seuls compétents pour exercer

⁹⁷ RS 0.191.01.

⁹⁸ Voir la note 94.

les attributions qui sont à leur charge dont, en particulier, la célébration des mariages et l'enregistrement des reconnaissances d'enfant. Les représentations diplomatiques et consulaires ne sont par conséquent pas autorisées à célébrer des mariages sur le territoire suisse ou à enregistrer des reconnaissances d'enfant, et cela quelle que soit la nationalité des personnes en cause.

Le Département tient à souligner qu'un principe fondamental du droit des gens impose aux représentants officiels étrangers le devoir de respecter la législation de l'Etat de résidence. Ce principe ne saurait être tenu en échec par des dispositions de droit étranger fixant les attributions des représentants diplomatiques et consulaires dans l'Etat de résidence."

Note du 22 juillet 2011 adressée par le DFAE aux missions diplomatiques en Suisse. Document inédit.

5.7 Actes officiels des représentations diplomatiques et consulaires accomplis en territoire étranger: fonctions d'état civil (reconnaissance d'enfants)

Le texte ci-après a été tiré d'une note adressée par le DFAE à l'Ambassade d'Allemagne en Suisse et porte sur l'exercice de fonctions d'état civil en Suisse.

[Traduction]

"Le Département fédéral des affaires étrangères présente ses compliments à l'Ambassade de la République fédérale d'Allemagne et se réfère à la note de l'Ambassade du 27 juillet 2011 relative aux reconnaissances de paternité par des pères domiciliés en Suisse d'enfants nés en Allemagne et y habitant, note se rapportant à une lettre circulaire du Département du 20 juillet 2011. Il s'empresse d'informer l'Ambassade de ce qui suit:

1) Selon l'article 71 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)⁹⁹, lu conjointement avec l'article 11, alinéa 5, de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC),¹⁰⁰ les autorités suisses du domicile de l'un des parents sont compétentes pour recevoir une reconnaissance. Ainsi la reconnaissance d'un enfant né et domicilié en Allemagne peut être reçue par les fonctionnaires de l'état civil en Suisse si le père vit en Suisse et si les autres conditions d'une telle reconnaissance sont remplies.

2. La Confédération suisse réserve les compétences en matière d'état civil aux seuls fonctionnaires suisses. C'est pourquoi l'Ambassade n'a pas le droit, dans de tels cas, de recevoir une reconnaissance de paternité d'un père vivant en Suisse et portant sur un enfant né et domicilié en Allemagne."

Note du 15 novembre 2011 adressée par le DFAE à l'Ambassade d'Allemagne en Suisse. Document inédit.

5.8 Actes officiels accomplis par des représentations diplomatiques et consulaires en territoire étranger: fonctions d'état civil

La note qui suit et qui a pour objet la reconnaissance de documents signés par des agents diplomatiques ou des fonctionnaires consulaires en matière d'état civil a été adressée par le DFAE à l'Ambassade de l'Equateur en Suisse.

"Selon le principe de la territorialité, chaque Etat a la seule compétence sur son territoire pour émettre des documents d'état civil. A certaines conditions très strictes, l'autorité fédérale compétente pourrait envisager des exceptions à l'application du principe de la territorialité, en acceptant des documents d'état civil émis par une représentation d'un Etat étranger en Suisse.

Pour évaluer la soumission des documents du Registre Civil établis par les consulats équatoriens, l'autorité fédérale compétente aurait besoin de plus d'informations, notamment sur la procédure prévue, l'administration des données et sur la personne autorisée à émettre le document. Lorsqu'il est émis par le consulat équatorien, le document devrait être entièrement et strictement équivalent à un document du même genre émis par les autorités compétentes en Equateur. L'autorité fédérale compétente devrait procéder à une enquête. Dans la mesure où les autorités équatoriennes souhaitent qu'examen approfondi soit effectué par l'autorité compétente suisse, le Département fédéral des affaires étrangères prie l'Ambassade de la République de l'Equateur de lui faire parvenir un dossier avec les informations les plus détaillées possibles afin de le remettre à l'autorité compétente pour une première analyse. Une éventuelle deuxième étape devrait être effectuée au sein des consulats."

Note du DFAE à l'Ambassade de l'Equateur en Suisse, du 11 juillet 2012. Pour d'autres documents se rapportant à ce sujet, voir les notes du DFAE aux Ambassades de la Slovaquie (19 septembre 2012), de la Géorgie (25 septembre 2012) et de la Mongolie (3 octobre 2012).

5.9 Actes officiels des représentations diplomatiques et consulaires accomplis en territoire étranger: fonctions d'état civil (enregistrement d'enfants)

Ayant appris que l'Ambassade de la Macédoine avait procédé à l'enregistrement d'une enfant née en Suisse de parents macédoniens, le DFAE a adressé la note suivante à l'Ambassade:

⁹⁹ Loi du 18 décembre 1987 (RS 291).

¹⁰⁰ Ordonnance du 28 avril 2004 (RS 211.112.2).

"Aux termes de l'article 5, lettre f, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires,¹⁰¹ auquel renvoie l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,¹⁰² les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires ne sont habilités à agir en qualité d'officiers d'état civil que pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas.

Par note générale du 22 juillet 2011, rappelant une note du 8 février 1995, le Département fédéral des affaires étrangères a eu l'occasion d'informer les représentations diplomatiques étrangères que les officiers d'état civil suisses sont seuls habilités à exercer les attributions de leur charge. Dans le cadre de sa compétence souveraine, la Confédération suisse a en effet réservé, sans exception, l'exercice des fonctions d'officier d'état civil aux officiers de l'état civil suisses. Ces derniers sont donc seuls compétents pour, notamment, l'enregistrement des reconnaissances d'enfant. Les représentations diplomatiques et consulaires étrangères ne sont par conséquent pas autorisées à enregistrer des reconnaissances d'enfant sur le territoire suisse, et cela quelle que soit la nationalité des personnes en cause.

Le Département tient à souligner qu'un principe fondamental du droit des gens impose aux représentants officiels étrangers le devoir de respecter la législation de l'Etat de résidence. Ce principe ne saurait être tenu en échec par des dispositions du droit étranger fixant les attributions des représentants diplomatiques et consulaires dans l'Etat de résidence."

Note adressée le 21 août 2012 par le DFAE à l'Ambassade de la Macédoine en Suisse. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

6.1 Apatridie, nationalité et succession d'Etats. Eléments constitutifs de l'Etat et reconnaissance de celui-ci. Bonne foi: estoppel

L'affaire ici en cause concerne X., personne née au Kosovo qui quitta la Yougoslavie en 1982, avec sa fille, pour rejoindre son époux Y. déjà en Suisse. Après avoir tenté en vain de se faire reconnaître comme apatride, la famille Y. fut admise en Suisse dans le cadre d'une action humanitaire. En 2009, X. demanda à nouveau à être reconnue en tant qu'apatride, en faisant valoir que, lors de son arrivée en Suisse, elle avait encore été citoyenne de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et que, après la désintégration de celle-ci, elle n'avait pris la nationalité d'aucun des Etats successeurs et perdu contact avec le Kosovo.

L'Office fédéral des migrations du Département fédéral de justice et police rejeta la demande en raison du fait que, selon les renseignements obtenus par l'Ambassade de Suisse au Kosovo, X. pouvait obtenir la nationalité de son pays d'origine. Le Tribunal administratif fédéral confirma cette décision, ce qui amena X. à saisir le Tribunal fédéral. Devant ce dernier, elle fit valoir que le TAF avait perdu de vue le fait que X. avait perdu sa nationalité sans y avoir contribué et qu'il avait mal évalué le statut international du Kosovo. Ci-après quelques passages de l'arrêt du Tribunal fédéral sont reproduits.

[Traduction]

"3.1 Comme l'instance précédente l'a fait ressortir à juste titre, les conditions pour obtenir le statut d'apatride ne sont plus remplies lorsqu'un Etat est prêt à reconnaître (à nouveau) sa ressortissante, personne *de facto* apatride. Les personnes qui ont librement abandonné leur nationalité ou qui, sans motifs valables, refusent de l'acquiescer à nouveau ne tombent pas sous le coup de la Convention [du 28 septembre 1954] relative au statut des apatrides [RS 0.142.40] (article premier, paragraphe premier, de la convention,¹⁰³ *a contrario* [suivent de nombreuses références à la jurisprudence]).

3.2 Le démembrement de la 'République socialiste fédérative de Yougoslavie' n'y change rien. Le changement de souveraineté sur un de ses anciens territoires aboutit, selon la pratique, au changement de nationalité des personnes qui y vivent et de leurs familles (voir Kai HAILBRONNER, in: WOLFGANG GRAF VITZTHUM (dir.), *Völkerrecht*, 4^e éd., Berlin 2007, p. 223). Une pratique conséquente allant dans le sens d'un droit d'option, c'est-à-dire de choisir la nationalité d'un Etat successeur, ne peut être discernée (cf. HAILBRONNER, *loc. cit.*). Selon la pratique des Etats, il n'y a pas d'option ou de choix pour l'intéressé qui lui permettrait de prendre la nationalité d'un Etat successeur déterminé; il n'y a pas d'avantage de choix concernant l'apatridie. Si les droits découlant de cette dernière étaient accordés selon le libre choix de l'intéressé, l'apatridie perdrait sa fonction de récupération et de protection que lui attribue la convention relative au statut des réfugiés. Cette solution également contraire au but et à l'objet de la convention puisqu'une telle interprétation conduirait -- sans aucune raison -- à favoriser les apatrides par rapport aux réfugiés, dont la condition ne résulte pas de leur volonté. Depuis longtemps la communauté internationale cherche à réduire le nombre d'apatrides; une liberté de choix reconnue à ceux-ci annulerait cet effort. La convention relative au statut des apatrides n'a pas été conclue pour procurer à des individus, selon leur désir, une situation juridique privilégiée. Elle est exclusivement destinée à assister des personnes qui se trouvent dans une situation difficile (arrêts [du TF] 2C_1/2008 du 28 février 2008, c. 3.2, et 2A. 78/2000 du 23 mai 2000, c. 2b; [S.] WERENFELS, *Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht*, [Berne] 1987, pp. 128 et s.).

¹⁰¹ Voir la note 94.

¹⁰² Voir la note 97.

¹⁰³ Selon cette disposition, "le terme 'apatride' désigne une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant".

3.3 Est également infondé l'argument de la recourante selon lequel elle ne saurait être considérée comme une ressortissante du Kosovo car celui-ci n'aurait pas la qualité d'un Etat au sens juridique du terme, n'ayant pas de gouvernement puisqu'il est sous l'emprise de l'administration transitoire des Nations Unies. D'une part, la recourante ne démontre pas de manière convaincante ce qu'elle entend déduire de concret de cette circonstance. D'autre part, ses arguments ne sont pas pertinents: Même s'il était incertain à quel point le Kosovo remplit les critères de la qualité d'Etat, cela ne changerait rien au fait que la Suisse l'a reconnu. L'acte de reconnaissance est l'expression des liens entre la Suisse et le Kosovo; il sert de fondement à la coopération interétatique entre elle et le Kosovo. En raison du principe de la bonne foi (principe de l'estoppel en droit international public), cette reconnaissance ne peut être remise en cause ou retirée sans autre s'agissant de problèmes d'apatridie (voir BEAT DOLD, *Concept and Practicalities of the Recognition of States*, [RSDIE, 22^e année] 2012, pp. 81 et ss et 100)."

Arrêt du TF, du 10 mai 2012, dans la cause *X. c. Office fédéral de la migration* (c. 3.2, 3.3). 2C_36/2012.

6.2 Identité, continuité et succession d'Etats: succession aux biens d'Etat

Le texte qui suit émane de la DDIP et porte sur la décomposition de la Yougoslavie dans les années 1990. A partir de 1991, la Slovénie, la Croatie, la Macédoine et la Bosnie/Herzégovine avaient déclaré leur indépendance. La Serbie et le Monténégro ont ensuite formé la République fédérative de Yougoslavie.

A partir de février 2003, cette République devint la Confédération de la Serbie et du Monténégro. En 2006, ce dernier se déclara indépendant. En 2008, enfin, à son tour, le Kosovo, alors rattaché à la Serbie, déclara son indépendance.

Le 29 juin 2001, quatre Etats issus de la Yougoslavie ont conclu un accord sur les questions de succession ("Agreement on Succession Issues") qui porte sur la répartition des biens ayant appartenu à l'ancienne Yougoslavie.

Se fondant sur cet accord, la République de Macédoine annonça aux autorités suisses qu'elle avait repris le bâtiment ayant hébergé le Consulat de la Yougoslavie à U. en Suisse.

[Traduction]

"La question qui se pose ici est celle de savoir lequel des Etats mentionnés est le propriétaire légitime [de l'immeuble en cause, situé à U.], donc celle de la succession aux biens d'Etat. Les règles du droit international y relatives n'ont pas fait l'objet d'une codification conventionnelle. Il est vrai que le 8 avril 1983 la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat¹⁰⁴ a été conclue par un groupe d'Etats, mais cet instrument n'est pas entré en vigueur.¹⁰⁵ Il contient toutefois plusieurs dispositions qui relèvent du développement progressif du droit dans ce domaine; mais dans son ensemble il ne reflète pas le droit international coutumier.¹⁰⁶ Pour répondre à la question posée, il faut consulter le droit international coutumier.

3. Le droit international coutumier en matière de succession aux biens d'Etat opère une distinction fondamentale entre Etats continuaturs et Etats successeurs,¹⁰⁷

- L'*Etat continuaturs* prolonge la personnalité juridique internationale de l'Etat prédécesseur de manière à établir une continuité dans la position juridique des 'deux' Etats. En principe cela suppose que l'Etat prédécesseur n'ait pas disparu (événement dénommé *sécession*). Lorsque cet Etat disparaît (situation appelée *démembrement*), il ne peut y avoir d'Etat continuaturs, sauf s'il y a accord sur ce point entre les Etats issus de ce processus.¹⁰⁸

- L'*Etat successeur*, quant à lui, possède, sur le plan international, une personnalité juridique nouvelle qui n'a rien en commun avec celle de l'Etat prédécesseur. Telle est la situation des Etats qui se sont détachés, par voie de *sécession*, d'un Etat prédécesseur qui continue à exister; lorsqu'il s'agit d'un *démembrement*, il y aura, en principe, que des Etats successeurs, sauf s'il y a eu, comme on vient de le dire, un accord en sens contraire entre les Etats issus du processus.

4. Si l'on applique cela au cas de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (RSFY), il en résulte, selon les auteurs¹⁰⁹ et la pratique,¹¹⁰ que c'est d'un démembrement qu'il s'agit et que, faute d'accord contraire entre les Etats successeurs, il n'y a pas d'Etat continuaturs. Tous les pays nés du démembrement sont considérés comme ayant succédé à la RSFY. Cela vaut même pour la République fédérative de Yougoslavie qui, pour commencer, avait cherché à se présenter en Etat continuaturs. Dans le *Agreement on Succession Issues*,¹¹¹ conclu entre la Slovénie, la Croatie, la Macédoine, la Bosnie-Herzégovine et la République fédérative de Yougoslavie le 29 juin 2001, cette dernière s'est elle aussi, finalement, qualifiée d'Etat successeur de la RSFY.

¹⁰⁴ Pour le texte, voir Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd., New York 2009, vol. II, p. 228.

¹⁰⁵ Convention reproduite dans *International Legal Materials (ILM)*, vol. 20, p. 306. Sept ratifications seulement ont eu lieu; l'entrée en vigueur en demande quinze. La Suisse n'a pas signé cette convention. La RSFY, elle, avait été le premier Etat, en 1983, à la ratifier. N'étant pas en vigueur, ce texte n'est pas directement pertinent en l'espèce.

¹⁰⁶ Voir par exemple ANTHONY AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge 2005, p. 402.

¹⁰⁷ Voir par exemple JAMES CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2^e éd., Oxford 2006, pp. 667-672.

¹⁰⁸ Cf. par exemple PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 7^e éd., Paris 2002, pp. 525-529.

¹⁰⁹ Voir par exemple CRAWFORD, *op.cit.*, pp. 707-714, avec des références.

¹¹⁰ Voir les prises de position pertinentes de la Commission d'arbitrage de la Conférence sur la Yougoslavie (Commission BADINTER), établie par la Communauté Européenne et ses Etats membres: avis n° 1 du 29 novembre 1991 (*International Law Reports (ILR)*, vol. 92, pp. 162-163); avis n° 8 du 4 juillet 1992 (*ILR*, vol. 92, pp. 199, 202); et avis n° 10 du 4 juillet 1992 (*ILR*, vol. 92, pp. 206, 206). Voir également la Résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité des Nations Unies du 30 mai 1992, paragraphes 4-8.

¹¹¹ Reproduit dans *ILM*, vol. 41, p. 3. ...

5. La conséquence juridique du fait de se qualifier de successeurs est, pour les Etats dérivés de la RSFY, que les biens de celle-ci situés à l'étranger doivent faire l'objet d'un partage accepté par les cinq Etats successeurs.¹¹² Ce principe a été respecté par les cinq Etats successeurs lorsqu'ils ont conclu l'accord ... du 25 mai 2001 sur les immeubles ayant abrité les services diplomatiques et consulaires à l'étranger. ..."

[Suivent des explications démontrant qu'un comité commun formé par des représentants des Etats successeurs a attribué la propriété ici considérée à la République de Macédoine et que le bâtiment a été remis par la Serbie à la Macédoine en 2012.

"6. Il ressort des documents mentionnés, qui sont juridiquement valables, que la succession de la Macédoine à la propriété [de l'immeuble en cause] a en principe eu lieu avec l'accord de tous les Etats successeurs, donc conformément aux règles du droit des gens applicables en matière de succession d'Etats aux valeurs patrimoniales. Reste toutefois un point qui doit encore être élucidé pour confirmer cette constatation. Les séances pertinentes du Comité commun ont eu lieu à des moments (2006, 2011 et 2012) où la République fédérative de Yougoslavie, un des successeurs de la RSFY, n'existait plus. C'est la 'République de Serbie' qui agissait à sa place. On doit ainsi se demander si la République de Serbie était habilitée à agir, dans le cadre du Comité commun, pour l'attribution des immeubles diplomatiques et consulaires de la RSFY et à remettre l'immeuble à la Macédoine. Selon les règles coutumières exposées précédemment au point 3, cette question doit recevoir une réponse affirmative.

- Après la transformation de la République fédérative de Yougoslavie, qui devint la fédération de la Serbie et du Monténégro, il a été reconnu, sur le plan international, que cette dernière fédération continuait la personnalité juridique de la République fédérative.¹¹³ Seuls le nom de l'Etat et sa structure fédérative avaient changé. Ainsi la Serbie/Monténégro reprit intégralement la position juridique de la République fédérative de Yougoslavie.
- Le départ du Monténégro de la fédération Serbie/Monténégro était une sécession dans le cadre de laquelle la Serbie était l'Etat continuateur de la fédération et, aussi par conséquent, de la République fédérative de Yougoslavie.¹¹⁴ Il en allait de même pour la déclaration d'indépendance du Kosovo. Ici encore c'est d'une sécession qu'il s'agissait; sur le plan international la Serbie est reconnue comme Etat continuateur.

Selon les règles du droit international relatives à la succession d'Etats, la République de Serbie est l'Etat continuateur de la République fédérative de Serbie/Monténégro et, de ce fait, également de la République fédérative de Yougoslavie.¹¹⁵ Il en va ainsi notamment pour les droits et devoirs dévolus aux Parties par l'Agreement on Succession Issues' de 2001. Ainsi, la Serbie, en tant que membre du Comité commun pour l'attribution des immeubles diplomatiques et consulaires, a eu le droit d'agir en lieu et place de la République fédérative de Yougoslavie.

- Pour la remise de l'immeuble ..., un accord de la part du Monténégro et du Kosovo n'était pas nécessaire... Ces Etats ne sont concernés par la succession aux biens patrimoniaux de la RSFY que dans la mesure où ces biens ont été attribués à la Serbie car dans cette hypothèse des questions de succession pourraient se poser dans leurs rapports avec la Serbie. Tel n'est pas le cas en l'espèce."

Communication de la DDIP au Registre foncier de U., du 8 octobre 2012. Document inédit. Pour finir l'immeuble en question fut vendu aux enchères le 9 juillet 2013.

6.3 Identité, continuité et succession d'Etats. Succession aux biens d'Etat

Voici deux extraits d'un avis de droit portant sur ce problème.

[Traduction]

"2. Les règles du droit international relatives à la succession aux biens d'Etat n'ont pas fait l'objet d'une convention de codification. Il est vrai que, le 8 avril 1983, la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat¹¹⁶ a été conclue; mais elle n'est pas en vigueur. La Suisse ne l'a pas signée. Si certaines des dispositions de cet instrument témoignent d'un développement progressif du droit qui régit cette matière, elle ne reflète pas, dans son ensemble, le droit coutumier existant (voir par exemple ([A.] AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge 2005, p. 402, et [K.] IPSEN, *Völkerrecht*, 4^e éd., Munich 2004, pp. 347-348). Pour résoudre les questions qui peuvent se poser, il faut donc, en général, se référer aux règles pertinentes du *droit international coutumier*.

3. Ce dernier établit une distinction fondamentale entre Etats continueurs et Etats successeurs:

- L'*Etat continuateur* prolonge la personnalité juridique de l'Etat prédécesseur de manière à établir une continuité dans la position juridique entre les 'deux' Etats. Cela suppose en principe que l'Etat prédécesseur n'ait pas disparu.

¹¹² Voir à titre d'exemple BRIGITTE STERN, *La succession d'Etats, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* [t. 262] 1996, p. 171; de même que KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 5^e éd., Munich 2003, pp. 350-351. Cette règle figure également aux articles 118, paragraphe premier, lettre b, et 41 de la convention de 1983.

¹¹³ RICK FAWN, *The Kosovo- and Montenegro-Effect*, International Affairs, vol. 84, 2008, p. 276.

¹¹⁴ STEFAN OETER, *The Disemberment of Yugoslavia: An Update on Bosnia and Herzegovina, Kosovo and Montenegro*, German Yearbook of International Law [vol. 50] 2007, p. 518.

¹¹⁵ IPSEN, *op.cit.* [note 112], p. 152, ainsi que ANDREAS ZIMMERMANN, *State Succession in Treaties, Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, N. 11. Ce principe figure également à l'article 35 de la Convention de Vienne du 22 août 1978 (reproduite dans *ILM*, vol. 17, p. 1488 [ou dans Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd., New York, 2009, p. 203]). Cette convention est entrée en vigueur le 6 novembre 1996. Elle n'a toutefois été signée que par 19 Etats, et elle est à présent en vigueur pour 22 Etats. La Suisse n'y est pas Partie. Selon la doctrine dominante et la pratique des Etats, on ne peut considérer qu'elle représente, d'une manière générale, une codification du droit international coutumier

¹¹⁶ Voir la note 104.

- L'*Etat successeur*, quant à lui, jouit d'une nouvelle personnalité juridique internationale qui n'a rien en commun avec celle de l'*Etat prédécesseur*, qui continue à exister. Tel est le cas pour les Etats qui se sont émancipés de ce dernier par voie de sécession.

5. La répartition entre l'*Etat continuateur* et l'*Etat successeur* des biens situés à l'étranger n'est *pas réglée de façon définitive par le droit international coutumier*. Même dans le cadre de la convention de Vienne de 1983 -- qui n'est pas en vigueur --, aucune solution n'a pu être trouvée. Certains *auteurs* affirment que les biens situés à l'étranger reviennent automatiquement à l'*Etat continuateur* ([M.] SHAW, *International Law*, 5^e éd., Cambridge 2003, p. 702). D'autres estiment que les biens à l'étranger doivent être partagés équitablement par les Etats concernés (voir par exemple [A.] ZIMMERMANN, *State Succession in Other Matters than Treaties*, *Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, N. 17). Ce dernier point de vue est surtout fondé sur le fait qu'il y a souvent divergence sur la question de savoir s'il y a effectivement eu sécession (cas où il y a un *Etat continuateur*) ou si c'est d'un démembrement qu'il s'agit (situation où il n'y a, en principe, que des *Etats successeurs* et où l'on admet que le principe du partage consensuel est applicable."

Correspondance interne au sein de la DDIP, du 20 décembre 2012. Document inédit.

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 3.3 et 5.5-5.9)

7.1 Privilèges fiscaux des fonctionnaires d'organisations intergouvernementales

Le document qui suit, œuvre de la DDIP, a pour objet le statut fiscal d'un fonctionnaire retraité de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

"Le Conseil fédéral a conclu le 21 août 1948 un accord avec l'OMS pour régler le statut de cette organisation en Suisse.¹¹⁷ Tout en reconnaissant la personnalité internationale et la capacité juridique de l'OMS en Suisse, cet accord définit les privilèges et immunités qui sont accordés en Suisse à l'organisation ainsi qu'aux personnes exerçant des fonctions pour son compte, et ce en vue d'assurer l'indépendance et la liberté d'action de l'OMS sur le territoire suisse. A cet égard, il importe de garder à l'esprit l'article 21, paragraphe premier, selon lequel les privilèges et immunités prévus par l'accord ne sont pas établis en vue d'accorder aux fonctionnaires de l'OMS des avantages et des commodités personnels mais sont institués uniquement afin d'assurer, en toute circonstance, le libre fonctionnement de l'organisation et la complète indépendance de ses agents.

Il ressort d'une interprétation littérale de l'accord précité que ses dispositions s'appliquent aux fonctionnaires de l'OMS exclusivement pour la durée de leurs fonctions. En effet, l'article 17 de l'accord prévoit que les privilèges et immunités sont accordés aux fonctionnaires de l'organisation. En revanche, ni cet article ni aucune autre disposition de l'accord ne fait mention des personnes qui n'exercent plus de fonctions pour l'organisation. Ainsi, les personnes qui ne sont plus des fonctionnaires de l'OMS ne sauraient prétendre aux privilèges et immunités inhérents à ce statut. En d'autres termes, les privilèges et immunités accordés aux fonctionnaires de l'OMS sont liés à l'exercice de fonctions pour le compte de l'OMS et s'éteignent dès lors que les fonctions pour le compte de l'organisation prennent fin. Les anciens fonctionnaires de l'OMS, lorsqu'ils sont par exemple arrivés à la retraite, ne peuvent donc pas prétendre, en particulier, à des exonérations fiscales.

Une interprétation à la lumière du but visé par l'accord et plus particulièrement par son article 17 aboutit à la même conclusion. En effet, comme relevé à titre liminaire, les privilèges et immunités reconnus à l'OMS et aux personnes exerçant des fonctions pour son compte n'ont pas pour objectif d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de l'organisation et de garantir son indépendance ainsi que celle de ses agents. Le fait d'étendre ces privilèges et immunités accordés aux fonctionnaires de l'OMS au-delà de la durée de leurs fonctions ne correspond donc pas à l'esprit de l'accord et n'est, de manière générale, pas conforme au but des privilèges et immunités reconnus par le droit international.

Il ressort de ce qui précède que l'exonération fiscale dont vous avez bénéficié en tant que fonctionnaire de l'OMS conformément à l'article 17, lettre b, de l'accord susmentionné, vous a été reconnue à juste titre pour la période au cours de laquelle vous avez exercé des fonctions pour l'OMS. En revanche, à compter de la fin de l'exercice de vos fonctions pour le compte de l'OMS, votre statut fiscal n'est plus couvert par l'accord conclu entre le Conseil fédéral et l'OMS. Ainsi, vos revenus, pension et fortune, de quelque origine qu'ils proviennent, y compris d'économies accumulées à partir d'un salaire perçu en rétribution de vos activités effectuées en tant que fonctionnaire de l'OMS, sont soumis au droit fiscal suisse et imposables sur cette base. Dans la mesure où l'autorité cantonale des impôts du canton de Vaud [canton dans lequel se trouve le domicile du destinataire de la présente lettre] est parvenue à la même conclusion, je ne peux que constater qu'elle fait une application satisfaisante du droit actuellement en vigueur."

Lettre adressée par la DDIP à M.F. en date du 19 novembre 2012. Document inédit.

7.2 Communication des postes consulaires avec les ressortissants de l'Etat d'envoi détenus par l'Etat de résidence. Applicabilité directe de règles conventionnelles sur le plan interne

¹¹⁷ RS 0.192.120.281.

Cette question, débattue devant la Cour internationale de Justice dans les affaires *LaGrand*¹¹⁸ et *Avena*,¹¹⁹ l'a également été dans un arrêt du Tribunal fédéral.

[Traduction]

"4.3. Selon l'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la CVRC [Convention de Vienne, du 24 avril 1963, sur les relations consulaires, RS 0.191.02], les autorités compétentes de l'Etat de résidence, dans le but de faciliter l'exercice des fonctions consulaires vis-à-vis des ressortissants de l'Etat d'envoi, doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention provisoire ou toute autre forme de détention doit elle aussi être transmise sans retard par les autorités en question. Celles-ci doivent promptement informer l'intéressé des droits qui lui reviennent aux termes de l'article 36, paragraphe premier.

Le droit de communiquer résultant de l'article 36 de la CVRC doit être respecté par toutes les 'autorités compétentes' de l'Etat de résidence et en premier lieu la police. Les diverses garanties découlant de cette disposition prennent la forme de droits internationaux individuels de ressortissants étrangers, notamment détenus, à l'égard de l'Etat de résidence. C'est ainsi la protection de l'étranger détenu qui est au cœur des préoccupations. L'article 36, paragraphe premier, lettre b, de la CVRC est directement applicable, étant suffisamment précis et ne nécessitant aucune législation d'exécution (SABINE GLESS/ANNE PETERS, *Verwertungsverbot bei Verletzung der Pflicht zur Belehrung nach Artikel 36 WÜK?*, Strafverteidiger 2011, pp. 371, avec des renvois, et 875).

La Cour internationale de Justice de La Haye (CIJ) a admis, s'agissant de l'article 36 de la CVRC, que les conséquences juridiques d'une absence de communication devaient être appréciées de cas en cas par le tribunal compétent ('procédure Avena'). Ainsi la CIJ ne pose aucune interdiction d'utiliser des preuves et se limiter à demander que les tribunaux internes considèrent une telle interdiction (GLESS/PETERS, *op.cit.*, p. 372, renvoyant à CIJ, Recueil 2004, p. 12, paragraphe 127)."

Arrêt du TF, du 5 avril 2012, dans la cause *X. c. Procureur général du canton d'Argovie*. 6B_690/2012.

7.3 Statut diplomatique et constitution d'une hypothèque légale sur un bien immobilier

Un membre d'une mission permanente à Genève n'avait prétendument pas payé les frais d'aménagement/rénovation de sa villa. Pour offrir aux créanciers une garantie de recouvrement de leurs créances, l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs au sens de l'article 837, alinéa premier, chiffre 3, du Code civil suisse (CC)¹²⁰ a été envisagée. Une telle inscription était-elle compatible avec le statut [du diplomate en cause]?

"1. ... En conclusion, le *bien immobilier en question appartient à un membre du personnel diplomatique de la mission permanente et non à l'Etat*.

2. Conformément à la lettre et à l'esprit de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD),¹²¹ l'agent diplomatique jouit des immunités qui lui sont accordées non pas dans le but d'avantager sa personne mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de la mission diplomatique en tant que représentant de l'Etat. En vertu de l'article 31, paragraphe premier, lettre a, de la CVRD, *l'agent diplomatique jouit de l'immunité de juridiction civile et administrative, sauf s'il s'agit d'une action réelle* concernant un immeuble privé sis en Suisse, à moins que cet agent ne le possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins de la mission.

3. L'inscription d'une hypothèque légale fondée sur l'article 837, alinéa premier, chiffre 3, CC constitue une action réelle au sens de l'article 31, paragraphe premier, lettre a, CVRD, puisque la procédure a trait à l'inscription d'un droit réel sur la propriété privée de l'agent diplomatique. De ce fait, *l'immunité de juridiction des agents diplomatiques ne s'oppose pas à l'inscription d'une hypothèque légale sur leurs immeubles privés sis en Suisse*.

4. En ce qui concerne l'immunité d'exécution des agents diplomatiques, l'article 31, paragraphe 3, CVRD prévoit que des mesures d'exécution peuvent être prises dans le cas d'une action réelle concernant un immeuble privé de l'agent diplomatique, pour autant que ces mesures ne portent pas atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure.

L'inviolabilité de l'agent diplomatique (article 29 CVRD) vise à empêcher toute mesure qui constituerait une coercition directe (arrestation, détention, atteinte à sa personne, à sa liberté et sa dignité).

En vertu de l'article 30 CVRD, l'inviolabilité de la demeure privée de l'agent diplomatique est identique à celle reconnue par l'article 22 CVRD aux locaux de la mission diplomatique. Ainsi, l'Etat accréditaire doit empêcher ses agents de pénétrer dans la demeure de l'agent diplomatique pour une raison officielle qu'elle que soit. L'Etat accréditaire a en outre l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées afin d'empêcher que la demeure ne soit envahie ou endommagée. Enfin, la demeure de l'agent diplomatique ne peut pas faire l'objet de perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution.

Au vu de ce qui précède, *l'immunité d'exécution de l'agent diplomatique ne s'oppose pas en soi à la réalisation d'une hypothèque légale dans la mesure où il s'agit uniquement d'un transfert de propriété à la suite de la vente de l'immeuble*.

¹¹⁸ Affaire *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 2001, Recueil 2001, p. 466.

¹¹⁹ Affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis), arrêt du 31 mars 2004, CIJ, Recueil 2004, p. 12.

¹²⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

¹²¹ Voir la note 97.

En revanche, la procédure de réalisation de cette hypothèque pourra se heurter en pratique à un certain nombre d'obstacles découlant de l'inviolabilité de la personne et de la demeure de l'agent diplomatique, en partie dus à la présence de l'agent diplomatique dans l'immeuble. En particulier, la notification des actes judiciaires ne pourra pas avoir lieu sans le consentement de l'agent et il ne pourrait pas être procédé à une visite de l'immeuble avant la vente (inviolabilité de la demeure de l'agent). De même, l'agent ne pourra pas être expulsé de l'immeuble (inviolabilité de la personne). Pour pouvoir procéder à ces actes, il sera nécessaire de demander à l'Etat accréditant de renoncer à l'inviolabilité de la personne et à l'inviolabilité de la demeure de son agent diplomatique."

Extrait d'une note préparée par la DDIP et datée du 1er juin 2012. Document inédit.

7.4 Contrôle de véhicules immatriculés "CD" et utilisés par des membres d'une mission diplomatique

La brève étude qui suit porte sur la manière de traiter un véhicule immatriculé "CD" et conduit par un membre de la mission ne bénéficiant pas de privilèges et immunités diplomatiques.

"Un véhicule immatriculé CD est un moyen de transport de la mission diplomatique. A ce titre, il ne peut faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution conformément à l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.¹²² Toutefois, on peut distinguer le cas de figure selon que la voiture convoie le chef de la mission ou un agent diplomatique, ou selon que le véhicule est conduit par une personne qui ne bénéficie pas de privilèges et immunités (membre de la mission diplomatique) sans qu'un agent diplomatique ne se trouve à bord.

2. Lorsque le chef de la mission ou un agent diplomatique est dans le véhicule, il n'est pas possible d'arrêter et de perquisitionner le véhicule. En effet, non seulement le véhicule de la mission diplomatique est inviolable sur la base de l'article 22, paragraphe 3, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, mais la personne du chef de la mission et celle de l'agent diplomatique est inviolable (article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques). Cela signifie que le chef de la mission ou l'agent diplomatique ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention, qu'il doit être traité avec le respect qui lui est dû et que toute atteinte à sa personne, à sa liberté et à sa dignité doit être empêchée. Une perquisition du véhicule dans ces circonstances porterait atteinte aux dispositions précitées.

3. Lorsqu'une personne sans privilège et immunité (membre de la mission diplomatique) conduit un véhicule immatriculé CD et qu'il est seul à bord, c'est-à-dire que le chef de la mission ou un agent diplomatique ne s'y trouve, il est possible d'arrêter et de perquisitionner le véhicule à deux conditions. Premièrement, il faut que les autorités aient des motifs sérieux de croire que le véhicule transporte un chargement illicite (armes, drogue, personne recherchée par la police) ou que la personne au volant a commis une infraction grave à la législation suisse (trafic d'armes, trafic de drogue, infraction à la loi sur la circulation routière, etc.). Deuxièmement, les documents de la mission diplomatique que le véhicule transporte doivent être respectés, c'est-à-dire qu'ils ne doivent en aucun cas être ouverts, lus, et encore moins être saisis. A cet égard, la correspondance diplomatique bénéficie de l'inviolabilité absolue (article 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques). Le respect de la correspondance diplomatique s'étend à tous les objets (papiers, enveloppes, paquets, valises, etc.) concernant la mission et ses fonctions.

4. Dans le cas qui vous intéresse, il est ainsi possible d'arrêter et de perquisitionner le véhicule de la mission diplomatique, immatriculé CD, sur la voie public lorsqu'il est conduit par un membre de la mission diplomatique qui n'est pas au bénéfice de privilèges et immunités, pour autant que a) le chef de la mission ou un agent diplomatique ne se trouve pas à bord, b) les autorités disposent de motifs sérieux de croire que le véhicule contient un chargement enfreignant la législation suisse ou que la personne au volant a commis une infraction grave à la législation suisse, c) les documents officiels de la mission diplomatique ne soient pas touchés et que le secret de la correspondance diplomatique soit ainsi préservé."

Etude de la DDIP du 6 décembre 2011. Document inédit.

7.5 Immunité diplomatique en cas d'accident de la circulation

Voici quelques considérations émises par la DDIP sur cette question:

"1. De manière générale, s'agissant des personnes au bénéfice de privilèges et immunités, nous sommes de l'avis que les déplacements entre le domicile et le lieu de travail, respectivement entre le lieu de travail et un lieu de réunion sont effectués dans le cadre de l'exercice des fonctions. Tel n'est en revanche pas le cas des déplacements d'ordre privé (par exemple les week-ends).

Sont réservées les dispositions contraires éventuellement comprises dans les traités internationaux pertinents, respectivement dans les accords de siège applicables (voir notamment l'article 20 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme en vue de déterminer le statut juridique du Fonds mondial en Suisse, RS 0.192.122.818.11 qui exclut pour certaines catégories de personnes l'immunité de juridiction en cas d'action en responsabilité civile en matière de circulation routière, mais non en cas de procédure pénale).

C'est ainsi que, lorsqu'un bénéficiaire de privilèges et immunités ne jouit pas de l'immunité de juridiction absolue, mais seulement de l'immunité de juridiction fonctionnelle, nous nous adressons à la mission diplomatique ou la mission

¹²² Voir *ibid.*

permanente, respectivement à l'OI concernée en cas d'infraction à la circulation routière afin de déterminer si la personne qui conduisait était ou non dans l'exercice de ses fonctions lors de l'infraction.

2. Il est bien évident que les personnes qui jouissent d'une immunité de juridiction absolue sont couvertes, pendant la durée de leurs fonctions, y compris en cas d'accident de la circulation routière. Le cas échéant, nous nous adressons à l'Etat accréditant/Etat d'envoi, ou à l'OI concernée afin de demander la levée de l'immunité lorsqu'il y a une infraction grave aux règles de la circulation routière ou lorsqu'il y a une plainte contre la personne concernée.

Nous indiquons à toutes fins utiles un *arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes* dans l'affaire *Sayag* du 11 juillet 1968¹²³ selon lequel: 'des fonctionnaires et agents dont les fonctions ne consistent pas à conduire les véhicules de la Communauté, et qui utilisent leur voiture personnelle librement (...) même si l'institution les y a autorisées, n'accompliraient pas des actes en leur qualité officielle et ne sauraient prétendre au bénéfice de l'immunité de juridiction'. Les infractions à la circulation routière commises par un agent diplomatique dont la fonction n'est pas la conduite de véhicules ne constitueraient dès lors pas des actes de fonction.

5. Comme indiqué ci-dessus, si une plainte est déposée dans le cadre d'un accident de la circulation routière contre une personne au bénéfice de privilèges et immunités, nous intervenons pour requérir la levée de l'immunité, voire pour demander le départ de la personne concernée si les circonstances le justifient. Dans ce contexte et à notre connaissance, nous avons toujours pu compter sur la collaboration des OI établies en Suisse.

6. S'agissant plus spécifiquement de l'ONU:

L'accord de siège conclu avec l'ONU en 1946 a été établi sur la base de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies.¹²⁴ La portée des deux textes est donc similaire.

L'accord de siège ne contient pas, contrairement à d'autres accords plus récents, de réserve en ce qui concerne la circulation routière (voir chiffre 1 ci-dessus)."

Avis donné par la DDIP le 27 mars 2012. Document inédit.

7.6 Privilèges et immunités des enfants de diplomates en matière de formation professionnelle

Dans une note diplomatique, l'Ambassade Tunisie avait sollicité l'avis du DFAE sur la taxe scolaire demandée par le Centre de formation professionnelle et technique de Genève pour certains types de formation. Voici l'avis du Département:

"En Suisse, le système éducatif relève de la compétence des cantons. La loi pertinente du canton de Genève¹²⁵ prévoit des taxes pour la formation du niveau secondaire II et la formation professionnelle supérieure. Les taxes perçues par le canton de Genève à ce titre constituent des taxes perçues en rémunération de services particuliers rendus au sens de l'article 34, lettre e, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.¹²⁶ Il s'ensuit que les membres des missions permanentes et les membres de leur famille ne sont pas exemptés du paiement de la taxe scolaire.

En règle générale, en Suisse, l'éducation post-obligatoire et les formations professionnelles supérieures sont soumises à une participation financière du bénéficiaire de l'éducation qui ne couvre souvent pas l'ensemble des coûts effectifs de la formation. La taxe de 1000 CHF par année prévue pour une scolarisation au Centre de formation professionnelle technique de Genève constitue une participation partielle aux coûts effectifs. Elle est perçue aussi bien auprès des membres des missions permanentes et des fonctionnaires internationaux qu'auprès de tous les autres bénéficiaires de l'enseignement secondaire II et des formations professionnelles supérieures qui, sans bénéficier de privilèges et immunités diplomatiques, ne sont pas soumis à l'impôt à Genève, notamment parce qu'ils sont domiciliés dans un autre canton ou à l'étranger. Les cantons subventionnent les institutions éducatives grâce aux impôts prélevés auprès des résidents. Il en découle que les personnes assujetties à l'impôt dans le canton peuvent parfois bénéficier de réductions sur les frais de participation à leur formation, de telles réductions ne pouvant pas être accordées aux personnes non soumises à l'impôt.

Le Département confirme dès lors que, en l'espèce, la taxe scolaire est due par les membres des missions permanentes."

Note du 12 juillet 2012, communiquée par le DFAE à l'Ambassade de Tunisie en Suisse. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir le n° 2.1)

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

--

¹²³ Affaire C-5/1968.

¹²⁴ Accord des 11 juin/1^{er} juillet 1946 sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (RS.0.192.120.1). L'instrument de base mentionné dans le texte est l'Accord du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies (RS 0.192.110.02).

¹²⁵ Loi du 15 juillet 2007 sur la formation professionnelle (Recueil systématique genevois, C2.05).

¹²⁶ Voir la note 97.

10. Le droit des conflits armés

--

11. La neutralité

--

La pratique suisse en matière de droit international public 2013 - RSDIE 2015 p. 57

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les nos 2.1, 2.2, 2.3 et 9.2)

1.1 Réserves aux traités internationaux. Amendements aux traités

Dans le Rapport de la Commission du droit international relatif à sa 63^e session (26 avril–3 juin, 4 juillet–12 août 2012, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 66^e session, Supplément n° 10, A/66/10) figure le texte du «Guide de la pratique sur les réserves aux traités», élaboré par la Commission (pp. 19–68, Rapporteur spécial: A. PELLET). Voici les commentaires sur le «Guide» faits par le représentant de la Suisse au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies:

«Permettez-moi de m'arrêter sur le dialogue réservataire, l'observatoire en matière de réserves et le mécanisme d'assistance. Il est fondamental que l'auteur d'une réserve en expose les motifs (directive 2.1.2).

Dialogue réservataire

Ma délégation juge tout aussi important que les autres Etats ne gardent pas le silence lorsqu'une réserve sujette à caution leur est notifiée (directive 4.5.2). En effet, une objection pourrait attirer l'attention de l'auteur de la réserve sur les doutes que celle-ci soulève. Ainsi, une objection permet à l'Etat qui l'a formulée et à l'Etat auteur de la réserve, de même qu'à toutes les parties intéressées, d'engager un dialogue. Ajoutons que pour le favoriser, toute objection devrait être motivée (directive 2.6.9). Ma délégation est en outre d'avis que l'Etat qui a formulé l'objection devrait préciser les conséquences juridiques dont il assortit son objection à la réserve, voire demander à l'auteur de la réserve de clarifier sa position.

Ma délégation soutient dès lors les recommandations que la Commission soumet à l'Assemblée générale, à savoir d'appeler les Etats à engager et à mener ce dialogue.

Observatoire en matière de réserves

S'agissant des suggestions que la Commission adresse à l'Assemblée (contenues dans son Rapport de 2011, A/66/10, paragraphe 73), à savoir envisager la mise en place d'un observatoire en matière de réserves aux traités au sein de la Sixième Commission, ma délégation souhaiterait ajouter ce qui suit:

L'utilité d'un forum, offrant aux Etats un espace pour échanger des informations, débattre des réserves sujettes à caution ou coordonner leurs réactions ou objections, peut être [réelle]. La Suisse est un membre actif du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, qui tient également lieu de forum de ce type.

Ma délégation adhère dès lors aussi à la recommandation visant la création de forum au niveau régional. Il faut en effet encourager toutes les régions à constituer de tels observatoires. Une fois que ceux-ci auront vu le jour et fait la preuve de leur efficacité au niveau régional, la création d'un tel observatoire au niveau universel au sein des Nations Unies pourrait être envisagée.

Mécanisme d'assistance

La Commission suggère également à l'Assemblée générale (dans le Rapport de 2011 précédemment cité, A/66/10, paragraphe 73) d'envisager la mise en place d'un mécanisme dit d'assistance, soit de désigner un groupe d'experts chargés de soumettre des propositions aux Etats qui le saisiraient en vue de régler leurs divergences et de leur apporter une assistance technique pour la formulation de réserves ou d'objections, le tout reposant sur une base volontaire, [donc pouvant être activé] à la demande des Etats.

Ma délégation salue la suggestion de la Commission. Nul doute que les divergences doivent être réglées et qu'il est nécessaire d'apporter des réponses aux questions complexes émergeant dans le contexte des réserves et des objections. Ma délégation est néanmoins d'avis que les mécanismes que prévoit déjà le droit international offrent un cadre à même de satisfaire ces exigences. De plus, en formulant de nouveaux traités, les Etats sont libres de constituer des organes de règlement des différends, en fonction des besoins et du domaine sur lequel porte le traité en question.

Ma délégation souhaite souligner une fois encore qu'il est primordial et impératif de mettre en place un dialogue réservataire.

Permettez-moi de passer maintenant au deuxième sujet de mon exposé, les effets de l'acceptation d'une réserve substantiellement non valide (directive 3.3.3 du Guide de la pratique):

La Suisse estime qu'une réserve formulée en dépit d'une interdiction est dépourvue de toute validité et, par conséquent, nulle de plein droit. Cette règle est également prévue dans les directives 3.3.1 et 4.5.1 du Guide de la pratique. Ce sont les réserves nommées substantiellement non valides.

Le régime d'acceptation des réserves et des objections à celles-ci, tel qu'il est défini à l'article 20, paragraphes 4 et 5, et à l'article 21 de la Convention de Vienne¹ ne peut s'appliquer aux réserves non valides, et ce pour différentes raisons: la convention prévoit que sauf indication contraire de la part de l'Etat qui a formulé l'objection, le traité entre en vigueur sans la disposition sur laquelle porte la réserve entre celui-ci et l'Etat auteur de la réserve. Si la réserve est, en tant que telle, substantiellement valide, l'effet juridique de l'objection formulée est compréhensible. Aucun consensus n'ayant pu être dégagé entre l'Etat qui a formulé l'objection et l'Etat auteur de la réserve, au sujet de la disposition contestée, le premier peut décider soit de n'établir aucune relation conventionnelle avec l'auteur de la réserve, soit d'en avoir sur l'ensemble du traité, exception faite de ladite disposition. Toutefois, les conséquences d'une objection

¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (RS 0.111).

formulée à l'encontre d'une réserve valide et non valide ne sauraient être identiques. En effet, si les règles applicables à ces deux types d'objection étaient les mêmes, l'auteur d'une réserve inadmissible pourrait atteindre exactement le but visé alors même que la réserve qu'il a formulée était en tant que telle dépourvue de validité substantielle, rendant caduc l'article 19 de la convention de Vienne.

Accepter une réserve ne peut pas [davantage] remédier à cette non-validité substantielle. Il s'agit donc de ne pas encourager la formulation de telles réserves. Aussi ma délégation salue-t-elle la suppression de l'ancienne directive 3.3.3, intitulée «Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide», aux termes de laquelle une réserve non valide était «réputée valide si aucun des Etats contractants n'y fait objection après en avoir été expressément informé par le dépositaire».

Il n'en reste pas moins que le commentaire de la nouvelle directive 3.3.3 (anciennement directive 3.3.2), intitulée «Absence d'effet de l'acceptation individuelle d'une réserve sur la validité substantielle de la réserve», précise qu'on peut «s'interroger sur la possibilité d'une acceptation collective d'une réserve sans cela non valide», tout en avançant pour l'essentiel des arguments allant à l'encontre de cette possibilité. Or, la Commission conclut expressément que «mieux vaut ne pas prendre position».

Ma délégation souhaite faire part du point de vue de la Suisse à cet égard:

L'argument plaidant en faveur d'une telle possibilité est que rien n'empêche les Parties d'amender le traité par un accord général *inter se*. En effet, en vertu des articles 39 et 40 de la convention de Vienne de 1969, elles ont la liberté d'amender un traité par accord unanime. Toutefois, au sens de cette convention comme du Guide de la pratique, «accepter» une réserve signifie, pour un Etat, ne pas y avoir formulé d'objection à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification. Or, l'absence d'objection ne saurait équivaloir à un accord unanime pour amender un traité.

De plus, quelle clause les Parties contractantes accepteraient-elles d'amender en premier lieu? Lorsqu'une réserve est formulée en dépit d'une interdiction résultant d'une disposition dans le traité, on peut imaginer en amender la disposition visée. A l'inverse, lorsque la réserve formulée est incompatible avec l'objet et le but du traité, il paraît difficilement concevable d'amender un traité pour s'accommoder de pareille réserve.

Pour résumer, la Suisse est d'avis que l'absence d'objection de toutes les Parties dans le délai d'un an ne doit pas être considérée comme l'acceptation d'une réserve substantiellement non valide.

Pour les mêmes motifs, ma délégation suggère de rayer l'adjectif «individuel» du titre de la directive 3.3.3, sans quoi on pourrait en déduire *a contrario* que l'acceptation collective pourrait avoir un effet juridique. De surcroît, comme je viens de le mentionner, le commentaire de la directive 3.3.3 ne porte pas uniquement sur l'acceptation individuelle, mais également sur la thématique de l'acceptation collective.

Pour terminer, ma délégation souhaiterait revenir sur un troisième chapitre, le thème connexe et controversé du statut de l'auteur d'une réserve non valide (directive 4.5.3):

Si une réserve dépourvue de validité substantielle est nulle de plein droit, reste à déterminer si son auteur est lié par le traité dans son intégralité, exception faite de sa réserve (principe de la divisibilité), ou s'il ne devient pas Partie au traité du tout. La convention de Vienne n'aborde pas le sujet des effets juridiques d'une réserve substantiellement non valide.

Nul ne conteste qu'il soit impératif de fonder la réponse à cette question sur l'intention de l'auteur de la réserve, mais comment appréhender les cas dans lesquels cette intention ne peut être établie? Si l'auteur ne la manifeste pas et que le contexte ne permet pas de la faire émerger avec certitude, il y a lieu de partir du principe que la réserve n'est pas une condition *sine qua non* du consentement de son auteur à être lié par le traité. Dès lors, l'auteur de cette réserve non valide deviendrait Partie contractante sans le bénéfice de la réserve. Ma délégation soutient donc les paragraphes 1 et 2 de la directive 4.5.3.

Une question reste néanmoins ouverte: quand, ou jusqu'à quand, cette intention doit-elle être exprimée? La situation étant des plus critiques lorsque la réserve ne fait l'objet d'aucune objection, lorsque les Etats Parties gardent le silence.

Le paragraphe 3 de la directive 4.5.3, récemment ajouté, prévoit que l'auteur d'une réserve non valide peut exprimer à tout moment son intention de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve. Ma délégation estime que ce nouveau paragraphe offre une protection disproportionnée aux intérêts de l'auteur de la réserve: il est trop vague et il entraîne une insécurité juridique, dans la mesure où il semble donner à l'auteur de la réserve le droit de se retirer à tout moment du traité, sans limite et sans être lié par les règles que celui-ci prévoit pour s'en retirer. En outre, si l'auteur d'une réserve peut encore exprimer son intention à tout moment par la suite, il sera d'autant moins enclin à dévoiler cette intention, comme il se doit, au moment où il formule sa réserve. De plus, comme le commentaire de la directive 4.5.3 le relève à juste titre..., une autre question reste en suspens: à quel moment l'expression par ledit auteur de son intention de ne pas être lié par le traité sans sa réserve produit-elle ses effets? En d'autres termes, l'auteur de la réserve serait-il considéré comme n'ayant jamais été Partie contractante (effet *ex nunc*) ou comme cessant de l'être (effet *ex nunc*)?

L'auteur de la réserve décide de prendre un risque en formulant une réserve non valide. Il avait en outre la possibilité de motiver sa réserve et de rendre publiques ses intentions. Si celles-ci ne peuvent être établies, c'est essentiellement l'auteur de la réserve qui en est responsable; on ne saurait dès lors lester les autres Etats Parties et les intérêts communautaires définis dans le traité du fardeau de l'insécurité juridique.

De toute évidence, l'auteur de la réserve peut en tout temps se libérer en recourant aux modalités pour se retirer du traité en question. Après que la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son jugement dans l'affaire *Belilos*,² il y a eu des interventions au Parlement suisse pour se retirer de la convention selon les clauses prévues à cet effet. Finalement, la Suisse ne s'est pas retirée, car il s'est avéré que les avantages à demeurer un Etat Partie l'emportaient.

Des réflexions semblables peuvent être faites, selon ma délégation, au sujet du paragraphe 4. Celui-ci prévoit que «si

² *Belilos c. Suisse*, n° 10328/83, arrêt du 29 avril 1988.

un organe de contrôle de l'application du traité exprime le point de vue selon lequel une réserve n'est pas valide, et si l'Etat ou l'organisation internationale auteur de la réserve entend ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve, il devrait exprimer une telle intention dans un délai de douze mois suivant la date à laquelle l'organe de contrôle s'est prononcé. Dans d'autres directives, la Commission fait une distinction entre les organes de contrôle de l'application des traités et les organes de règlement des différends. Quand bien même le paragraphe 4 évoque les organes de contrôle de l'application des traités, le commentaire suggère que ce sont (aussi) les organes de règlement des différends qui sont visés. A plus fortes raisons, ma délégation ne peut pas accepter que l'auteur d'une réserve puisse être autorisé à exprimer son intention de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve, si un organe de règlement des différends a déjà rendu sa sentence concernant une réserve. Là encore, par égard pour la sécurité juridique, l'Etat devrait se retirer du traité conformément aux dispositions finales de celui-ci.

D'un autre côté, la situation est sans doute moins critique lorsque la réserve fait l'objet d'une objection. Dans l'idéal, l'Etat qui a formulé l'objection aura fait valoir ses arguments et les conséquences juridiques dont il assortit la non-validité substantielle de la réserve, si bien qu'on peut attendre de l'Etat réservataire qu'il réagisse en cas de désaccord. S'il ne réagit pas, il omet de réfuter la présomption et devrait être considéré comme pleinement lié par le traité sans le bénéfice de la réserve.

Dès lors, bien que la nullité d'une réserve substantiellement non valide ne dépende pas de l'objection ou de l'acceptation d'un Etat contractant, il est désirable que des objections à de telles réserves soient formulées (directive 4.5.2), plus encore lorsqu'il n'existe pas d'organe de contrôle de l'application du traité à même de rendre des décisions contraignantes. Les préoccupations peuvent alors être signalées à l'auteur, l'invitant par là-même à dissiper toute insécurité juridique potentielle. Une fois la non-validité substantielle mise en évidence, les objections peuvent fournir des éléments qui permettront à toutes les Parties intéressées d'étayer leur appréciation de la réserve.»

Intervention du représentant de la Suisse, du 30 octobre 2013, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Version écrite.

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

(Voir aussi les nos 5.1 et 5.5)

2.1 Droit international et droit interne: primauté. Conventions relatives aux droits de l'homme. Interprétation des traités

Dans une affaire concernant le renvoi d'un délinquant étranger, le Tribunal fédéral eut ceci à dire sur les rapports entre le droit suisse, notamment constitutionnel, et le droit international, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), du 4 novembre 1950 (RS 0.101):

«5.1 En présence d'un conflit de règles entre le droit international et une législation postérieure, la jurisprudence consacre en principe la primauté du droit international: conformément à la pratique *Schubert*, elle réserve l'hypothèse où le législateur s'est expressément accommodé d'un conflit avec le droit international (ATF 99 Ib 39, c. 3 et 4, *Schubert*,³ ATF 125 II 417, c. 4d, *PKK*,⁴ ATF 133 V 367, c. 11.1;⁵ ATF 136 III 168, c. 3.3.4⁶). La jurisprudence a refusé l'application de la pratique *Schubert* lors d'un conflit avec des conventions relatives aux droits de l'homme (ATF 125 II 417, c. 4d; ATF 131 II 352, c. 1.3.1, résumé dans JdT 2006 I 399; ATF 136 II 241, c. 16.1⁷); elle a toutefois laissé la question ouverte dans un cas (136 III 168, c. 3.3.4). Dans un arrêt très récent, le TF a confirmé la primauté du droit international et son devoir de s'y conformer (ATF 138 II 524, c. 5.1⁸); en présence d'un véritable conflit de règles entre le droit fédéral et le droit international, l'obligation internationale de la Suisse prévaut en principe (ATF 135 II 243, c. 3.1⁹; ATF 125 II 417, c. 4d); cela concerne aussi les traités qui ne portent pas sur les droits de l'homme ou les droits fondamentaux (ATF 136 II 241, c. 16.1; ATF 122 II 485, c. 3a, résumé dans JdT 1998 IV 94.3;¹⁰ voir aussi [J.-P.] MÜLLER, [Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der Bundesverfassung auseinandersetzen? (ci-après: *Minarettverbot*), Jusletter, 1er mars 2010], nos 10 et 17). Cette primauté vaut aussi à l'encontre des lois fédérales entrées en vigueur après la règle de droit international; la maxime *lex posterior derogat priori* ne s'applique pas dans les rapports du droit international avec le droit interne (ATF 122 II 485, c. 3a). La Suisse ne peut pas se prévaloir de dispositions de son droit interne pour justifier l'inexécution d'un traité (article 5, alinéa 4, de la Cst.; article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [du 23 mai 1969], CV, RS 0.111; cf. ATF 125 II 417, c. 4d; ATF 122 II 234, c. 4c, résumé dans JdT 1997 I 556; voir aussi ATF 116 IV 262, c. 3b/cc, JdT 1993 IV 12; ATF 117 IV 124, c. 4b, JdT 1993 IV 189). En conséquence, une loi fédérale contraire au droit international demeure en principe inapplicable (ATF 125 II 417, c. 4d; ATF 128 IV 201, c. 1.3, JdT 2005 IV 57; voir aussi [M.] HOTTELIER/[H.P.] MOCK/[M.] PUÉCHAVY, [La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2^e éd., [Zurich 2001,] pp. 12 et ss; MÜLLER, *Minarettverbot*, nos 9 et s.; [Th.] COTTIER/[M.] HERTIG, [Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: U. ZIMMERLI (dir.), *Die neue Bundesverfassung*, [Berne 2000], pp. 11, 17, 18 et ss, 24).

5.2

³ *Pratique suisse* 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

⁴ *Pratique suisse* 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634.

⁵ *Revue de droit administratif et fiscal* 2008 I 428.

⁶ *Pratique suisse* 2010, n° 2.1, RSDIE, 22^e année, 2012, p. 115.

⁷ *Revue de droit administratif et fiscal* 2010 II 308.

⁸ *Pratique suisse* 2012, n° 2.1, RSDIE, 24^e année, 2014, p. 114.

⁹ *Revue de droit administratif et fiscal* 2010 I 460 (résumé).

¹⁰ *Pratique suisse* 1996, n° 2.2, RSDIE, 7^e année, 1997, p. 647.

5.2.1 La question à résoudre ici porte sur le rapport entre le droit international et une disposition constitutionnelle adoptée plus tard. A teneur de l'article 194, alinéa 2, de la Cst., une modification apportée à la Constitution doit ne pas violer les règles impératives du droit international. Les initiatives populaires doivent également ne pas contrevenir aux règles impératives du droit international (article 139, alinéa 3, de la Cst.). Il en découle inversement que des modifications constitutionnelles contraires à d'autres règles de droit international sont possibles (Message [du Cons. féd. à l'Ass. féd.], du 20 novembre 1996, relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 452 et s., chiffre 221.41; [Y.] HANGARTNER, *[Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 2^e éd., Zurich 2008]*, n° 33, ad article 139 de la Cst.). On ne sait guère comment procéder en présence d'un conflit de règles concret (voir à ce sujet les indications fournies dans le Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, «La relation entre droit international et droit interne», FF 2010, p. 2067, chiffre 8.6.1, pp. 2109 et ss¹¹). Une partie de la doctrine est d'avis qu'une disposition constitutionnelle plus récente et directement applicable doit prévaloir sur un traité international plus ancien (R. BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, [Zurich] 2002, n° 362, pp. 277 et s., 317; le même, *Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, [Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht,] 111^e année, 2010, pp. 241 et ss, 260 et ss); d'autres auteurs rejettent cette opinion (J. KÜNZLI, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, Revue de droit suisse, vol. 128, 2009-I, pp. 47 et ss, 71 et ss; R. KIENER/M. KRÜSI, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die direkte Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, [Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht,] vol. 110, 2009, pp. 237 et ss, 249 et ss).

5.2.2 La Convention européenne [des droits de l'homme, du 4 novembre 1950, CEDH, RS 0.101] est un traité international et elle doit être, à ce titre, interprétée conformément aux règles des articles 31 et s. de la CV. Il faut tenir compte de ses particularités et notamment de son caractère d'instrument évolutif («living instrument»; cf. ATF 137 I 284, c. 2.1, avec des références; [C.] GRABENWARTER/[K.] PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., [Munich] 2012, pp. 30 et ss (avec des références); J. MEYER-LADEWIG, *EMRK*, 3^e éd., [Baden-Baden] 2011, Introduction, n° 35; E. CHIARELLO, *Der Richter als Verfassungsgeber?* [Zurich] 2009, pp. 267 et ss; [J.] FROWEIN/[W.] PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3^e éd., [Kehl] 2009, Introduction, n° 8 et ss; [A.] HAEFLIGER/[F.] SCHÜRMANN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2^e éd., [Berne 1999,] pp. 49 et ss; M. E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2^e éd., [Zurich] 2009, pp. 162 et ss). Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne et de la pratique ultérieure des Etats relatives à l'article 8 de la CEDH, à teneur duquel chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, qu'il y a violation de la convention lorsque la personne concernée a établi dans l'Etat de séjour des relations personnelles ou familiales suffisamment solides et que ces relations seraient durablement touchées au titre de la «vie privée» ou de la «vie familiale» par une mesure refusant ou interrompant le séjour. Dans le cadre de l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH, la convention et la jurisprudence de la Cour européenne, interprétant cette disposition de manière contraignante, exigent une pondération entre l'intérêt privé de la personne concernée à rester dans le pays, d'une part, et l'intérêt public à l'en éloigner ou à l'empêcher d'y entrer dans l'un des buts énumérés par ladite disposition, d'autre part; cet intérêt-ci doit se révéler prépondérant sur cet intérêt-là en ce sens que la mesure apparaisse nécessaire à l'issue d'une appréciation globale et concrète fondée sur les critères retenus par la Cour.

5.2.3 ... cette exigence n'est pas satisfaite en l'espèce (...). Avec la convention européenne et la voie de la requête individuelle, la Suisse n'a pas repris seulement l'obligation de respecter les garanties de fond que ce traité prévoit, mais aussi celle de se soumettre au mécanisme de mise en œuvre également prévu; celui-ci comprend, à la suite de chacun des arrêts de la Cour, l'obligation d'adopter les mesures individuelles et générales – incluant au besoin l'adaptation du droit interne – propres à prévenir de nouvelles violations de la convention (cf. les articles premier et 46 de la CEDH; l'article 61 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa teneur au 1^{er} septembre 2012; GRABENWARTER/PABEL, *op.cit.*, paragraphe 16, n° 8 et ss; au sujet des «infringement proceedings», n° 10 et ss; MEYER-LADEWIG, *op.cit.*, n° 25 et s., 37 et surtout 41 ad article 46 de la CEDH; [S.] BREITENMOSER/[B.] RIEMER/[C.] SEITZ, *Praxis des Europarechts. Grundrechtsschutz*, [Zurich] 2006, p. 19; HÄFLIGER/SCHÜRMANN, *op.cit.*, pp. 426 et ss).

5.3 Le TF est lié par le mécanisme de mise en œuvre aussi dans la prise en considération de l'article 121, alinéa 3, de la Cst. Il doit continuer de donner suite aux exigences imposées par la jurisprudence de la Cour européenne (cf. l'article 190 de la Cst.).

Dans la pesée d'intérêts prescrite par ladite jurisprudence, le TF peut tenir compte du jugement de valeur exprimé par le constituant dans la mesure où il n'en résulte pas de contradiction avec le droit de rang supérieur, c'est-à-dire dans la mesure où ce jugement de valeur s'inscrit dans le pouvoir d'appréciation que la Cour européenne reconnaît aux Etats Parties aux fins de l'application de leur politique d'immigration et de gestion de la population étrangère. Dans ce contexte, la pesée d'intérêts ne peut pas se réduire schématiquement à quelques causes d'interruption du séjour définies plus ou moins clairement par le droit constitutionnel, sans qu'il soit tenu compte de la gravité de la peine ni d'autres éléments de nature à justifier les atteintes portées à la vie privée ou familiale par l'interruption du séjour (...).

Arrêt du TF, du 12 octobre 2012, en l'affaire X. c. *Département de la justice et de la sécurité du canton de Thurgovie* (c. 5.1 à 5.3). JDT 2013 I 167 (177–180); ATF 139 I 16 (28–31); 2C_828/2011.

2.2 Rapports entre le droit international et le droit interne en Suisse: monisme; application directe; hiérarchie; *jus cogens*; principe du non-refoulement

Le texte qui suit est extrait d'une note de la Direction du droit international public intitulée: «Droit international – droit interne».

¹¹ Pratique suisse 2011, version intégrale, n° 2.1, www.dfae.admin.ch/ddip, p. 4 (11).

[Traduction]

«1. Les rapports entre le droit international et le droit interne en Suisse

Ces derniers temps plusieurs initiatives populaires ont été ou sont en contradiction avec le droit international (...). Selon l'article 139, alinéa 2, de la Cst., l'Assemblée fédérale déclare totalement ou partiellement nulles les initiatives populaires contraires aux règles impératives du droit international. E contrario les initiatives qui contredisent les autres règles de ce droit sont valables. Cette solution soulève diverses questions, celle de la définition des règles impératives du droit international, par exemple.¹² De plus, on s'interrogera sur les conséquences que peut entraîner l'acceptation d'une initiative contraire au droit international non contraignant.

a) Nature attribuée au droit international en Suisse: le monisme

L'ordre juridique suisse est de caractère moniste. Aucune procédure n'est requise pour transformer le droit international en droit interne. L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale (article 166, alinéa 2, de la Cst.) n'est pas un acte de transformation. Qui plus est, le Tribunal fédéral connaît des contestations d'individus pour violation du droit international (article 189, alinéa premier, lettre b, de la Cst.). Ainsi la Constitution permet aux particuliers de se prévaloir directement des règles du droit international, solution qui procède clairement d'une conception moniste.¹³

b) Applicabilité directe

Pour permettre aux individus de dériver des droits de dispositions du droit international, celles-ci doivent absolument être interprétées dans leur contexte général et à la lumière de l'objet et du but du traité, et elles doivent être formulées de façon inconditionnelle et suffisamment précise, afin de pouvoir déployer un effet direct et être appliquées et pouvoir former la base d'une décision.¹⁴ Lorsque la disposition en cause tend à protéger les intérêts d'individus, cela en suggère plutôt l'applicabilité directe. Des conséquences importantes pour l'Etat dans son ensemble, la complexité d'une situation difficile à saisir lors de l'examen judiciaire d'un cas concret, ainsi que des conséquences financières majeures sont des éléments qui, plutôt, font pencher la balance de l'autre côté.¹⁵

c) Conflits entre le droit international et le droit interne

- Conflits entre droit international et lois fédérales

- Selon l'article 5, alinéa 4, de la Cst.,¹⁶ il faut, en principe, respecter le droit international; de l'article 5, alinéas 3 et 4, de la Cst.¹⁷ découle en outre le devoir d'interpréter les lois de façon conforme au droit international. C'est seulement lorsque cela s'avère impossible que l'on peut parler de conflit. La Cst. ne dit pas clairement et de façon complète si, dans ce cas, c'est le droit international ou la loi fédérale qui l'emporte.¹⁸
- D'après la jurisprudence, le droit international l'emporte, sauf si le législateur a explicitement pris le risque d'un conflit avec le droit international (jurisprudence *Schubert*¹⁹). La règle de la *lex posterior* ne s'applique donc pas.²⁰
- Les règles du droit international garantissant les droits de l'homme, en particulier celles de la Convention européenne des droits de l'homme,²¹ l'emportent toujours, même si le législateur désirait s'en éloigner (jurisprudence *PKK*²²).²³

P.S. Dans l'arrêt *PKK*, le Tribunal fédéral n'a pas expressément exclu que la jurisprudence *Schubert* continue à s'appliquer aux conflits qui ne concernent pas la protection des droits de l'homme.

- Conflits entre droit international et droit constitutionnel

- Les dispositions constitutionnelles étant pour la plupart concrétisées par une législation d'application, de tels conflits ne se sont pas présentés dans la pratique; il n'y a donc pas de jurisprudence sur ce point.²⁴
- Pour cette raison, les rapports entre la Constitution et le droit international demeurent largement indéterminés. D'une part, pour les raisons sus-indiquées, la primauté du droit international s'applique également ici. D'autre part, le Conseil fédéral pense que les règles constitutionnelles contraires au droit international doivent être appliquées.²⁵
- Le Conseil fédéral préconise une exception à la primauté du droit international là où des principes fondamentaux

¹² Dans son Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre le droit international et le droit interne, du 30 mars 2011 [pour des extraits, voir Pratique suisse 2011, n° 2.2, version intégrale, Berne, avril 2013, www.dfae.admin.ch/ddip], le Cons.féd. rappelle d'abord, aux pp. 3652 et ss, la notion de droit impératif (jus cogens), telle que l'entend de façon générale l'article 53, seconde phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités (du 23 mai 1969, RS 0.101). Entrent dans cette catégorie les règles concernant : l'égalité des Etats ; l'interdiction du recours à la force figurant dans la Charte des Nations Unies ; l'interdiction de la torture ; le génocide et l'esclavage ; l'interdiction de refouler un réfugié vers un Etat où sa vie ou sa liberté est en danger en raison de sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un groupe social ou ses vues politiques («règle du non-refoulement») ; les principes du droit international humanitaire. De plus, le Cons.féd. a confirmé à plusieurs reprises que la notion de «dispositions contraignantes du droit international public» inclut les droits applicables même en présence d'états d'urgence visés à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme [du 4 novembre 1950, RS 0.101]. L'interdiction de la peine de mort peut aussi, en ce qui concerne l'Europe, être rangée dans cette catégorie. La pratique du Cons.féd. a également, de façon ponctuelle, reconnu le caractère de droits contraignants à des droits prévus par le Pacte II des Nations Unies [Nations Unies, Pacte II, du 16 décembre 1966, sur les droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)].

¹³ Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note précédente], p. 2302.

¹⁴ Ibid., p. 2303.

¹⁵ Ibid., p. 2304.

¹⁶ Selon cette disposition, « [l]a Confédération et les cantons respectent le droit international ».

¹⁷ D'après l'alinéa 3 de cet article, « [l]es organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi ».

¹⁸ Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note 12], p. 2313.

¹⁹ *Pratique suisse* 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

²⁰ Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note 12], p. 2313.

²¹ Convention du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

²² Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note 12], p. 2313.

²³ *Pratique suisse* 1999, n° 2.2, RSDIE, 10^e année, 2000, p. 634.

²⁴ Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note 12], p. 2309.

²⁵ Ibid., p. 2310.

ou des droits essentiels sont affectés (Message EEE²⁶).²⁷

- Dans un *obiter dictum* de son arrêt sur l'initiative relative à l'expulsion de criminels étrangers, le Tribunal fédéral a déclaré que la jurisprudence *PKK* devrait aussi s'appliquer aux règles de la Constitution.²⁸
- La convention européenne des droits de l'homme, ainsi, l'emporte même sur des dispositions constitutionnelles plus récentes résultant d'initiatives populaires.»

Note de la DDIP, intitulée «Droit international – droit interne», du 22 octobre 2013. Document inédit.

2.3 *Jus cogens*, règles impératives du droit international, et droits internes

Aux termes de l'article 139, alinéa 3, de la Constitution fédérale, «lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle». Ainsi l'Assemblée se prononce sur la validité de chaque initiative. Elle a dû le faire, en particulier, à propos de l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)». Aux termes de ce texte (FF 2014, p. 8493, aux pp. 8498–8499), les dispositions transitoires de la Constitution doivent être complétées par un article prévoyant l'expulsion automatique des étrangers en Suisse qui ont commis certaines catégories de crimes. Voici un commentaire du Conseil fédéral sur la conformité de l'initiative précitée avec les règles impératives du droit international:

«Critères de validité

Une initiative contraire aux règles impératives du droit international doit être invalidée, en totalité ou en partie (article 139, alinéa 3, de la Cst.). Si en revanche elle n'enfreint «que» des dispositions non impératives du droit international, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons.²⁹ Il faut donc déterminer les normes qui font partie des *règles impératives du droit international*. Le respect de ces normes sert de critère pour juger de la validité d'une initiative. Le texte de la Constitution ne définit pas concrètement cette notion. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ont toutefois développé une pratique permettant de l'interpréter. Selon cette pratique, on qualifiera les normes suivantes de «règles impératives du droit international».³⁰

a. En font en premier lieu partie les *règles impératives (jus cogens) du droit international* telles que les décrit de manière générale l'article 53, 2e phrase, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.³¹ Le terme *jus cogens* désigne les normes fondamentales du droit international auxquelles on ne peut déroger sous aucun prétexte. S'il n'existe pas de liste officielle ou faisant autorité des normes de *jus cogens*, on peut cependant en déduire certaines de la pratique des Etats et des traités internationaux en matière de droit international humanitaire. Font notamment partie du droit international impératif:³²

- L'égalité souveraine des Etats, l'interdiction du recours à la force (interdiction du recours à la force militaire) figurant dans la Charte des Nations Unies, l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage.
- L'interdiction d'expulser un réfugié dans un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques (principe de non-refoulement dans sa portée relative, codifié dans les normes applicables aux réfugiés).³³
- L'interdiction de refouler une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture et d'autres peines ou traitements cruels ou inhumains (principe de non refoulement dans sa portée absolue, codifié dans les instruments généraux des droits de l'homme et applicable à toute personne, indépendamment de son statut de séjour).
- Les principes du droit international humanitaire en cas de conflit armé (*jus in bello*), qui confèrent une protection particulière à certains groupes. Selon l'article 3 des quatre Conventions de Genève de 1949,³⁴ sont prohibés, «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

²⁶ FF 1992 I 1; *Pratique suisse* 1992, n° 2.1, RSDIE, 3^e année, 1993, p. 679.

²⁷ Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, consacré à «La relation entre droit international et droit interne» [cité à la note 12], p. 2309.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012, 2C_828/2011, c. 5.2 [ATF 139 I 16; JdT 2013 I 167].

²⁹ ATF 139 I 16, c. 5.2.1.

³⁰ Pour plus de détails à ce propos, voir le Rapport additionnel du Cons.féd., du 30 mars 2011, au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2011, p. 3401, en particulier pp. 3413 et ss) [*Pratique suisse* 2011, n° 2.2, version intégrale, www.dfae.admin.ch/ddip]. Voir aussi le Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 369, 441 et s.) [*Pratique suisse* 1997, n° 1.3, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 619] et le Message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire contre la construction des minarets (FF 2008, p. 6923, aux pp. 6929–6932).

³¹ RS 0.111

³² Le Tribunal fédéral n'a pris position que ponctuellement sur la teneur des normes de *jus cogens*; cf. ATF 133 II 450, c. 7.3 (cas Nada) [*Pratique suisse* 2007, n° 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467]: «De manière générale, on considère que le *jus cogens* inclut les droits de l'homme élémentaires, comme le droit à la vie, la protection contre la torture et les traitements dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la traite d'êtres humains, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe de non refoulement ... Plus largement, le *jus cogens* inclut aussi partiellement la protection contre la détention arbitraire, de même que certaines garanties de procédure liées à celle-ci ...».

³³ Cf. déjà FF 2011, p. 3414 (il s'agit du Rapport additionnel cité à la note 30) et 1994 III 1485 et s. [il s'agit du Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 22 juin 1994, concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine»). Cette protection n'est pas absolue; elle ne pourra pas bénéficier au «réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité ... ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté ...» (article 33, chiffre 2, de la Convention [du 28 juillet 1951] sur le statut des réfugiés [RS 0.142.30]).

³⁴ 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 des prisonniers de guerre); RS 0.518.51 (protection des personnes civiles en temps de guerre).

effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué et assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

b. Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises que la notion de règles impératives du droit international couvre également les *garanties de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, CEDH³⁵, pour les *états de nécessité* (article 15). Ces garanties sont les suivantes: interdiction d'infliger intentionnellement la mort (article 2), interdiction de la torture (article 3), interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4, alinéa premier), principe «pas de peine sans loi» (article 7), conjugué avec l'interdiction de la double peine ou le principe *ne bis in idem* (article 4 du Protocole additionnel n° 7).

Dans la pratique, les autorités fédérales ont constaté de manière ponctuelle que les garanties du *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques* (pacte II de l'ONU),³⁶ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, devaient être considérées comme des «règles impératives du droit international». Aux termes de l'article 4, alinéa 2, du pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel n'autorise aucune dérogation aux articles 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture), 8 (paragraphe premier et 2 – interdiction de l'esclavage et de la servitude), 11 (interdiction de l'emprisonnement pour dette), 15 (principe «pas de peine sans loi»), 16 (reconnaissance universelle de la personnalité juridique) et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). Il convient de relativiser cette liste dans la mesure où il y a lieu de déterminer dans chaque cas si les éléments garantissant une protection au sens des articles cités sont tous véritablement immunisés contre une atteinte, même en état de nécessité.³⁷

Obstacles hétéronomes et autonomes à une révision constitutionnelle

La valeur supérieure du *jus cogens* fait qu'aucun Etat ne peut s'y soustraire. Il constitue donc une limite matérielle *hétéronome* à une révision de la Constitution, que cette dernière prévoie ou non une réserve. Certes, aucune norme du *jus cogens* n'interdit de soumettre au vote des révisions constitutionnelles qui lui sont contraires. La question de la validité des initiatives populaires contraires au droit international relève donc du droit constitutionnel. Une révision constitutionnelle non conforme au *jus cogens* ne peut pas déployer d'effets, raison pour laquelle il semble opportun de la déclarer nulle, conformément à ce que prévoit la Constitution.

Comme le montre l'interprétation par les autorités de l'article 139, alinéa 3, de la Cst., la notion de *règles impératives du droit international*, telle qu'elle est appliquée en droit national, englobe également *d'autres normes du droit international qui dépassent le strict cadre du droit international impératif (jus cogens)*, en particulier les garanties de la CEDH et du pacte II de l'ONU en cas de situation de nécessité, qui peuvent ainsi faire obstacle à une révision constitutionnelle. Ces obstacles sont dits *autonomes*, car ils découlent de la Constitution même. Il s'agit d'obstacles que le constituant s'est lui-même imposés, mais dont il peut se défaire à tout moment. En effet, lui seul dispose, en tant qu'organe suprême de l'Etat, d'une légitimité suffisante pour déterminer dans quelle mesure il faut s'accommoder d'éventuelles atteintes au droit international (pour autant qu'elles ne touchent pas des règles impératives de ce droit).

Eviter les conflits entre normes grâce à une interprétation conforme au droit international

Dans sa pratique, le législateur s'efforce toujours d'interpréter *conformément au droit international* les dispositions constitutionnelles qui paraissent s'en écarter.³⁸ Dans le cas d'une initiative, il procède à son interprétation de manière à tenir compte à la fois des buts visés par ses auteurs et du cadre imposé par les obligations internationales que la Suisse a contractées. Le but étant de prévenir un éventuel conflit avec des normes contraires du droit international.

Certaines dispositions constitutionnelles ne permettent pas une telle interprétation conforme au droit international. Lorsqu'une initiative provoque un conflit insoluble avec des règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale est tenue, en application de l'article 139, alinéa 3, de la Cst., d'invalider tout ou partie de ses dispositions.»

Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 20 novembre 2013, concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», du 20 novembre 2013. FF 2013, p. 8493 (8501–8504). Voir également, sur la question, le Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 7 décembre 2012, relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse». FF 2013, p. 279 (287).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n°s 5.5, 5.6 et 10.2)

3.1 Immunité de juridiction pénale des représentants d'Etats étrangers

Voici une intervention du Représentant suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies:

«Nous voudrions en premier lieu souligner les progrès accomplis et le fait que la Commission [du droit international] a pu commencer à examiner des projets d'articles. Nous saluons par ailleurs l'excellent rapport et la clarté des commentaires qui ont été élaborés.

Nous prenons acte de la portée du projet d'articles telle qu'elle ressort du projet d'article premier, paragraphe premier, et du fait que le terme «représentants» fera l'objet d'un réexamen, concernant en particulier le choix de termes à employer, respectivement la détermination du cercle des personnes auxquelles s'applique l'immunité. Nous soutenons la nécessité d'une définition simple. En même temps, nous approuvons la décision de la Commission de comprendre

³⁵ RS 0.101.

³⁶ RS 0.103.2.

³⁷ A titre d'exemple, l'article 18 du pacte II de l'ONU n'est que partiellement immunisé face à un état de nécessité (voir les explications du Message relatif à l'initiative populaire contre la construction des minarets [cité à la note 30, chiffre 2.3.4]).

³⁸ Pour plus de détails, voir le Rapport du Cons.féd., du 5 mars 2010, sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010, p. 2067, en particulier le chiffre 8.7.2 [Pratique suisse 2011, version intégrale, n° 2.1, www.dfae.admin.ch/ddip, p. 4 (16)]).

la référence à la juridiction pénale comme désignant l'ensemble des actes liés à l'activité judiciaire ayant pour but d'établir la responsabilité pénale d'une personne, y compris les actes coercitifs pouvant être accomplis à l'égard des bénéficiaires de l'immunité dans ce contexte. Nous sommes en effet de l'avis qu'il ne ferait aucun sens de reconnaître, d'un côté, une immunité de juridiction pénale, tout en permettant que la personne concernée puisse faire l'objet de mesures de coercition telles qu'une arrestation. Cela irait à l'encontre de l'un des buts de l'immunité qui est de permettre à la personne qui en bénéficie d'exercer son activité officielle sans entraves.

Nous avons pris acte avec intérêt du projet d'article premier, paragraphe 2, qui réserve l'immunité de juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent notamment les personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un Etat. Nous sommes toutefois d'avis que cette liste n'est pas complète. En particulier, la notion de «mission permanente auprès des organisations internationales» devrait être expressément mentionnée dans cette liste. Il en va de même en ce qui concerne les délégations à une conférence internationale, dans la mesure notamment où une telle conférence n'est pas obligatoirement tenue sous l'égide d'une organisation internationale. Le commentaire relève que ces deux catégories, en particulier, sont couvertes par la notion de «personnes attachées à des organisations internationales». Nous estimons toutefois que tel n'est pas le cas en pratique, du moins pas de façon suffisamment claire pour éviter des difficultés pratiques si l'on s'en tient à la terminologie actuelle du projet d'article premier, paragraphe 2.

A cet égard, nous souhaiterions relever les éléments suivants. Il n'est tout d'abord pas absolument clair pour nous si cette énumération est exhaustive ou non. Ce point devrait être précisé, dans la mesure où l'expression «en particulier» pourrait être comprise dans des sens différents.

Nous relevons que la liste figurant au projet d'article premier, paragraphe 2, n'inclut pas les missions permanentes auprès des organisations internationales. Le rapport indique que le groupe des personnes rattachées à des organisations internationales regroupe «les diverses activités de représentation ou d'un autre type liées aux organisations internationales». Il précise que ce groupe comprend les règles spéciales «applicables aux personnes attachées à une mission auprès d'une organisation internationale, aux délégations aux organes des organisations internationales ou à une délégation à une conférence internationale». Selon notre conception, les personnes attachées à des organisations internationales sont essentiellement les employés de ces organisations, ainsi que, le cas échéant, les personnes qui sont détachées par des Etats pour travailler au sein de l'administration de ces organisations internationales. Il serait envisageable d'inclure dans cette notion les délégations aux organes des organisations internationales. Il n'est toutefois pas évident, selon les conceptions généralement retenues, que l'on puisse y inclure sans équivoque les personnes qui sont membres des missions permanentes auprès d'une organisation internationale.

De même, si de nombreuses conférences internationales se tiennent sous l'égide d'une organisation internationale avec laquelle l'Etat hôte a conclu un accord de siège, il ne faut pas oublier que de nombreuses conférences internationales n'ont également aucun lien avec une organisation internationale existante et que l'Etat hôte est souvent amené à accorder à la conférence et à ses participants des privilèges et immunités sur une base unilatérale, en se fondant sur sa législation nationale. A cet égard, nous souhaiterions souligner que les privilèges et immunités qui sont accordés par l'Etat hôte à la conférence et à ses participants se fondent sur le droit international, même lorsqu'ils sont formalisés par une décision unilatérale de l'Etat hôte. On ne saurait en effet concevoir qu'un Etat organise une conférence internationale et invite des délégations officielles sans leur assurer les conditions permettant à ces délégations de participer librement et sans entraves aux discussions. C'est la raison pour laquelle la Suisse applique à de telles conférences un statut privilégié et applique la Convention sur les missions spéciales³⁹ aux délégations officielles qui participent à la conférence. D'autre part, nous souhaiterions souligner que la Suisse applique la Convention sur les missions spéciales aussi bien aux rencontres bilatérales avec la Suisse qu'aux réunions qui se tiennent entre Etats tiers sur le territoire suisse, avec l'autorisation de la Suisse, conformément à l'article 18 de la convention sur les missions spéciales. La convention sur les missions spéciales constitue en effet une codification du droit international coutumier.

Concernant l'article premier, paragraphe 2, nous relevons également qu'il se limite à réserver les règles spéciales découlant du droit international. Cela exclut en particulier les immunités qu'un Etat pourrait accorder unilatéralement en application de sa législation nationale, par exemple pour un type particulier de représentants d'un Etat ou pour les représentants d'un Etat participant à une conférence internationale organisée par l'Etat hôte ou par un groupe d'Etats. Outre les cas où un Etat accorde unilatéralement des immunités tout en se fondant sur le droit international, par exemple dans le cas de conférences internationales, nous nous interrogeons sur les implications de cette disposition à l'égard des immunités accordées aux représentants étrangers sur la base de la législation nationale de l'Etat. Il pourrait s'avérer utile que la Commission s'exprime de manière plus précise sur les compétences d'un Etat d'accorder des immunités plus étendues que ce que prévoit le projet d'articles et sur les effets de telles immunités au regard d'autres traités internationaux tels que les traités d'extradition.

...

Nous avons également quelques réflexions concernant le projet d'article 3. L'année dernière, nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'il est important d'examiner l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat en gardant à l'esprit la nécessité de garder un équilibre entre la lutte contre l'impunité et le maintien de relations interétatiques harmonieuses. C'est à la lumière de cette nécessité qu'il y a lieu d'examiner le projet d'article 3. Celui-ci définit les *bénéficiaires de l'immunité ratione personae*. Nous prenons acte à cet égard que la Commission a décidé de limiter l'immunité *ratione personae* aux seuls chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères.

Nous avons pris acte des commentaires qui figurent à cet égard dans le rapport de la Commission, ainsi que de la référence aux différentes jurisprudences qui sont citées, dont la décision du Tribunal pénal fédéral dans l'affaire

³⁹ Convention du 8 décembre 1969 (RS 0.191.2).

Nezzar.⁴⁰ Nous avons également pris acte du fait que la Commission ne considère pas ces jurisprudences comme suffisantes pour établir une règle coutumière internationale qui permettrait d'étendre à d'autres personnes le bénéfice de l'immunité de juridiction *ratione personae*. Enfin, nous avons également pris acte que, pour la majorité des membres de la Commission, il est difficile de déterminer de façon précise quel serait le cercle des autres personnes pouvant bénéficier de l'immunité de juridiction *ratione personae*, outre le chef d'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères.

A cet égard, nous nous interrogeons sur la question de savoir si la limitation aux membres de la Triade permet d'atteindre cet équilibre entre la lutte contre l'impunité et le maintien de relations interétatiques harmonieuses. En tout état de cause et au vu du cercle restreint des personnes pouvant bénéficier de l'immunité *ratione personae*, il conviendra, dans la suite des travaux, d'examiner la question de la portée personnelle et matérielle de l'immunité *ratione personae* en tenant compte de ce principe primordial, au vu de la position particulière au sein de la structure de l'Etat dans laquelle peuvent se trouver d'autres hauts représentants de l'Etat. Avec la mondialisation, nous sommes dans une aire de contacts internationaux fréquents, sur des thèmes d'intérêt global très variés et impliquant des représentants d'Etats qui ne se limitent pas aux catégories des chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères. Il importe donc – en particulier dans la détermination de la portée personnelle et matérielle de l'immunité *ratione materiae* – d'avoir une approche qui soit moins statique, moins liée à une fonction précise et davantage liée aux objectifs poursuivis par les contacts internationaux. Un ministre de l'économie ou des finances peut avoir un rôle primordial au regard de l'importance des discussions internationales sur l'équilibre économique mondial. Un ministre de l'environnement, un ministre de la défense ou d'autres encore peuvent aussi, selon le contexte, avoir un rôle primordial. Nous encourageons donc la Commission à tenir compte de cette évolution dans la suite de ses travaux.

...

Nous prenons aussi acte du fait que la Commission n'a pas encore examiné la question des exceptions possibles à l'immunité *ratione personae* du chef d'Etat, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères. Dans ce contexte, nous entendons rappeler, sans préjuger du résultat des discussions qui auront lieu au sein de la Commission, et comme cela est rappelé dans le rapport de la Commission, que l'immunité *ratione personae* trouve son fondement dans la position particulière dans laquelle se trouvent les personnes occupant ces postes au sein de la structure de l'Etat.

Il sera donc important de ne pas vider de son sens le but premier de l'immunité par l'introduction d'exceptions qui pourraient ne pas être justifiées à la lumière du principe déjà évoqué de l'équilibre entre la lutte contre l'impunité et le maintien de relations interétatiques harmonieuses, ainsi qu'à la lumière du principe de l'égalité entre Etats. Il sera également important de déterminer les éventuelles exceptions de manière claire et précise afin d'éviter toute équivoque et, partant, toute difficulté de mise en œuvre. Dans ce contexte, il importera que la Commission soit particulièrement claire sur la portée de ces exceptions sur les règles spéciales du droit international qui sont mentionnées au projet d'article premier, paragraphe 2, ainsi que sur les règles spéciales qui pourraient être adoptées unilatéralement par un Etat sur la base de sa législation nationale.»

Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 28 octobre 2013. Version écrite.

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

(Voir aussi les nos 2.1 et 5.1)

4.1 Nationalité et nationalité multiple des individus. Nationalité et succession d'Etats

Le texte qui suit est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral, dont la partie principale, consacrée à la succession d'Etats en matière de traités, est reproduite sous le n° 6.1 de la présente chronique, où l'on trouvera également un résumé des faits. Les considérants ici reproduits sont ceux portant sur la nationalité des individus qui pourraient revendiquer le bénéfice de la Convention entre la Suisse et la Yougoslavie relative aux assurances sociales, du 8 juin 1962 (RS 0.831. 109.818.1). Le Tribunal fédéral constate que les individus provenant du Kosovo possèdent la double nationalité serbe-kosovare, bien que la Constitution serbe ne reconnaisse pas la nationalité du Kosovo, tandis que ce dernier admet la double nationalité. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral des assurances s'était en principe appuyé sur la nationalité la plus effective, mais avait dérogé à ce principe quand il s'agissait de ressortissants de deux Etats étrangers dont un seulement avait conclu avec la Suisse une convention d'assurances sociales: il avait retenu soit la nationalité de l'assuré au moment du versement des contributions à l'assurance sociale suisse, soit la nationalité qu'il possédait au moment où naissaient des droits pour l'individu. Le texte ci-après expose la thèse du Tribunal fédéral.

«10.

10.1 Le droit international public est un droit de coordination. Il s'ensuit qu'un Etat est largement libre de déterminer les conditions de l'octroi ou de la perte de la nationalité. Ainsi la nationalité dépend, en règle générale, du droit national et non du droit international. Toutefois, la liberté de l'Etat en matière d'attribution de sa nationalité est limitée, dans certaines conditions, par ses obligations internationales – présence d'un lieu factuel effectif et respect des droits de l'homme ([K.] IPSEN, [Völkerrecht, 5^e éd., Munich 2004], p. 328, n° 5; [P.] DAILLIER/[M.] FORTEAU/[A.] PELLET, *Droit*

⁴⁰ Pratique suisse 2012, n° 3.2, RSDIE, 24^e année, 2014, p. 118.

international public, 8^e éd., Paris 2009, p. 604, n° 354; [CH.] KREUZER, [Staatsangehörigkeit und Staatensukzession. Die Bedeutung der Staatensukzession für die staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen in den Staaten der ehemaligen Sowjetunion, Jugoslawiens und der Tschechoslowakei, Berlin 1998,] p. 25; [F.] HORN, [Conception et principes de la citoyenneté dans les démocraties occidentales modernes, in: Conseil de l'Europe (dir.), Nationalité et succession d'Etats, Strasbourg 1998,] pp. 44 et s. [collection «Science et technique de la démocratie»].

Les modifications territoriales affectent la nationalité des habitants d'au moins deux Etats. Elles intéressent ainsi le droit international et ses règles; la nationalité cesse d'être régie exclusivement par le droit national ([G.] DAHM/[J.] DELBRÜCK/[R.] WOLFRUM, *Völkerrecht*, vol. I/2, 2^e éd., Berlin 2002, pp. 58 et s., *in fine*; Conseil de l'Europe (dir.), *Rapport de la Commission de Venise, Incidences de la succession d'Etats*, [Strasbourg] 1998, pp. 25 et s., n° 26, collection «Science et technique de la démocratie», n° 23.

10.2 La question de savoir si les règles du droit international général relatives aux changements de nationalité s'appliquent en cas de modification territoriale et, le cas échéant, lesquelles, forme l'objet de vives discussions. La doctrine actuelle rejette l'idée – très répandue à l'issue de la Seconde Guerre mondiale – que la modification territoriale est automatiquement suivie par un changement de nationalité (voir [K.] HAILBRONNER/[M.] KAU, in: W. GRAF VITZTHUM (dir.), *Völkerrecht*, 5^e éd., Berlin 2010, p. 219, n° 201; K. HAILBRONNER, in: [K.] HAILBRONNER/[G.] RENNER/[H.-G.] MAASSEN, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 5^e éd., Munich 2010, p. 84, n° 61; KREUZER, *op.cit.*, p. 143 *in fine*; voir aussi M. HERTIG, *Die Auflösung der Tschechoslowakei*, [Bâle] 2001, p. 430, qui signale une divergence entre les points de vue anglo-saxon et continental). Un changement automatique de nationalité sur la seule base d'un principe coutumier ne peut être établi (KREUZER, *op.cit.*, pp. 125 et s. *in fine*; HAILBRONNER, *op.cit.*, p. 77, n° 44; HORN, *op.cit.*, p. 80) En revanche, le droit international général reconnaît aux Etats le droit, en cas de changement territorial, de conférer leur nationalité, en principe collectivement, aux personnes se trouvant sur le territoire en question (DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *op.cit.*, p. 64 *in fine*).

Si le changement territorial est conforme au droit international, l'Etat prédécesseur est tenu d'ôter sa nationalité aux personnes sur son territoire, soit de renoncer aux ressortissants revendiqués par l'Etat successeur (KREUZER, *op.cit.*, p. 50 *in fine* et p. 54, chiffre 3; HAILBRONNER, *op.cit.*, p. 80, n° 51; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *op.cit.*, p. 67, chiffre IV; voir aussi le *Rapport de la Commission de Venise, op.cit.*, p. 52, n° 104; article 25 du Projet de la CDI [Commission du droit international] (mentionné ci-après au c. 11.2). De même, dans sa «décision Teso»,⁴¹ la Cour constitutionnelle allemande a déduit du droit international général qu'en définissant le cercle de ses ressortissants, un Etat doit observer certaines limites découlant notamment de l'existence et de la compétence personnelle d'autres Etats (BVerfG 77, 137...).

10.3 En prévoyant une option, on veut prévenir les conséquences préjudiciables qui peuvent résulter d'un changement de nationalité ou de l'octroi automatiques d'une nationalité. L'option consiste à permettre à l'individu de choisir lui-même sa nationalité. Elle peut prendre la forme d'un droit de refus (option négative) ou du droit de demander une nouvelle nationalité (option positive). Un tel droit peut notamment permettre à des personnes séjournant à l'étranger et désireuses d'acquérir la nationalité de l'Etat de leur domicile d'obtenir une nationalité fondée sur la filiation. A l'inverse, les personnes qui ont leur résidence permanente sur le territoire qui a changé de mains, mais qui n'ont pas pu obtenir la nationalité du souverain territorial pour des motifs de caractère ethnique, pourront ainsi devenir ressortissants de l'Etat de leur résidence permanente. Pour pouvoir obtenir une nationalité par la voie de l'option, une déclaration adressée à l'autorité compétente est requise; en règle générale, cette déclaration doit être faite dans un certain délai. De la pratique internationale, on ne peut toutefois déduire une obligation d'offrir des options (KREUZER, *op.cit.*, p. 51 *in fine* et pp. 54 et s., n° 63; C.P. ECONOMIDES, *Les effets de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques*, *Revue générale de droit international public*, [t. 103,] 1999, p. 592, n° 24).

11. Le nouvel ordre régnant au sein des Etats successeurs de l'«ancienne» Europe (on vise par là la désintégration de l'Union Soviétique, de la Tchécoslovaquie et de la Yougoslavie, cf. le c. 5.1 [reproduit ci-dessous, n° 6.1] est dominé par le principe que le changement de souveraineté territoriale devrait entraîner le changement de nationalité de la population qui y vit. Il est vrai que certains Etats nouveaux ont tenu compte de la volonté des individus (voir, en ce qui concerne les Républiques slovaque et tchèque, HERTIG, *op.cit.*, pp. 436 et ss); mais on ne voit aucune orientation semblable des Etats en matière de droits d'option (arrêt 2C_36/2012 du 10 mai 2012, c. 3.2;⁴² IPSEN, *op.cit.*, p. 361 (début), n° 35; HAILBRONNER, *op.cit.*, p. 79, n° 50, et pp. 85 et s., n° 63; HAILBRONNER/KAU, *op.cit.*, p. 220, n° 201; pour un exposé détaillé, voir KREUZER, *op.cit.*, pp. 77 et ss). Les règles suivies par les Etats successeurs de la Yougoslavie, notamment par la Slovénie et la Bosnie-Herzégovine, étaient caractérisées, *grosso modo*, par des changements collectifs de nationalité. Le 27 avril 1992, la Yougoslavie elle aussi reconnut les autres Républiques (voir le c. 5.4, premier alinéa) et limita l'application de ses lois à la Yougoslavie/Monténégro. Les personnes qui y étaient enregistrées à la date du 27 avril 1992 ont automatiquement reçu la nationalité de la République fédérative; les ressortissants des autres républiques ont dû la demander, la double nationalité étant d'ailleurs exclue. La Croatie et la Macédoine ont admis le domicile comme critère à appliquer dans le cadre des options possibles (cf. sur ce point KREUZER, *op.cit.*, pp. 112–115; voir également T. BORIC, *Succession d'Etats et problèmes de la citoyenneté dans les ex-Républiques yougoslaves*, in: Conseil de l'Europe (dir.), *Nationalité et succession d'Etats* [, *op.cit.*], pp. 207–219; *Rapport de la Commission de Venise, op.cit.*, pp. 37 et s.)

Le Projet de déclaration adopté par la Commission du droit international (CDI) ... lors de sa 51^e session (1999) comprend 26 articles relatifs à la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'Etats (...; voir également la prise de position suisse publiée dans la [présente Revue, 8^e année,] 1998, p. 662 [début]), ainsi que le Projet de déclaration, moins substantiel, de la [Commission de Venise] sur les conséquences de la succession d'Etats pour la nationalité des personnes physiques, confirment largement la pratique des Etats qui a été décrite. Le Projet de la CDI se fonde sur le principe que toute personne affectée par une succession d'Etats a droit à la nationalité d'au moins un des Etats concernés (article premier). Le Projet [de la Commission de Venise] s'efforce, en particulier, de

⁴¹ Décision selon laquelle l'acquisition de la nationalité de la République Démocratique Allemande a pour effet juridique, en principe, l'acquisition de la nationalité allemande.

⁴² RSDIE, 24^e année, 2014, p. 140.

prévenir l'apatridie (chiffre IV).

L'article 5 [du projet de la CDI] établit la présomption que les personnes concernées qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat impliqué en obtiennent la nationalité; dans ce sens, voir également le chiffre III/8.a du projet [de la Commission de Venise]. La volonté des individus est prise en compte à l'article 11 du projet [de la CDI] et au chiffre V/13.a de [celui de la Commission de Venise]. D'autres dispositions portent notamment sur l'unité de la famille et la nationalité des enfants. L'article 15 [du projet de la CDI] proscribit la discrimination et l'article 16 les décisions arbitraires. L'article 17 [de ce projet] renferme des règles de procédure. Dans sa seconde partie, le projet de la CDI se fonde sur les Conventions de Vienne de 1978⁴³ (voir le c. 4.2.3 du document 6.1) et de 1983⁴⁴ (sur la succession d'Etats en matière de biens archives et dettes d'Etat) et établit des règles à suivre lors de l'application des règles générales figurant à la première partie (articles 1 à 18).

12.

12.1 La Loi kosovare sur la nationalité du 20 février 2008 ... prévoit, dans ses dispositions transitoires (articles 28.1 et 29.1) que toute personne ... qui avait sa résidence habituelle en République du Kosovo ou qui, le 1er janvier 1998, était ressortissante de la République fédérative de Yougoslavie est considérée comme étant de nationalité kosovare. Alors que celles appartenant à la première catégorie sont automatiquement enregistrées comme citoyens de la République du Kosovo (article 28.1, lu conjointement avec l'article 28.2), les personnes de la seconde catégorie doivent faire une demande pour obtenir la nationalité kosovare (article 29.3). Avec cette réglementation la République du Kosovo s'insère dans le cadre de la pratique régionale (voir le c. 11, premier alinéa).

12.2 Il est vrai que la République du Kosovo tolère la pluralité de nationalités (article 3 de la loi kosovare sur la nationalité), mais on ne peut en déduire que les ressortissants kosovars ont aussi, automatiquement, la nationalité serbe. Sous l'angle du droit international, la République de Serbie ne peut revendiquer le droit de déterminer elle-même le cercle de ses ressortissants (...). Qui plus est, la sécession du Kosovo n'a violé aucune règle du droit international et le Conseil fédéral a reconnu le Kosovo comme Etat indépendant en date du 27 février 2008 (c. 3 du n° 6.1). Enfin, la République du Kosovo, comme on vient de le dire (c. 12.1), s'est insérée dans le cadre de la pratique étatique régionale. Vu cette situation, la Suisse n'est pas tenue de se rallier au point de vue serbe et peut refuser d'y souscrire (voir ci-dessus, c. 10.2). Il faut donc écarter l'idée d'une conséquence automatique ou d'un principe que les personnes provenant du Kosovo possèdent, à côté de cette nationalité, également celle de la Serbie, ce que suggèrent les arrêts D-7561/2008 du 15 avril 2010⁴⁵ et C-4828/2010 du 7 mars 2011.

Cela d'autant plus que l'article 35 de la nouvelle loi serbe sur la nationalité (...) – selon lequel la perte de cette nationalité pour en obtenir une autre ne peut intervenir que sur requête – a été supprimé à l'occasion d'une modification de cette loi intervenue en 2007 (...).

La double nationalité kosovare-serbe n'est néanmoins pas exclue, puisque la loi serbe sur la nationalité tolère elle aussi la double nationalité (voir l'article 23 de la loi serbe sur la nationalité dans sa version modifiée de 2007). Elle doit cependant, non seulement être alléguée, mais aussi être établie de manière convaincante (...). Eu égard au fait qu'il n'est pas question, dans la présente affaire, d'une double nationalité kosovare-serbe, ..., il n'est pas nécessaire d'examiner si et dans quelle mesure elle peut contribuer à résoudre le problème, même abstraction faite de la jurisprudence relative au droit régissant les cas de double nationalité (c. 9.2 [non reproduit]). L'article 5 de la loi serbe sur la nationalité, lu conjointement avec l'article premier, dispose en effet qu'un ressortissant serbe possédant la nationalité d'un Etat étranger est réputé être serbe lorsqu'il se trouve sur le territoire de la République de Serbie.

13. Un autre résultat intermédiaire consiste à retenir que des ressortissants kosovars ne peuvent, pour des raisons tenant à leur nationalité, prétendre à la continuité de la convention relative aux assurances sociales au-delà du 1^{er} avril 2010 (c. 8 [non reproduit]).»

Arrêt du TF, du 19 juin 2013, en l'affaire *Caisse suisse de compensation c. M.* (c. 10 à 13). 9_C 662/2012; ATF 139 V 263 (281–287). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir le n° 6.1.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les n°s 2.2, 3.1 et 9.2)

5.1 Devoir de l'Etat d'empêcher l'exportation de logiciels de surveillance sur la base de la protection des droits de l'homme ou des règles sur la responsabilité internationale des Etats? Réciprocité

Consacré à la question formulée ci-dessus, l'avis ci-après de la Direction du droit international public a conduit à une réponse négative.

[Traduction]

«On ne saurait, d'une part, déduire des règles relatives à la protection des droits de l'homme un devoir de prévenir l'exportation de tels objets. Les devoirs de la Suisse qui résultent du droit international coutumier et conventionnel dans le domaine des droits de l'homme ne comportent aucun devoir général d'empêcher que d'autres Etats violent des droits de l'homme. Il n'existe pas d'obligation générale de coopérer pour favoriser le respect des droits de l'homme dans d'autres Etats, telle qu'on a tenté de la déduire de l'article premier, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, lu avec l'article 55, lettres a à c, et l'article 56.⁴⁶ Il n'y a pas davantage d'obligation positive de la Suisse d'assurer la

⁴³ Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1946, p. 3.

⁴⁴ Nations Unies, *La Commission du droit international et son oeuvre*, 7^e éd., New York 2009, vol. II, p. 228. Cet instrument n'est pas en vigueur.

⁴⁵ ATAF 2010, n° 41, p. 571.

⁴⁶ L'article premier, paragraphe 3, porte sur la coopération internationale; l'article 55, lettres a à c, sur la favorisation, par l'Organisation, du progrès économique, de la solution de problèmes internationaux dans les domaines économiques, social et de la santé publique, ainsi que

réalisation des droits de l'homme; une obligation n'existe que dans la mesure où il faut réaliser ces droits sur le territoire suisse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

2. *Un tel devoir ne peut pas davantage être déduit des règles sur la responsabilité des Etats.* Il est vrai que la Suisse peut être rendue responsable, sur le plan international, d'avoir aidé un autre Etat à violer le droit international (ou ses règles relatives aux droits de l'homme). C'est ce qui résulte de l'article 16 du Projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats,⁴⁷ disposition qui reflète le droit international coutumier. Une telle aide, cependant, présuppose une conscience du fait qu'il y a eu soutien de l'activité de l'autre Etat et une certaine mesure d'intention de prodiguer ce soutien (voir également, sur ce point, le *commentaire officiel de la Commission sur l'article 16*, paragraphes 3, 5 et 9). Les deux éléments – et, en tout cas, un certain degré d'intention – feraient toutefois défaut si la Suisse autorisait l'exportation de logiciels de surveillance.»

Avis donné par la DDIP le 1er octobre 2012 au Secrétariat d'Etat à l'économie du Département fédéral de l'économie. Document inédit.

5.2 Compétence territoriale: notification de documents judiciaires et extrajudiciaires

Répondant à une demande formulée par l'Ambassade d'un Etat étranger en Suisse, le Département fédéral des affaires étrangères exposa brièvement la procédure qu'il utilise pour notifier à l'étranger des documents judiciaires et extrajudiciaires.

[Traduction]

«L'Ambassade demande si le droit suisse permet – et, si oui, par quelles procédures – la notification de pièces extrajudiciaires et judiciaires adressées à un Etat étranger en les remettant à la mission diplomatique de celui-ci.

Selon la pratique suisse, la notification de documents extrajudiciaires et judiciaires destinés à un Etat étranger est réputée avoir eu lieu lors de leur remise au Ministère des affaires étrangères de cet Etat. La transmission de tels documents au Ministère est effectuée en utilisant la voie diplomatique, soit en passant par la mission diplomatique de l'Etat du for (d'envoi) au Ministère des affaires étrangères de l'Etat de destination.

Les délais spécifiés dans les documents commencent à courir deux mois après réception de ceux-ci par le Ministère des affaires étrangères de l'Etat de destination. La voie diplomatique peut également être celle de la transmission, par le Ministère des affaires étrangères de l'Etat du for, à l'Ambassade de l'Etat de destination auprès de l'Etat du for ou, si aucun des deux Etats n'a d'ambassade auprès de l'autre, par la mission diplomatique de l'Etat du for dans un pays tiers à celle de l'Etat destinataire dans ce même pays. Dans les deux cas, les délais mentionnés dans les documents commencent à courir deux mois après la date de la remise des documents à l'ambassade de l'Etat destinataire.»

Note adressée le 28 janvier 2013 par le DFAE à l'Ambassade de F. en Suisse. Document inédit.

5.3 Compétences territoriale et personnelle: notification de documents officiels par un Etat à ses ressortissants à l'étranger. Réciprocité

L'augmentation de situations s'étendant au-delà des frontières nationales a généré un besoin de voies de transmission de documents officiels aussi simples et efficaces que possible. Dans ce contexte, il s'agit d'établir si la notification directe de tels documents à des ressortissants de l'Etat d'envoi à l'étranger est admissible en l'absence d'accord (point 1). Là où il s'agit de notifier des documents officiels par l'entremise de la représentation diplomatique à des ressortissants de l'Etat d'envoi, le principe de la compétence personnelle entre en conflit avec celui de la compétence territoriale. De tels conflits doivent être résolus par une pesée des intérêts en présence. En général, le point de rattachement de la nationalité de l'Etat d'origine est dominant. La Suisse ne s'oppose pas à ce que des représentations d'Etats étrangers en Suisse adressent directement des documents officiels à leurs ressortissants (point 2). Dans le domaine des assurances sociales, particulièrement important sur le plan pratique, la balance des intérêts penchera clairement du côté de la notification directe, par un représentant diplomatique, aux ressortissants de l'Etat qu'il représente (point 3).

[Traduction]

«1. Description du problème

Dans la conception suisse, la notification⁴⁸ d'un document officiel est un acte qui relève de l'exercice de la puissance publique. En raison de la souveraineté de l'Etat territorial, un tel acte ne peut, en principe, pas être accompli. L'acte en question doit ainsi l'être par l'Etat hôte (entraide judiciaire) ou être toléré par lui (tolérance ou assentiment explicite). En l'absence de traité international, la transmission⁴⁹ se fait en principe par la voie diplomatique, c'est-à-dire en passant du représentant au Ministère des affaires étrangères, puis, le plus souvent, à d'autres autorités de l'Etat hôte,

dans des domaines connexes, de même que de la coopération intellectuelle et de l'éducation; l'article 56, enfin, sur la coopération entre les Etats membres et l'Organisation pour réaliser les objectifs mentionnés à l'article 55.

⁴⁷ Le texte du Projet d'articles est reproduit dans Nations Unies, *La Commission du droit international et son oeuvre*, 7^e éd., New York 2009, vol. I, p. 414. Pour le texte de l'article 16 du Projet, voir *ibid.*, p. 418. Pour les commentaires relatifs à l'article 16, paragraphes 3, 5 et 9, voir *Annuaire de la Commission du droit international* 2001 II/2, pp. 69–71.

⁴⁸ Par «notification» on entend la remise au destinataire, qui entraîne des effets juridiques.

⁴⁹ Par «transmission», on désigne la remise aux autorités étrangères pour qu'elles procèdent à la notification.

compétentes en la matière, puis au destinataire.⁵⁰

Jusqu'à présent les tribunaux suisses⁵¹ n'ont eu à connaître que de la légalité des notifications postales directes au destinataire se trouvant à l'étranger. Ils sont parvenus à la conclusion que l'utilisation de la poste est contraire au droit international et que la voie à emprunter est la transmission par la «voie diplomatique ou consulaire», conforme au droit international en l'absence de traité. Ces notions, cependant, ne sont pas précisées davantage. Se pose alors la question de savoir si la notification par la «voie consulaire» signifie que la représentation de l'Etat d'envoi peut remettre les documents directement aux ressortissants de cet Etat, sans l'intervention d'une autorité étrangère.

Vu la constante augmentation de situations transfrontière, il existe un besoin pratique de voies de notification aussi simples et efficaces que possible.⁵²

2. La notification de documents officiels en tant que fonction consulaire

La Convention de Vienne [sur les relations consulaires, du 24 avril 1963, CVRC]⁵³ règle les rapports sur le plan consulaire. L'article 5, lettre j, de la CVRC qualifie de fonction consulaire⁵⁴ le fait de «transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires [...] ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence».⁵⁵

La transmission par une représentation au destinataire n'est compatible avec l'article 5, lettre j, de la CVRC que si elle a lieu «conformément aux accords internationaux en vigueur», c'est-à-dire si elle est conventionnellement prévue, ou si elle peut s'appuyer sur le droit de l'Etat hôte ou sur la manière dont cet Etat conçoit la souveraineté.⁵⁶

En matière civile et commerciale, la Convention relative à la procédure civile (CPC54)⁵⁷ et la Convention [plus récente] sur le même sujet (CPC65)⁵⁸ prévoient, à côté d'autres voies de transmission, la notification directe de documents au destinataire par la représentation concernée, aussi longtemps qu'aucune contrainte n'est exercée, c'est-à-dire aussi longtemps que le destinataire les accepte librement.⁵⁹ Ce mode de notification est dénommé «voie directe consulaire».⁶⁰

La Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la transmission directe de documents administratifs à l'étranger,⁶¹ tout comme les CPC, prévoit notamment la notification directe par les représentations à l'étranger. La Suisse a signé cet instrument mais ne l'a pas ratifié. Les trois conventions disposent qu'une réserve peut être formulée à l'égard de la notification directe par les représentations à l'étranger.⁶² Il n'est pas possible, en revanche, de formuler une réserve à propos de la notification directe par la représentation aux ressortissants de l'Etat d'envoi.⁶³ Peut-on en déduire que la notification par les représentations aux ressortissants de l'Etat d'envoi est également permise en l'absence de traité

⁵⁰ Dans certains domaines tels que ceux du droit fiscal et du droit pénal militaire, la Suisse, en l'absence de traité international, n'admet même pas la notification par la voie diplomatique et, en vertu du principe de la réciprocité, s'abstient de procéder à de tels actes à l'étranger.

⁵¹ Arrêts du Tribunal administratif fédéral C_2343/2009 du 26 août 2011 et C_3587/2007 du 18 jan-vier 2010 ; ATF 131 III 448 [JdT 2007 II 143] ; 124 V 47, c. 3a ; 105 la 307 [JdT 1981 II 88] ; 103 III 1 ; décisions de la Commission fédérale de recours en matière douanière, JAAC 69.121 et 66.94.

⁵² Le point de savoir si la notification directe à des ressortissants de l'Etat qui la demande est conforme au droit international, même en l'absence de traité, a été examiné par la DDIP, le plus récemment dans une note du 28 janvier 2008 [Pratique suisse 2008, n° 7.6, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 594]. La DDIP avait alors estimé que «l'article 5, lettre j, ne suffirait pas à rendre compatible l'idée que se faisait la Suisse de la souveraineté dans le cadre de l'article 271 du CPS [Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0] avec la notification directe, ni à justifier une autori-sation générale de procéder de la sorte. Il faudrait encore examiner, avec les autorités fédérales compétentes en matière d'application de l'article 271 (par exemple le Ministère public fédéral) et avec les autorités fédérales concernées par la procédure simplifiée (l'Office fédéral de la justice, par exemple) si et quand la notification à des ressortissants suisses faite par les représentants consu-laires serait qualifiée d'entorse à la souveraineté ou, au contraire, considérée comme étant compa-tible avec l'ordre juridique suisse. L'approbation par la pratique administrative suisse et l'accepta-tion par la jurisprudence suisse pourraient constituer l'accord sur le plan interne exigé par l'arti-cle 5, lettre j, de la CVRC.» Le but de la présente étude est de réexaminer la question afin de répondre aux exigences de la pratique et de simplifier la procédure.

⁵³ Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

⁵⁴ Les fonctions consulaires ne sont pas exercées par les seuls postes consulaires mais également par les représentations diplomatiques (article 3 ... de la CVRC).

⁵⁵ Ici «notification» désigne l'acte formel de remise aussi bien que tout autre transmission de documents officiels par le poste consulaire : [N.] WAGNER/[H.] RAASCH/[T.] PRÖBSTL, Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963 : Kommentar für die Praxis, Berlin 2007, p. 105.

⁵⁶ Concernant l'absence de traité, il faut tenir compte, par exemple, du fait que l'Arabie Saoudite aussi bien que le Danemark ont apporté une réserve à propos de l'article 5, lettre j, de la CVRC qui limite les notifications autorisées aux matières civiles et commerciales, alors que la réserve de Malte porte sur la notification de tous les actes. Voir www.treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=III-6chapter=3&lang=fraclang_f_ [lien plus actif].

⁵⁷ Convention relative à la procédure civile, du 1er mars 1954, RS 0.274.12 (47 Etats Parties).

⁵⁸ Convention relative à la notification de documents judiciaires et autres à l'étranger en matière civile et commerciale, du 15 novembre 1965, RS 0.274.131 (67 Etats Parties).

⁵⁹ Si le destinataire refuse d'accepter le document, cette acceptation ne peut être obtenue par la contrainte; mais le document n'est néanmoins pas considéré comme accepté, contrairement à ce qui est prévu, par exemple, à l'article 198, alinéa 3, lettre b, de la Loi [fédérale] sur la procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272 (notification «formelle»). Voir Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen. Wegleitung des Bundesamts für Justiz, 3^e éd., 2003, p. 13; *Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention*, 3^e éd., 2006, N° 189, p. 67.

⁶⁰ La voie consulaire indirecte, quant à elle, passe par les autorités de l'Etat destinataire. Voir l'article 9 de la CPC65.

⁶¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/094.htm> (huit Etats contractants), article 10.

⁶² La Suisse a formulé une réserve à propos de l'article 8 de la CPC65. Elle s'est toujours opposée à toute notification, selon l'article 8 de la CPC65, par des fonctionnaires consulaires ou des représentants diplomatiques quand le destinataire n'est pas ressortissant de l'Etat d'origine. Vu le principe de la réciprocité (article 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [du 23 mai 1969, RS 0.111]), les autorités suisses doivent elles aussi s'abstenir d'utiliser des voies qu'elles ne tolèrent pas chez elles. Cependant, une série d'Etats (Argentine, Bélarus, Canada, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Finlande, Grande-Bretagne et Irlande du Nord, Irlande, Israël, Italie, Japon, Koweït, Pays-Bas et Suède) renoncent explicitement à la réciprocité s'agissant de la réserve suisse. Voir www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen/alternativ_art8a.html.

⁶³ Article 8 de la CPC65; article 6 de la CPC54; de même l'article 6 de la Convention du 17 juillet 1905 concernant la procédure civile (RS [1848–1947], vol. 12, p. 249); la Convention [du 11 novembre] 1896 (RO 1900, p. 187), plus ancienne encore, contient une formule plus vague dans son article 4, alinéa 3: «... la faculté pour chaque Etat de faire faire, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées à l'étranger.» Et l'article 4, alinéa 2, de préciser: «Dans chacun de ces cas, la formule prévue n'existe que si les lois des Etats intéressés ou les conventions intervenues entre eux l'admettent.» C'est la formule qu'a reprise la CPC65.

allant dans ce sens?

Le fait qu'aucune réserve n'est autorisée quant à la notification par une représentation à ses propres ressortissants suggère effectivement que la majorité des Etats considèrent admissible cette voie,⁶⁴ puisque les CPC avaient pour but de simplifier les voies de notification.⁶⁵ Admettre des réserves en cette matière aurait donc constitué un pas en arrière. Ce genre de raisonnements valent également en matière administrative. Le rapport introductif à la convention européenne observe en effet que:

«Aucun principe ne peut raisonnablement justifier l'opposition à l'emploi par chaque Etat de la voie consulaire directe, si le document doit être notifié à un ressortissant de l'Etat requérant et si le destinataire du document l'accepte volontairement, étant donné le lien de nature juridique entre les Etats et leurs ressortissants.»⁶⁶

Ainsi la solution s'explique par la compétence personnelle de l'Etat d'envoi sur ses propres ressortissants. Il est vrai que le territoire est le point de rattachement principal en matière de juridiction, mais l'existence de ce point de rattachement n'est pas un élément suffisant de l'exercice de juridiction. Les conflits en matière juridictionnelle passent toujours par une pesée d'intérêts.⁶⁷

Parmi les critères à utiliser se trouvent la proximité [des Etats concernés] par rapport aux faits en cause, l'importance de cette proximité et l'inconvénient causé à l'Etat hôte. S'agissant de la notification aux propres ressortissants de l'Etat requérant, cet inconvénient paraît relativement mineur, les faits étant plutôt proches de l'Etat d'envoi. Sur le plan international, il existe d'ailleurs une tendance à ne plus considérer une transmission directe aux particuliers, même par la voie postale, comme étant en violation de la souveraineté territoriale que le droit international garantit à l'Etat.⁶⁸

En effet, la notification de documents officiels ne constitue pas un acte visant à mettre en œuvre la puissance publique en territoire étranger. Ainsi, s'il s'agit d'une personne ne possédant que la nationalité de l'Etat d'envoi, la représentation peut probablement procéder à la notification directe.⁶⁹ Si, en revanche, l'individu possède (également) la nationalité de l'Etat hôte, la notification directe par le poste consulaire est en principe impossible. Dans ce cas, en plus de la souveraineté territoriale, la compétence personnelle de l'Etat hôte est concernée. En règle générale, seule la transmission par les autorités de l'Etat hôte sera possible.⁷⁰

La Suisse, elle, ne fait pas de difficultés, même en l'absence de traités, lorsque des représentations diplomatiques ou consulaires étrangères communiquent des documents à leurs propres ressortissants, aussi longtemps qu'aucune contrainte n'est exercée.⁷¹

Dans les domaines civil et commercial, cette attitude repose sur l'article 11, lettre a, alinéa 4, de la Loi [fédérale] sur le droit international privé selon lequel la CPC54 est appliquée même aux Etats qui n'y sont pas Parties. Cela signifie que les représentations diplomatiques ou consulaires étrangères peuvent elles-mêmes faire parvenir des documents à leurs ressortissants, par la poste ou par une remise personnelle (application par analogie de l'article 6, alinéa premier, chiffre 3, et de l'alinéa 2, de la CPC54).⁷² Il n'y a aucune raison de principe pour ne pas agir de la même manière dans le domaine administratif.⁷³

3. La notification des décisions dans le domaine des assurances sociales

Le Tribunal administratif fédéral a récemment, dans deux arrêts,⁷⁴ commenté la pratique de la Caisse suisse de compensation (...) consistant à communiquer directement par la poste, à des destinataires à l'étranger, des décisions d'exclusion de l'AVS/AI [assurance-vieillesse et survivants] facultative.⁷⁵ Le Tribunal retint que de telles décisions devaient être communiquées par la voie diplomatique ou consulaire en l'absence de traité (bilatéral) permettant la notification directe dans l'affaire concrète.

Le Tribunal ne précise pas le déroulement de la procédure diplomatique ou consulaire. En revanche, au cours des années 60, le Tribunal fédéral des assurances s'est prononcé de façon explicite sur la procédure de notification.⁷⁶ En premier lieu, le Tribunal se fondait sur l'idée que les questions relatives aux assurances sociales faisaient partie des affaires civiles régies par la CPV54 puisque les revendications pécuniaires de personnes privées envers l'Etat, aujourd'hui censées relever du droit public, étaient qualifiées de civiles. Le Tribunal a également retenu que (notre traduction) «la notification directe d'actes judiciaires en matière civile par les représentations diplomatiques ou consulaires de l'Etat du for aux ressortissants de celui-ci (...) [peut], selon l'opinion de pratiquement tous les Etats, être considérée comme admissible, indépendamment de l'existence d'instruments conventionnels», et que, par conséquent,

⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 24 avril 1966, Décisions du TFA 1966, p. 67, c. 4 (71).

⁶⁵ Le préambule de la CPC65, par exemple, contient la formulation suivante: «désirant créer les moyens appropriés pour que les actes judiciaires et extrajudiciaires qui doivent être signifiés ou notifiés à l'étranger soient connus de leurs destinataires en temps utile; soucieux d'améliorer à cette fin l'entraide judiciaire mutuelle en simplifiant et en accélérant la procédure».

⁶⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/094.htm>, article 10, n° 40.

⁶⁷ C'est ce qui découle de l'interdiction de l'intervention et du principe de la bonne foi. Voir [A.] PETERS, *Völkerrecht. Allgemeiner Teil*, 3e éd., [Zürich] 2012, pp. 161 et s.

⁶⁸ Voir, pour la Suisse, l'article 9 du projet de loi fédérale, du 8 juin 2012, sur la coopération avec les autorités étrangères et la protection de la souveraineté de la Suisse.

⁶⁹ Pour les autorités suisses, il suffit que la nationalité suisse du destinataire soit connue. Il n'y a aucun devoir, pour elles, de s'activer pour établir l'existence éventuelle d'une double nationalité.

⁷⁰ WAGNER/RAASCH/PROBSTL, *op.cit.* note 55, p. 106.

⁷¹ Avis de droit de la DDIP du 10 avril 2000, JAAC 66.128, chiffre premier [Pratique suisse 2002, n° 5.3, RSDIE, 13^e année, 2003, p. 459].

⁷² Message [du Cons.féd. à l'Ass.féd.], du 8 septembre 1993, FF[1993] III 1261, chiffre 212.

⁷³ L'avis de droit de la DDIP [précité] du 10 avril 2000 dit ceci: « Les représentations suisses à l'étranger en font de même et communiquent directement des décisions intervenues en Suisse aux ressortissants suisses à l'étranger. (...) dans la situation juridique actuelle, la notification d'actes judiciaires dans le domaine administratif à une personne domiciliée à l'étranger et ne possédant pas la nationalité suisse doit être effectuée par la voie diplomatique.»

⁷⁴ Décisions du 26 août 2011 concernant le Mexique (C-2343/2009, c. 2.2) et du 18 janvier 2010 concernant la Tunisie (C-3587/2007, c. 4.5.1 et 4.5.3). Ces décisions ont déclenché des consultations en vue d'une modification de cette pratique entre la Caisse suisse de compensation, l'Office fédéral des assurances sociales [du Département fédéral de l'intérieur], l'Office fédéral de la justice [du Département fédéral de justice et police] et la DDIP.

⁷⁵ Voir l'article 13 de l'Ordonnance sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.111).

⁷⁶ Décision du Tribunal fédéral des assurances du 28 avril 1966, Décisions du TFA 1966, p. 66.

(la transmission directe d'actes judiciaires à des ressortissants suisses par des représentations suisses à l'étranger [semble] en principe possible, s'agissant en particulier de procédures relatives à des revendications relatives à l'AVS ou l'AI facultatives (...)).

En partant de l'idée, aujourd'hui établie, que ni la CPC54 ni la CPC65 ne s'appliquent en principe aux assurances sociales,⁷⁷ la notification d'une décision d'exclusion de la Caisse suisse de compensation à un ressortissant suisse doit être possible, même en l'absence d'instrument conventionnel [allant dans ce sens]. Dans le domaine des assurances sociales, la balance des intérêts penche clairement vers l'admissibilité de la transmission directe aux ressortissants de l'Etat du for. La gêne ainsi causée à l'Etat hôte est minime alors que la proximité de l'Etat d'envoi par rapport aux faits est plutôt importante, car les destinataires reçoivent des prestations financières à l'étranger et versent des contributions à une institution suisse de prévoyance.

...

4. Recommandation

Exception faite des domaines délicats du droit pénal militaire et du droit fiscal, il existe une présomption en faveur de l'admissibilité des transmissions directes aux ressortissants de l'Etat d'envoi par la voie des représentations de cet Etat, même en l'absence de texte conventionnel [dans ce sens], aussi longtemps qu'aucune contrainte n'est exercée. Cela signifie que le destinataire peut volontairement accepter le document ou le refuser. Un refus aurait pour conséquence que la remise est censée ne pas avoir eu lieu (il n'y a pas de fiction en sens contraire) et qu'aucun délai ne commence à courir. L'autorité de décision qui demande la notification doit alors décider si elle veut procéder à la notification avec l'assistance des autorités locales qui, elles, peuvent recourir à la contrainte.

Les modalités de la notification et la manière de procéder sur le plan pratique, notamment à propos de l'accusé de réception, sont arrêtées dans chaque cas d'espèce par l'Office fédéral de la justice [du Département fédéral de justice et police].»

Note de la DDIP du 26 février 2013. Document inédit.

5.4 Compétence territoriale: actes officiels des représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger: fonctions d'état civil (mariages, enregistrement de naissances, reconnaissance d'enfants)

Ayant appris que le Consulat général de l'Etat T. à Genève avait procédé, le 12 février 2009, à la célébration d'un mariage entre deux ressortissants de cet Etat, le Département fédéral des affaires étrangères a adressé la note suivante au Consulat:

«Par note du 8 février 1995, rappelée par la note du 22 juillet 2011 ...,⁷⁸ le Département a eu l'occasion d'informer les représentations diplomatiques et consulaires étrangères que les officiers de l'état civil suisses sont seuls habilités à exercer les attributions de leur charge. En effet, dans le cadre de sa compétence souveraine, la Confédération suisse a réservé, sans exception, l'exercice des fonctions d'officier de l'état civil aux officiers de l'état civil suisses.

Ces derniers sont donc seuls compétents pour exercer les attributions qui sont à leur charge dont, en particulier, la célébration des mariages. Les représentations diplomatiques et consulaires étrangères, ainsi que les missions permanentes, ne sont par conséquent pas autorisées à célébrer des mariages sur territoire suisse, et cela quelle que soit la nationalité des personnes en cause.

Le Département tient à souligner qu'un principe fondamental du droit des gens impose aux représentants officiels étrangers le devoir de respecter la législation de l'Etat de résidence. Ce principe ne saurait être tenu en échec par des dispositions du droit étranger fixant les attributions des représentants diplomatiques et consulaires dans l'Etat de résidence.

Le Département saurait par avance gré au Consulat général de bien vouloir observer les dispositions de la législation fédérale en matière d'état civil et lui rappelle qu'un mariage célébré par une représentation diplomatique ou consulaire étrangère ne saurait être reconnu comme valable en Suisse.

Il s'ensuit que le mariage célébré entre M.A. et Mme B. par le Consulat général, de même que le certificat de mariage y relatif délivré par le registre de l'état civil central de [la capitale de l'Etat T.], ne sont pas valables en Suisse et ne produisent aucun effet juridique en Suisse.»

Note du DFAE au Consulat général de T. à Genève, du 13 mars 2013. Document inédit.

5.5 Compétence territoriale: notification de documents judiciaires. Droit international et droit suisse: applicabilité direct du droit conventionnel et coutumier. Inviolabilité des locaux des ambassades. Immunité de juridiction

En avril 2013, le Secrétariat du Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe soumit aux Etats membres du Conseil de l'Europe un questionnaire sur la notification des actes juridiques à l'étranger. Les questions et les réponses de la Suisse sont reproduites ci-après.

[Traduction]

⁷⁷ Selon l'Office fédéral de la justice, la notion d'affaires civiles ou commerciales présuppose une revendication civile ou un litige de droit privé. De même, le Tribunal administratif fédéral a récemment admis que le droit des assurances sociales ne relève pas de la CPC65. La jurisprudence antérieure était moins catégorique. Les pays du common law ont une conception beaucoup plus large du caractère civil des litiges. Etant donné que la qualification s'opère selon les critères d'interprétation utilisés par les Etats requis, la CPC65 pourrait s'appliquer aux rapports avec ces Etats. Il existe aussi des pays qui estiment que le droit des assurances fait partie explicitement de la compétence de la CPC65.

⁷⁸ *Pratique suisse* 2012, n° 5.6, RSDIE, 24^e année, 2014, p. 137.

«Base légale

1. *Votre Etat a-t-il signé et/ou ratifié la Convention européenne sur l'immunité des Etats ([16 mai] 1972)⁷⁹ et/ou la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et de leurs biens (2004)⁸⁰? Ses autorités considèrent-elles que les dispositions de ces traités codifient le droit international coutumier? Votre Etat applique-t-il d'autres instruments juridiques internationaux (autres que des traités bilatéraux)?*

La Suisse a signé la *Convention européenne sur l'immunité des Etats* le 16 mai 1972 et l'a ratifiée le 6 juillet 1982. Elle a signé la *Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et de leurs biens* le 19 septembre 2006 et l'a ratifiée le 16 avril 2010.

La Suisse considère que l'article 16 de la convention européenne est de droit coutumier. Quand la Suisse notifie des documents à un Etat étranger par la voie diplomatique, l'ambassade suisse concernée relève régulièrement que, conformément à la pratique internationale, les délais mentionnés dans ces documents commencent à courir deux mois après réception par le Ministère des affaires étrangères.

Pour ce qui est de la convention des Nations Unies sur l'immunité de juridiction des Etats et de leurs biens, la Suisse estime qu'en principe elle codifie le droit coutumier actuel. En ce qui concerne ses dispositions sur la notification, en particulier, elle considère que l'article 22 de la convention codifie le droit coutumier. L'article 23, quant à lui, touche aux jugements rendus contre un Etat qui fait défaut: il prescrit qu'au moins quatre mois doivent s'être écoulés à compter de la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. La Suisse estime légitime que la convention donne suffisamment de temps à un Etat pour réagir à l'ouverture d'une procédure dans un délai de quatre mois à partir de la date de réception. Ce délai paraît raisonnable voire désirable; mais il ne relève pas de la codification du droit international.

Il y a d'autres instruments qui pourraient être pertinents s'agissant de la notification à des Etats étrangers: la Convention [du 15 novembre] 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale,⁸¹ ainsi que la Convention [du 1er mars] 1954 relative à la procédure civile⁸² (articles 1 à 7).

2. *Prière de fournir des renseignements sur:*

a) La législation nationale (particulièrement le titre, la source et le contenu; ainsi que, dans la mesure du possible, les traductions officielles et/ou les références sur Internet)

La Suisse étant un pays moniste,⁸³ les traités internationaux autant que les règles coutumières sont directement applicables [sur le plan suisse]; aucune transformation en droit national n'est nécessaire.

En principe, le droit procédural interne en matière civile et commerciale s'applique également aux différends civils et commerciaux impliquant un Etat comme partie.

Ainsi, comme le prévoit l'article 140 du Code de procédure civile [du 19 décembre 2008, RS 272], la cour peut ordonner aux parties ayant leur domicile ou leur siège statutaire à l'étranger d'élire en Suisse un domicile de notification. En Suisse, un Etat étranger est considéré comme étant une partie ayant son domicile à l'étranger.

De même, la Loi fédérale [du 11 avril 1989] sur la poursuite pour dettes et la faillite [RS 281.1] permet-elle, en son article 33, alinéa 2, de prolonger les délais qui sont habituellement pratiqués dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite lorsqu'une partie à la procédure habite à l'étranger.

b) Jurisprudence et pratique, en indiquant si les cours et tribunaux internes vérifient que la notification a été effectuée conformément au droit

La conformité au droit de la notification est un des critères pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ou pour un refus de cette reconnaissance et exécution. Suivant la base légale invoquée, ce point est examiné *ex officio* ou sur demande.

Procédure

3. *Prière de décrire la procédure ou les procédures applicables aux notifications à l'étranger, en indiquant la hiérarchie entre les différentes procédures de notification. Prière de fournir des informations, en particulier, sur le point de savoir quand la notification est censée avoir été effectuée, sur les délais, sur les motifs de refus de la notification et sur les conséquences de notifications contraires au droit.*

En l'absence d'accord prévoyant une voie particulière pour notifier des documents à un Etat étranger, la notification a lieu par la voie diplomatique. La notification est censée avoir lieu lorsque le Ministère des affaires étrangères de l'Etat destinataire a reçu les documents.

Conformément à la pratique internationale, les délais prévus dans les documents [notifiés] commencent à courir deux mois après la date de leur réception. Si les documents à notifier comprennent un ordre de comparaître devant le juge, cet ordre est notifié, dans toute la mesure du possible, au moins deux mois avant la date de la comparution.

L'immunité de juridiction n'est pas une raison pour refuser une notification. Un refus peut se justifier par des raisons techniques telles que l'absence de traduction ou le fait que les documents à transmettre sont incomplets. Le choix de la voie de transmission pourrait lui aussi fournir une justification pour refuser la notification.

4. *Quel est le mode de transmission considéré comme étant acceptable lorsque votre Etat est le défendeur? Prière d'indiquer si votre Etat accepte la notification à son ambassade dans l'Etat du for?*

⁷⁹ RS 0.273.1.

⁸⁰ FF 2009 II 1481.

⁸¹ RS 0.274.131.

⁸² RS 0.274.12.

⁸³ C'est-à-dire un Etat qui considère que le droit international n'est pas un ordre juridique totalement séparé du droit interne et que les règles s'appliquent directement sur le plan interne même en l'absence de transformation.

En règle générale, la Suisse considère comme adéquate la notification par la voie diplomatique effectuée par l'ambassade de l'Etat du for auprès du Ministère des affaires étrangères.

Dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque l'Etat du for n'a pas de représentation accréditaire en Suisse ou que la mission diplomatique de cet Etat en Suisse est temporairement inopérante, la Suisse accepte également la notification à l'ambassade auprès de l'Etat du for. Toutefois, les documents doivent être livrés à l'ambassade par la voie diplomatique, c'est-à-dire par le Ministère des affaires étrangères de l'Etat du for. Une notification émanant directement du tribunal ou autorité compétents ne serait pas acceptée vu l'inviolabilité des locaux de l'ambassade.»

Communication de la DDIP au Secrétariat du CAHDI du Conseil de l'Europe, du 22 août 2013. Document inédit.

5.6 Notification de documents judiciaires à une organisation internationale ayant son siège en Suisse

Le Tribunal de district d'Arlesheim (Bâle-Campagne) s'était adressé directement, par lettre, à la Banque des règlements internationaux, organisation internationale ayant son siège à Bâle-Ville. La Banque en informa la Direction du droit international public, qui fit le commentaire figurant dans le texte reproduit ci-après.

[Traduction]

«Le 10 février 1987 le Conseil fédéral suisse conclut, avec la Banque, un accord en vue de déterminer le statut juridique de celle-ci en Suisse (RS 0.192.122.971.3). Selon l'article 3, paragraphe premier, de cet Accord, les bâtiments de la Banque et les annexes utilisés aux fins de la Banque sont inviolables. Par conséquent, tout exercice de puissance publique par l'Etat hôte est inadmissible, en particulier la transmission directe de documents officiels qui produisent un effet juridique direct envers leur destinataire ou contiennent des sanctions ou menaces de sanctions pénales. Cela signifie que les documents de ce genre doivent être transmis et notifiés par la voie diplomatique. Le Tribunal doit ainsi les envoyer au DFAE pour que celui-ci puisse les faire parvenir à la Banque par courrier diplomatique. La remise directe par la voie postale est donc contraire au droit international, c'est-à-dire invalide.»

Communication de la DDIP au Tribunal de district d'Arlesheim, du 19 novembre 2013. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

6.1 Continuité et succession d'Etats en matière de traités

L'affaire ici rapportée concerne un ressortissant kosovar qui, ayant travaillé en Suisse et ayant, à ce titre, versé des contributions obligatoires à la Caisse suisse de compensation AVS/AI (assurance-vieillesse et survivants/assurance invalidité), demanda le remboursement de ses versements conformément à l'article 18, alinéa 3, de la Loi fédérale sur l'AVS, du 20 décembre 1946 (RS 831.10) et à la Convention du 8 juin 1962 entre la Suisse et la Yougoslavie relative aux assurances sociales (RS 0.831.109.818.1). La Caisse décida de restituer une certaine somme. Le requérant demanda alors un nouveau calcul de la somme due ou, à titre éventuel, un renvoi de la question au moment où il commencerait à bénéficier de la rente-vieillesse. La Caisse répondit que la restitution avait été calculée conformément à la loi et que le requérant n'avait pas fait usage du droit à recevoir la somme en cause.

Le Tribunal administratif fédéral (...) admit partiellement un recours du requérant contre cette décision mais le rejeta en ce qui concernait la demande de restitution. Sur ce dernier point, le Tribunal fit valoir que la convention précitée entre la Suisse et la Yougoslavie continuait à s'appliquer. La Caisse suisse de compensation recourut contre cette décision auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci admit le recours en concluant notamment que la convention en cause n'était plus applicable.

[Traduction]

«3. Il est admis – personne ne le conteste – que la Convention du 8 juin 1962 entre la Confédération suisse et l'ancienne République populaire fédérative de Yougoslavie (...; ci-après: convention de 1962; entrée en vigueur le 1er mars 1964) continue à s'appliquer aux rapports avec la République de Serbie (...).

Le 17 février 2008, la province serbe du Kosovo s'est déclarée indépendante. Le 27 février 2008, le Conseil fédéral a reconnu le Kosovo comme Etat indépendant. Ainsi est née, sous l'angle de la Suisse, une entité étatique indépendante (ATF 130 II 217, c. 5.3, premier alinéa, p. 222;⁸⁴ S. BESSON, *Droit international public*, [Berne] 2011, p. 48; [W.] KALIN/[A.] EPINEY/[M.] CARONI/[J.] KÜNZLI, *Völkerrecht*, 3^e éd., [Berne] 2010, p. 150). Le Tribunal lui aussi a donc qualifié le Kosovo d'Etat souverain (arrêt 2C_738/2008 du 15 avril 2009, c. 3.3, troisième alinéa). Le 22 juillet 2010, la Cour internationale de Justice constata que la déclaration d'indépendance du Kosovo n'était ni contraire au droit international ni, en particulier, à la Résolution 1244/1999 du Conseil de sécurité des Nations Unies (Cour internationale de Justice, année 2010, 22 juillet, Rôle n° 141, n°s 84 et 119).⁸⁵ Entre-temps (état au 16 mars 2013), le Kosovo a été reconnu par 99 des 193 Etats membres des Nations Unies, dont 22 Etats membres de l'Union Européenne) et les Etats-Unis (...).

⁸⁴ *Pratique suisse 2004*, n° 3.1, RSDIE, 15^e année, 2005, p. 727.

⁸⁵ CIJ, Recueil 2010, p. 403.

4.

4.1 En cas de changement de souveraineté sur un territoire donné, et si un Etat nouveau prend la place de l'ancien souverain, il se pose la question de la succession aux traités, c'est-à-dire celle de savoir si et quand le nouvel Etat reprend les traités de son prédécesseur (KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, *op.cit.*, p. 46).

4.2

4.2.1 Selon l'article 25, alinéa premier, de la convention (bilatérale) de 1962 relative aux assurances sociales, la durée de cet instrument est d'une année. Puis la convention est tacitement renouvelée d'année en année, à moins qu'elle ne soit dénoncée trois mois avant son échéance. Elle ne renferme aucune disposition pouvant s'appliquer à la sécession du Kosovo, soit au détachement de ce territoire et la naissance d'un nouvel Etat, alors que l'ancien Etat survit malgré la perte de territoire (voir c. 3 et 6.1).

4.2.2 L'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (convention de Vienne, CV; RS 0.111), entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990, ne touche pas aux questions pouvant surgir au sujet de la succession d'Etats aux traités.

4.2.3 La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités [du 23 août 1978] (ci-après: convention de Vienne),⁸⁶ qui est entrée en vigueur en 1996 et qui règle le sort des traités existant au moment de la succession, n'a été ratifiée ni par la Suisse ni par la grande majorité des Etats de l'Europe occidentale (à l'heure actuelle, seuls 37 Etats y sont Parties (...)). Cet instrument contient quelques règles qui s'écartent du droit international coutumier (BESSON, *op.cit.*, p. 55; K. IPSEN, *Völkerrecht*, 5^e éd., Munich 2004, p. 153, n° 14; L. CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public* 1992 [n° 6.1], [RSDIE, 3^e année, 1993,] p. 709), ce qui peut expliquer son manque d'acceptation et de pertinence sur le plan pratique (A. ZIMMERMANN, *Staatenachfolge in völkerrechtliche Verträge*, Berlin 2000, p. 827). A.R. ZIEGLER, *Einführung in das Völkerrecht*, 2^e éd., [Berne] 2011, p. 253, n° 553 *in fine*, estime que l'élaboration de la convention de Vienne a été fortement influencée par le phénomène de la décolonisation, ce qui ferait qu'un grand nombre d'Etats industrialisés surtout la voient d'un œil critique. La Suisse, quant à elle, relève, concernant le démembrement («dismemberment») et la sécession (article 34 de la convention de Vienne), que la survie automatique des traités est prévue, tandis que le contraire est vrai pour la décolonisation (article 16 de la convention de Vienne). Une telle succession automatique ne trouve aucun appui en droit international coutumier (voir, sur les éléments en cause, H. Kelsen, *Ecrits français de droit international*, [Paris] 2001, pp. 68 et ss). Ni avant ni après 1978 y aurait-il eu une pratique étatique allant dans ce sens (L. CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public* 1991, [RSDIE, 2^e année,] 1992, p. 580, chiffre 2, troisième alinéa; voir également PH. CAHIER, *Quelques aspects de la Convention de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités*, in: [B.] DUTOIT/[E.] GRISEL (dir.), *Mélanges GEORGES PERRIN*, [Lausanne] 1984, p. 76).

Il est vrai que, encore dans son arrêt ATF 105 Ib 286, c. 1c, p. 290,⁸⁷ qui portait sur l'applicabilité à l'Afrique du Sud du Traité anglo-suisse d'extradition [du 26 novembre 1880],⁸⁸ le Tribunal fédéral a invoqué l'autorité du second projet de la convention de Vienne de 1974 (ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 194 et ss). On ne peut cependant s'appuyer sur cette jurisprudence, du moins en l'espèce, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elle concernait les relations avec une ancienne colonie britannique, situation qui ... était considérée comme étant moins problématique dans la partie III de la convention de Vienne (articles 16 et ss) car elle coïncidait largement avec la pratique (voir ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 232 et s.).

4.2.4 Selon à une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'existe aucune règle de droit international coutumier prévoyant que les traités conclus par l'Etat prédécesseur restent applicables sans autre aux rapports entre le nouvel Etat et le pays qui avait conclu le traité avec l'Etat prédécesseur (ATF 132 II 65, c. 3.4.1, p. 71, avec des renvois⁸⁹).

4.3 La notion de succession d'Etats a un double sens. D'une part, elle désigne une situation purement factuelle, celle d'un changement de la souveraineté territoriale. Suivant le type de succession vue sous l'angle territorial – en particulier démembrement, sécession, fusion, annexion (voir sur ce point, parmi de nombreux auteurs, KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, *op.cit.*, p. 47, début; B. STERN, *La succession d'Etats*, in: *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 262, ... 1996, p. 89, début; U. FASTENRATH, *Das Recht der Staatensukzession*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 35, 1996, p. 14) – on parle de succession totale ou partielle. Il y a succession totale lorsque l'Etat prédécesseur disparaît entièrement et, en perdant sa qualité de sujet du droit international, rejoint un ou plusieurs autres Etats; c'est le cas du démembrement, de la fusion, de l'absorption ou de l'annexion. La succession est partielle lorsqu'il s'agit du transfert d'une partie seulement du territoire, comme c'est le cas d'un territoire précédemment dépendant, soit l'émancipation d'une colonie ou le détachement d'un territoire dépendant, l'Etat prédécesseur continuant d'exister (IPSEN, *op.cit.*, p. 345, n° 5; [J.-P.] MÜLLER/[L.] WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3^e éd., [Berne] 2001, p. 251; F. HORN, *Conception et principes de la citoyenneté dans les démocraties occidentales modernes*, in: Conseil de l'Europe (dir.), *Nationalité et succession d'Etats*, [Strasbourg] 1998, p. 76, n° 21 *in fine* (collection «Science et technique de la démocratie»). D'autre part, le terme «succession d'Etats» a des connotations juridiques: il désigne la transmission de tous les droits et devoirs de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur – situation qui peut parfaitement être comparée à celle d'un héritier. Succession factuelle (changement exclusivement territorial) et succession juridique ne coïncident pas forcément. Il faut donc distinguer entre Etat successeur et Etat continuateur. Cette dernière expression désigne un Etat qui prend automatiquement la place de l'Etat prédécesseur et qui se présente comme son successeur naturel, sans qu'une reconnaissance ne soit nécessaire. L'Etat continuateur reprend seul et sans exception tous les droits et devoirs du prédécesseur. Il y a, dans ce sens, identité entre «deux» Etats. En revanche, les Etats successeurs sont des personnalités internationales nouvelles et indépendantes qui ne peuvent – au-delà de l'aspect territorial – revendiquer aucune identité avec leurs prédécesseurs (voir sur toute la question: BESSON, *op.cit.*, p. 56; [P.] DAILLIER/[M.] FORTEAU/[A.] PELLET, *Droit international public*, 8^e éd.,

⁸⁶ Voir ci-dessus, note 43.

⁸⁷ *Pratique suisse* 1979, n° 6.1, ASDI, vol. XXXVI, 1980, p. 204.

⁸⁸ RS 0.353.936.7.

⁸⁹ Revue de droit administratif et fiscal 2007 I 510.

Paris 2009, p. 602, n° 352; Stern, *op.cit.*, pp. 88–103; L. CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public* 1995, [n° 6.1, RSDIE, 6^e année, 1996, pp. 618 et s.].

On ajoutera que la situation d'Etat continuateur ne peut être réclamée qu'avec l'accord d'Etat tiers. S'agissant de l'ancienne Union Soviétique, il n'y avait aucun obstacle juridique à qualifier la Russie d'Etat continuateur. L'Etat de Serbie-Monténégro (voir ci-après c. 5.4, premier alinéa), quant à lui, s'est vu refuser la qualité de continuateur de la République populaire fédérative de Yougoslavie (BESSON, *op.cit.*, p. 56; DAILLIER/FORTEAU/PELLET, *op.cit.*, p. 588, n° 344, lettre b; IPSEN, *op.cit.*, pp. 70 et ss, n°s 18 et 19; ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 303 et ss, en particulier pp. 334 et 380 et ss; PH. PAZARTZIS, *La succession d'Etats aux traités multilatéraux*, Paris 2002, pp. 46 et 54–60; M. SILAGI, *Staatsuntergang und Staatennachfolge mit besonderer Berücksichtigung des Endes der DDR*, Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 72 et s.; pour un point de vue différent, voir CH. KREUZER, *Staatsangehörigkeit und Staatensukzession. Die Bedeutung der Staatensukzession für die staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen in den Staaten der ehemaligen Sowjetunion, Jugoslawiens und der Tschechoslowakei*, Berlin 1998, pp. 75 et s., *in fine*, chiffre 2).

4.4 En l'absence d'accord explicite entre les Etats concernés – contrairement à ce qui était le cas, par exemple, pour le Traité de réunification allemande du 31 août 1990 (articles 11 et 12; voir également, à ce propos, SILAGI, *op.cit.*, pp. 155 et s.) –, il existe essentiellement trois principes régissant le point de savoir si et dans quelles conditions un Etat successeur reprend les traités du prédécesseur: continuité, continuité *ad interim* et *tabula rasa*.

Le principe de la continuité veut que tous les traités soient automatiquement repris par l'Etat successeur, qui est lié par eux sans autre. Ce principe s'applique avant tout à des catégories déterminées d'accords, dont notamment ceux relatifs aux droits de l'homme et aux frontières. Quant au principe de la continuité *ad interim*, le nouvel Etat reprend automatiquement les traités de l'Etat prédécesseur, mais ceux-ci ne s'appliquent que jusqu'au moment où l'Etat successeur ou son partenaire conventionnel déclare ne plus vouloir les continuer. Si le principe de la *tabula rasa* est appliqué, enfin, le nouvel Etat commence son existence sans traités; il n'est pas lié par les traités de son prédécesseur, mais il peut annoncer, explicitement ou par des actes concluants, qu'il souhaite les reprendre (KÄLIN/EPINEY/KÜNZLI, *op.cit.*, pp. 47–53; BESSON, *op.cit.*, pp. 58–60; ZIEGLER, *op.cit.*, pp. 252–256; voir également T. SCHWEISFURTH, *Das Recht der Staatensukzession. Die Staatenpraxis der Nachfolge in völkerrechtliche Verträge, Staatsvermögen, Staatsschulden und Archive in den Teilungsfällen Sowjetunion, Tschechoslowakei und Jugoslawien*, in: *Das Recht der Staatensukzession. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 35, 1996, pp. 229 et s.; STERN, *op.cit.*, pp. 235 et s.; PAZARTZIS, *op.cit.*, pp. 35–39; DAILLIER/FORTEAU/PELLET, *op.cit.*, pp. 602 et s.; en ce qui concerne les traités de frontière et ceux relatifs aux droits de l'homme, voir l'exposé détaillé de ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 451 et ss, en particulier pp. 484 et 543 et ss, et notamment p. 572).

Ces principes ne sont pas appliqués tels quels. On en fait usage dans certains domaines (traités relatifs aux droits de l'homme et aux frontières), ou à l'égard de certains Etats tiers et de leurs obligations internationales (voir c. 4.2.3), et de différentes manières (KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, *op.cit.*, p. 47 *in fine*; cf. les détails dans Schweisfurth, *op.cit.*, pp. 9 et ss; la pratique des Etats tiers est examinée de façon détaillée par ZIMMERMANN, *op.cit.*, à partir de la p. 314).

5.

5.1 En Suisse s'est cristallisée une pratique relative à la succession aux traités (bilatéraux) par les Etats successeurs. Cette pratique est caractérisée principalement par l'absence de continuité (évitant ainsi la multiplication des rapports conventionnels).

Son origine remonte au droit d'extradition, et elle s'est précisée dans le cadre du Nouvel Ordre Européen du début des années 1990: décomposition de l'Union Soviétique, dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque (CSFR) et de la République populaire fédérative de Yougoslavie.

5.2 Dans son arrêt ATF 105 Ib 286, c. 1c, p. 291 (relatif à l'applicabilité à l'Afrique du Sud du traité anglo-suisse d'extradition de 1880), le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une règle coutumière selon laquelle les traités conclus par le prédécesseur territorial s'appliqueraient sans autre entre le nouvel Etat et le partenaire conventionnel de l'Etat prédécesseur. Selon cette thèse, un traité bilatéral ne continue à s'appliquer que si le nouvel Etat et l'Etat tiers en conviennent ainsi, explicitement ou par acte concluant.

Cette jurisprudence a été confirmée par le Tribunal fédéral dans son arrêt ATF 110 Ib 52, c. 2a, p. 53⁹⁰ (relatif à l'applicabilité du Traité d'extradition serbo-suisse [du 28 novembre 1887]⁹¹ aux relations avec la République populaire fédérative de Yougoslavie) en ces termes:

«La succession d'un Etat Partie à un traité d'extradition ne va pas de soi, du moment qu'un tel acte international postule une certaine harmonisation de la poursuite pénale entre les Etats qui y sont Parties. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il toujours refusé de présumer que les engagements résultant d'un traité soient repris par un Etat substitué à un autre dans la communauté internationale, en l'absence d'une déclaration expresse de cet Etat ou d'actes concluants ... Il a admis, *a contrario*, qu'un traité conservait sa validité si, dans les rapports entre la Suisse et l'Etat successeur, ce traité a été renouvelé expressément ou tacitement, par actes concluants»

(dans le même sens ATF 120 Ib 120, c. 1b, p. 123,⁹² qui concernait l'applicabilité du traité d'extradition serbo-suisse de 1887, transmis à la République populaire fédérative de Yougoslavie, puis à la Slovénie; ATF 120 Ib 189, c. 2b, p. 190,⁹³ relatif à l'applicabilité à Malte du traité d'extradition anglo-suisse [du 26 novembre] 1880, renvoyant à l'article 24, paragraphe premier, de la convention de Vienne, qui se rapporte à la décolonisation (voir c. 4.2.3); voir aussi l'arrêt P. 1007/1980 du 27 mars 1981; c. 1b, c⁹⁴ non publiés de l'arrêt ATF 107 Ib 68,⁹⁵ concernant l'application au Sri Lanka du traité d'extradition anglo-suisse, où le Sri Lanka n'avait fait aucune déclaration, raison pour laquelle le traité n'était pas applicable. Dans ATF 123 II 511, c. 5d, p. 518,⁹⁶ où il s'agissait de décider de l'extradition d'un ressortissant du

⁹⁰ JdT 1986 I 655.

⁹¹ RS 0.353.981.8.

⁹² *Pratique suisse* 1994, n° 6.1, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 633.

⁹³ *Pratique suisse* 1994, n° 6.2, RSDIE, 5^e année, 1995, p. 635.

⁹⁴ JdT 1982 IV 94.

⁹⁵ *Pratique suisse* 1981, n° 6.1, ASDI, vol. XXXVIII, 1982, p. 125.

⁹⁶ *Pratique suisse* 1997, n° 6.1, RSDIE, 8^e année, 1998, p. 658.

Kazakhstan, Etat successeur de l'Union soviétique dissoute, le Tribunal fédéral ajouta:

«En tant qu'Etat successeur de l'ancienne URSS, la République de Kazakhstan est libre d'exprimer ou non son consentement à être liée par les traités auxquels l'Etat dont elle est issue est Partie. L'expression de ce consentement peut prendre la forme d'une simple déclaration de succession. Celle-ci constitue un mode de participation au traité de même valeur que la ratification ou l'adhésion, à ceci près qu'une telle déclaration produit un effet rétroactif à la date de l'accession à l'indépendance de l'Etat successeur.»

5.3 Dans une affaire qui ne touchait en rien à l'extradition et qui portait sur l'applicabilité à l'Ukraine du Traité d'établissement entre la Suisse et la Russie tsariste⁹⁷ (transmis à l'Union Soviétique) (ATF 132 II 65, c. 3.5.2, pp. 73 et s.⁹⁸), on peut lire ceci:

«Une documentation du 30 mars 1992 de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères précise, notamment pour ce qui est de l'Ukraine (et des autres membres de la CEI [Communauté des Etats indépendants] ainsi que de la Géorgie, la Slovaquie et la Croatie), qu'il n'existe pas, en matière de succession aux traités, de principes universellement reconnus; de même les Etats successeurs ne reprendraient pas automatiquement les droits et devoirs de l'Etat prédécesseur. Selon la Direction, il y a lieu d'examiner, à propos de chaque accord, si la reprise des droits et obligations du prédécesseur par le nouvel Etat répond aux besoins des deux Etats contractants. Cet examen pourrait souvent prendre du temps. Pendant cette période, les accords en cause seraient provisoirement maintenus, non pas tant pour des motifs juridiques que pour des raisons pratiques (...). Dans une note ultérieure du 20 janvier 1994, la Direction déclara qu'il n'y avait pas de reprise automatique, mais que les Etats intéressés pouvaient à tout instant émettre une déclaration de succession ou exprimer une intention contraire.»

La Suisse avait suivi la même voie s'agissant de l'Arrangement relatif au commerce des produits agricoles avec la République fédérative tchèque et slovaque (CSFR).⁹⁹ Les deux Etats successeurs – la République tchèque et la République slovaque (IPSEN, *op.cit.*, p. 72, n° 19; KREUZER, *op.cit.*, p. 76) – avaient informé la Suisse, dans une communication faite le 8 décembre 1992, qu'ils entendaient reprendre l'accord. Dans sa réponse du 17 décembre 1992, la Suisse déclara avoir pris connaissance de cette intention et consentit à appliquer l'accord à titre provisoire à partir du 1er janvier 1993 et jusqu'à la prise d'une décision définitive (RO 1993, pp. 3112 et 3116; SCHWEISFURTH, *op.cit.*, p. 98, milieu de la page; ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 347 et 363).

5.4 Après la désintégration de la République populaire fédérative de Yougoslavie et sa division en plusieurs entités étatiques, la Suisse a négocié avec tous les cinq Etats qui lui ont [en fait] succédé – la République fédérative de Yougoslavie ou Serbie-Monténégro (le nom a changé en 2003, mais le substratum territorial et juridique est resté le même), la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Macédoine et la Slovaquie – en vue de régler le sort des traités bilatéraux entre elle et l'ex-Yougoslavie, dont la convention relative aux assurances sociales. Ces traités n'ont pas été repris automatiquement par les Etats successeurs. Ce n'est qu'au moyen d'échanges de notes que la survie des instruments en cause a été assurée (L. CAFLISCH, RSDIE, [3^e année,] 1993, pp. 709 et s.; du même auteur: *La pratique suisse en matière de droit international public 2008, ibid.*, [19^e année,] 2009, p. 582 *in fine*). Pour ce qui était de la Bosnie-Herzégovine, sa déclaration de reprise de la convention relative aux assurances sociales avait pris du retard. En attendant, la Suisse a appliqué cette convention pour des raisons purement pratiques (ZIMMERMANN, *op.cit.*, pp. 330 et s., en particulier note 428). Le Tribunal fédéral a confirmé l'applicabilité continue de la convention sur les assurances sociales dans les relations avec la République fédérative de Yougoslavie et, plus tard, avec la Serbie-Monténégro (arrêt 8C_321/2012 du 14 août 2012, c. 1.2, avec un renvoi aux arrêts ATF 126 V 198, c. 2b, p. 203, et I 810/05 du 5 février 2007, c. 6.1, tous les deux avec d'autres renvois).

Le 3 juin 2006 le Monténégro a proclamé son indépendance. Par échange de notes des 29 juin/10 juillet 2007, la Suisse et le Monténégro ont constaté la survie de la convention relative aux assurances sociales (RO 2008, p. 1737). Pour le territoire restant à la Serbie, il n'y a pas eu de changement (voir le c. 3): la Serbie s'est substituée à la République fédérative de Yougoslavie. Ce fut au Monténégro, Etat successeur, de demander son admission aux Nations Unies (BESSON, *op.cit.*, p. 57; L. CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public 2002*, [RSDIE, 12^e année,] 2002, p. 471).

En souscrivant à de nouveaux traités de sécurité sociale avec les Républiques de Croatie (1996), de Slovaquie (1997) et de Macédoine (1999), la Suisse a conclu des accords mettant fin, *ex nunc*, à la convention relative à la sécurité sociale (RS 0.831.109.291.1 (article 40), 0.831.109.691 (article 39) et 0.831.109. (article 39) et 0.831.109.520.1 (article 41). De même est-il prévu de remplacer l'ancienne convention relative aux assurances sociales par des accords bilatéraux nouvellement négociés....

6.

6.1 La sécession du Kosovo présuppose logiquement la survie de la Serbie en tant que sujet du droit international (voir c. 4.3; W. HUMMER, *Probleme der Staatennachfolge am Beispiel Jugoslawiens*, [RSDIE, 13^e année,] 1993, p. 433 *in fine*; L. CAFLISCH, [RSDIE, 12^e année,] 1992, p. 580, début, chiffre 3, premier alinéa. La convention relative aux assurances sociales continue d'ailleurs à s'appliquer aux relations avec la Serbie (voir le c. 3).

6.2 Dans son arrêt de principe C_4828/2010 du 7 mars 2001, c. 4.3.1–4.3.3, pp. 12 et s., à l'intégralité duquel il est renvoyé ici, le Tribunal administratif fédéral explique que le Kosovo, à la suite de sa reconnaissance par la Suisse, a adressé à celle-ci une note diplomatique datée du 21 octobre 2009 et demandant la reconduction de la convention relative aux assurances sociales avec la Yougoslavie, toujours applicable à la Serbie. Dans sa note au Kosovo du 18 décembre 2009, la Conseil fédéral explique que la convention a d'abord été appliquée ... de manière informelle, mais qu'il ne souhaitait pas continuer cette application. La Suisse cesserait de l'appliquer à partir du 1er janvier 2010 ... Le Kosovo n'a pas réagi, par la suite, à cet échange de notes. [L'application de la convention au Kosovo a donc cessé le 31 mars 2010. Ainsi la Cour parvient à la conclusion reproduite ci-après, au c. 6.4.]

...

⁹⁷ Traité du 14/26 décembre 1872 (RO, vol. XI, 1872–1874, p. 376).

⁹⁸ *Pratique suisse 2008*, n° 6.1, RSDIE, 19^e année, 2009, p. 573.

⁹⁹ Arrangement du 10 juin 1992 (RO 1992, p. 1302).

6.4. Les faits exposés font ressortir que la Suisse a choisi une voie pragmatique, également dans ses relations avec le Kosovo, pour résoudre le problème de la reconduction des traités bilatéraux. L'élément décisif de la solution retenue a été le fait qu'il n'y avait pas, ici, de reprise automatique des traités. La question de la continuation des accords bilatéraux a été résolue au moyen de négociations qui ont pris en compte les intérêts du nouvel Etat aussi bien que ceux de la Suisse. En attendant, les accords en cause ont continué à être appliqués à titre provisoire, pour des raisons pratiques plutôt que juridiques et en particulier pour assurer la sécurité juridique et éviter une «solution de continuité juridique» au cas où les accords seraient finalement reconduits. Autrement dit, les liens juridiques – dans les relations avec le territoire du Kosovo (anciennement serbe) – ont cessé en principe avec la naissance et la reconnaissance du Kosovo comme Etat successeur (voir le c. 3); en déclarant son indépendance, le Kosovo a abandonné son identité juridique avec la Serbie (voir le c. 4.3, premier alinéa). Il n'y avait ainsi aucune nécessité de dénonciation (voir SCHWEISFURTH, *op.cit.*, p. 222, dernier alinéa). La voie choisie par la Suisse n'était contraire ni au droit international (conventionnel) (cf. le c. 4.2) ni à la pratique surtout récente suivie par elle dans ses relations avec des Etats successeurs (voir le c.5).»

Arrêt du TF, du 19 juin 2013, en l'affaire *Caisse suisse de compensation c. M.* (c. 3 à 6.2, 6.4). 9C_662/2012; ATF 139 V 263 (265–274, 276). Pour un autre extrait de cet arrêt, voir le n° 4.1.

7. Les organes du droit international

(Voir aussi le n° 5.5)

7.1 Conditions d'octroi de l'immunité diplomatique

Répondant à une requête provenant d'un particulier, la Direction du droit international public eut l'occasion de préciser à quelles conditions l'immunité diplomatique pouvait être accordée.

«Conformément au droit international public, les privilèges et immunités diplomatiques sont liés à l'exercice d'une fonction officielle à l'étranger en tant que représentant d'un Etat ou fonctionnaire d'une organisation intergouvernementale. Les privilèges et immunités diplomatiques ne sont pas conférés dans le but d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions officielles des personnes travaillant auprès des ambassades, des consulats et des organisations intergouvernementales.

Les privilèges et immunités diplomatiques trouvent leur origine dans la nécessité du maintien des bonnes relations entre les Etats et visent à empêcher que les représentants d'un Etat puissent être soumis à des actes de puissance publique d'un autre Etat. En d'autres termes, les privilèges et immunités ont pour objectif de protéger les agents diplomatiques et consulaires et les fonctionnaires des organisations intergouvernementales à l'étranger contre des actes d'un Etat tiers qui pourraient mettre en danger l'égalité souveraine des Etats et leurs relations.

La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁰⁰ définissent de manière exhaustive les catégories de personnes susceptibles de bénéficier d'un statut particulier et donc des privilèges et immunités y relatifs. Parmi ces personnes sont compris exclusivement les membres du personnel des missions diplomatiques et des postes consulaires. Les fonctionnaires des organisations intergouvernementales bénéficient pour leur part des privilèges et immunités qui leur sont reconnus par l'acte constitutif de l'organisation concernée ainsi que par l'accord de siège que l'Etat hôte conclut avec chaque organisation intergouvernementale établie sur son territoire. Outre les privilèges et immunités diplomatiques découlant du droit international public, le droit suisse ne prévoit pas la possibilité d'accorder à des citoyens suisses ou à des personnes résidant de façon permanente en Suisse une immunité en dehors de l'exercice de fonctions particulières telles que des fonctions parlementaires (voir notamment les articles 16, 17 et 17a de la Loi sur l'Assemblée fédérale¹⁰¹).

Au vu de ce qui précède et à défaut de base légale, nous nous voyons dans l'impossibilité de donner une suite favorable à votre demande.»

Communication faite par la DDIP à un particulier le 30 avril 2013. Document inédit.

7.2 Statut du personnel localement engagé d'une ambassade

Le présent texte répond à une question posée, par l'Ambassade de A., Etat appartenant à l'Union Européenne (UE), quant au statut du personnel de cette Ambassade, engagé localement mais ayant la nationalité de l'Etat d'envoi, en matière de législation du travail, de régime fiscal et de sécurité sociale.

«A titre préalable, il y a lieu de préciser ce qu'il faut entendre [par] la notion «personnel local».

Une mission diplomatique peut en effet engager du personnel qui se trouve déjà en Suisse, de nationalité suisse ou au bénéfice d'un titre de séjour relevant du droit ordinaire. Conformément à l'article 38, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 août 1961 sur les relations diplomatiques,¹⁰² les membres du personnel de la mission, autres que les agents diplomatiques, qui ont la nationalité suisse ou qui ont leur résidence permanente en Suisse ne bénéficient pas de privilèges et immunités. Il en découle qu'ils sont soumis au droit suisse (y compris le cas échéant [aux] dispositions du droit suisse permettant d'opter pour l'application d'un droit étranger) et qu'ils ont l'obligation de s'acquitter de leurs impôts en Suisse. Ils sont soumis au régime suisse de sécurité sociale, quelle que soit leur nationalité, y compris lorsqu'ils sont ressortissants européens, conformément aux règles y relatives découlant de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la

¹⁰⁰ RS 0.191 et 0. 191.02.

¹⁰¹ Loi fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10).

¹⁰² Cf. la note 100.

libre circulation des personnes.¹⁰³

Une mission diplomatique peut en outre engager à l'étranger du personnel pour accomplir des fonctions officielles au sens de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, mais qui ne font pas partie du personnel transférable de l'Etat accréditant. Cette catégorie est appelée «personnel local» selon la définition qui en est donnée par l'Ordonnance sur l'Etat hôte du 7 décembre 2007.¹⁰⁴ Il peut s'agir de personnes ayant la nationalité de l'Etat accréditant ou d'un Etat tiers. Ces personnes sont mises au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE correspondant à leurs fonctions et jouissent des privilèges et immunités y relatifs tels qu'ils sont prévus par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. En règle générale, cette catégorie de personnes relève du personnel de service au sens de ladite convention de Vienne et sont mises au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE de type «E».

Selon l'article 18, alinéa 3, de l'ordonnance sur l'Etat hôte, les membres du personnel local sont soumis au droit du travail suisse, quelle que soit leur nationalité. Une éléction de droit pour l'application d'une législation étrangère est possible dans le cadre défini par le droit suisse.

Le régime fiscal applicable est réglé par les dispositions pertinentes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Comme indiqué ci-dessus, les personnes de nationalité suisse ou les ressortissants d'Etats étrangers titulaires d'un titre de séjour de droit ordinaire sont obligatoirement soumis aux impôts en Suisse. Les personnes qui sont titulaire d'une carte de légitimation de type E bénéficient des privilèges et immunités tels qu'ils sont prévus à l'article 37, paragraphe 3, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Elles bénéficient en particulier de l'exemption des impôts sur les salaires reçus du fait de leurs services au sein de la mission diplomatique.

En ce qui concerne la législation de sécurité sociale applicable au personnel local des missions diplomatiques, la Commission européenne a constaté que les dispositions pertinentes communautaires priment les règles de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, relatives aux questions de la sécurité sociale. En raison de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, la Suisse applique depuis le 1er avril 2012 et suite à la troisième réactualisation de l'Annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, les nouveaux règlements de coordination (CEE) n° 883/04 et 987/09 dans le cadre de ses relations avec l'UE.

Ces nouveaux règlements ne contiennent plus de disposition spécifique relative à l'assujettissement des personnes employées par des représentations étrangères. En conséquence, le principe de l'assujettissement au régime de sécurité sociale de l'Etat sur le territoire duquel l'activité est exercée s'applique, sans droit d'option pour un régime de sécurité sociale d'un autre Etat, aux ressortissants communautaires recrutés localement qui travaillent auprès des représentations diplomatiques ou consulaires des Etats membres de l'UE.»

Note adressée le 4 février 2013 par le DFAE à l'Ambassade de A. en Suisse. Document inédit.

7.3 Statut diplomatique et achat ou vente d'immeubles

Ci-après figure la réponse de la Direction du droit international public à une communication de la République de K. sollicitant l'immunité fiscale lors de la vente d'un immeuble.

[Traduction]

«Selon l'article 23 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires,¹⁰⁵ l'Etat étranger est exempt d'impôts pour l'acquisition d'immeubles destinés à servir à des fins officielles. Selon les premiers paragraphes des deux articles, des taxes peuvent toutefois être levées, lors de l'acquisition d'immeubles, en rémunération de services particuliers rendus. Dans les cas d'acquisition d'immeubles, l'exemption vise à faciliter l'ouverture d'une nouvelle mission ou d'un consulat. La situation est différente lorsqu'il s'agit de la vente d'immeubles. Dans ces cas, la Suisse ne prévoit pas d'exemptions fiscales déterminées. L'Etat étranger doit, en particulier, s'acquitter de l'impôt sur les gains immobiliers.»

Note adressée le 15 mars 2013 par le DFAE à l'Ambassade de la République de K. en Suisse. Document inédit.

7.4 Visite consulaire aux ressortissants de l'Etat d'envoi

Œuvre de la Direction du droit international public, le texte qui suit est consacré aux mesures à prendre en vue d'assurer le respect de l'article 36 de la Convention du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02).

«1. L'article 36 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires fait peser une double obligation sur les autorités de l'Etat de résidence (en particulier les autorités chargées de l'instruction pénale ou de l'exécution de la peine).

Premièrement, tout ressortissant étranger qui est arrêté, incarcéré ou mis en détention préventive (ci-après: le détenu) doit être informé sans retard par les autorités compétentes de l'Etat de résidence de son droit de pouvoir communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son Etat. Le délai («sans retard») dans lequel cette information doit intervenir n'est pas précisé par la convention de Vienne précitée, mais doit être interprétée comme signifiant «immédiatement». Dans la mesure où l'information du poste consulaire dépend d'une demande librement faite par le détenu, la procédure ne peut être qualifiée de régulière que si ce dernier est informé «immédiatement», à l'ouverture de la procédure, de son droit de décider librement s'il souhaite que le poste consulaire soit averti.

¹⁰³ RS 0.142.112.681.

¹⁰⁴ Ordonnance du 7 décembre 2007 (RS 192.12).

¹⁰⁵ Voir la note 100.

Deuxièmement, si le ressortissant étranger arrêté, incarcéré ou mis en détention préventive en fait la demande, lesdites autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi de l'arrestation, incarcération ou mise en détention préventive de cette personne. Dans ce cas, l'expression «sans retard» doit être interprétée moins strictement que dans le premier cas. Selon la doctrine, un délai d'information maximal d'un mois serait trop long et de 48 heures trop court. En effet, si les intérêts de l'instruction pénale l'exigent, l'arrestation d'une personne peut être tenue secrète pendant un certain temps. Toutefois, il faut permettre au fonctionnaire consulaire de veiller à ce que le détenu puisse être représenté en justice, de sorte qu'une permission de visite ne saurait être différée dans le cadre d'une instruction pénale, de façon à entraver ou rendre impossible une bonne représentation en justice.

Il découle de la réglementation de la convention de Vienne que le poste consulaire de l'Etat d'envoi n'est averti de l'arrestation ou de la mise en détention de l'un de ses ressortissants *que lorsque ce dernier en a expressément émis le souhait*. Si et tant que le détenu ne le veut pas ou n'en exprime pas clairement le vœu, les autorités compétentes de l'Etat de résidence n'ont ni l'obligation ni le droit d'informer le poste consulaire de l'Etat d'envoi de l'arrestation ou la mise en détention de cette personne, notamment pour des raisons de protection de sa personnalité.

Ainsi, constituant une violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires: 1) le fait pour l'Etat de résidence de ne pas avertir immédiatement un ressortissant étranger qui est arrêté ou mis en détention de son droit de communiquer avec le poste consulaire de son Etat, et 2) le fait de ne pas avertir le poste consulaire de l'Etat d'envoi dans un délai raisonnable qu'un de ses ressortissants a été arrêté ou mis en détention, si cette personne en a exprimé la volonté.

2. Lorsqu'un ressortissant suisse est arrêté ou mis en détention à l'étranger, il arrive que les autorités de l'Etat de résidence n'en avertissent pas le poste consulaire suisse compétent. Ceci peut avoir deux raisons. En premier lieu, il est possible que le détenu ait été informé par les autorités de l'Etat de résidence de son droit de prendre contact avec le poste consulaire suisse, mais qu'il n'ait pas souhaité le faire pour des motifs qui lui sont propres. Dans ce cas, l'Etat de résidence n'a ni l'obligation ni le droit d'avertir le poste consulaire suisse de l'arrestation ou de la détention de cette personne.

En second lieu, il se peut que le détenu [ait] exprimé le souhait de prendre contact avec le poste consulaire de son Etat mais que les autorités compétentes de l'Etat de résidence [n'aient] pas rempli leur seconde obligation résultant de l'article 36, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas averti le poste consulaire de l'arrestation ou de la détention du ressortissant. Dans ce cas, lorsqu'il est informé de la détention de cette personne par d'autres biais (par exemple par les proches du détenu), le poste consulaire, respectivement l'ambassade de Suisse compétent(e) pour la circonscription consulaire concernée de l'Etat de résidence, a la possibilité d'entreprendre les démarches suivantes.

En tous les cas, il importe que les démarches envisagées soient coordonnées avec la centrale à Berne, en particulier avec la division géographique compétente de la Direction politique (...) et la Direction du droit international public (...).

a) Le poste consulaire suisse compétent est en droit de s'adresser aux autorités compétentes de l'Etat de résidence (sur la base de l'article 38 de la convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁰⁶) afin de demander si le détenu a été dûment informé de son droit à communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son Etat conformément à l'article 36 de ladite convention et de demander la confirmation de l'arrestation ou de la détention de la personne concernée.

b) Si le poste consulaire suisse compétent ne peut pas obtenir confirmation de la part des autorités compétentes de l'Etat de résidence que son ressortissant a été arrêté ou détenu et que cette personne a été dûment informée de son droit de communiquer avec son poste consulaire, il revient à l'ambassade dont dépend le poste consulaire d'intervenir auprès du Ministère des affaires étrangères (MAE) pour rappeler les obligations découlant de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires et pour s'assurer de leur respect. Cette note doit indiquer autant de détails que possible sur le détenu et sur les circonstances de son arrestation et/ou de sa détention, car il s'agit d'apporter la preuve au MAE que le poste consulaire est déjà au courant de la situation du détenu et que les informations qui pourront lui être transmises par l'Etat de résidence ne violeront pas le droit à la protection de la personne du détenu.

c) Si cette note ne devait pas recevoir de réponse, l'ambassade devrait solliciter un entretien avec le responsable des affaires consulaires de l'Etat de résidence pour se plaindre de la violation de l'article 36.

d) Dans le cas où les différentes démarches précitées devaient demeurer vaines et qu'aucune suite n'était donnée à une demande d'entretien, une intervention à Berne auprès de la représentation de l'Etat concerné pourrait avoir lieu au niveau approprié.»

Note de la DDIP du 26 février 2013. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir les n^{os} 5.1 et 9.2)

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

(Voir aussi le n^o 10.2)

¹⁰⁶ Aux termes de cet article, les fonctionnaires consulaires peuvent, dans l'accomplissement de leurs devoirs, s'adresser soit aux autorités locales compétentes de leur circonscription, soit aux autorités centrales de l'Etat de résidence, dans la mesure où cela est admis par la législation de cet Etat ou par les accords internationaux en la matière.

9.1 Légitime défense et acteurs non étatiques

Voici les résultats d'une recherche entreprise par la Direction du droit international public sur le lien entre l'article 51 de la Charte des Nations Unies (CNU), relatif à la légitime défense, et les agressions perpétrées par des groupes non étatiques, y compris des groupes non étatiques internes:

«1. *Lien général entre l'article 51 de la CNU et les acteurs non étatiques* Il est aujourd'hui reconnu dans la pratique des Etats, dans la doctrine et dans la jurisprudence que l'article 51 de la CNU n'est pas limité aux agressions armées d'un Etat: il est possible d'avoir recours à la légitime défense également contre des agressions armées d'acteurs non étatiques.

Tout comme dans le cas de la légitime défense, contre une agression d'un Etat, la légitime défense en réponse à l'agression armée d'un acteur non étatique doit être nécessaire et proportionnée.

Le lien nécessaire entre l'Etat duquel les attaques ont été lancées, et le groupe non étatique, est controversé. Alors que le critère du contrôle effectif affirmé par la CIJ [Cour internationale de Justice] dans l'arrêt *Nicaragua c. Etats-Unis*¹⁰⁷ a été rejeté par la pratique subséquente des Etats et la doctrine, différents critères sont aujourd'hui avancés: i) l'implication substantielle de l'Etat; ii) le fait que l'Etat a facilité ou abrité le groupe non étatique; iii) le fait que l'Etat ne veut pas ou est incapable de lutter contre les groupes non étatiques qui ont lancé l'attaque. Aucun consensus ne découle toutefois de la pratique des Etats ou de la doctrine sur ces critères.

2. *Lien entre la légitime défense et les acteurs non étatiques internes*

Aspect peu mentionné dans la doctrine et dans la jurisprudence, à l'exception notable de l'opinion individuelle du juge Kooijmans en lien avec l'avis consultatif *Le Mur*.¹⁰⁸

Selon l'opinion du juge Kooijmans et la doctrine existante, l'article 51 de la CNU, en tant qu'exception à l'article 2(4) de la CNU, se rapporte à des phénomènes internationaux. L'article 51 de la CNU ne s'applique donc pas à des acteurs non étatiques internes.

En dehors de l'article 51 de la CNU, l'Etat a le droit d'utiliser la force, dans les limites des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'il est applicable, pour lutter contre des groupes non étatiques sur son territoire.»

Conclusions d'une étude de la DDIP du 19 février 2013. Document inédit.

9.2 Interdiction du recours à la force: opérations impliquant des réseaux informatiques. Légitime défense. Responsabilité internationale des Etats. Contre-mesures: conditions. Droit international humanitaire. Règlement pacifique des différends internationaux. Espionnage. Neutralité

La question des opérations de guerre impliquant l'utilisation de réseaux informatiques avait fait, le 10 mars 2009, l'objet d'un avis de droit conjoint de l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police et de la Direction du droit international public. Une partie de cet avis a été publiée dans *Pratique suisse 2009*, n° 9.1, RSDIE, 20^e année, 2010, p. 552. Le 1^{er} novembre 2013, cette question a resurgi dans une communication de la DDIP qui porte notamment sur les «Aspects de droit international des <contre-mesures unilatérales actives>.»

[Traduction]

«... Définitions

Selon la définition donnée par l'avis de droit précité du 10 mars 2009 (... point 1 [non reproduit]), l'expression «contre-mesures unilatérales actives» désigne toutes les mesures allant au-delà des mesures de sécurité des informations habituelles pratiquées dans les espaces publics et privés, c'est-à-dire allant au-delà de la sécurité des informations au sens étroit du terme, telle qu'elle est assurée par la surveillance et la protection passive des réseaux informatiques nationaux (ce que l'on appelle «Computer Network Defense» ou CND). Cette limite inhérente au CND au sens étroit est abandonnée lorsque des contre-mesures sont prises qui, en tant que telles, ont un caractère défensif mais portent atteinte à l'intégrité et à la disponibilité des réseaux informatiques à l'étranger (ce genre de mesures tombent aussi dans la catégorie «attaques de réseaux informatiques», «Computer Network Attacks», CNA). La limite est également franchie dès lors que des réseaux informatiques recherchent activement, à l'étranger, des informations sur les auteurs d'une attaque cybernétique (opérations appelées «Computer Network Exploitation», CNE).

Alors que les opérations CND au sens étroit sont parfaitement conformes au droit international, celles tombant dans les catégories CNA et CNE sont problématiques. Ci-après on examinera les aspects de droit international des opérations CNA et CNE.

... Les contre-mesures actives du type CNA en droit international

Pour juger de la légalité, en droit international, de mesures du type CNA prises par la Suisse pour réagir à une attaque cybernétique, une question essentielle est celle de savoir si cette action peut être imputée à l'Etat ou s'il s'agit d'une attaque perpétrée uniquement par des personnes privées. Pour qu'on puisse imputer une attaque cybernétique à un Etat, il faut que l'Etat dont le territoire a servi à lancer l'attaque ait participé à celle-ci à travers ses organes, qu'il ait soutenu l'attaque ou que, contrairement à ses devoirs, il ait omis de l'empêcher.

Les critères en matière de participation et de soutien, par l'Etat, d'attaques cybernétiques découlent directement des règles coutumières en matière de responsabilité des Etats telles qu'elles figurent également dans le Projet de la

¹⁰⁷ Arrêt du 27 juin 1986 (fond), CIJ, Recueil 1986, p. 14.

¹⁰⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ, Recueil 2004, p. 136; opinion individuelle du juge Kooijmans, *ibid.*, p. 219 (paragraphe 35–36).

Commission du droit international des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats.¹⁰⁹ L'obligation des Etats d'empêcher, dans certaines conditions, que des personnes privées utilisent leurs territoires pour causer des dommages à d'autres Etats résulte du principe général de la diligence due («due diligence»).¹¹⁰ Le contenu concret de ce principe général de droit dans le domaine de l'Internet est toutefois peu certain dans la pratique. Cela étant, il peut souvent s'avérer difficile d'établir, dans un cas concret, si et dans quelle mesure une obligation de diligence existe et si elle a été violée. Il faut examiner, dans chaque cas, si une de ces trois conditions pour l'imputation d'une attaque de réseaux informatiques à un Etat est remplie sur la base d'informations factuelles détaillées.

S'il n'est pas possible d'imputer une telle attaque à un Etat dans un cas concret, les mesures CNA sont prohibées par le droit international parce que l'élément interétatique nécessaire fait défaut. Dans ce cas, la Suisse devrait rechercher la coopération de l'Etat dont émane l'attaque contre la Suisse pour prendre des contre-mesures actives. Des mesures CNA unilatérales prises par la Suisse seraient en violation du droit international.

Si l'attaque cybernétique peut être attribuée à un Etat, il faut établir si elle atteint, de par le préjudice causé, le niveau d'une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.¹¹¹ Il y a agression armée là où l'attaque cybernétique cause des dégâts matériels importants et des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. Tel est le cas, par exemple, lorsque le mécanisme de direction d'une usine nucléaire est perturbé par une attaque cybernétique qui cause ainsi la libération de quantités radioactives importantes, ce qui porte atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle. Si l'attaque ne produit pas des effets aussi importants, il n'y a pas d'agression armée selon le droit international, mais seulement, le cas échéant, violation de l'interdiction d'intervenir dans les affaires intérieures (article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies).¹¹² C'est le cas, par exemple, lorsqu'une attaque de réseaux informatiques dérange un système électronique de traitement douanier en Suisse ou le réseau informatique d'une banque suisse, sans que cela produise des incidences matérielles majeures ou sans qu'il y ait des atteintes à leur vie ou à l'intégrité corporelle. Lorsqu'une attaque de réseaux informatiques atteint le seuil de l'agression armée, la Suisse peut, en principe, sur la base du droit de légitime défense défini à l'article 51 de la Charte des Nations Unies, prendre des mesures du type CNA – voire d'autres mesures militaires – contre l'Etat responsable.¹¹³ Ce faisant, elle doit respecter l'exigence de la proportionnalité, et le Conseil de sécurité des Nations Unies doit être immédiatement informée de la situation; de plus faut-il que le Conseil n'ait pas lui-même pris des mesures. Si ces conditions sont remplies, les mesures CNA prises par la Suisse seraient licites sur le plan international. La Suisse se trouverait alors en guerre avec l'Etat dont émane l'attaque cybernétique, ce qui entraînerait l'applicabilité du droit international humanitaire.¹¹⁴

Si l'attaque ne constitue pas une agression armée mais une simple transgression de l'interdiction d'intervenir dans les affaires intérieures d'un Etat, la Suisse ne peut invoquer le droit – substantiel – de légitime défense réservé à l'article 51 de la Charte. Dans cette hypothèse, elle dispose en premier lieu d'outils diplomatiques et d'autres moyens de règlement pacifique pour parer l'attaque. Mais le droit international, sur la base des critères applicables en matière de responsabilité des Etats, n'exclut pas, si certaines conditions sont réalisées, que la Suisse prenne des contre-mesures unilatérales du type CNA.¹¹⁵ Il faut notamment que les moyens moins contraignants de règlement pacifique aient été épuisés ou n'offrent, objectivement, aucune issue; il faut également que l'exigence de la proportionnalité soit respectée et que l'Etat en cause ait préalablement été informé des mesures à intervenir. De plus, cette dernière condition ouvre d'ailleurs à l'Etat visé une dernière possibilité de prendre, sur son territoire, des mesures contre ceux qui ont perpétré l'attaque contre la Suisse. Si toutes ces conditions sont réunies, la Suisse peut, sous l'angle du droit international et dans le cadre indiqué, recourir à des contre-mesures du type CNA en ce qui concerne l'attaque cybernétique.

Ainsi le droit international public n'exclut pas radicalement la prise unilatérale, par la Suisse, de «contre-mesures» actives du type CNA. Pour en apprécier le caractère – licite ou illicite – dans un cas concret, il est cependant nécessaire de disposer d'éléments de fait et d'analyses détaillées concernant les conditions posées par le droit international public. Cela est vrai tant en ce qui concerne l'imputabilité d'une attaque cybernétique à un Etat que la question de savoir si, en cas d'imputabilité à un Etat, les autres conditions pour des mesures unilatérales du type CNA, sur la base du droit de légitime défense ou du droit de la responsabilité internationale, sont réunies. Ce n'est qu'au terme d'une analyse approfondie du cas spécifique que l'on peut juger de la légalité de mesures CNA unilatérales prise pour réagir à une attaque cybernétique.

... Les contre-mesures actives du type CNE en droit international

En règle générale des mesures du type CNE seront décidées à un moment où une décision sur l'imputabilité d'une attaque à un Etat ne peut pas encore être prise. Ce n'est que la CNE qui fournira les informations nécessaires à cette fin. Sur le plan du droit international, les mesures du type CNE ne sont donc pas dans leur essence des contre-mesures dirigées contre le comportement attribuable à un Etat, mais des activités ayant un caractère indépendant.

En ce qui concerne les mesures en question, il n'existe pas, à l'heure actuelle, des règles spécifiques de droit international. On peut toutefois établir une analogie avec les règles du droit international relatives à l'espionnage afin de définir les conditions auxquelles le droit international subordonne le recours à la CNE.

Le droit international ne connaît aucune réglementation conventionnelle complète de l'espionnage. Le droit international coutumier tolère les activités internationales d'espionnage dans une certaine mesure. Les Etats qui y sont exposés n'y

¹⁰⁹ Articles 4 à 11 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites du 31 mai 2004 [Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II/2, pp. 26–27]. Par la Résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé ce Projet.

¹¹⁰ Voir, par exemple, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013.

¹¹¹ RS 0.120.

¹¹² L'article 2, paragraphe 7, a la teneur suivante: «Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII.»

¹¹³ Le statut international de neutralité n'empêche pas la Suisse de se défendre elle-même en cas d'agression armée.

¹¹⁴ A ce propos, voir également le *Tallinn Manual on International Law Applicable to Armed Conflict*, Cambridge 2013, pp. 75 et ss.

¹¹⁵ Articles 49 à 54 du Projet d'articles [cité à la note 109, *ibid.*, pp. 30–31].

voient en général que des actes inamicaux et non illicites.

Bien que l'espionnage ne soit donc pas proscrit par le droit international, ce dernier contient, dans des domaines particuliers, des règles qui limitent les activités d'espionnage à l'étranger. C'est le cas, par exemple, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹¹⁶ et également de divers instruments pour la protection des droits de l'homme (voir, à titre d'exemple, le Pacte II des Nations Unies¹¹⁷). Au-delà de ces limites, l'espionnage peut enfreindre le droit international.

Il s'ensuit que, dans le cadre tracé ci-dessus, la Suisse peut prendre des mesures CNE pour obtenir des informations sur l'auteur d'une attaque de réseaux informatiques.

... Résumé général relatif aux aspects de droit international

Ce résumé veut offrir une vue générale des aspects internationaux des «contre-mesures unilatérales actives» prises en réponse à une attaque cybernétique:

a) *Si une telle attaque peut être imputée à un Etat* selon les critères établis par le droit international, la Suisse peut unilatéralement recourir à des «contre-mesures actives» dans les conditions suivantes:

- Si l'attaque peut être qualifiée d'*agression armée*, la Suisse pourrait, sur la base du droit de légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et aux conditions qui y sont énoncées, prendre unilatéralement des contre-mesures. Elle se trouverait alors dans une situation de conflit armé.

- *En l'absence d'agression armée*, la Suisse ne peut prendre des contre-mesures unilatérales que si les moyens moins radicaux de règlement des différends internationaux ont été épuisés ou paraissent, objectivement, n'offrir aucun résultat, si la règle de la proportionnalité est respectée et si l'Etat en cause a été préalablement informé des mesures prévues.

b) *Si l'imputation de l'attaque à un Etat s'avère impossible*, des «contre-mesures unilatérales actives» sont *prohibées par le droit international*.

c) *La recherche d'informations par des réseaux informatiques à l'étranger* est en principe permise par le droit international, pour autant que les conditions pertinentes soient respectées.»

Note de la DDIP, du 1er novembre 2013, adressée à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police. Document inédit.

10. Le droit des conflits armés

(Voir aussi le n° 9.2)

10.1 Conflits armés et protection de l'environnement

Dans le Rapport préliminaire qu'elle a présenté sur ce thème à la Commission du droit international des Nations Unies (CDI), la Rapporteuse spéciale a indiqué son intention de mettre l'accent sur les devoirs des Etats avant et après le conflit (phases 1 et 3) plutôt que sur ceux qu'il encourt pendant celui-ci (phase 1).¹¹⁸ C'est à cette intention que s'est intéressé le Représentant de la Suisse à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

«Concernant la protection de l'environnement en cas de conflit armé, la Suisse désirerait avoir plus d'informations sur ce qui est entendu par «obligations pertinentes eu égard à l'éventualité d'un conflit armé» (phase 1). Est-ce que l'objectif de la Commission du droit international est de développer de nouvelles obligations ou seulement d'élaborer des lignes directrices?

Dans le cadre des consultations menées par le CICR [Comité international de Croix-Rouge] en amont de l'élaboration du rapport intitulé «Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés» qu'il a présenté lors de la 31e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge,¹¹⁹ la Suisse s'était dite particulièrement intéressée par l'idée d'établir, dès le temps de paix, une protection territoriale qui s'appliquerait aux zones d'importance écologique majeure.

Pour ce qui est de la phase 2 (pendant un conflit armé), la Suisse rappelle que l'environnement naturel bénéficie de la protection générale que le droit international humanitaire accorde aux biens civils. Cette protection générale existe tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux. En outre, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (articles 35 et 55)¹²⁰ prévoit une protection spéciale de l'environnement naturel selon laquelle il est interdit, dans les conflits armés internationaux, de causer «des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel». La Suisse se demande si la protection spéciale accordée à l'environnement nécessite d'être clarifiée ou renforcée car chacun de ces termes est imprécis. La Suisse se demande en outre si les règles générales relatives à la production des biens civils sont suffisantes pour assurer en pratique une protection efficace de l'environnement naturel.

Si aucune règle conventionnelle spécifique ne protège l'environnement dans les conflits armés non internationaux, le droit international coutumier prévoit quelques règles dont la portée pourrait être précisée ou développée.

¹¹⁶ [Convention du 18 avril 1961.] RS 0.191.01.

¹¹⁷ [Pacte relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966.] RS 0.103.2.

¹¹⁸ Voir Rapport de la CDI, 65e session, 6 mai–7 juin et 8 juillet–9 août 2013, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 68e session, Supplément n° 10 (A/68/10), p. 110, paragraphe 136.

¹¹⁹ Document préparé par le Comité international de la Croix-Rouge pour la 31e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 28 novembre–1er décembre 2014, doc. 31IC/11/5.1.1.

¹²⁰ Protocole du 8 juin 1977 (RS 0.518.521). L'article 55 dispose: «1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population. 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.»

De plus, il serait intéressant de préciser le rôle joué par d'autres corps de droit – en particulier l'apport que peuvent avoir les droits de l'homme et le droit international de l'environnement – en ce qui a trait à la protection de l'environnement en relation avec les conflits armés.»

Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 4 novembre 2013. Document inédit.

10.2 Droit international humanitaire: saisine de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits. Règlement pacifique des différends. Souveraineté de l'Etat: souveraineté et chapitre VII de la Charte des Nations Unies; limitations à la souveraineté résultant de la soumission à un mécanisme de règlement pacifique; consentement (formes; consentement et souveraineté; saisine par le Conseil de sécurité des Nations Unies)

L'article 90, paragraphe premier, du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51) relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977 (RS 0.518.521), prévoit la constitution d'une commission internationale humanitaire d'établissement des faits (ci-après: CIHEF). Le paragraphe 2 de l'article 90 du Protocole I dispose, quant à lui:

«2. a) Les Hautes Parties contractantes peuvent, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion au protocole, ou ultérieurement à tout autre moment, déclarer reconnaître de plein droit et sans accord spécial, à l'égard de toute autre Haute Partie contractante qui accepte la même obligation, la compétence de la Commission internationale pour enquêter sur les allégations d'une telle autre Partie, comme l'y autorise le présent article.

b) Les déclarations visées ci-dessus seront remises au dépositaire qui en communiquera des copies aux Hautes Parties contractantes.

c) La Commission sera compétente pour:

i) enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave au sens des conventions et du présent protocole ou une autre violation grave des conventions ou du présent protocole;

ii) faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour à l'observation des dispositions des conventions et du présent protocole.

d) Dans d'autres situations, la Commission n'ouvrira une enquête à la demande d'une Partie au conflit qu'avec le consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées.

e) Sous réserve des dispositions ci-dessus du présent paragraphe, les dispositions des articles 52 de la I^{ère} convention, 53 de la II^e convention, 132 de la III^e convention et 149 de la IV^e convention¹²¹ demeurent applicables à toute violation alléguée des conventions et s'appliquent aussi à toute violation alléguée du présent protocole.»

A la date de l'avis qui va suivre, 73 Etats avaient fait la déclaration prévue au paragraphe 2, lettre a, mais la CIHEF n'a jamais été saisie d'une demande d'enquête. Par analogie avec l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501),¹²² la disposition en cause peut être qualifiée de «clause facultative d'enquête obligatoire»: la compétence de la Commission sera obligatoire pour les Etats ayant fait cette déclaration dans ses relations avec tout autre Etat ayant fait de même.

Une première question est celle de savoir qui peut demander une enquête à la CIHEF (voir le chiffre 2 ci-après). Il y a ensuite celle de savoir qui doit, éventuellement, donner son aval pour qu'une enquête puisse avoir lieu (chiffre 3). Suivra un examen du point de savoir si la CIHEF peut être saisie en dehors du cadre strict établi par l'article 90 et, si oui, à quelles conditions (chiffre 4). Le texte ci-après se terminera par un résumé conclusif (chiffre 6).

«2. Demande d'enquête à la CIHEF

Les Etats liés par le Protocole I qui ont fait la déclaration de l'article 90 sont dans une situation différente (chiffre 2.1) de celle des autres Etats, qu'ils soient ou non liés par le protocole I (chiffre 2.2). Se pose en outre la question de savoir si d'autres acteurs peuvent saisir la CIHEF (chiffre 2.3) et celle de savoir ce qu'il en est des relations vis-à-vis de la CIHEF entre les Etats qui ont fait la déclaration et les autres Parties (chiffre 2.4).

2.1 Etats qui ont déclaré reconnaître la compétence de la CIHEF

Ces 73 Etats ont déclaré reconnaître de plein droit et sans accord spécial la compétence de la CIHEF pour enquêter (article 90, paragraphe 2, lettre a). Ils se sont ainsi engagés par avance à accepter les enquêtes de la CIHEF; l'action de celle-ci n'est alors subordonnée à aucune approbation supplémentaire. Cette reconnaissance est faite «à l'égard de» tout autre Partie qui accepte la même obligation.¹²³ Pour que la CIHEF puisse enquêter en application de la lettre a, il faut qu'elle soit saisie, par un Etat qui a fait cette déclaration, d'«allégations» portant sur une infraction grave ou sur une

¹²¹ Ces dispositions prévoient que, à la demande d'une Partie au conflit, une enquête devra être ouverte, selon des modalités à fixer entre les Parties intéressées, au sujet de toute violation alléguée des conventions.

¹²² Aux termes de cette disposition, « [l]es Etats Parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet [suit une énumération des catégories de différends] ».

¹²³ Les déclarations sont officialisées par leur remise au dépositaire [la Suisse] et valables dès la date de leur dépôt. Le dépositaire les communique à toutes les Hautes Parties contractantes aux Conventions et non pas seulement aux Etats qui ont déjà fait cette déclaration (article 90, paragraphe 2, lettre b, et article 100, lettre c, du protocole; cf. aussi J. DE PREUX, «Protocole I, Article 90», in: *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève 1986, p. 1069, n° 3619).

violation grave des conventions ou du protocole.¹²⁴ Tout Etat qui a fait cette déclaration peut faire une telle demande même s'il n'est ni victime des faits incriminés ni Partie à un conflit,¹²⁵ à la condition que cette demande vise un autre Etat qui a également fait cette déclaration.

2.2 Parties qui n'ont pas déclaré reconnaître la compétence du CIHEF

L'article 90 ouvre aussi la porte du recours à la CIHEF aux Parties qui n'ont pas déclaré d'avance accepter la compétence de la CIHEF (paragraphe 2, lettre d). Une Partie à un conflit armé international¹²⁶ qui n'est pas Partie au protocole I peut aussi approcher la CIHEF, de cas en cas mais en tout temps, au sujet d'une allégation d'infraction ou de violation grave des conventions. Si cette Partie au conflit est en outre Partie au protocole I, elle peut faire de même dans le cadre des conventions et du protocole I.¹²⁷ Mais la compétence de la CIHEF est alors subordonnée au consentement du ou des «défendeur(s)».¹²⁸

2.3 Démarche par d'autres acteurs

Il est reconnu que la CIHEF ne peut pas ouvrir une enquête de sa propre initiative. Une proposition avait été émise en ce sens lors de la Conférence diplomatique de 1974–1977, mais ne fut pas retenue.¹²⁹ Tout au plus la CIHEF pourrait-elle, selon certains auteurs, prendre l'initiative d'offrir ses bons offices.¹³⁰ De même, des personnes privées, des groupements représentatifs de la population ou d'autres organismes ne sont pas légitimés à demander une enquête à la CIHEF.¹³¹

Seuls des Etats ont donc en principe qualité pour saisir la CIHEF. Rien ne semble empêcher toutefois qu'une telle demande soit formulée par une puissance protectrice,¹³² par le Conseil de sécurité de l'ONU,¹³³ voire par une organisation intergouvernementale¹³⁴

2.4 Autres questions relatives aux rapports entre demandeurs et défendeurs

a) Une première question, qui se pose lorsqu'une Partie à un conflit n'a pas fait la déclaration de l'article 90 et demande une enquête (demandeur) visant un Etat qui l'a faite (défendeur), est celle de savoir si la compétence de la CIHEF est subordonnée au consentement du défendeur.

La réponse est affirmative: pour éviter une inégalité, ce consentement ne peut pas être présumé lorsque le défendeur a accepté a priori la compétence obligatoire de la CIHEF. Sinon, les Parties au conflit qui n'ont pas reconnu cette compétence pourraient contraindre une autre Partie au conflit qui l'a reconnue à accepter l'enquête. Seuls les Etats qui acceptent a priori la compétence de la CIHEF peuvent imposer l'enquête à un Etat qui en a fait de même.¹³⁵ Rien n'empêcherait cependant l'Etat qui n'a pas encore fait la déclaration de l'article 90 de la formuler, serait-ce spécifiquement dans le but de contraindre à une enquête un Etat qui a déjà fait cette déclaration.¹³⁶

b) Une seconde question, largement débattue, est celle de savoir si et dans quelle mesure la compétence de la CIHEF s'étend aux conflits armés non internationaux.

La CIHEF elle-même ainsi que plusieurs auteurs y sont favorables.¹³⁷ D'autres auteurs reconnaissent cette

¹²⁴ Cf. article 90, paragraphe 2, lettre c, alinéa i, du protocole I. La CIHEF peut donc aussi devoir se prononcer sur la recevabilité de la demande en cas de doute sur la nature ou la gravité des allégations; cf. E. KUSSBACH, *The International Humanitarian Fact-finding Commission*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 43, 1994, pp. 176 et ss; DE PREUX, *op.cit.*, pp. 106 et s., n°s 3621–3623; H. SPIEKER, *International (Humanitarian) Fact-finding Commission*, in: R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2009), chiffre 12.

¹²⁵ D. FLECK, Die internationale Ermittlungskommission: Probleme und Perspektiven einer neuen Einrichtung des humanitären Völkerrechts, in: H. SCHÖTTLER/B. HOFFMANN (dir.), Die Genfer Zusatzprotokolle, Kommentare und Analysen, Bonn 1993, p. 260; DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1069, n° 3618; A. REINISCH, The International Fact-finding Commission According to Article 90 Additional Protocol I to the Geneva Conventions and Its Potential Enquiry Competence in the Yugoslav Conflict, Nordic Journal of International Law, vol. 65, 1996, pp. 251 et s.; S. VITÉ, les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire, Bruxelles 1999, pp. 117 et s.; plus nuancé M. SAGER, Die internationale Ermittlungskommission gemäss Artikel 90 von Zusatzprotokoll I zu den Genfer Konventionen von 1949, thèse, Zurich 1995, pp. 38–40.

¹²⁶ Y compris un mouvement de libération nationale (DE PREUX, *op.cit.*, p. 1071, n° 3626 *in fine*; VITÉ, *op.cit.*, pp. 99 et s. et 118).

¹²⁷ Voilà qui distingue la situation des Etats qui sont liés par le protocole I sans avoir séparément déclaré reconnaître la compétence de la CIHEF des autres Etats Parties aux conventions sans être liés par le protocole I; les premiers sont actuellement au nombre de 100 et les seconds au nombre de 22. Pour les listes, voir www.dfae.admin.ch/dépositaire.

¹²⁸ Voir ci-dessous, chiffre 3.

¹²⁹ L. CONDORELLI, La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits: un outil obsolète ou un moyen utile de mise en oeuvre du droit international humanitaire?, Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 83, n° 842, juin 2001, pp. 398 et 400; DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1069, n° 3618; SAGER, *op.cit.*, [note 125], pp. 40 et s.; cf. Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève 1974–1977, vol. III, p. 352 (CDDH/II/241 et Add. 1); vol. IX, pp. 217 et s. (CDDH/II/SR.56, paragraphe 73). Cf. aussi M. BOTHE, Fact-finding as a Means of Ensuring Respect for International Humanitarian Law, in: W. HEINTSCHEL VON HEINEGG/V. EPPING (dir.), International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen, Berlin/Heidelberg/New York 2007, p. 265; K.J. PARTSCH, Protocol I, Article 90, in: M. BOTHE/K.J. PARTSCH/W.A. SOLF (dir.), New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, La Haye/Boston/Londres 1982, p. 540; REINISCH, *op.cit.* note 125, p. 253. Dans un sens partiellement différent, reconnaissant à la CIHEF un droit d'initiative plus large, VITÉ, *op.cit.* *ibid.*, pp. 122 et s.

¹³⁰ Qu'une demande d'enquête lui ait été soumise ou non, BOTHE, *op.cit.* note 129, p. 265; CONDORELLI, *op.cit.* *ibid.*, pp. 402 et s.; FLECK, *op.cit.* note 125, p. 260; KUSSBACH, *op.cit.* note 124, pp. 178 et s.

¹³¹ CONDORELLI, *op.cit.* note 129, pp. 398 et 403; PARTSCH, *op.cit.* *ibid.*, p. 543; DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1069, n° 3618; SAGER, *op.cit.* note 125, p. 40.

¹³² DE PREUX, *loc.cit.*; SAGER, *op.cit.*, p. 40.

¹³³ Cf. ci-dessous, chiffre 3.3, lettre e, *ad* note 164.

¹³⁴ CONDORELLI, *op.cit.* note 129, p. 403.

¹³⁵ DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1071, n° 3626, et les références citées; SAGER, *op.cit.* note 125, pp. 39 et s.; SPIEKER, *op.cit.* note 124, chiffre 8; VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 119.

¹³⁶ VITÉ, *loc.cit.*

¹³⁷ Rapport d'activité de la CIHEF à l'occasion de son 20e anniversaire, Berne 2011, pp. 14, 16, 18 et 27; CONDORELLI, *op.cit.* note 129, pp. 401 et s.; E. MIKOS-SKUZA, *The International Humanitarian Fact-finding Commission: An Awakening Beauty?*, in: A. FISCHER-LESCANO/H.-P. GASSER/T. MARAUHN/N. RONZITTI (dir.), *Frieden in Freiheit – Peace in Liberty – Paix et liberté. Festschrift für MICHAEL BOTHE*

compétence de manière prudente ou limitée.¹³⁸ Mais cette question devra faire l'objet d'une analyse séparée approfondie.

c) Une troisième question qui se pose est celle de savoir si un Etat qui n'est pas Partie à un conflit peut saisir la CIHEF.

La réponse est clairement affirmative lorsque le demandeur et le défendeur ont tous deux déclaré par avance accepter la compétence de la CIHEF.¹³⁹ A l'inverse, il est établi qu'une Partie qui n'a pas fait la déclaration de l'article 90, qu'elle soit ou non liée par le protocole I, ne peut, selon le paragraphe 2, lettre d, demander une enquête que si elle est Partie au conflit.

Mais qu'en est-il d'un Etat qui, sans être Partie au conflit, a fait cette déclaration: peut-il saisir la CIHEF lorsque le défendeur n'a pas fait cette déclaration?¹⁴⁰ L'article 90, paragraphe 2, lettre d, prévoit que «dans d'autres situations, la Commission n'ouvrira une enquête à la demande d'une Partie au conflit qu'avec le consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées». Il est largement reconnu que les «autres situations» sont celles dans lesquelles la clause de compétence obligatoire du paragraphe 2, lettre a, ne s'applique pas ou, en d'autres termes, celles dans lesquelles soit le demandeur, soit le défendeur, soit encore les deux n'ont pas fait la déclaration de l'article 90.¹⁴¹

Malgré les termes «demande d'une Partie au conflit» de la lettre d, le texte et la logique du paragraphe 2, pour certains auteurs, n'excluent pas une interprétation selon laquelle les «autres situations» incluent celle d'un Etat qui n'est pas Partie à un conflit mais a fait la déclaration et qui demande une enquête visant une Partie qui n'a pas fait la déclaration. Et ce ne seraient alors que ceux qui n'ont pas fait la déclaration de l'article 90 qui doivent être Parties à un conflit pour pouvoir être demandeurs.¹⁴² Si cette interprétation peut sembler légitime d'une part en vertu de l'obligation générale, incombant à toute la communauté internationale, de «respecter et faire respecter» le droit humanitaire «en toutes circonstances»¹⁴³ et d'autre part puisqu'il est toujours possible d'exploiter à ce sujet la flexibilité que donne à la compétence de la CIHEF la disposition sur les «autres situations»,¹⁴⁴ elle peut toutefois également sembler extensive, par exemple lorsqu'est analysé le contexte de l'adoption de cette disposition qui voulait n'ouvrir cette possibilité qu'aux Parties à un conflit.¹⁴⁵

3. Consentement à une enquête de la CIHEF

Lorsque demandeur et défendeur ont tous deux fait la déclaration de l'article 90, l'enquête peut avoir lieu sans autre, dès que des allégations sont avancées (lettre a).

Dans les «autres situations», l'enquête ne pourra être ouverte «qu'avec le consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées» (lettre d). Doivent dès lors être analysées la nécessité de ce consentement selon la lettre d (chiffre 3.1), les relations entre ce consentement et la souveraineté étatique (chiffre 3.2), puis les formes que peut prendre un tel consentement (chiffre 3.3).

3.1 Nécessité du consentement

Lors de la Conférence diplomatique de 1974–1977 furent longuement discutées des propositions d'établissement d'une commission d'enquête qui puisse agir sans le consentement des Parties concernées. Mais il n'y eut pas de majorité suffisante pour que la CIHEF puisse agir ainsi. Le CIHEF a dès lors un caractère facultatif par définition,¹⁴⁶ et c'est à titre de compromis que fut adoptée la «clause facultative d'enquête obligatoire».¹⁴⁷ Dès lors, soit un Etat défendeur a

zum 70. Geburtstag, Baden-Baden/Zürich 2008, p. 485; A. MOKHTAR, *To Be or Not To Be: The International Fact-finding Commission*, Italian Yearbook of International Law, vol. XII, 2002, pp. 90 et ss; VITÉ, *op.cit.* note 125, pp. 118 et s.; cf. aussi T. MARAUHN, *Sailing Close to the Wind: Human Rights Council Fact-finding in Situations of Armed Conflict – The Case of Syria*, California Western International Law Journal, vol. 43, 2013, ... p. 454.

¹³⁸ T. PFANNER, Mécanismes et méthodes visant à mettre en oeuvre le droit international humanitaire et apporter protection et assistance aux victimes de la guerre, Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 91, sélection française 2009, p. 120; REINISCH, *op.cit.* note 125, pp. 243–248; SAGER, *op.cit. ibid.*, pp. 41 et ss; SPIEKER, *op.cit.* note 124, chiffres 9 et s.; cf. aussi Z. DABONÉ, Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques, collection genevoise n° 828/2012, Genève.

¹³⁹ REINISCH, *op.cit.*, pp. 250–253

¹⁴⁰ Cette question n'est pas sans importance pour le présent avis: dans la mesure où il s'agit essentiellement de savoir si une conférence des Hautes Parties contractantes aux conventions de Genève peut saisir la CIHEF, il n'est pas sans intérêt de savoir lesquels de ces Etats pourraient aussi individuellement demander une enquête à la CIHEF.

¹⁴¹ REINISCH, *op.cit.* note 125, pp. 249 et s.; SAGER, *op.cit. ibid.*, p. 43.

¹⁴² En ce sens CONDORELLI, *op.cit.* note 129, pp. 398 et 403; PARTSCH, *op.cit. ibid.*, p. 543 *in medio*; ne semblant pas l'exclure, VITÉ, *op.cit.* note 125, pp. 117 et s. D'autres auteurs, toutefois, sans s'attarder sur la question, reprennent la formulation de la lettre d pour affirmer que c'est «à la demande d'une Partie au conflit» qu'une enquête pourra être ouverte par la CIHEF en application de cette disposition (DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1071, n° 3626; MIKOS-SKUZA, *op.cit.* note 137, p. 485; MOKHTAR, *op.cit. ibid.*, p. 74; SPIEKER, *op.cit.* note 124, chiffre 8; cf. aussi L. CONDORELLI/L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire «en toutes les circonstances»*, in: *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de JEAN PICTET*, Genève/La Haye 1984, p. 31.

¹⁴³ Article premier commun aux conventions et au protocole I. Cf. en ce sens MOKHTAR, *op.cit.* note 137, p. 84; MIKOS-SKUZA, *op.cit. ibid.*, pp. 482 et ss. Pour celle-ci, le fait d'avoir recours à la CIHEF «should be perceived in the broader context of States' responsibility to «ensure respect» for international humanitarian law so that, even if they are not Parties to a given armed conflict, they are entitled to take steps aiming at assuring better application of legal rules (p. 490; traduction: [le recours à la CIHEF] devrait être vu dans la perspective plus large de la responsabilité des Etats de respecter le droit international humanitaire, de sorte que, même s'ils ne participent pas au conflit armé en cause, ils ont le droit d'entreprendre des démarches assurant une meilleure application des règles de droit.) Sur le devoir de respecter et de faire respecter, cf. PFANNER, *op.cit.* note 138, pp. 280 et s. et 304 et s.; L. CONDORELLI, *L'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire et la responsabilité individuelle*, in: *Défis contemporains en droit international humanitaire*, Bruges 2001, pp. 46 et ss; F. KALSHOVEN, *The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From a Tiny Seed to Ripening Fruit*, Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 2, 1999, pp. 3 et ss; CONDORELLI/BOISSON DE CHAZOURNES, *op.cit.*, pp. 17–35.

¹⁴⁴ CONDORELLI, *op.cit.* note 129, p. 403.

¹⁴⁵ PARTSCH, *op.cit.* note 129, pp. 543 et s.; CONDORELLI, *op.cit. ibid.*, p. 400 *in initio*, qui milite cependant «pour une interprétation progressiste» sur ce point; cf. toutefois dans un sens partiellement opposé CONDORELLI/BOISSON DE CHAZOURNES, *op.cit.* note 142, p. 31 n. 28.

¹⁴⁶ SAGER, *op.cit.* note 125, pp. 47 et s.; VITÉ, *op.cit. ibid.*, p. 117.

¹⁴⁷ Cf. chiffre premier [non reproduit dans le présent texte]. Pour l'ensemble des propositions, amendements et pour les débats, qui furent longs et difficiles, cf. Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire

déclaré par avance reconnaître la compétence obligatoire de la CIHEF (lettre a) et aucun consentement supplémentaire n'est nécessaire, soit il n'a pas fait cette déclaration et son consentement *ad hoc* est nécessaire pour qu'une enquête soit menée (lettre d).¹⁴⁸

Selon le règlement intérieur de la CIHEF du 8 juillet 1992, en effet, «si la Commission est saisie d'une demande d'enquête conformément à l'article 90 (2) et que le consentement de l'autre ou des autres Partie(s) concernée(s) n'a pas encore été donné, la Commission transmet la demande à cette ou à ces autres Partie(s) en la ou les priant d'indiquer son ou leur consentement».¹⁴⁹

Il s'agira d'obtenir deux consentements tout au plus: celui de l'Etat sur le territoire duquel doit être menée l'enquête et/ou celui de la Partie soupçonnée d'être responsable des faits incriminés, ces deux qualités pouvant être réunies.¹⁵⁰

La collaboration des Parties intéressées semble indispensable au bon déroulement de l'enquête, même lorsque ces Parties ne seraient pas des Etats, en raison du pouvoir effectif de celles-ci.¹⁵¹

A défaut de consentement, la CIHEF ne peut pas se déclarer compétente. Mais la question se pose de savoir si d'autres Etats ou entités ... pourraient consentir à une enquête à la place du défendeur dont le consentement ne peut pas être obtenu, nonobstant l'usage des moyens diplomatiques voire des pressions appropriées. Cette question touche toutefois la souveraineté étatique.

3.2 Lien entre consentement et souveraineté

L'enquête vise une ou des Partie(s) dont le consentement est indispensable selon la lettre d. Ce consentement n'est pas sans lien avec la nécessaire collaboration de cette ou de ces Partie(s) dès qu'une enquête est déclenchée.¹⁵² La mission d'enquête devra généralement agir sur le territoire d'un Etat défendeur pour établir les faits qui s'y sont produits et les activités de celui-ci.¹⁵³

Il est certes légitime actuellement de se demander si une enquête efficace ne peut pas être menée sans [la] collaboration du défendeur ou sans pénétrer sur un territoire étatique. Tel pourrait sembler le cas si l'enquête se contente d'informations obtenues de manière non intrusive, de sources «externes» et de recoupements, pour considérer certains faits comme suffisamment établis. Ne serait-il pas alors possible de se passer du consentement du défendeur sans porter atteinte à sa souveraineté?

Une telle limitation initiale du champ d'action de l'enquête à des moyens non intrusifs, même si elle n'empêcherait peut-être pas d'obtenir des résultats probants dans certaines situations, demeure difficile à concevoir de manière générale. D'une part, cette limitation ferait probablement perdre à une telle mission d'enquête dans d'autres situations tout ou partie de son efficacité, voire de son indépendance et de sa crédibilité.

D'autre part et quoi qu'il en soit, un établissement le plus complet possible des faits nécessitera en principe un certain contrôle des faits imputables au défendeur¹⁵⁴ et contiendra souvent le constat de tel ou tel comportement ou activité de celui-ci, fût-ce par omission. Un Etat doit en effet contrôler son territoire par l'intermédiaire de ses seuls organes; d'autres autorités, quelle qu'en soit l'origine, ne doivent pas pouvoir exercer une telle compétence étatique sans autorisation. Dès lors, pour que la compétence d'établir les faits soit juridiquement fondée, le défendeur doit avoir accepté l'enquête.¹⁵⁵

De même, les notions de droit d'ingérence et de «devoir d'ingérence» en matière humanitaire¹⁵⁶ visent des situations d'aide d'urgence ou de cessation de violations en cas de crimes graves et ne semblent pas appropriées pour imposer un mécanisme d'établissement des faits qui ne serait probablement pas apte, du moins a priori, à faire cesser de telles situations graves ou urgentes. Dès lors, pour qu'une véritable enquête puisse être déclenchée, il semble nécessaire de partir du principe qu'elle doit pouvoir porter sur un contrôle théoriquement illimité des activités du défendeur notamment et qu'elle doit aussi pouvoir être effectuée par des moyens qui enfreignent la souveraineté du défendeur, à tout le moins dans une certaine mesure. Les limitations à la souveraineté ne se présument pas, il faut que le défendeur consente d'une manière ou d'une autre à une telle enquête pour que celle-ci soit possible.¹⁵⁷

3.3 Formes du consentement

Un consentement informel est suffisant.¹⁵⁸ Il peut être donné abstraitement et antérieurement à une situation donnée,

applicable dans les conflits armés, Genève 1974–1977, vol. III, pp. 352–359 (CCDH/II/241 et Add. 1; CCDH/II/267, 415 et 416); vol. VI, pp. 311–328 (CCDH/SR.45) et pp. 341 et s. et 366 (CCDH/SR.46); vol. IX, pp. 201–247 (CCDH/II/SR. 56–58) et pp. 434–441/CDDH/II/SR.72); vol. X, pp. 224–232 et 268–272 (CDDH/405/Rév. 1); pour un résumé, cf. par exemple PARTSCH, *op.cit.* note 129, pp. 539 et s.; SAGER, *op.cit.*, pp. 23–28.

¹⁴⁸ Cf. KUSSBACH, *op.cit.* note 124, p. 176; MOKHTAR, *op.cit.* note 137, p. 74; PARTSCH, *op.cit.* note 129, pp. 539 et s.; DE PREUX, *op.cit.* note 123, pp. 1063 et ss, n°s 3600 et ss, et p. 1068, n° 3617; REINISCH, *op.cit.* note 125, p. 243 *in medio*; SAGER, *op.cit.*, pp. 22–28 et 64; VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 99; c'est avant tout contre la compétence obligatoire de la CIHEF et son droit d'agir *motu proprio* que les oppositions se sont focalisées (SAGER, *op.cit.*, p. 26). La tentative de rendre l'enquête obligatoire, donc indépendante du consentement du ou des défendeur(s), dans le cas d'une violation des règles en territoire occupé échoua également (...).

¹⁴⁹ Cf. www.ihffc.org, Règle 20, paragraphe 6.

¹⁵⁰ VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 120.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵² La question concernant la collaboration concrète des Parties concernées par une enquête dépassant le cadre du présent avis. Cf. néanmoins ci-dessous, note 165.

¹⁵³ Dans le cas d'un défendeur qui ne serait pas un Etat, la question de la souveraineté ne se pose pas dans les mêmes termes, mais d'une part le consentement de cette Partie semble tout de même nécessaire au bon déroulement de l'enquête en raison du pouvoir effectif de cette Partie (...), et d'autre part les situations dans lesquelles l'Etat impliqué aurait consenti à l'enquête et seul le consentement d'une Partie non étatique ferait défaut semblent suffisamment particulières pour ne pas devoir s'y attarder à l'occasion du présent avis.

¹⁵⁴ Même s'il s'agit d'actes ne relevant pas de la compétence nationale de cet Etat puisque l'enquête se basera en fait sur le respect d'obligations relevant bien plutôt d'engagements pris en droit inter-national, voir Vité, *op.cit.* note 125, p. 45. Cf. aussi P. DAILLIER/M. FORTEAU/A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris 2009, paragraphe 283, chiffre 2.

¹⁵⁵ VITÉ, *op.cit.*, pp. 94 et s.

¹⁵⁶ Cf. par exemple J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001, pp. 580 et 610.

¹⁵⁷ Cf. aussi J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford 2012, pp. 447–455; DAILLIER/FORTEAU/PELLET, *op.cit.* note 154, pp. 479–492.

¹⁵⁸ CONDORELLI, *op.cit.* note 129, p. 398; DE PREUX, *op.cit.* note 123, p. 1071, n° 3626.

explicitement (a) ou implicitement (b); il peut aussi être donné concrètement, lors d'un événement déterminé, soit d'entente entre les Parties concernées (c), soit unilatéralement (d).¹⁵⁹ Ou le défaut de consentement peut-il être contourné et, si oui, comment (e)?

a) Le consentement *abstrait* peut être *explicite*, comme c'est le cas pour la déclaration de l'article 90. D'autres types de consentement explicite peuvent être trouvés dans les mécanismes de mise en œuvre de certains traités.¹⁶⁰ lorsqu'il consent à être lié par un traité, l'Etat en question accepte parfois par avance expressément des missions d'enquête ou de contrôle sur son territoire afin de veiller à la mise en œuvre du traité.

b) Le consentement *abstrait* d'un Etat peut aussi être *implicite*, lorsque celui-ci, adhérant par exemple à une organisation internationale dont la réalisation des objectifs peut nécessiter des enquêtes sur le territoire de ses membres, accepte simultanément les mécanismes de contrôle que celle-ci a le loisir d'actionner à cet effet.

c) Le consentement peut aussi devoir être donné concrètement, à l'occasion de la survenance de faits pouvant appeler une enquête. Ce consentement peut alors être *soumis en outre à une entente* entre les Parties intéressées. Ainsi l'article 52/53/132/149 commun aux quatre conventions de Genève¹⁶¹ prévoit-il qu'«à la demande d'une Partie au conflit, une enquête devra être ouverte, selon le mode à fixer entre les Parties intéressées...». Le compromis ne porte alors plus sur le principe de l'enquête, mais sur les modalités de sa réalisation effective.

d) Le consentement *concret* peut enfin être *unilatéral*. C'est celui que la CIHEF doit le cas échéant obtenir de la ou des Partie(s) concernée(s) pour pouvoir mener une enquête en vertu de la lettre d.¹⁶²

e) Une question plus intéressante dans ce contexte est de savoir si un *consentement par substitution* est envisageable et, le cas échéant, à quelles conditions. Il est largement reconnu que le Conseil de sécurité de l'ONU dispose des pouvoirs et moyens nécessaires pour obtenir ce consentement ou qu'une décision obligatoire de celui-ci permettrait de pallier l'absence de consentement à une enquête de la CIHEF.¹⁶³ La Charte des Nations Unies rappelle en effet la souveraineté des Etats en réservant l'application des mesures de coercition prévues en son chapitre VII.¹⁶⁴ Mais ce système se rapproche plutôt du consentement abstrait implicite susmentionné que d'un véritable consentement par substitution. En dehors du système de l'ONU, il semble également que, en raison du caractère facultatif par définition de la CIHEF, pour qu'un autre organe, qu'il soit ou non institué par un traité, puisse consentir à une enquête de la CIHEF à la place d'un défendeur qui s'y refuse, il faudrait que ce défendeur soit par ailleurs obligé juridiquement de respecter une décision prise en ce sens par un tel organe.¹⁶⁵ Or ceci équivaut aussi au consentement abstrait susmentionné, qu'il soit implicite ou explicite. Tout consentement substitué qui émanerait d'un organe dont les compétences ne sont pas juridiques semble insuffisant à légitimer les potentielles atteintes à la souveraineté étatique d'une mission d'enquête de la CIHEF. Il faut dès lors se référer à cet égard à la question d'une éventuelle saisine de la CIHEF par un autre biais que celui-ci de l'article 90.

4. Saisine de la CIHEF en dehors du strict cadre de l'article 90

Au vu de ce qui précède, un «consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées», exprimé d'une manière ou d'une autre, semble incontournable pour que la CIHEF puisse se déclarer compétente lorsqu'est appliqué strictement l'article 90, paragraphe 2. Mais la CIHEF peut-elle être saisie par un autre biais que celui institué par l'article 90 (chiffre 4.1)? Le cas échéant, est-il possible de déroger à certaines seulement des caractéristiques de la CIHEF et quels seraient les éventuels aménagements possibles de ce mécanisme (chiffre 4.2)?

4.1 Compatibilité avec l'article 90

Rien ne semble interdire qu'il soit fait appel à la CIHEF par un autre biais que ceux des lettres a et d de l'article 90, paragraphe 2. Certains auteurs reconnaissent par exemple que la CIHEF «peut suggérer aux organes compétents d'organisations internationales de recommander qu'il soit fait usage de ses compétences dans des situations spécifiques ou en général».¹⁶⁶ Allant plus loin, d'autres auteurs relaient l'idée du CICR de soumettre certaines autres conventions à la surveillance de la CIHEF en y retranscrivant et adaptant l'article 90, puis émettent le vœu que la CIHEF «en tant qu'organe distinct, soit désignée pour exercer ses fonctions dans un cadre différent de celui de l'article 90 du Protocole I».¹⁶⁷ Et surtout, l'ONU elle-même a prévu de faire appel à des organes existants d'établissement des faits, en mentionnant explicitement à cet égard qu'elle envisage d'avoir recours à la CIHEF.¹⁶⁸

4.2 CIHEF: à prendre telle quelle ou à laisser?

Puisqu'il est possible de faire intervenir la CIHEF par un autre biais que celui de l'article 90 sans violer cette disposition, il est nécessaire de savoir encore s'il serait toujours conforme à l'article 90 de modifier seulement certains paramètres

¹⁵⁹ Sur l'ensemble de la question, cf. VITÉ, *op.cit.* note 125, pp. 94–127.

¹⁶⁰ Cf. à ce sujet SAGER, *op.cit.* note 125, pp. 6 et ss, par exemple.

¹⁶¹ A ce propos, voir la note 121.

¹⁶² Cf. ci-dessus, chiffre 3.1.

¹⁶³ BOTHE, *op.cit.* note 129, pp. 265 et s.; CONDORELLI, *op.cit. ibid.*, p. 403; MOKHTAR, *op.cit.* note 137, pp. 78 et ss; SPIEKER, *op.cit.* note 124, chiffre 19; VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 103; KUSSBACH, *op.cit.* note 124, pp. 184 et s.; cf. toutefois SAGER, *op.cit.* note 125, pp. 46–48, qui limiterait le cas échéant le rôle de l'ONU à des interventions dépourvues de menaces de contrainte.

¹⁶⁴ L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120) dispose qu'«[a]ucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII».

¹⁶⁵ Cf. VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 105. Une telle décision devrait probablement aussi aborder les questions de la nécessaire collaboration de cet Etat à l'enquête ainsi que celle de l'octroi de visas et autres facilités aux enquêteurs, voire celle du financement de l'enquête.

¹⁶⁶ CONDORELLI, *op.cit.* note 129, p. 400.

¹⁶⁷ VITÉ, *op.cit.* note 125, p. 103 ; cf. aussi pp. 101 et s.

¹⁶⁸ Par résolution du 11 novembre 2009, le Conseil de sécurité «envisage la possibilité de faire appel à cette fin» – réunir des informations sur les allégations faisant état de violations du droit international relatif à la protection des civils – «à la Commission internationale d'établissement des faits établie par l'article 90 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève» (S/RES/1894, 2009, paragraphe 9). Cf. aussi BOTHE, *op.cit.* note 129, p. 265 ; Rapport d'activité de la CIHEF à l'occasion de son 20^e anniversaire, *op.cit.* note 137, p. 25.

du fonctionnement de la CIHEF. En effet, il serait logique et probablement nécessaire de prévoir par exemple que la CIHEF ne soit alors plus essentiellement financée par les Etats ayant fait la déclaration de reconnaissance (paragraphe 7), du moins pour de telles autres missions. Mais un tel mandat pourrait-il aussi modifier notamment les mécanismes d'élection des membres de la CIHEF (paragraphe premier, lettres b à e) et de composition des Chambres d'enquêtes (paragraphe 3) ou encore supprimer la confidentialité de principe des conclusions de la CIHEF (paragraphe 5, lettre c)? Il s'agit en d'autres termes de savoir quel serait alors le «noyau intangible» de la CIHEF.

Un recours à la CIHEF inclut en principe une application telle quelle des règles et procédures prévues¹⁶⁹ aussi bien pour elle que par elle.¹⁷⁰ Des Parties à un conflit qui auraient recours à la CIHEF pour une enquête n'auraient pas toute latitude de modifier la procédure applicable.¹⁷¹ Il existe en effet pour la CIHEF des principes fondateurs, tels l'indépendance et l'impartialité, dont le respect est essentiel à tout engagement. Plus concrètement, cela implique certainement que notamment la composition des Chambres doit rester gouvernée par la procédure de l'article 90, paragraphe 3, et, à l'exception d'un commun accord différent tel qu'envisagé à la lettre a, doit rester maîtrisée par la CIHEF.¹⁷²

Il en va sûrement de même pour l'élection des membres de la CIHEF. Cette dernière a elle-même rappelé d'ailleurs que, lorsqu'elle accepte des mandats d'enquête, elle «devrait insister sur le respect de ses propres règles, telles qu'elles sont établies dans l'article 90 du Protocole additionnel I, ou sur la base de celui-ci».¹⁷³

Certes, dans l'hypothèse d'une saisine de la CIHEF par le Conseil de sécurité de l'ONU, qui doit toutefois être traitée comme un cas particulier,¹⁷⁴ celui-ci ne serait peut-être pas tenu par tous les détails procéduraux régissant la CIHEF.¹⁷⁵ L'ONU n'aurait malgré tout aucune raison de vouloir modifier certaines règles de l'article 90, car si telle était sa volonté, elle pourrait, comme elle l'a déjà fait dans certaines situations, mandater une autre mission d'enquête.¹⁷⁶ La question de savoir si, dans d'autres hypothèses que celle d'une saisine par l'ONU, la confidentialité des conclusions de la CIHEF fait partie des règles intangibles devrait être examinée plus avant, à l'aune des conséquences d'une éventuelle publication des résultats des enquêtes, notamment sur l'indépendance de la CIHEF.

En cas de mandat confié à la CIHEF par un autre biais que celui de l'article 90, il s'impose dès lors, pour qu'un tel mandat ne soit pas constitutif d'une violation de l'article 90, de refuser toute modification des règles de fonctionnement qui porterait atteinte au noyau intangible de la CIHEF. Ne font toutefois pas partie de ce noyau intangible, à première vue, les questions de la qualité pour demander une enquête et pour y consentir justement, ainsi que du financement de la CIHEF pour de telles autres enquêtes, ou encore, du moins théoriquement, de la mise à disposition des services administratifs par le depositaire. Ces questions devraient alors être réglées préalablement par cet «autre biais». De même, si la saisine de la CIHEF ne se fait pas dans le strict cadre de l'article 90, il faudrait préciser au préalable, d'une manière qui ne soit plus contestable, si les conflits armés non internationaux peuvent aussi être objets de l'enquête. Au vu de l'interprétation actuelle de l'article 90 sous cet angle¹⁷⁷ et si en outre le mandat d'enquête le précise, une telle possibilité ne pourrait plus être considérée comme contraire à l'article 90.

...

6. Résumé conclusif

En application de l'article 90 du protocole I, tout Etat qui a fait la déclaration prévue par cette disposition peut demander une enquête à la CIHEF si sa demande vise un autre Etat qui a également fait cette déclaration. Une Partie à un conflit qui n'a pas fait cette déclaration peut aussi demander une enquête, la compétence de la CIHEF étant alors subordonnée au consentement du ou des défendeur(s). Les limitations à la souveraineté ne se présument pas, ce consentement doit être donné d'une manière ou d'une autre pour qu'une telle enquête soit possible....

La CIHEF peut aussi être sollicitée pour mener une enquête par un autre biais que celui de l'article 90 sans que cette disposition ne soit violée, pour autant toutefois que soit respecté le noyau intangible des règles prévues pour la CIHEF et en application de celles-ci. Les questions touchant notamment la qualité pour demander une enquête et pour y consentir, de même que la compétence de la CIHEF pour mener des enquêtes en cas de conflit armé non international, devraient alors être réglées préalablement, par cet autre biais.»

Avis de droit de la DDIP, intitulé: «Saisine formelle de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits» et daté du 2 octobre 2013. Document inédit.

11. La neutralité

(Voir le n° 9.2)

¹⁶⁹ KUSSBACH, op.cit. note 124, p. 184 ; MOKHTAR, op.cit. note 137, pp. 80 et s.

¹⁷⁰ Soit essentiellement l'article 90 d'une part et le Règlement intérieur de la CIHEF du 8 juillet 1992 (cf. www.ihffc.org) d'autre part.

¹⁷¹ PARTSCH, op.cit. note 129, p. 544.

¹⁷² KUSSBACH, op.cit. note 124, p. 184.

¹⁷³ Rapport d'activité de la CIHEF à l'occasion de son 20e anniversaire, op.cit. note 137, Action 7, p. 29.

¹⁷⁴ Au vu des pouvoirs de celui-ci d'agir en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (...) ou encore de l'article 103 de ladite Charte, lequel prévoit que, «[e]n 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.»...

¹⁷⁵ La doctrine mentionne à cet égard essentiellement que l'ONU pourrait probablement contourner le caractère confidentiel, aux termes de l'article 90, paragraphe 5, lettre c, des conclusions de l'enquête, cf. BOTHE, op.cit. note 129, p. 265 ; FLECK, op.cit. note 125, p. 258 ; KUSSBACH, op.cit. note 124, p. 184 ; Rapport d'activité de la CIHEF à l'occasion de son 20e anniversaire, op.cit. note 137, p. 25. Cf. aussi, avec une autre argumentation détaillée, MOKHTAR, op.cit. ibid., pp. 80–85.

¹⁷⁶ BOTHE, op.cit., p. 265 ; KUSSBACH, op.cit., p. 184. Cf. aussi MOKHTAR, op.cit., pp. 80 et s., pour lequel il serait «complètement inacceptable», même pour le Conseil de sécurité, de vouloir dicter à la CIHEF d'autres règles de procédure.

¹⁷⁷ Cf. ci-dessus, chiffre 2.4, lettre b.

La pratique suisse en matière de droit international public 2014 - SRIEL 2016 p. 87

1. Les sources du droit international

(Voir aussi les nos 3.2, 7.3 et 7.8)

1.1 Jus cogens: définition

Intervention de S. Sommaruga, Conseillère fédérale, lors d'un débat au sein du Conseil National sur la validité de l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels», déposée le 28 décembre 2012, intervention partiellement consacrée à la définition du *jus cogens*.

[Traduction]

«... la définition complète du *jus cogens* [donnée par l'initiative] exclut des éléments qui, aujourd'hui, font partie du droit international impératif. Je mentionne ici, à titre d'exemples, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte II des Nations Unies qui demeurent applicables même dans les cas d'état d'urgence, ou également celles du droit international humanitaire.¹ Il s'agit là de garanties des droits de l'homme auxquelles un pays ne peut déroger même en cas de conflit armé ou d'autres catastrophes. En font notamment partie le principe «Nulle peine sans loi» ou certains aspects de la liberté de croyance et de conscience. Ces règles lient tous les Etats, donc également la Suisse.

Bref, la Suisse ne peut simplement redéfinir les règles impératives du droit international. En en donnant une définition immuable dans sa Constitution, elle provoquerait un conflit avec ces règles.

A cela s'ajoutent les considérations de principe suivantes: le droit international indérogeable découle des sources mêmes de ce droit, par exemple la pratique des Etats, les traités internationaux ou la jurisprudence internationale.

Il s'agit ainsi d'un ensemble de règles de droit défini par la communauté des Etats. Un Etat ne peut prétendre déterminer de façon définitive ce qui fait partie du droit international impératif, tout comme un canton ne peut définir, dans sa constitution, en quoi consiste le droit fédéral. En fait, cela devrait être connu depuis longtemps dans notre pays, plus encore que dans d'autres. Par ailleurs, aucun Etat européen ne définit le droit impératif dans son droit interne.»

Intervention de S. Sommaruga, Conseillère fédérale, cheffe du Département fédéral de justice et police, faite le 20 mars 2014 devant le CN, BO CN 2014, p. 530.

1.2 Ratification des traités internationaux: ratification conditionnelle; retrait de ratification avant l'entrée en vigueur du traité. Réserves. Bonne foi

L'avis de droit de la DDIP qui va suivre examine l'idée d'une ratification du Traité sur le commerce international des armes classiques, du 2 avril 2013 (FF 2014, p. 1525), avant l'écoulement du délai référendaire prescrit à l'article 141, lettre d, de la Cst.²

[Traduction]

«La ratification est un acte par lequel un Etat consent à être lié par un traité («consent to be bound»). Elle atteste en même temps que les conditions posées par le droit interne à l'entrée en vigueur du traité ont été remplies et que les procédures y relatives sont achevées.

Cela étant, la ratification conditionnée par l'accomplissement de la procédure interne est une idée qui se contredit elle-même. En particulier, l'Organisation des Nations Unies, dans son rôle de dépositaire, ne serait guère prête à accueillir une ratification conditionnelle, ou ne l'accepterait que lorsque la condition serait réalisée.

Ce qui est possible et s'est déjà produit dans la pratique, ce sont les retraits de ratifications ou d'accessions avant l'entrée en vigueur du traité en cause. La Convention de Vienne sur le droit des traités [du 23 mai 1969, RS 0.111] ne contient aucune disposition à cet égard (l'article 18 [lettre a.] n'est pas applicable à cette situation³), mais les Nations Unies, en leur qualité de dépositaire, ont parfois admis de tels retraits; dans ces cas, toutefois, le motif du retrait n'était pas un vice (imprévisible) de la procédure interne, mais le souhait tardif de formuler une réserve.

Nous pensons qu'il est contraire à la nature d'une ratification d'y procéder quand il semble clair que les conditions pour le faire ne sont pas encore réunies. Il nous semble donc que le dépôt d'un instrument de ratification n'est pas possible avant l'écoulement du délai référendaire (c'est lui, seul, qui met un terme à la procédure interne).

Sur le plan interne, il sera difficile d'établir la base sur laquelle le Conseil fédéral pourrait se sentir autorisé à ratifier un traité avant même de savoir si l'arrêté fédéral approuvant ce traité et autorisant sa ratification va perdurer ou non. Qui plus est, lors de la publication du traité, la date du dépôt de l'instrument de ratification est mentionnée. L'arrêté fédéral publié à cette occasion mentionne la date à laquelle le délai référendaire prend fin. Il devient clair, ainsi, que les délais posent problème.

Conclusion: Nous considérons inadmissibles, sur le plan international, des ratifications qui précèdent la fin de la procédure interne. La possibilité de retirer l'instrument [de ratification] doit être limitée aux cas où on constate, ultérieurement, l'existence d'un vice. Toute autre conclusion serait également contraire à la bonne foi.»

¹ Article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.101): Pacte II des Nations Unies, du 16 décembre 1966, relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

² Selon cette disposition, certaines catégories de traités sont soumises au peuple si 50 000 citoyens le demandent dans les cent jours qui suivent la publication officielle du texte du traité.

³ Cette disposition concerne les obligations précontractuelles: un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et son but, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir Partie au traité.

Avis de droit de la DDIP du 10 juin 2014 (texte inédit).

1.3 Traités multilatéraux: rôle du dépositaire

La communication ci-après concerne le rôle du dépositaire des Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de la guerre et des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51; 0.518.521 et 0.518.522). Elle émane du Président de la Confédération.

[Traduction]

«Le Conseil fédéral suisse est le dépositaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à celles-ci. Après avoir procédé aux constatations d'usage, il a enregistré l'accession de la Palestine en date du 10 avril 2014 et en a informé les Hautes Parties Contractantes. De l'avis du dépositaire, les conditions formelles de l'accession à ces traités, figurant dans les dispositions finales, étaient ainsi remplies. La condition exigeant la qualité d'Etat, en particulier, semblait être réalisée par la Palestine dans son essence à la lumière de la pratique de la communauté des Etats au moment du dépôt de l'instrument d'accession.

Selon le droit international et la Convention de Vienne sur le droit des traités (articles 76 et ss),⁴ la fonction de dépositaire est purement formelle. Le dépositaire veille à ce que les conditions spécifiques que doit remplir un acte [d'accession] soient réunies. En revanche, il n'appartient pas au dépositaire d'examiner la substance des instruments, des notifications ou des communications reçues par lui. Un tel examen est réservé aux Etats Parties au traité. De même, le dépositaire ne prend-il pas en considération des facteurs politiques ou juridiques allant au-delà des conditions formelles de validité de l'acte en cause.

Qui plus est, il faut clairement distinguer le rôle du dépositaire de la position de la Suisse en tant qu'Etat Partie. Le mandat de dépositaire doit être rempli de façon strictement impartiale; cela n'affecte en aucune manière les positions de la Suisse et ses relations bilatérales en tant qu'Etat souverain Partie à un traité.»

Lettre de M. Didier Burkhalter, Président de la Confédération suisse, adressée le 30 avril 2014 au «European Center for Law and Justice» à Strasbourg (texte inédit).

1.4 Notifications dans le domaine du droit des traités: validité des notifications; absence de publication de celles-ci. Bonne foi

Le texte qui suit, préparé par la Direction du droit international public, porte sur des questions relatives à la Convention de sécurité sociale du 9 décembre 1999 entre la Suisse et la Macédoine (RS 0.831.109.520.1), questions soulevées par un requérant macédonien.

[Traduction]

«Validité de la notification

Selon l'article 2, paragraphe 3, lettre a, de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la Macédoine, les modifications des lois et ordonnances internes qui étendent les régimes d'assurance existants à de nouvelles catégories de bénéficiaires ne s'appliquent pas à la convention, sauf si le contraire est notifié dans un délai de six mois. Il s'agit là de décisions prises par une Partie, qui ne nécessitent ni assentiment ni accusé de réception. Le 19 juin 2008, la Suisse a fait parvenir à la Macédoine une note diplomatique l'informant que l'extension *ratione materiae* résultant de la modification apportée le 1er janvier 2009 à la Loi fédérale sur les allocations familiales [du 24 mars 2006, RS 836.2] ne devait pas s'appliquer dans le cadre de la convention. Le fait que cette notification n'ait pas fait l'objet d'un *accusé de réception* n'a aucune incidence sur sa validité. L'absence d'un tel document pourrait tout au plus poser un problème lorsqu'il s'agira de prouver la notification – nécessaire – par la Suisse. Sur ce point, il n'y a aucune allégation de la part de la Macédoine que la notification n'aurait pas été reçue.

Le requérant invoque notamment l'article 78, lettre b, de la Convention de Vienne sur le droit des traités [CVDT du 23 mai 1969, RS 0.111] dont il ressort qu'une notification ou communication n'est considérée comme ayant été faite par un Etat ... qu'à partir de la date de sa réception par l'Etat à qui elle a été adressée (...). Cette thèse, cependant, ne tient pas compte du fait que l'article 78 s'applique aux seules notifications et communications qu'un Etat doit faire *en vertu de la présente convention* (c'est-à-dire la CVDT). De telles notifications sont prévues par deux dispositions de la CVDT: l'article 23, pour les réserves et les acceptations de celles-ci, ainsi que les objections aux réserves, et l'article 67 pour l'extinction ou le retrait de celui-ci, ainsi que pour sa suspension. L'article 78 n'est applicable qu'à ces matières (voir à ce propos [O.] Corten/[P.] Klein [dir.], *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, t. II, [Oxford 2011], pp. 1758 et ss). La communication d'un changement de la législation suisse à la Macédoine n'en fait pas partie. Voici, pour être complet, une autre remarque. Même si l'on admettait que, d'une manière générale, l'article 78 [de la CVDT] reflète le droit international coutumier et qu'il s'applique, à ce titre, à toutes les communications entre Etats et, par conséquent, à la présente situation, la lettre b [de l'article 78] ne signifierait aucunement qu'un accusé de réception est exigé. La lettre en question a pour but d'assurer que la communication ne déploie pas son effet juridique dès le jour de son envoi par l'Etat A., mais à partir du jour de sa réception par l'Etat B. (voir Corten/Klein, *op.cit.*, p. 1760: «The objective of Article 78 is to express some principles to overcome the disadvantage resulting from the delay between the time of dispatch of a notification (...) and the time of its receipt (...).»⁵

⁴ Convention du 23 mai 1969 (RS 0.111). Les articles 76 et ss font partie des clauses finales de la convention. L'article 76 porte sur la désignation et la nature des fonctions du dépositaire, tandis que l'article 77 énumère ces fonctions.

⁵ Traduction tirée de l'édition française de cet ouvrage: O. Corten/P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, t. III, Bruxelles 2006, p. 2764: «L'objectif de l'article 78 est ... de poser quelques principes pour pallier l'inconvénient résultant du délai qui sépare le moment de l'envoi d'une notification ... du moment de sa réception ... »

Il y avait donc une base légale pour la décision de ne pas transposer l'extension du champ d'application de la loi à la convention. Cependant, comme le requérant l'observe à juste titre, cette base n'est pas constituée par les directives mais par l'article 7, alinéa premier, de l'Ordonnance [du 31 octobre 2007, RS 836.21] sur les allocations familiales, conjointement avec l'article 2, paragraphe 3, lettre a, de la convention et avec la communication du 19 juin 2008.

Le requérant a fait valoir qu'en l'absence de publication, la notification ne peut, selon la CVDI, être qualifiée de traité. Cela est faux. La validité d'un traité ne dépend pas de sa publication au niveau national. Même un traité non publié (serait-ce par erreur ou pour une autre raison) oblige les Parties contractantes s'il a été valablement conclu.

Pour ce qui est de l'effet juridique d'un traité sur le plan interne, il ressort de l'article 8, alinéa premier, de la Loi fédérale sur les publications officielles [du 18 juin 2004, LPubl, RS 170.512] que les traités internationaux produisent des *effets juridiques* dès leur publication. Même sur le plan interne, la violation de règles relatives à leur publication ne conduit pas à l'invalidité des traités. Il se peut cependant que leurs dispositions ne puissent pas être appliquées à des particuliers à défaut de publication conforme aux prescriptions et lorsqu'elles leur imposent des obligations ou limitent leurs libertés d'une autre manière ([T.] Sägerser, *Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes*, [Berne] 2011, p. 246). La communication ici en cause, non publiée, n'impose aucune obligation au requérant. Celui-ci ne peut ainsi invoquer l'absence de publication pour obtenir des allocations familiales pour ses enfants vivant en Macédoine.

On peut se demander si le requérant peut se prévaloir du *principe de la bonne foi*. On pourrait faire valoir, après avoir parcouru la convention et pris connaissance de la modification de la loi [sur les allocations familiales], que le requérant avait des raisons de penser que l'élargissement du cercle des personnes [pouvant demander de telles allocations] s'appliquerait également dans le cadre de la convention car aucune communication en sens contraire n'avait été publiée en Suisse, de sorte qu'il n'avait pas connaissance de la situation juridique. Cette dernière est, toutefois, exposée de façon précise sur la page d'accueil de l'Office fédéral des assurances sociales [du Département fédéral de l'intérieur], et le requérant aurait, en faisant preuve de la diligence voulue, pu s'informer simplement.»

Communication de la DDIP à l'Office fédéral des assurances sociales du Département fédéral de l'intérieur, du 29 octobre 2014 (texte inédit).

1.5 Résiliation des traités et retrait de la résiliation

Prise de position de la Direction du droit international public:

«Le principe juridique de base du droit international est clair: «une notification ou un instrument (mettant fin à un traité, sur la base de ses dispositions) *peuvent être révoqués à tout moment avant qu'ils aient pris effet*» (article 68 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [RS 0.111], en lien avec l'article 67, paragraphe 2, première phrase).

Une *première difficulté* est toutefois que [l'Etat A.] n'est pas formellement partie à cette convention de Vienne; malgré cela, cette disposition peut être considérée actuellement comme se cristallisant en du droit coutumier, du moins selon certains auteurs (M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, [Leyde] 2009, p. 849, chiffre 8). Pour d'autres auteurs, elle reflète généralement le droit coutumier ou du moins certains principes de procédure implicites (obligation d'agir de bonne foi, ...) (cf. [A.] Tzanakopoulos, in: [O.] Corten/[P.] Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, [Oxford] 2011, vol. II, p. 1565). Donc [l'Etat A.] *semble par ailleurs être comme* [l'Etat B., autre Partie contractante], *liée par une telle disposition*.

Une *seconde difficulté* a trait à l'interprétation des termes «avant qu'ils aient pris effet». Selon certains auteurs, cette prise d'effet pourrait avoir lieu dès que le partenaire a reçu notification de la dénonciation (Villiger, *op.cit.*, pp. 848 et s., chiffres 4 à 6). Toutefois, il semble clair, pour une majorité d'auteurs, que cette prise d'effets n'a pas toujours lieu à la réception déjà. Lorsque la dénonciation est soumise à un délai déterminé aux termes de la convention, ce qui est ici le cas en raison du délai de six mois prévu, la *résiliation pourrait être révoquée jusqu'à la fin de ce délai de 6 mois* (cf. Tzanakopoulos, *op.cit.*, p. 1566, chiffre 6; D. Rouget, in: [O.] Corten/[P.] Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article* [, Bruxelles 2006.] Article 68, p. 2475, chiffre 13; cf. aussi A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd. [, Cambridge.] 2013, p. 266). Et ce n'est à la rigueur que dans les cas où le destinataire de la résiliation a déjà pris, de bonne foi, des mesures irrévocables de mise en oeuvre de la dénonciation, qu'il pourrait alors éventuellement contester une révocation en prétendant que la dénonciation a déjà pris effet. Mais en l'espèce et si [l'Etat A.] résilie avant [la date butoir], il ne nous semblerait guère possible que [l'Etat B.], au vu des circonstances, puisse refuser ensuite une révocation.

Toutefois, dans tous les cas, quand un traité est dénoncé, *les Parties peuvent en tout temps se mettre d'accord pour faire revivre ledit traité*, avec ou sans modifications, par exemple par un échange de notes (Aust, *op.cit.*, p. 158). Même dans le cas d'un traité dont la dénonciation ne prend effet qu'après un délai déterminé, comme en l'espèce, l'Etat dénonciateur pourrait aussi, par souci de clarté, préciser qu'il se réserve la possibilité de retirer sa dénonciation. Il pourrait aussi dénoncer sous condition, c'est-à-dire que sa dénonciation prendra effet à la date prévue sauf si un événement particulier s'est produit dans l'intervalle ou d'ici à une date précise.»

Communication de la DDIP, du 18 février 2014 (texte inédit).

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

--

3. Les sujets du droit international

3.1 Reconnaissance des Etats. Droit de sécession

Réagissant à une question posée par un particulier, la DDIP émet un commentaire sur la pratique suisse en matière de reconnaissance des Etats.

[Traduction]

«Selon la Constitution fédérale, la compétence de reconnaître un Etat appartient au Conseil fédéral. Les commissions parlementaires compétentes sont consultées à ce sujet.⁶

D'après le droit international public, la reconnaissance requiert la présence d'un *territoire*, d'une *population* et d'une *autorité publique effective*.

Pour déterminer sa position, la Suisse s'appuie sur cette théorie des trois éléments. Elle tient également compte de l'attitude d'autres Etats ayant une orientation semblable à la sienne et des vues de membres importants de la communauté des Etats. Il n'y a donc pas, à la charge des Etats, d'obligation internationale de reconnaître d'autres sujets du droit international (...).

Pour arrêter sa position, la Suisse considèrera également le mode par lequel le nouvel Etat a vu le jour conformément au droit international. Dans les cas d'une sécession, un droit de déclarer unilatéralement l'indépendance n'existe, de l'avis de la Suisse, que dans des situations déterminées, lorsque les conditions suivantes sont réunies: une certaine population a subi une oppression grave et systématique, la sécession unilatérale étant le dernier remède. La Suisse a admis que cette situation a été réalisée dans le cas du Kosovo; de plus, dans ce dernier cas, étaient remplies les trois conditions mentionnées plus haut, applicables sur le plan international et permettant de conclure à l'existence d'un Etat. La Suisse a donc reconnu le Kosovo.

Dans le cas de la Palestine, il ne s'agit pas de sécession, mais d'examiner si les conditions d'une reconnaissance en tant qu'Etat sont réalisées dans la perspective de relations bilatérales avec la Suisse. Cette dernière continue à oeuvrer pour la réalisation de la solution dite des deux Etats; cette solution doit être négociée sur la base des critères prévus par le droit international. Dans tous les cas, la Suisse prendra sa décision sur la reconnaissance de la Palestine dans le cadre des relations bilatérales, en pleine souveraineté et au moment qu'elle jugera opportun.»

Lettre de la DDIP adressée à un particulier le 19 décembre 2014 (texte inédit).

3.2 Immunité des Etats en ce qui concerne les biens culturels prêtés: droit conventionnel et coutumier

Consultée par l'Ambassade de Suisse en République Tchèque au sujet de l'initiative prise par cet Etat au sein du Conseil de l'Europe et tendant à renforcer la protection des biens culturels, la Direction du droit international public prit la position décrite dans le document ci-après.

[Traduction]

«La Suisse a ratifié la Convention européenne sur l'immunité des Etats [du 16 mai 1972, RS 0.273.1] ainsi que la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et de leurs biens [du 2 décembre 2004;⁷ ci-après: convention ONU]. La Convention européenne, il est vrai, ne règle que l'immunité de juridiction, à exclusion de celle d'exécution, raison pour laquelle elle aura peu d'importance sur le plan des mesures d'exécution. La convention ONU, quant à elle, n'est pas encore entrée en vigueur vu l'absence d'un nombre suffisant de ratifications, mais elle comporte une disposition qui se rapporte aux mesures d'exécution visant des biens culturels. Selon l'article 19 de ce traité, les biens d'un Etat bénéficient de l'immunité d'exécution à la suite d'une décision judiciaire, à moins que l'Etat propriétaire des biens culturels en cause n'ait expressément consenti à une mesure d'exécution en vue de satisfaire la créance ayant fait l'objet de la procédure, ou qu'il soit établi que l'Etat en question a affecté ces biens à des fins non étatiques, c'est-à-dire privées. Selon l'article 21, paragraphe premier, lettre d, de la convention ONU, cette catégorie de biens comporte ceux «qui font partie du patrimoine culturel de l'Etat ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente».

La convention ONU n'étant pas encore entrée en vigueur, la question de savoir si ses règles s'appliquent aussi sur le plan coutumier revêt une grande importance. C'est ce que le Tribunal fédéral suisse a retenu dans son arrêt relatif à la saisie de comptes et de biens russes en Suisse (ATF 134 III [122], c. 5.1⁸): «Cette convention n'est pas encore en vigueur, mais elle a été signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et par la Russie le 1er décembre 2006; elle se veut la codification de la coutume internationale en matière d'immunités.»

Le Message du Conseil fédéral [du 25 février 2009] concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles à des Etats et de leurs biens⁹ renvoie à, et, partant, fait sienne la constatation que si, formellement, la convention ne s'applique qu'entre Etats contractants, les principes sur lesquels elle repose sont également pertinents pour les autres Etats.

Dans l'affaire concernant la saisie de tableaux provenant du musée Pouchkine, prêtés en 2005 pour une exposition au musée Gianadda à Martigny,¹⁰ la Suisse s'est prononcée en faveur de l'insaisissabilité des biens culturels étatiques en s'appuyant sur le caractère coutumier des règles précitées de la convention ONU. C'est ainsi que le communiqué de presse relatif à l'ordonnance (non publiée) du Conseil fédéral expose que «les biens culturels étatiques font partie des biens publics et, comme tels, ne peuvent en principe être saisis». Quant aux circonstances entourant l'affaire des tableaux Pouchkine, on notera qu'à l'époque de celle-ci, la Suisse n'avait pas encore ratifié la convention ONU et que

⁶ L'article 184, alinéa premier, de la Cst. dispose en effet que « [l]e Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger ».

⁷ FF 2009, p. 1481.

⁸ Pratique suisse 2007, n° 3.3, RSDIE, 18e année, 2008, p. 478.

⁹ FF 2009, p. 1443 (1473).

¹⁰ Voir, au sujet de cette affaire, Pratique suisse 2005, n° 3.3, RSDIE, 16e année, 2006, p. 615.

la Loi fédérale [du 20 juin 2003] sur le transfert international des biens culturels (LTBC; RS 444.1) n'était pas encore en vigueur.

Pour couper court aux spéculations dogmatiques, l'article 10 de la LTBC permet l'octroi de garanties de restitution. Ces dernières ont pour effet d'empêcher les particuliers et les autorités de revendiquer des droits sur des biens culturels aussi longtemps que ceux-ci se trouvent en Suisse (article 13 de la LTBC). Cela reflète la position suisse suivant laquelle les biens culturels forment une catégorie de propriété étatique méritant une protection accrue, catégorie de biens qui relèvent de la puissance publique de l'Etat et qui, pour cette raison, doivent être placés à l'abri des mesures d'exécution forcée.

Ainsi, la Suisse a annoncé, à diverses occasions, qu'elle considère les biens culturels comme relevant de la sphère publique (*jus imperii*) et comme étant protégés, en conséquence, par l'immunité de l'Etat. L'échange de biens culturels, moyen de promouvoir la compréhension et le respect mutuels, ne devrait pas, en principe, être utilisé pour garantir des obligations de caractère financier. De plus, la Suisse a-t-elle affirmé que les dispositions de la convention ONU reflètent le droit international coutumier et que, partant, elles sont obligatoires à ce titre, même si la convention n'est pas encore en vigueur.

La position prise par la Suisse vient appuyer l'initiative tchèque tendant à faire adopter une déclaration par le Conseil de l'Europe. ...»

Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse à Prague, du 29 janvier 2014 (texte inédit).

3.3 Immunité de juridiction des Etats étrangers: dettes contractuelles de leurs missions diplomatiques envers leurs employés

La présente affaire avait pour objet une revendication de B., employé à la résidence du Représentant de l'Etat A. auprès des Nations Unies à Genève. Au fil de ses années de service, B. avait accumulé une importante créance contre son employeur, créance dont il demanda le règlement quand, en 2010, il se trouva en incapacité de travail et fut licencié par la Mission. Cette demande ne fut que très partiellement honorée, de sorte que B. s'adressa au Tribunal des prud'hommes de Genève.

Devant ce Tribunal, l'Etat A. invoqua son immunité et conclut à l'irrecevabilité de la demande. Le Tribunal, toutefois, la déclara recevable et la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève en fit de même. L'Etat A. recourut alors au Tribunal fédéral, sollicitant la reconnaissance de son immunité devant les tribunaux suisses et l'annulation de la décision entreprise. B., quant à lui, conclut au rejet du recours. Voici quelques passages de l'arrêt du Tribunal fédéral écartant le recours de l'Etat A.:

«3. La recourante estime qu'en vertu des «principes généraux du droit des gens», son immunité de juridiction aurait dû être reconnue par la cour cantonale (acte de recours, pp. 9 et s.).

3.1 Pour trancher les questions relatives aux immunités de juridiction, il faut s'inspirer de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJE), signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et ratifiée le 16 avril 2010.¹¹ Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'Etats; néanmoins, cet accord se veut la codification du droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction, de sorte que le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction peut être examiné à la lumière de l'article 11 de la CNUJE (cf. sur l'ensemble de la question: arrêt 4A_544/2011 du 30 novembre 2011, c. 2.1, publié in: RSDIE 2014, p. 117;¹² ATF 134 III 122, c. 5.1, p. 128¹³).

Sous le titre «Contrats de travail», l'article 11, alinéa premier, de la CNUJE dispose que, «à 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.»

Cette disposition institue pour règle l'absence d'immunité dans le cadre d'un litige prud'homal, si le tribunal saisi est compétent et le travail en cause accompli totalement ou partiellement sur le territoire de l'Etat du for. En principe, le défendeur ne peut donc invoquer son immunité, sous réserve des exceptions (écartées par la cour cantonale) prévues à l'article 11, alinéa 2, de la CNUJE (cf. *infra*, c. 3.4 et 3.5).

3.2 La recourante soutient que l'autorité précédente aurait dû se fonder sur la Convention européenne sur l'immunité des Etats conclue à Bâle le 16 mai 1972 (CEIE; RS 0.273.1), ratifiée par la Suisse le 6 juillet 1982, et non sur la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJE).

On ne saurait la suivre. C'est à bon droit que la cour cantonale n'a pas appliqué la CEIE. Premièrement, A. n'est pas Partie à cette convention (ce que la recourante reconnaît) et, deuxièmement, le Tribunal fédéral a jugé que la plus grande réserve s'imposait quant à l'application, à titre de droit coutumier, de cette convention à des Etats non Parties, cela même pour de simples références aux solutions retenues (ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 127;¹⁴ 120 II 400, c. 3d, p. 405).

C'est donc bien en vertu des principes généraux du droit des gens, codifiés dans la CNUJE, qu'il convenait d'examiner le moyen dont se prévaut la recourante. Contrairement à ce que pense celle-ci, il n'importe à cet égard que l'Etat d'envoi

¹¹ Pour le texte, voir FF 2009, p. 1481.

¹² Pratique suisse 2012, n° 3.1, RSDIE, 24e année, 2014, p. 116.

¹³ Pratique suisse 2007, n° 3.3, RSDIE, 18e année, 2008, n° 3.3.

¹⁴ Pratique suisse 1994, n° 3.3, RSDIE, 5e année, 1995, p. 600.

(en l'occurrence A.) ne soit pas formellement Partie à la CNUJIE (cf. arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 2.1, qui traite du Chili, Etat non signataire de la convention).

3.3 En Suisse, le législateur a regroupé dans la Loi [fédérale] sur l'Etat hôte du 22 juin 2007 (LEH; RS 192.12) les règles découlant du droit international coutumier relatives aux privilèges et aux immunités (cf. Message relatif à la loi fédérale sur l'Etat hôte du 13 septembre 2006, FF 2006, p. 7604).

Cette loi prévoit que 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). 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, de la 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, de l'OLEH¹⁵). L'étendue personnelle et matérielle des immunités et privilèges est fixée cas par cas (article 4, alinéa premier, de la [LEH]; article 23 de l'OLEH). Le DFAE détermine dans chaque cas particulier si une personne physique tombe dans la catégorie «personne bénéficiaire» au sens de l'article 2, alinéa 2, lettres a et c, de la LEH et lui attribue la carte de légitimation correspondant à sa fonction (article 30, alinéa premier, de l'OLEH; cf. sur l'ensemble de la question: arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 2.2).

Selon les constatations cantonales, l'intimé a été mis au bénéfice, par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), d'une carte de légitimation de type «E». Cette carte lui a été remise en 2002, soit avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'Etat hôte. Il est alors possible que l'intimé, titulaire de ce document, ait bénéficié à l'époque de certaines immunités ou de privilèges en qualité de membre du personnel d'une mission permanente (cf. arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 2.2.1). Cette question souffre toutefois de rester indécise, car elle est dénuée de pertinence. Il convient en l'occurrence de trancher la question litigieuse de l'immunité de juridiction pour la procédure prud'homale introduite le 15 février 2011 sur la base des règles en vigueur (cf. *supra* et c. 3.1. à 3.2). La recourante se limitant à invoquer les «principes généraux du droit des gens», il y a lieu d'examiner sa critique à la lumière de la CNUJIE.

3.4 La personne jouissant de l'immunité au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre b/iv, de la CNUJIE – les autres cas d'immunité de l'article 11, alinéa 2, n'entrant manifestement pas en considération – est nécessairement une personne publique (*jure imperii*), ce qui exclut les personnes s'occupant uniquement de tâches subalternes (arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 2.2.2).

En l'occurrence, l'intimé a été engagé en tant que maître d'hôtel ou de cuisinier. Il était un employé subalterne, sans aucune influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays (constat qui n'est d'ailleurs pas remis en cause par l'employeuse), et il ne saurait être qualifié de personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'article 11, alinéa 2, lettre b/iv, de la CNUJIE (cf. arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 3.2; ATF 134 III 570, c. 2.2, pp. 572 et ss;¹⁶ arrêt 4A_570/2013 du 4 juin 2014, c. 4.4¹⁷). 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, de la CNUJIE 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 (cf. arrêt 4A_544/2011 déjà cité, c. 3.2).»

Arrêt du TF du 31 octobre 2014 en la cause *République A. c. B.* (c. 3). 4A_331/2014 (non publié).

3.4 Situation de l'Ordre Souverain et Militaire de Malte en Suisse

Le texte ci-après, émanant du Département fédéral des affaires étrangères, a pour objet le statut de l'Ordre de Malte en Suisse.

[Traduction]

«La Suisse n'entretient pas de relations diplomatiques avec l'Ordre de Malte. Celui-ci n'a aucun représentant accrédité en Suisse, et la Suisse n'a pas de représentation diplomatique auprès de l'Ordre. Pour cette raison, l'Ordre de Malte ne figure pas sur la liste du Corps diplomatique en Suisse.

Pour ce qui est de la prétendue différence entre relations diplomatiques et «rapports officiels», dont il est question sur le site de l'Ordre, nous ne pouvons nous prononcer, car nous ignorons ce qu'il faut entendre par cette expression utilisée par l'Ordre. La Suisse a de bonnes relations avec ce dernier, qui jouit d'un statut d'observateur permanent auprès des Nations Unies (...) à Genève.

Sur le plan bilatéral, la Suisse ne reconnaît ni la Palestine ni l'Ordre de Malte comme Etat. Les situations de chaque entité au sein des Nations Unies sont à distinguer.

Par la Résolution 67/19 de l'Assemblée générale de l'Organisation, la Palestine a obtenu le statut d'Etat observateur. L'Ordre de Malte, quant à lui, figure sur la liste d'autres organisations ayant un statut d'observateurs («autres entités» ...)

Communication du DFAE, du 8 mai 2013 (texte inédit).

3.5 Notification de documents judiciaires à une organisation intergouvernementale ou par celle-ci

¹⁵ Ordonnance du 7 décembre 2007 relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (RS 192.121).

¹⁶ Pratique suisse 2008, n° 3.7, RSDIE, 19e année, 2009, p. 564.

¹⁷ Sem.jud. 2015 I 30; cf. aussi RSDIE, 24e année, 2014, p. 461.

La Banque des règlements internationaux (BRI), établie en Suisse, a averti le Département fédéral des affaires étrangères qu'une notification lui avait été adressée directement par un tribunal suisse. La Direction du droit international public fit alors savoir à celui-ci que «[t]oute notification doit suivre la voie diplomatique», la raison étant que

«... le Conseil fédéral a conclu avec la BRI, le 10 février 1987, un accord en vue de déterminer le statut juridique de la Banque en Suisse (RS 0.192.122.971.3). Selon l'article 3, alinéa premier, de cet accord, les bâtiments ou parties de bâtiments et le terrain attenant qui sont utilisés aux fins de la Banque sont inviolables. Il découle de ce fait que tous les actes officiels de l'Etat hôte ne sont pas admissibles, en particulier la notification des documents officiels. De tels documents doivent être transmis par la voie diplomatique. En conséquence, les autorités qui prévoient d'adresser des actes officiels à la BRI sont tenues de les transmettre au DFAE pour que ce dernier puisse les remettre par la voie diplomatique à la BRI. La transmission directe de tels actes par la poste n'est pas valable.»

Lettre de la DDIP au Tribunal d'arrondissement de la Côte, du 13 février 2014 (texte inédit).

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

(Voir les n^{os} 3.5, 5.1, 7.8 et 9.1)

5. Le territoire étatique

5.1 Refus d'un Etat d'extrader ses propres ressortissants. Protection consulaire

M.X., de nationalité suisse et soupçonné d'avoir commis des infractions dans l'Etat B., fut empêché par les autorités de ce dernier de quitter son territoire sauf si la Suisse s'engageait à garantir sa présence lors de futures audiences. D'après la Direction du droit international public, il était impossible de fournir cette garantie.

[Traduction]

«La Suisse n'a aucun moyen de garantir que M.X. obtempérerait aux convocations émanant des autorités de B.:

- Elle ne peut le forcer à se rendre sur le territoire de [B.] et à rester à la disposition des autorités.

- Si M.X. devait rentrer en Suisse après avoir récupéré son passeport, il ne pourrait, par la suite, être extradé à [l'Etat B.] L'extradition de citoyens suisses sans leur accord – révoquant jusqu'au moment de la remise – est interdite par l'article 25, alinéa premier, de la Constitution fédérale (voir aussi l'article 7, alinéa premier, de la Loi fédérale [du 20 mars 1981] sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1). La non-extradition de ses propres ressortissants est un principe connu sur le plan international. ...

- De plus, M.X. ne serait pas tenu d'obéir, en Suisse, à une sommation de se présenter devant les autorités [de B.], car d'après l'article 69, alinéa premier, de l'EIMP, «celui qui reçoit une sommation de la part d'une autorité étrangère n'est pas tenu de s'y conformer».

Il n'y a aucune base légale permettant à la Suisse de garantir que M.X. donnera suite à de futures convocations de la part des autorités de B. La Convention de Vienne [du 24 avril 1963] sur les relations consulaires (RS 0.191.02) et le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse [du 24 novembre 1967, RS 191.1], de même que le projet d'une loi sur les Suisses à l'étranger, future base légale interne pour la protection consulaire, n'offrent aucune possibilité de le faire. Cela s'explique par le fait que la Suisse – comme on l'a déjà expliqué – n'a pas le pouvoir de mettre en oeuvre une telle garantie.

Il s'ensuit que la Suisse ne peut pas garantir que M.X. continuera à se tenir à la disposition des autorités de B. Seul M.X. peut donner cette garantie, car ce sera lui qui, seul, décidera de sa mise en oeuvre.»

Communication de la DDIP, du 21 août 2014 (texte inédit).

5.2 Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat. Immunité *ratione personae* et *ratione materiae*

La Commission du droit international des Nations Unies (CDI) a poursuivi, en 2014, l'examen de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat (Rapport de la CDI, 66^e session, 5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014, Assemblée générale, Nations Unies, Documents officiels, 69^e session, Supplément n° 10 (A/69/10, p. 237). Elle a notamment adopté provisoirement l'article 2, lettre e, de son Projet aux termes duquel, aux fins de ce Projet, «[o]n entend par «représentant de l'Etat» tout individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques». Voici le commentaire consacré à ce texte par le Représentant suisse à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies:

«Nous avons pris acte avec intérêt du projet d'article 2, lettre e, qui a pour objet de définir les personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale, à savoir les «représentants de l'Etat». Ce projet d'article établit à juste titre que seules les personnes physiques peuvent bénéficier de cette immunité. Selon la définition retenue par la Commission, un «représentant de l'Etat» est «tout individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques». Tout en prenant acte que cette définition renvoie aux bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale sans préjuger la question de savoir quels actes sont couverts par cette immunité, nous souhaiterions néanmoins soulever [la question de] son caractère étendu. Comme le commentaire l'indique clairement, les deux conditions proposées par la Commission ne sont pas cumulatives. Un «représentant de l'Etat» aux fins du projet d'articles est un individu qui représente l'Etat *ou* qui exerce des fonctions étatiques. Cette définition ouvre l'immunité de juridiction pénale à un cercle large de bénéficiaires

potentiels puisqu'elle ne requiert pas que l'individu en question détienne un poste officiel au sein de l'Etat. Il appartiendra à la Commission, dans la suite de ses travaux, de définir les actes pour lesquels ces personnes jouiront de l'immunité afin de définir la portée de l'immunité fonctionnelle selon le projet d'articles.

Plus spécifiquement, nous nous demandons si la définition de la Commission vise, par exemple, les personnes qui représentent un Etat dans une action en justice contre cet Etat et si une telle personne pourrait bénéficier de l'immunité de juridiction pénale selon le projet d'articles. Nous nous interrogeons également sur un possible lien qui pourrait exister entre la définition des «fonctions étatiques» selon le projet d'article 2, lettre e, et le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Une personne privée qui est «habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique» selon l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite¹⁸ devrait-elle être considérée comme exerçant des «fonctions étatiques»? Par exemple, une personne telle qu'un employé d'une entreprise de sécurité privée qui est chargé d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, exerce des prérogatives de puissance publique, pourrait-elle être le bénéficiaire de l'immunité de juridiction pénale selon le projet d'articles? La Commission souligne dans son rapport plus récent que tant l'expression «représenter» que l'expression «exercice de fonctions publiques» doit être entendue dans un sens large. Selon la version anglaise, [les] «fonctions publiques» sont notamment «the activities carried out by the State» (A/69/10, p. 235, paragraphe 11¹⁹). Est-ce que cela implique qu'une personne qui agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'un Etat dans le sens de l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite est une personne qui pourrait, en théorie, être bénéficiaire de l'immunité pénale?

Nous sommes bien conscients que ces questions devront être réexaminées à la lumière des projets d'articles qui définiront quels actes sont couverts par l'immunité de juridiction pénale. Les implications de la définition d'un «représentant de l'Etat» retenue dans le projet d'article 2, lettre e, ne peuvent donc pas être pleinement appréciées à ce stade. Nous nous permettrons de revenir sur le projet d'article 2, lettre e, une fois que le projet d'article sera plus avancé.»

Le représentant de la Suisse commente ensuite l'article 5 du Projet d'articles:

«Nous avons également [fait] quelques réflexions concernant le projet d'article 5, qui est le premier article concernant l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae*. Selon ce projet, «[l]es représentants de l'Etat agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère». Selon le commentaire, le but de cet article n'est pas de se prononcer sur les actes qui peuvent être couverts par l'immunité, mais plutôt de mettre l'accent sur le caractère fonctionnel de l'immunité *ratione materiae* et marquer la différence avec l'immunité *ratione personae*» (A/69/10, p. 245, paragraphe 3²⁰). Nous nous demandons si un tel article ne pourrait pas conduire à des interprétations erronées. L'enjeu sera justement de définir les types d'actes en relation avec lesquels les représentants de l'Etat, agissant à ce titre, bénéficient de l'immunité fonctionnelle.»

Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 29 octobre 2014 (version écrite).

5.3 Actes officiels de représentations diplomatiques et consulaires en territoire étranger: fonctions d'état civil

Le texte ci-après reproduit à pour objet l'accomplissement, en territoire suisse, de fonctions d'état civil par des représentations diplomatiques et des postes consulaires étrangers.

[Traduction]

«[Par note verbale du 14 août 2014], [l']Ambassade de l'Etat [P.] a confirmé que le Consulat général de [P.] à Genève est habilité par le droit [de cet Etat] à émettre toutes sortes de documents d'état civil et à accomplir les actes juridiques qui s'y rapportent. En même temps, le Département fédéral des affaires étrangères a appris qu'en date du 4 août 2014, le Consulat général de [P.] à Genève a émis un certificat de mariage relatif à l'union célébrée le 22 juin 2012 à Bâle entre M. [F.] et Mme [G.].

D'après l'article 5, lettre f, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires,²¹ un poste consulaire ne peut exercer des fonctions d'état civil que dans la mesure où les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas. Voir sur le même point l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.²²

Le Département fédéral des affaires étrangères saisit cette occasion pour rappeler une fois encore que la Confédération suisse a conféré aux autorités d'état civil suisses la compétence exclusive d'accomplir des actes d'état civil. Les représentations diplomatiques et consulaires étrangères en Suisse ne peuvent donc exercer des fonctions d'état civil, telles la célébration de mariages et la reconnaissance d'enfants, même si les personnes concernées sont des

¹⁸ Cette disposition a la teneur suivante: «Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un «organe de l'Etat au titre de l'article 4 [définissant ce qu'il faut entendre par «comportement d'un organe de l'Etat»], mais qui est habilité par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international.» Annuaire de la CDI 2001, vol. II/2, p. 44.

¹⁹ Rapport de la CDI, 66e session (5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014), Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 69e session, Supplément n° 10 (A/69/10), p. 243.

²⁰ Référence est faite ici au Rapport cité à la note précédente.

²¹ RS 0.191.02.

²² Ce qui est dit ici n'est pas tout à fait exact. La disposition mentionnée précise qu'«[a]ucune disposition de la Convention ne saurait être interprétée comme interdisant l'exercice de fonctions consulaires par une mission diplomatique». Il est cependant vrai qu'en exerçant de telles fonctions, la mission se conformera à la convention sur les relations consulaires, en particulier à son article 5, lettre f.

ressortissants de l'Etat d'envoi.

Les autorités d'état civil [suisse] n'ont pas célébré, le 22 juin 2012 ou à une autre date, de mariage entre M. [F.] et Mme [G.]. N'ayant pas eu lieu devant un officier d'état civil suisse, ce mariage n'a aucun effet sur le plan suisse. Les représentations étrangères sont tenues de respecter la législation suisse. Celle-ci ne saurait être écartée par les représentations étrangères en invoquant les dispositions légales de l'Etat d'envoi sur la compétence en matière d'état civil.»

Note du 7 novembre 2014, adressée par le DFAE à l'Ambassade de l'Etat P. à Berlin (texte inédit).

6. Identité, continuité et succession d'Etats

(Voir les nos 3.1 et 5.3)

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les nos 3.3, 3.5 et 5.3)

7.1 Compétence des tribunaux suisses face à des infractions commises à l'intérieur d'une ambassade étrangère en Suisse; droit du chargé d'affaires de demander la punition de l'auteur ou des auteurs des infractions

Une plainte du Chargé d'affaires de l'Ambassade de la République démocratique du Congo (RDC) à Berne parvenue au Ministère public de la Confédération incita celui-ci à ouvrir une enquête contre une dizaine de personnes, dont A., qui avaient pénétré illégalement et causé des dommages à l'intérieur de l'Ambassade pour protester contre le résultat de l'élection présidentielle qui venait d'avoir lieu en RDC. L'enquête ayant prouvé la matérialité des faits, selon le Ministère public, et conduit à une ordonnance pénale contre A., ce dernier saisit le Tribunal pénal fédéral (TPF) en prétendant que le Chargé d'affaires n'avait pas qualité pour agir et que les accusations relatives à la violation de l'intégrité du bâtiment et du terrain de l'Ambassade étaient infondées. Voici un extrait de l'arrêt du TPF:

«1.1 La Cour examine d'office si sa compétence à raison de la matière est donnée au regard de l'article 35, alinéa premier, de la Loi fédérale [du 19 mars 2010] sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71) et des articles 23 et 24 du CPP [Code de procédure pénale fédérale, du 5 octobre 2007 (RS 312.0)]. A teneur de l'article 23, alinéa premier, du CPP, sont soumises à la juridiction fédérale l'infraction de violation de domicile (article 186 du CP [Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0]), en tant qu'elle a été commise contre des personnes jouissant d'une protection spéciale en vertu du droit international (lettre a) et l'infraction de dommages à la propriété (article 144 du CPP), en tant qu'elle concerne les locaux, les archives et les documents des missions diplomatiques et consulaires (lettre b). L'article 23, alinéa premier, lettres a et b, du CPP consacre l'obligation de la Confédération, en tant qu'Etat accréditaire au sens de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01; ci-après CVRD), de protéger les membres des missions diplomatiques et leurs locaux situés sur le territoire suisse (cf. G. Nay/M. Thommen/D. Kipfer, in: *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung*, Bâle 2012, n° 7 ad article 23 du CPP). Cette obligation résulte d'un principe du droit international en vertu duquel les locaux des missions diplomatiques font partie intégrante du territoire de l'Etat d'accueil (ou Etat accréditaire) et qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'extraterritorialité (W. Haller/A. Kölz/ T. Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, 4e éd., Bâle 2008, p. 11; S. Trechsel/H. Vest, in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich/St-Gall 2008, n° 3 ad article 3 du CP). Le Tribunal fédéral a déduit de ce principe que les infractions commises dans une ambassade située en Suisse sont soumises au droit pénal suisse et qu'elles relèvent de la compétence juridictionnelle des autorités helvétiques (ATF 109 IV 156, c. 1, pp. 157 et s.;²³ P. Popp/T. Keshelava, in: *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3e éd., Bâle 2013, n° 3 ad article 3 du CP et les références).

1.2 En l'occurrence, les infractions de dommages à la propriété (article 144 du CP) et de violation de domicile (article 186 du CP) reprochées au prévenu ont eu lieu dans l'Ambassade de la RDC à Berne. Cette dernière est une mission diplomatique au sens de la CVRD (cf. A. R. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 2e éd., Berne 2011, n° 670), de sorte que les infractions qui auraient été commises dans ses locaux relèvent de la compétence juridictionnelle des autorités suisses. Les infractions reprochées au prévenu faisant partie de la liste de l'article 23 du CPP, la compétence de la Cour des céans est donnée.»

Arrêt du TPF du 26 juillet 2013 en l'affaire *Ministère public de la Confédération et Ambassade de la République Démocratique du Congo c. A.* (c.1.1 et 1.2), TPF 2013, p. 154 (155).

7.2 Inviolabilité des bâtiments et du terrain des missions diplomatiques

Le texte qui suit porte sur le point de savoir si et à quelles conditions des agents de l'Etat accréditaire peuvent pénétrer dans les bâtiments et sur le terrain attenant d'une ambassade étrangère.

«1. Conformément à l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [du 18 avril 1961] (CVRD, RS 0.191.01), les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'Etat accréditaire, en l'occurrence [l'Etat Q.], d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission (paragraphe premier). Il sied ici de préciser que par «locaux de la mission», on entend tous les bâtiments ou parties de bâtiments et le terrain attenant

²³ Pratique suisse 1983, n° 7.1, ASDI, vol. XL, 1984, p. 177.

qui, quel qu'en soit le propriétaire, sont utilisés aux fins de la mission, y compris la résidence du chef de la mission (article premier, lettre i, de la CVRD). Partant, le fait d'entrer sur le périmètre de l'Ambassade sans le consentement du chef de la mission porte déjà atteinte au principe de l'inviolabilité des locaux, même si les représentants de l'Etat accréditant ne pénètrent pas dans le bâtiment de l'Ambassade.

La doctrine dominante considère que l'inviolabilité des locaux des missions diplomatiques est absolue. Cela signifie que l'Etat accréditaire doit nécessairement rechercher le consentement exprès du chef de la mission diplomatique afin de pouvoir pénétrer dans les locaux de la mission. *Un tel consentement doit donc être requis pour chaque cas individuel et concret.* Il n'est pas question de pouvoir faire valoir un consentement général pour toutes les situations susceptibles de nécessiter, dans la perspective de l'Etat accréditaire, une intervention des représentants de ce dernier dans les locaux de la mission diplomatique de l'Etat accréditant. En effet, un consentement général constituerait pour l'Etat accréditaire une sorte de laissez-passer lui permettant de pénétrer dans lesdits locaux lorsqu'il l'estimerait nécessaire, vidant ainsi le principe de l'inviolabilité des locaux de sa substance.

2. Sur la base de ce qui précède, la Suisse, par le biais de ses agents diplomatiques notamment, est en droit de s'opposer à ce que des troupes de l'Etat accréditaire pénètrent sur le terrain et dans les locaux de l'Ambassade pour mettre en oeuvre des mesures de sécurité particulières (y compris lorsqu'il s'agit de mesures de protection de la mission diplomatique elle-même; en effet, l'Etat accréditaire a l'obligation d'assurer la sécurité des missions diplomatiques sur son territoire conformément à l'article 22, paragraphe 2, de la CVRD, mais uniquement depuis l'extérieur des locaux de la mission diplomatique). Ce principe vaut aussi bien pour des troupes officielles que, le cas échéant, pour des services privés de sécurité qui auraient été mandatés par l'Etat accréditaire.

Dans le cas d'espèce, les troupes de sécurité [de l'Etat Q.] ont cherché à occuper le toit de l'Ambassade de Suisse à [la capitale de Q.] le 15 mars 2014 afin de profiter de sa situation stratégique sur la place [T.] en vue d'assurer la sécurité du Président dans l'église voisine. La chef de mission n'a pas été informée préalablement de la venue des troupes de sécurité [de Q.], ces dernières partant du principe que l'utilisation du toit de l'Ambassade avait déjà été autorisée par le précédent chef de mission et que cette autorisation demeurerait valable pour toutes les situations ultérieures.

La chef de mission aurait alors été en droit de refuser l'utilisation du toit de l'Ambassade aux troupes ... [C]ompte tenu des intérêts en jeu, soit notamment la protection du Président de [Q.], ainsi que du fait que l'utilisation du toit de l'Ambassade avait déjà été autorisée dans des cas précédents, la chef de mission a finalement consenti à ce que les troupes utilisent le toit de l'Ambassade. Cette utilisation des locaux de la mission a néanmoins été autorisée à la condition qu'un collaborateur de la société de sécurité privée de l'Ambassade accompagne les troupes afin de ne pas les laisser seules sur le toit.

3. Ainsi que l'illustre la situation qui s'est présentée [dans l'Etat Q.] le 15 mars 2014, le *refus du consentement du chef de la mission à ce que des troupes de sécurité utilisent les locaux de l'Ambassade pour assurer la protection du Président pourrait s'avérer politiquement délicat.* En effet, si la Suisse devait refuser de consentir à l'utilisation des locaux de son Ambassade aux troupes de protection du Président et que celui-ci devait subir un dommage, des difficultés politiques non négligeables pourraient en découler. Par conséquent, *la décision d'accorder ou non le consentement à l'utilisation des locaux de la mission à des troupes de sécurité doit faire l'objet d'une évaluation politique dans chaque cas concret.*

Si l'évaluation politique d'un cas concret devait aboutir à la conclusion qu'il est nécessaire de consentir à l'utilisation des locaux de l'Ambassade par l'Etat accréditaire, il [faudrait] en tous les cas encore définir les conditions et les modalités pratiques de cette utilisation. Il est en effet indispensable de limiter clairement l'accès des troupes de l'Etat accréditaire aux seuls lieux pertinents pour l'exercice de leurs tâches afin d'éviter tout accès à des documents et informations confidentiels.

Dans le cas de [l'Etat Q.], où les troupes de sécurité sont intéressées à utiliser le toit de l'Ambassade, se pose notamment la question des voies d'accès au toit. Dans la mesure du possible, il faudrait que les troupes demeurent à l'extérieur du bâtiment et accèdent au toit par l'extérieur. Si cela devait ne pas s'avérer réalisable, il serait alors indispensable de régler précisément l'accès des troupes à la zone visée, avant leur déploiement, afin de garantir la confidentialité des documents et des informations de la mission.

4. Dans tous les cas, *l'utilisation des locaux de l'Ambassade doit faire, pour chaque intervention envisagée par l'Etat accréditaire, l'objet d'une demande motivée et présentée suffisamment à l'avance via le Ministère des affaires étrangères de cet Etat.* Si, pour des raisons de sécurité, l'Etat accréditaire devait considérer qu'il n'est pas possible d'informer précisément de l'heure, voire de la date de l'intervention (par exemple, comme avancé par l'agent de [Q.], si l'Etat accréditaire considère que la sécurité du Président empêche de transmettre des informations sur les déplacements de celui-ci), la demande d'utilisation des locaux de la mission devrait au moins indiquer une période déterminée durant laquelle l'intervention aura lieu. Une telle précision doit permettre à l'Ambassade, d'une part, de disposer du temps nécessaire pour évaluer si une autorisation d'accès peut être donnée dans le cas d'espèce et, d'autre part, de prendre les mesures qu'elle juge nécessaires à cette occasion, soit notamment informer ses collaborateurs, ainsi que l'entreprise chargée de sa sécurité, de la venue des troupes officielles à un certain moment. Ces mesures doivent permettre, le cas échéant, de préparer les voies d'accès et protéger les documents et autres informations confidentielles de la mission. De plus, parmi les mesures à prendre, il y a lieu de prévoir non seulement que les troupes soient accompagnées par un collaborateur de l'entreprise de sécurité employée par la Suisse pour assurer la protection de l'Ambassade, mais également qu'un membre de l'Ambassade soit présent en vue d'assurer le respect des conditions et modalités de l'utilisation des locaux.

Le consentement du chef de la mission doit ainsi préciser les conditions et modalités de l'utilisation des locaux (notamment les zones autorisées et les voies d'accès). Il appartient en effet ici de garantir la confidentialité des documents et l'accomplissement des fonctions de la mission, et d'éviter que les troupes de l'Etat accréditaire puissent

prendre connaissance d'informations confidentielles. Dans chaque cas, le consentement doit expressément indiquer qu'il n'est donné que pour la situation d'espèce et ne saurait servir de précédent.

5. Pour le surplus, la responsabilité des conséquences d'éventuels tirs effectués par des membres des troupes de l'Etat accréditaire depuis les locaux de l'Ambassade repose sur l'Etat accréditaire. La Suisse se limite à tolérer l'utilisation de son bâtiment pour des besoins politiquement prioritaires de l'Etat accréditaire et ne saurait être tenue d'une quelconque responsabilité liée à l'utilisation, dans ses locaux, d'armes par des troupes de cet Etat.»

Courrier de la DDIP, du 4 avril 2014 (texte inédit).

7.3 Restrictions à la circulation établies par l'Etat de résidence d'une ambassade de Suisse. Interprétation des traités: contexte; interprétation restrictive

La République du Chili a établi, dans sa capitale, un régime réduisant la circulation automobile individuelle lorsque la pollution de l'air dépasse un certain niveau. Cette réglementation devait être étendue aux représentations diplomatiques étrangères et leurs membres. La position de la Direction du droit international public à propos de cette mesure fait l'objet du texte qui suit:

[Traduction]

«2. Selon l'article 25 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD; RS 0.191.01), l'Etat accréditaire doit accorder aux missions toutes les facilités pour accomplir leurs fonctions. Cette règle est formulée en des termes très généraux et doit être interprétée compte tenu d'une autre disposition de la convention.

En l'espèce, l'article 25 de celle-ci peut être interprété en prenant en considération son article 26, qui dispose que l'Etat accréditaire assure à tous les membres de la mission la pleine liberté de déplacement et de circulation sur son territoire. Ainsi, l'article 26 précise la portée de l'article 25 de la CVRD en mentionnant la liberté de déplacement comme étant un des droits devant être accordés par l'Etat accréditaire. Toutefois, il limite cette liberté en exceptant les lois et règlements qui interdisent ou réglementent l'accès aux zones pour des raisons de sécurité nationale.

3. La CVRD établit le principe général de la liberté de déplacement et de circulation. Il est permis de limiter cette liberté pour des motifs de sécurité nationale. Sur la base des principes en cause, la notion de sécurité nationale doit être interprétée restrictivement. En règle générale, elle est limitée aux zones militaires ou à celles ravagées par une épidémie qui met en danger des personnes. La restriction de la libre circulation envisagée par les autorités chiliennes ne saurait être justifiée en invoquant la sécurité nationale. La réglementation chilienne n'empêche pas les représentations diplomatiques de se rendre dans certaines zones mais prohibe l'utilisation de moyens de transport portant certaines plaques pour certains jours. Partant, on ne saurait justifier ces restrictions en invoquant la sécurité nationale.

4. Il faut examiner, cas par cas, s'il y a violation de l'article 26 de la CVRD envisagé conjointement avec l'article 25 de celle-ci. Au cours de cet examen, on établit si la mesure prise par l'autorité de l'Etat accréditaire empêche la mission diplomatique d'accomplir ses fonctions. Elle doit empêcher l'exercice des tâches diplomatiques de façon à rendre impossible le fonctionnement normal de l'ambassade. Ainsi, la violation de la liberté de mouvement garantie par l'article 26 de la CVRD, envisagée conjointement avec le contenu de l'article 25 de celle-ci, est fonction de l'importance de la restriction apportée.

Nous ne pouvons apprécier de façon définitive la portée de la restriction, [car] nous ne disposons pas de renseignements précis sur la circulation à Santiago; mais nous pouvons mentionner quelques éléments qui pourraient vous aider quand il s'agira de déterminer s'il y a violation de l'article 26 de la CVRD, lu conjointement avec l'article 26 de celle-ci.

Nous croyons comprendre que [la mesure prise] le 29 mars 2008 (...) s'étend à l'ensemble de la province de Santiago, une surface importante comprenant le bâtiment de l'Ambassade, la résidence [de l'Ambassadeur] et, vraisemblablement, les appartements du personnel de la mission. Il s'agit de déterminer, en particulier, si le personnel de l'Ambassade peut remplir ses fonctions en utilisant les transports publics et d'autres moyens de déplacement. Il faut surtout établir s'il y a suffisamment de moyens de transport publics, s'ils circulent selon des horaires réguliers et s'ils peuvent offrir une sécurité suffisante. Nous vous laissons le soin d'évaluer les faits et de déterminer si l'interdiction de circuler a pour effet de limiter la mission diplomatique à un point qui ne lui permet plus de fonctionner régulièrement.

5. Nous attirons votre attention sur le fait que la pratique consistant à restreindre la circulation pour limiter la pollution atmosphérique est très répandue, particulièrement dans les pays de l'Amérique du Sud. Ces Etats prennent différents types de mesures, dont celles de «Hoy no circular» ou de «Pico y Placa». Selon les informations dont nous disposons, la Colombie et l'Equateur, par exemple, ont adopté des mesures semblables à celles du Chili. Ces mesures prévoient toutefois une exception pour les représentations diplomatiques. Une réglementation assortie d'une telle exception serait compatible avec l'article 26 de la CVRD, lu conjointement avec l'article 25 de celle-ci.»

Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse au Chili, du 22 août 2014 (texte inédit).

7.4 Droit des représentations diplomatiques de communiquer avec la centrale, même par des messages codés. Communications aux autorités de l'Etat accréditaire

L'avis de la Direction du droit international public ci-après traduit et reproduit a pour objet le droit des représentations suisses à l'étranger de communiquer avec la centrale, même au moyen de messages codés dont le contenu n'a pas à être dévoilé aux autorités de l'Etat d'accueil.

[Traduction]

«La Convention de Vienne [du 18 avril 1961] sur les relations diplomatiques (CVRD; RS 0.191.01) protège spécifiquement *le droit des représentations diplomatiques de communiquer librement, même par des textes codés*. L'article 27, paragraphe premier, de la CVRD dispose ceci: «L'Etat accréditaire permet et protège la libre communication de la mission pour toutes fins officielles. En communiquant avec le gouvernement ainsi qu'avec les autres missions et consulats de l'Etat accréditant, où qu'ils se trouvent, la mission peut employer tous les moyens de communication appropriés, y compris les courriers diplomatiques et les messages en code ou en chiffre. Toutefois, la mission ne peut installer et utiliser un poste émetteur de radio qu'avec l'assentiment de l'Etat accréditaire.»

Quant à la question de savoir si *les autorités [de l'Etat hôte] devraient être renseignées* sur le prestataire privé (ou le code), les conventions de Vienne²⁴ ne renferment aucun indice. Un refus total de coopérer avec les autorités [de l'Etat d'accueil] ne semble guère pouvoir se justifier par le statut diplomatique. Il faut également tenir compte du fait que l'article 41, paragraphe premier, de la CVRD, tout comme l'article 55, paragraphe premier, de la CVRD, oblige les personnes [bénéficiant] des privilèges et immunités à respecter la législation de l'Etat d'accueil.

Dans des situations semblables (par exemple lorsqu'il s'agit de demandes de renseignements adressées à la Suisse en tant qu'employeur de personnel local), nous conseillons à nos représentations de *coopérer avec l'Etat d'accueil dans la mesure du possible*. Une telle coopération est également dans l'intérêt de la Suisse et peut, dans d'autres situations similaires se produisant quand la Suisse est Etat d'accueil, être une incitation à la réciprocité. Il est cependant évident qu'une coopération avec les autorités [de l'Etat d'accueil] n'est possible que dans la mesure où elle ne contredit pas les privilèges et immunités découlant de la CVRD ou de la CVRC. Concernant l'évaluation du prestataire de la représentation suisse par les autorités [de l'Etat d'accueil] ici en cause, *nous n'avons, de notre côté, aucune objection à fournir des renseignements aux autorités en question aussi longtemps que cela ne représente aucun danger pour le codage des communications de nos représentations*. Il appartient à l'unité de service techniquement compétent de déterminer les renseignements qui peuvent être fournis.

...

Quant au point de savoir si le codage pourrait entraîner des frais supplémentaires, on notera que, selon l'article 23, paragraphe premier, de la CVRD, les représentations diplomatiques sont exemptes, en ce qui concerne les locaux dont elles sont propriétaires ou locataires, de *tous impôts et taxes nationaux, régionaux ou communaux, ou de toutes contributions, autres que celles perçues pour des services rendus* (cela vaut aussi pour les postes consulaires, voir l'article 32, paragraphe premier, de la CVRC). Si les autorités [de l'Etat d'accueil] devaient demander le paiement de taxes en raison du codage, il conviendrait d'établir d'abord s'il s'agit de sommes dues pour services rendus par les autorités [de l'Etat d'accueil] ou d'impôts. Etant donné que le codage est effectué par le prestataire de service privé – si nous avons bien compris – il ne semble pas évident que le codage nécessite des services spécifiques de la part de ces autorités que la Suisse pourrait être tenue de payer. S'il s'agit en revanche d'un impôt, la Suisse en serait exempte par le droit international.»

Avis de droit de la DDIP, du 12 décembre 2014 (texte inédit).

7.5 Privilèges et immunités des représentants diplomatiques: inviolabilité des documents; durée des immunités

Les arrêts du Tribunal fédéral dont des extraits vont suivre portent sur des procédures dirigées par le Ministère public de la Confédération (MPC) contre des ressortissants de l'Ouzbékistan. Ces procédures, qui portaient sur des soupçons de blanchiment d'argent et de faux dans les titres, conduisirent à la mise sous scellés de comptes, de coffres bancaires et de documents qui pouvaient appartenir à ou concerner Mme D., fille du Président de l'Ouzbékistan et, à cette époque, Représentante permanente de son pays auprès des Nations Unies à Genève.

Par la suite, le MPC présenta, devant le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne (TMC), des demandes de levée des scellés. La qualité de partie à ces procédures lui ayant été refusée par le Tribunal, la République d'Ouzbékistan recourut auprès du Tribunal fédéral. Après avoir suspendu les procédures devant le TMC, le Tribunal fédéral admit le recours par arrêt du 10 janvier 2013 et ordonna de nouveaux échanges d'écritures. Les parties furent invitées, notamment, à s'exprimer sur les informations fournies par le Département fédéral des affaires étrangères, reçues par le MPC et relatives à la fin des activités diplomatiques de Mme D., ainsi que sur celles transmises directement au premier juge. C'est ce que firent les parties.

Le TMC accueillit favorablement les trois requêtes du MPC visant la levée des scellés, décision contre laquelle la République d'Ouzbékistan recourut auprès du TF; elle sollicita également la restitution des documents sous scellés et exigea qu'un effet suspensif soit attribué à son recours. Cette dernière demande a été acceptée pour les trois procédures. Le TF rendit son arrêt le 20 décembre 2013.

I. Voici d'abord un bref extrait du premier arrêt du TF, du 10 janvier 2013:

«2.2 En l'espèce, la recourante bénéficie des immunités de l'Etat, qui protègent notamment ses biens ainsi que ses représentants à l'étranger (cf. P. Daillier/A. Pellet, *Droit international public*, 7e éd., [Paris 2002], p. 451). Ce principe

²⁴ C'est-à-dire la CVRD ainsi que la Convention du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (CVRC; RS 0.191.02).

de droit coutumier a été précisé dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,²⁵ qui règle en particulier l'immunité des agents diplomatiques (articles 29 et 31) et l'inviolabilité de leur correspondance et de leurs biens (article 30). Ces immunités sont destinées à garantir le respect de la souveraineté de l'Etat (Daillier/Pellet, *op.cit.*, p 450), qui peut d'ailleurs renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents (article 32, alinéa premier). Ainsi, même si ces immunités s'étendent aux agents diplomatiques, l'Etat en est titulaire et bénéficie de droits à cet égard.»

Arrêt du TF, du 10 janvier 2013 (1B_588/2012), dans la cause *République d'Ouzbékistan c. Ministère public de la Confédération* (c. 2.2), (arrêt non publié).

II. Suit un large extrait du second arrêt du 20 décembre 2013:

«3. La Suisse a conclu avec le Secrétaire général de l'ONU un accord sur les privilèges et immunités de cette Organisation les 11 juin et 1er juillet 1946 (ci-après: accord; RS 0.192.120.1), qui garantit en substance les mêmes immunités et privilèges aux représentants des membres de l'ONU qu'aux agents diplomatiques (section IV dudit accord). La République d'Ouzbékistan n'étant pas Partie à ce traité, ni à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946 (RS 0.192.110.02; entrée en vigueur pour la Suisse le 25 septembre 2012), elle ne peut s'en prévaloir.

C'est donc la convention de Vienne, qui codifie les principes du droit coutumier en matière d'immunités et privilèges des diplomates (ATF 115 Ib 496, c. 5c, p. 501;²⁶ [P.] Daillier/[M.] Forteau/[A.] Pellet, *Droit international public*, 8e éd. [Paris] 2009, n° 453, pp. 825 et s.; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7e éd. [Paris] 2004, n° 64, p. 61; A. PEREZ, *Le système des privilèges et immunités applicable aux organisations internationales en Suisse et aux délégations permanentes étrangères à Genève*, 1997, pp. 12 et s.) et à laquelle tant la République d'Ouzbékistan que la Confédération suisse sont Parties, qui est applicable par analogie pour les membres des missions permanentes auprès des organisations internationales, telle l'ONU (...).

4. Afin de garantir le respect de sa souveraineté (ATF 132 II 81, c. 3.4.2, p. 98;²⁷ Daillier/Forteau/Pellet, *op.cit.*, n° 289, p. 497; R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3e éd., [Berne] 2009, n° 693, p. 645), la recourante, en tant qu'Etat, est titulaire et bénéficie des immunités et privilèges découlant de la CVRD et de la loi sur l'Etat hôte,²⁸ pouvant les invoquer notamment pour protéger ses biens, ainsi que ses agents diplomatiques, dont la Cheffe de sa mission permanente auprès de l'ONU (article 29 et ss de la CVRD, article 2, alinéa 2, lettre a, de la LEH; arrêt 1B_588/2012 du 10 janvier 2013, c. 2.2; Zimmermann, *op.cit.*, n° 693, p. 645; Daillier/Forteau/Pellet, *op.cit.*, n° 289, p. 497; Dupuy, *op.cit.*, n° 118, pp. 124 et s.; Perez, *op.cit.*, pp. 25, 33, 34 et 42). Elle est donc légitimée à s'en prévaloir à titre d'autres motifs au sens de l'article 248, alinéa premier, du [Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007, RS 312.0], afin de s'opposer à la levée des scellés.

5. La recourante reproche à l'autorité une violation des articles 30, alinéa 2, 31, alinéa premier, 39, alinéa 2, de la CVRD, 2, alinéa premier, lettre d, et 3, alinéa premier, lettres a et b, de la LEH. Elle soutient en substance que l'inviolabilité des documents, de la correspondance et des biens de son agent diplomatique ne cesserait pas à la fin de l'activité de ce dernier et que si tel était le cas, les actes effectués pendant la mission resteraient couverts par cette protection.

5.1 Les agents diplomatiques – notamment le chef de la mission (article premier, lettre e, de la CVRD) – bénéficient, durant leurs fonctions (cf. article 39, alinéa premier, de la CVRD), de privilèges et immunités au sens de l'article 3, alinéa premier, de la LEH, soit en particulier des immunités de juridiction et d'exécution. Cette protection s'étend à tous les types d'actes accomplis par le diplomate en fonction, y compris pour les infractions commises en dehors de l'exercice de ses activités officielles (cf. l'article 31, première phrase, de la CVRD et l'article 3, alinéa premier, lettre b, de la LEH; Daillier/Forteau/Pellet, *op.cit.*, n° 461, p. 837; DUPUY, *op.cit.*, n° 118/b, p. 127). Les immunités et privilèges dont bénéficie l'agent le prémunissent en particulier contre une arrestation ou une détention (cf. articles 29, 31, alinéa 3, de la CVRD et article 3, alinéa premier, lettre a, de la LEH) et protègent ses documents, sa correspondance, ainsi que ses biens (cf. article 30, alinéa 2, 31, alinéa 3, de la CVRD et 3, alinéa premier, lettre a, de la LEH; Daillier/Forteau/Pellet, *op.cit.*, n° 461, p. 836; DUPUY, *op.cit.*, n° 118/a, p. 125).

Selon l'article 39, alinéa 2, de la CVRD, lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges – dont fait partie l'inviolabilité des documents, de la correspondance et des biens (cf. l'article 3, alinéa premier, lettre a, de la LEH) – cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé; toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne *dans l'exercice de ses fonctions* comme membre de la mission. Vu la teneur claire de cette disposition, toute immunité et tout privilège cessent lorsque l'activité du diplomate prend fin. Par rapport aux actes antérieurs à la fin de sa mission, la protection perdure, selon la volonté expresse des Etats contractants, mais uniquement pour les actes – y compris délictueux – effectués dans le cadre de ses fonctions officielles (ATF 115 Ib 496, c. 5/d, pp. 501 et s.;²⁹ Zimmermann, *op.cit.*, n° 694, p. 650; Dupuy, *op.cit.*, n° 118/b, p. 127; Perez, *op.cit.*, p. 65). Il en résulte donc que tous les autres actes – passés et futurs – de l'ancien agent ne sont plus couverts par les immunités et privilèges.

5.2. En l'espèce, il est incontesté que D. était la Cheffe de la représentation permanente de la recourante à l'ONU au moment des perquisitions effectuées par le MPC (les 10 et 23 août 2012) et de ce fait, bénéficiait des privilèges et

²⁵ Convention sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (CVRD; RS 0.191.01).

²⁶ Pratique suisse 1990, n° 7.1, RSDIE, 1^e année, 1991, p. 533.

²⁷ Sem. jud 2006 I 284 (résumé).

²⁸ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, LEH; RS 192.12).

²⁹ Pratique suisse 1990, n° 7.1, RSDIE, 1^e année, 1991, p. 533.

immunités – dont l’inviolabilité de ses documents et de sa correspondance – découlant de la CVRD et de l’article 3 de la LEH. Il est également établi que les fonctions officielles de la diplomate auprès de l’ONU se sont achevées le 9 juillet 2013 (...).

A partir de cette date, la Cheffe de la mission permanente ne pouvait continuer à bénéficier des immunités et privilèges découlant de son ancien statut que pour les actes effectués pendant sa mission et en rapport avec ses tâches officielles. Or la recourante – qui se doit de collaborer au tri des documents dès lors qu’elle seule en connaît le contenu (ATF 138 IV 225, c. 7.1, p. 229) – ne prétend pas que les pièces mises sous scellés seraient en lien avec de telles prérogatives. Elle ne remet en particulier pas en cause les constatations retenues par l’autorité précédente, basées notamment (1) sur les écritures de la recourante du 30 avril 2013 où cette dernière a examiné chaque scellé, y mentionnant même expressément que les scellés ... n’étaient pas liés à l’activité étatique et (2) sur le courrier du DFAE du 10 juin 2013. Le premier juge a donc considéré avec raison que la recourante n’avait pas revendiqué la propriété desdites pièces, que leur contenu permettait de retenir que ces documents n’émanaient pas de la mission de la recourante ou de son Ministère des affaires étrangères, qu’ils ne leur étaient pas adressés et qu’ils ne touchaient pas son fonctionnement ou son activité officielle de représentation. Selon le TMC, les pièces en cause concernaient en conséquence l’ancienne Ambassadrice de la recourante à titre privé, respectivement financier ou commercial, conclusion qui s’imposait d’autant plus que les documents avaient été retrouvés dans des coffres dépendant d’une société commerciale.

Dès lors qu’après la fin de sa mission, l’ancienne diplomate ne bénéficie de l’immunité que pour les actes et/ou documents en lien avec ses activités officielles, c’est à juste titre que le TMC a retenu que la recourante ne pouvait plus invoquer les immunités et privilèges résultant de la convention de Vienne pour s’opposer à la levée des différents scellés concernant des documents privés.»

Arrêt du TF du 20 décembre 2013 (1B_334/2013) en la cause *République d’Ouzbékistan c. A. et B.* (c. 3 à 5.2), Sem. jud. 2014 I 237 (238–241).

7.6 Privilèges et statut fiscal des représentations diplomatiques étrangères: taxe d’équipement cantonale

Le texte ci-après a pour objet l’autorisation accordée à [l’Etat P.] d’acquérir un terrain à Genève pour y installer sa mission permanente auprès des Nations Unies et de l’Organisation mondiale du commerce (OMC). A l’occasion de la construction d’un bâtiment sur ce terrain, le canton de Genève exigea l’acquiescement de la taxe d’équipement prévue à l’article 4, alinéa premier, lettre a, de la Loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD)³⁰ et les articles 8 et suivants du Règlement d’application relatif à cette loi, du 20 décembre 1978 (RGZD).³¹

La taxe en question doit être versée par le propriétaire d’un terrain sur lequel doit être réalisé un projet faisant l’objet d’une autorisation définitive de construire, ce qui était le cas en l’espèce. Cette taxe sert à financer la construction ou la modification des voies de communication et de leur équipement; elle est proportionnelle aux frais d’équipement public de base du quartier où l’immeuble est situé. D’après l’article 10, alinéa 2, de la LGZD,

«en cas d’aliénation du terrain suite à la délivrance de l’autorisation de construire et de réalisation du projet prévu par celle-ci par le nouveau propriétaire, la taxe d’équipement est transférée à ce dernier.»

En l’espèce, la taxe n’avait pas été versée par l’ancien propriétaire et, selon la loi, était ainsi transférée à l’acquéreur du terrain.

Voici l’avis de la Direction du droit international public sur le point de savoir si la mission de l’Etat P. était astreinte au versement de la taxe d’équipement:

«... *Statut fiscal des locaux de la Mission permanente de [l’Etat P.] auprès de l’ONU et de la Mission permanente de [l’Etat P.] auprès de l’OMC à Genève*

Le statut fiscal des missions permanentes est régi par l’article 23 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,³² laquelle est appliquée par analogie aux missions permanentes conformément à l’article 6, alinéa 2, de l’Ordonnance sur l’Etat hôte (OLEH).³³ En vertu de l’article 23, paragraphe premier, de ladite convention, l’Etat accréditant est exempt de tous impôts et taxes nationaux, régionaux et communaux, au titre des locaux de la mission dont il est propriétaire ou locataire, pour autant qu’il ne s’agisse pas d’impôts ou taxes perçus en rémunération de services particuliers rendus.

Les privilèges et immunités des missions permanentes en Suisse sont régis par la Loi sur l’Etat hôte (LEH),³⁴ sous réserve des privilèges, immunités et facilités découlant du droit international (article premier, alinéa 2, de la LEH). L’article 3, alinéa premier, lettres c et d, de la LEH prévoit notamment que les privilèges et immunités qui peuvent être accordés aux bénéficiaires institutionnels couverts par cette loi comprennent l’exemption des impôts directs et l’exemption des impôts indirects.

Il découle de ce qui précède que la LEH et son ordonnance d’application ne déterminent pas l’étendue des exemptions

³⁰ Législation genevoise L 1 35.

³¹ *Ibid.*, L 1 35.01.

³² Convention du 18 avril 1961, citée à la note 24.

³³ Ordonnance du 7 septembre 2007 relative à la Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu’Etat hôte (voir ci-dessus, note 15).

³⁴ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu’Etat hôte (voir ci-dessus, note 28).

fiscales qui sont effectivement accordées aux missions permanentes, mais, en l'espèce, se limitent à renvoyer à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. La LEH et l'OLEH ne sont donc pas en contradiction avec le droit international public, mais, au contraire, s'y réfèrent. Les privilèges fiscaux des missions permanentes auprès des organisations internationales en Suisse sont [ainsi] réglés par les dispositions pertinentes du droit international public. En conséquence, l'assujettissement de [l'Etat P.] à la taxe d'équipement cantonale genevoise dépend de la question de savoir si cette taxe représente une taxe pour services particuliers rendus au sens de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

... Nature de la taxe d'équipement cantonale genevoise

A titre liminaire, il importe de préciser que la qualification d'impôt ou de «taxe pour services particuliers rendus» doit se faire à la lumière du droit international public. Ces termes doivent être interprétés de façon autonome et non par référence au seul droit administratif suisse. Ainsi, au sens du droit international public, on entend par taxe pour services particuliers rendus toute contribution corrélatrice d'une contre-prestation précise et spéciale de l'administration à la personne qui paie ou celle qui est versée en couverture des dépenses particulières nécessitées par le fait du contribuable. Autrement dit, la taxe pour services particuliers rendus au sens du droit international public se rapproche des contributions causales connues en droit suisse, qui ont pour caractéristique de présenter un lien étroit entre la mise à disposition du service public concerné et la contribution perçue, dont cette dernière doit représenter la contrepartie. Le montant de la contribution causale doit correspondre à l'importance de la prestation des services publics. Par opposition à la notion de contre-prestation comprise dans la nature de la taxe pour services particuliers rendus, l'impôt se définit comme une prestation versée sans condition par tout administré et qui est due en toute circonstance, c'est-à-dire indépendamment du point de savoir si et dans quelle mesure l'administration publique rend des services au contribuable.»

Communication faite le 5 février 2014 par la DDIP à un avocat genevois (texte inédit).

7.7 Privilèges et immunité des diplomates en transit

Le texte qui suit concerne un agent diplomatique de G., en poste dans le pays S., qui devait se rendre [dans l'Etat tiers] X. pour cinq jours dans le cadre d'une mission diplomatique. Pour ce faire, il souhaitait transiter par la Suisse et bénéficié, pendant son passage, de privilèges et d'immunités diplomatiques. Il demanda donc à un avocat en Suisse de soulever la question devant les autorités suisses.

«1. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³⁵ régit les relations entre Etats et les communications y relatives doivent suivre la voie diplomatique. Il appartient en particulier à l'Etat accréditant – soit en l'espèce [l'Etat G.] par son Ministère des affaires étrangères – d'informer l'Etat accréditaire ou, en cas de transit, l'Etat tiers concerné, que son agent diplomatique se trouve en mission officielle.

Outre les formulations sans équivoque de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, nous attirons à cet égard votre attention sur l'article 9, alinéa 3, de l'Ordonnance sur l'Etat hôte du 7 décembre 2007 (RS 192.121) dont la teneur est la suivante: «Toute question relative à la constatation de l'exercice effectif d'une fonction officielle, à l'autorisation d'accompagner le titulaire principal, à la portée des privilèges, des immunités et des facilités se règle entre le DFAE et le bénéficiaire institutionnel concerné, conformément aux usages diplomatiques, à l'exclusion de toute intervention de la personne bénéficiaire.»

Il est rappelé, comme le précise le préambule de la convention de Vienne précitée, que le but des privilèges et immunités n'est pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des Etats.

2. La convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques règle le statut des membres des missions diplomatiques dans les relations entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire. Les seules obligations à charge des Etats tiers ressortent de l'article 40 de ladite convention. Cette disposition prévoit en particulier à son paragraphe premier que «si l'agent diplomatique traverse le territoire ou se trouve sur le territoire d'un Etat tiers, qui lui a accordé un visa de passeport au cas où ce visa est requis, pour assumer ses fonctions ou rejoindre son poste, ou pour rentrer dans son pays, l'Etat tiers lui accordera l'inviolabilité et toutes autres immunités nécessaires pour permettre son passage ou son retour».

Ainsi que cela ressort de la formulation de cette disposition, l'Etat tiers n'assume des obligations en la matière que lorsqu'un agent diplomatique est en transit pour un voyage entre l'Etat accréditaire et l'Etat accréditant. L'article 40 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'est pas applicable lorsque l'agent diplomatique effectue un autre voyage, sauf lorsqu'il vient de son ancien poste pour rejoindre son nouveau poste. En l'espèce, votre client entend effectuer un voyage entre [T., capitale de S., et la capitale de X.] pour une mission temporaire, [l'Etat X.] n'étant pas son nouveau poste d'affectation. En conséquence, l'article 40 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'est pas applicable.

3. Par ailleurs, la convention de Vienne sur les relations diplomatiques a pour but de permettre l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques. En matière de transit, cela implique que l'Etat tiers n'assume des obligations que lorsque le transit est nécessaire pour le voyage effectué. On ne saurait invoquer un transit lorsque le voyage s'effectue par des voies inhabituelles. En ce qui concerne votre client, outre le fait qu'il ne s'agit pas d'un voyage entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire, un transit via la Suisse n'est pas nécessaire pour lui permettre de se rendre de T. à X. et en revenir. Pour cette raison [aussi], votre client ne peut pas invoquer l'article 40 de la convention précitée.

³⁵ Voir la note 25.

4. Il y a lieu également de relever que la notion de transit au sens de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'implique pas le droit pour la personne concernée de profiter de son passage dans l'Etat tiers pour y mener des activités qui ne sont pas directement dépendantes du transit, telles que des activités touristiques ou d'autres activités de nature personnelle. Ainsi, une rencontre avec son avocat ne saurait être considérée comme entrant dans le cadre d'un transit au sens de l'article 40 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Il en découle que la présence de votre client en Suisse aux fins de vous rencontrer ne peut être couverte par cette disposition. En conclusion, votre client ne peut pas bénéficier en Suisse de privilèges et immunités.»

Lettre de la DDIP à un avocat suisse, du 7 mars 2014 (texte inédit).

7.8 Privilèges et immunités des fonctionnaires d'organisations intergouvernementales en Suisse: assujettissement à l'assurance maladie? Interdiction de discrimination

La lettre reproduite ci-après a été adressée par la Direction du droit international public aux autorités compétentes du canton F., où résidait un fonctionnaire de la Banque des règlements internationaux (BRI), organisation intergouvernementale établie à Bâle.

Elle concerne la décision des autorités cantonales d'assujettir l'épouse et la fille du fonctionnaire en cause à l'obligation de contracter des assurances-maladie en Suisse, conformément à l'article 3, alinéa premier, de la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.2).

[Traduction]

«L'article 3, alinéa premier, de la LAMal dispose que toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie. L'alinéa 2 de cet article prévoit que le Conseil fédéral peut excepter de l'assurance obligatoire les personnes qui, en vertu de l'article 2, alinéa 2, de la Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte (LEH, RS 192.12), bénéficient de privilèges, d'immunités et de facilités. La BRI est une organisation intergouvernementale et, à ce titre, une institution bénéficiaire au sens de la LEH. Les fonctionnaires de la BRI et les membres de leur famille sont des personnes qui, conformément à l'article 2, alinéa 2, de la LEH, jouissent de privilèges, d'immunités et de facilités. Le 10 février 1987, la Suisse a conclu avec la Banque un accord de siège en vue de déterminer le statut juridique de celle-ci en Suisse (RS 0.192.122.971.3). L'article 11 de cet accord, qui concerne la prévoyance sociale, dispense les fonctionnaires de la conclusion d'un contrat d'assurance-maladie en Suisse lorsque celle-ci est obligatoire au niveau cantonal ou communal, si la Banque leur accorde une protection équivalente contre les suites de maladies, d'accidents ou de la maternité.

Cet article s'applique à tous les fonctionnaires de la Banque, y compris ceux qui sont de nationalité suisse. En effet, alors que les alinéas premier et 2 prévoient expressément que les dispositions relatives à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité, à l'assurance-chômage et au régime des allocations pour perte de gain ne s'appliquent pas aux personnes de nationalité suisse, le contraire est vrai pour l'alinéa 3, exemptant les fonctionnaires de la BRI de l'assurance-maladie, qui ne prévoit aucune réglementation particulière pour les ressortissants suisses.

Conformément à la pratique internationale, ceux qui accompagnent une personne bénéficiaire de privilèges et immunités jouissent en principe des mêmes avantages que le bénéficiaire principal. En l'espèce, cela signifie que l'époux et la fille d'un fonctionnaire de la BRI jouissent du même statut que leur époux ou père. Cette pratique est ancrée dans la Convention de Vienne [du 18 avril 1961] sur les relations diplomatiques (CVRD, RS 0.191.01, article 37, paragraphe premier). Pour ce qui est de la législation suisse, le principe figure dans l'Ordonnance [du 7 décembre 2007] relative à la Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (OLEH, RS 192.121, article 20, paragraphe premier). Il en va ainsi même si la personne accompagnante ne dispose pas de carte de légitimation du DFAE. Cette carte n'est pas constitutive du statut d'une personne, même accompagnante, en droit international public; elle sert simplement de pièce d'identité, respectivement de titre de séjour.

La BRI dispose d'un système de sécurité sociale comprenant une assurance-maladie. Les fonctionnaires de la Banque, ainsi que les membres de leurs familles, sont assurés auprès de la BRI. La Banque offre une protection équivalente pour les suites de maladie, d'accident ou de maternité dans le sens de l'article 11, paragraphe 3, de l'accord de siège. Si, malgré cela, l'on obligeait les fonctionnaires de la Banque et/ou les membres de leur famille à s'assurer en Suisse, cela équivaldrait à une double assurance et au paiement d'une double prime. Cela aurait pour conséquence une discrimination injustifiée vis-à-vis de toutes les autres personnes qui sont obligatoirement assurées en Suisse et qui n'ont pas à porter ce double fardeau. Vu l'interdiction relative de la discrimination, une obligation de souscrire une assurance ne peut davantage se justifier par l'argument de la solidarité entre bien-portants et malades.

De ce qui précède, il résulte qu'un devoir, imposé aux membres de la famille d'un fonctionnaire de la BRI, de contracter une assurance-maladie en Suisse contredirait (indépendamment de leur nationalité) l'accord de siège avec la Banque et, de plus, créerait une double charge injustifiée. Nous vous prions donc de reconsidérer votre point de vue ... »

Communication du 19 juin 2014 adressée par la DDIP aux autorités du canton F. (texte inédit).

7.9 Imposition globale des fonctionnaires d'organisations intergouvernementales

Dans le courrier qui suit, le Département fédéral des affaires étrangères s'adresse à l'Union postale universelle pour lui donner son avis sur le principe de l'imposition globale.

[Traduction]

«L'Union postale universelle a informé le Département que certaines autorités du canton de Berne appliquent le principe de l'imposition globale aux fonctionnaires internationaux. Cela signifie que le traitement exempt d'impôt d'un fonctionnaire est pris en considération pour calculer le taux d'imposition applicable au salaire de son conjoint. L'Union postale universelle a fait savoir au Département qu'elle n'approuve pas cette pratique parce qu'elle aboutit à l'imposition indirecte du traitement du fonctionnaire, qu'elle est contraire aux obligations de la Suisse en tant qu'Etat hôte et qu'elle a pour conséquence une discrimination entre les fonctionnaires internationaux en Suisse, étant donné que le canton de Genève, par exemple, n'applique pas le principe de l'imposition globale à ces fonctionnaires.

Le Département partage les vues de l'Union postale universelle. Il a préparé un avis de droit sur l'application du principe de l'imposition globale et l'a communiqué à l'Administration fiscale du canton de Berne. ... Le Département recommande à l'Union postale universelle de communiquer cet avis aux fonctionnaires concernés et d'y renvoyer les administrations fiscales régionales dans des cas concrets.»

Note du 18 février 2014 adressée par le DFAE à l'Union postale universelle (texte inédit).

7.10 Exemption fiscale des fonctionnaires suisses d'une organisation intergouvernementale: limitation aux cas où l'organisation a institué un système interne d'impositions

Le texte qui suit concerne le statut fiscal des fonctionnaires suisses d'une organisation intergouvernementale établie en Suisse.

[Traduction]

«1. L'article 4, alinéa 2, seconde phrase, de la Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, RS 192.12, ci-après: LEH), précise que l'exemption fiscale ne s'applique aux ressortissants suisses que si le bénéficiaire institutionnel pour lequel ils travaillent a établi un système d'impositions interne. Une interprétation grammaticale révèle que parmi les bénéficiaires institutionnels au sens de l'article 4, alinéa 2, de la LEH figurent les institutions énumérées à l'article 2, alinéa premier, de cette loi.

2. De plus, on peut envisager l'article 4, alinéa 2, seconde phrase, de la LEH sous un angle téléologique. Cette disposition codifie la décision du Conseil fédéral du 26 juin 1964 relative à l'imposition des fonctionnaires d'organisations intergouvernementales. La décision contient la phrase suivante: «Les fonctionnaires au service d'organisations internationales établies en Suisse bénéficient, sans distinction de nationalité, de l'exonération fiscale en ce qui concerne leurs traitements et salaires, lorsque lesdites organisations institueront pour l'ensemble de leurs fonctionnaires un système d'imposition interne sur les traitements et salaires qu'elles versent à ces fonctionnaires.»³⁶ Pour respecter cette décision et les accords de siège conclus avec plusieurs organisations intergouvernementales, le législateur suisse a estimé nécessaire de tenir compte des organisations dotées d'un système interne d'impositions en insérant l'article 4, alinéa 2, seconde phrase, dans la LEH.

3. Les Etats disposent d'un système national d'impositions qu'ils peuvent mettre sur pied en exerçant leur puissance publique. Les organisations intergouvernementales, en revanche, n'ont pas la compétence d'exercer une telle puissance et, en règle générale, ne connaissent pas de système classique d'imposition. Elles peuvent toutefois introduire un mécanisme d'imposition interne, qu'il convient cependant de distinguer clairement des systèmes nationaux. La notion de système interne d'impositions ne s'applique pas, notamment, aux Etats.

4. De plus, le Message [du Cons.féd. à l'Ass.féd.] du 13 septembre 2006, relatif aux privilèges, immunités et facilités, ainsi qu'aux aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (FF 2006, p. 7603) relève, notamment à la page 7637, que l'article 4, alinéa 2, seconde phrase, de la LEH a été introduit pour tenir compte de la pratique existante. Depuis 2006, la notion de système interne d'impositions n'a été utilisée que dans le cadre des organisations intergouvernementales. Il s'ensuit que, dans son message, le Conseil fédéral partage le point de vue suivant lequel l'article 4, alinéa 2, seconde phrase, de la LEH a pour unique but de régler le système d'impositions d'une organisation intergouvernementale.

5. Il s'ensuit que la notion de système interne d'impositions au sens de l'article 4, alinéa 2, seconde phrase, de la LEH ne se rapporte pas à des systèmes nationaux d'impositions et ne concerne que des organisations prévoyant explicitement un tel système dans l'accord de siège conclu avec le Conseil fédéral.»

Note de la DDIP, du 4 novembre 2014 (texte inédit).

7.11 Statut fiscal des fonctionnaires de l'Office des Nations Unies à Genève travaillant pour une entité de l'Organisation établie à l'étranger

Le texte reproduit ci-après, oeuvre de la Direction du droit international public, se rapporte au statut fiscal d'un fonctionnaire des Nations Unies à Genève travaillant au Liban au service de la Force intérimaire des Nations Unies au Liban (UNIFIL), sa famille continuant à habiter la Suisse.

«Dans le cas à notre sens théorique où un fonctionnaire de l'ONU exerçant ses fonctions à l'étranger pour une entité de l'ONU établie à l'étranger devait être considéré comme ayant son domicile fiscal en Suisse sur la base d'un examen particulier et concret de son cas, se poserait alors la question de la base légale réglant son statut fiscal.

En tant qu'Etat membre de l'ONU depuis 2002, la Suisse a adhéré le 25 septembre 2012 à la Convention de 1946 sur

³⁶ Pratique suisse 2006, n° 7.1, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 771 (785).

les privilèges et immunités de l'ONU.³⁷ Cette convention règle le statut de l'ONU, des représentants de ses membres et de ses fonctionnaires sur le territoire des Etats parties. Par conséquent (...), la situation fiscale des éventuels *fonctionnaires de l'ONU exerçant leurs fonctions à l'étranger pour une entité de l'ONU établie à l'étranger*, et dont le *domicile fiscal aurait été déterminé comme étant en Suisse*, est aujourd'hui *réglée par la convention de 1946*. Conformément à cette dernière (section 18, lettre b), ces personnes sont exonérées de tout impôt sur les traitements et émoluments versés par l'ONU. Cette exonération des impôts consentie par les Etats Parties, qui sont nécessairement membres de l'ONU (voir la Section 31 de la convention de 1946), est compensée par l'imposition interne (appelé 'Staff Assessment' par l'ONU) des fonctionnaires de l'ONU. De cette manière, l'équivalent des montants d'impôt exonérés sont retournés aux Etats Parties par le biais de la déduction de ces montants de la participation financière de ces Etats à l'ONU. Une telle disposition relative à l'exonération des impôts de la part des Etats Parties vise à éviter une double imposition des fonctionnaires de l'ONU qui, sans cela, se verraient à la fois imposés à la source par l'ONU et par les Etats.

Compte tenu du fait que l'adhésion de la Suisse à la convention de 1946 est intervenue le 25 septembre 2012, ladite convention s'applique pour les cas survenus postérieurement à cette date. En ce qui concerne le statut fiscal en Suisse des fonctionnaires de l'ONU avant le 25 septembre 2012, l'accord de siège conclu en 1946 entre l'ONU et la Suisse,³⁸ en tant qu'Etat hôte du siège de l'ONU à Genève, règle le statut de l'ONU, des représentants de ses membres et de ses fonctionnaires en Suisse. L'accord de siège prévoit l'exonération fiscale des fonctionnaires de l'ONU (section 15). Tout comme la disposition équivalente de la convention de 1946, la section 15 de l'accord de siège vise à éviter une double imposition des fonctionnaires de l'ONU en Suisse, vu que l'ONU soumet ces derniers à une imposition interne à la source. Il s'agit ici d'éviter que l'Etat hôte ne tire profit de la présence de l'Organisation sur son territoire, notamment en s'enrichissant grâce à l'imposition des fonctionnaires internationaux sur son sol.

L'accord de siège a été conclu entre la Suisse et l'ONU en se fondant sur les principes et dispositions de la convention de 1946. La très grande majorité des Etats membres de l'ONU est Partie à cette convention, ce qui démontre le caractère généralement reconnu de ces principes, en particulier de celui de l'exonération des fonctionnaires de l'ONU. Si, formellement, l'accord de siège ne couvre que les activités de l'ONU en Suisse, et ne règle ainsi pas expressément les cas se présentant dans la constellation que vous décrivez, il faut à notre avis s'inspirer des principes à l'origine de l'accord pour régler le genre de cas exceptionnels que vous envisagez. En particulier, il importe de se baser sur l'objectif d'éviter la double imposition, visé aussi bien par la convention de 1946 que par l'accord de siège.»

Avis de droit de la DDIP, du 20 novembre 2014 (texte inédit).

8. La responsabilité internationale

--

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

9.1 Interdiction générale du recours à la force dans l'intérêt de la paix et de la sécurité ainsi que de la protection internationale des droits de l'homme; inclusion de l'agression dans la définition des crimes tombant sous la compétence de la Cour pénale internationale

Le passage qui suit est emprunté au Message du Conseil fédéral portant sur la ratification des amendements apportés au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1), adoptés lors d'une conférence de révision tenue à Kampala (Ouganda) en juin 2010. Le premier groupe d'amendements porte sur le «crime d'agression» (pour le texte, voir FF 2014, pp. 2005–2007).

«En cette première moitié du XXe siècle, une des règles les plus fondamentales de la coexistence entre les Etats a été établie au lendemain des horreurs commises lors des deux guerres mondiales: l'interdiction du recours à la force. La communauté internationale avait pris conscience de la nécessité de prévenir les conflits armés, car, outre qu'ils compromettent la paix et la sécurité, ils donnent lieu de très graves violations des droits de l'homme, ainsi qu'à de terribles souffrances pour les personnes affectées.³⁹

L'interdiction du recours à la force a beau être un principe fondamental de la Charte des Nations Unies, elle-même universellement acceptée,⁴⁰ et constituer une norme impérative du droit international,⁴¹ de nombreux conflits armés interétatiques montrent à quel point il est difficile de la faire respecter. Le Conseil de sécurité de l'ONU et la Cour internationale de Justice (CIJ) sont habilités depuis 1945 à constater un acte d'agression, mais ce constat ne porte que sur les manquements des entités abstraites que sont les Etats (responsabilité des Etats). Au fil du temps s'est imposée l'idée que les actes d'agression émanent en fin de compte de personnes dotées du pouvoir de les ordonner, et que c'est à ce niveau individuel qu'il faut avant tout lutter contre ces actes.

La criminalisation de l'agression dans le statut de Rome vise donc au meilleur respect de l'interdiction du recours à la force, car elle permettra de traduire en justice les personnes mêmes qui, au sommet de l'Etat, l'ont enfreinte. Elle souligne la force obligatoire de l'interdiction du recours à la force dans les rapports entre Etats, permet de punir ceux qui se rendent coupables d'infractions à cet égard, et contribue par son effet dissuasif à la prévention des actes

³⁷ Convention du 13 février 1946 (RS 0.192.110.02).

³⁸ Accord entre la Suisse et le Secrétaire général des Nations Unies, des 11 juin/1^{er} juillet 1946, sur les privilèges et immunités de l'Organisation (RS 0.192.120.1).

³⁹ Cf. Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (... RS 0.120).

⁴⁰ Article 2, paragraphe 4, de la Charte de l'ONU.

⁴¹ Message [du Cons.féd. à l'Ass.féd.] du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 1, à la p. 369).

d'agression et de leurs répercussions sur les personnes affectées.

La Suisse a un fort intérêt à ratifier l'amendement relatif au crime d'agression. La répression de l'agression est un moyen de faire respecter des valeurs fondamentales de la politique extérieure et de la politique de paix de la Suisse. Elle contribue en particulier de manière importante à promouvoir la coexistence pacifique des peuples et le respect des droits de l'homme, et à soulager les populations dans le besoin et dans la pauvreté, objectifs de premier plan de la politique extérieure de la Suisse ancrés dans la Constitution fédérale.⁴² La ratification s'impose par ailleurs du fait qu'elle s'inscrit dans le droit fil de la tradition humanitaire de la Suisse et de son engagement au service de la prévention et du règlement des conflits armés ainsi que du maintien durable de la paix⁴³. Elle va également dans le sens de la sécurité et de la souveraineté territoriale de la Suisse par son effet dissuasif sur toute velléité d'agression et en contribuant à la paix et à la sécurité régionales comme internationales -- ce qui présente des avantages indirects pour la Suisse.

L'interdiction du recours à la force est une préoccupation fondamentale de la Suisse, comme le montre toute une série d'engagements internationaux qu'elle a contractés au fil du temps:

- elle a adhéré en 1910 aux Conventions de La Haye concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres refusant leur aide à des belligérants dans la conduite de la guerre;⁴⁴
- elle a adhéré en 1920 à la Société des Nations, dont la principale mission était de préserver la paix;
- elle a adhéré en 1929 au Pacte Briand-Kellogg, par lequel les Etats Parties condamnaient le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, et y renonçaient en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles;⁴⁵
- elle a adhéré en 2002 aux Nations Unies, organisation à la base d'un système de sécurité collective fondé sur le principe général de l'interdiction du recours à la force.

La répression pénale de l'agression par le biais d'un accord international est un grand pas en avant pour le droit international et comble une lacune très importante pour la Suisse, qui lutte depuis de nombreuses années contre l'impunité. La ratification de cet amendement par la Suisse contribue de manière importante au respect de l'interdiction du recours à la force, et ainsi au maintien de la paix et de la sécurité, au respect des droits de l'homme et à la protection de la souveraineté territoriale.»

Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 19 février 2014, portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre, FF 2014, p. 1973 (1976–1978).

10. Le droit des conflits armés

--

11. La neutralité

11.1 Neutralité suisse et ratification d'un traité multilatéral sur le commerce des armes classiques

Voici un extrait d'un message adressé par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale et concernant l'importance, sur le plan du droit international et spécialement sur celui du droit et de la politique de neutralité, du Traité du 2 avril 2013 relatif au commerce des armes (TCA; FF 2014, p. 1525):

«Le commerce d'armes classiques a toujours fait l'objet d'un certain encadrement juridique sur le plan international. Toutefois, jusqu'ici, une réglementation complète et explicite fondée sur le droit international public ayant force obligatoire faisait défaut en la matière. Le TCA comble désormais cette lacune, renforçant ainsi le droit international. Les Etats Parties devront se soumettre aux réglementations du TCA indépendamment de leur puissance politique. En tant qu'Etat de petite taille, la Suisse profite particulièrement de cet état de fait. Désormais, les normes internationales fixées par le TCA peuvent également servir de base aux efforts des Etats, des organismes internationaux, notamment du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, ou de la société civile. Dans les cas où certaines activités menées par des Etats en rapport avec le commerce international des armes ne pouvaient jusqu'ici être évaluées qu'au regard d'éléments politiques, le TCA impose désormais de respecter des normes juridiquement contraignantes. Il a pour but d'établir un commerce international des armes responsable, ce qui sert les efforts de la Suisse en matière de politique extérieure.

D'un point de vue normatif, il convient de relever en particulier les interdictions fixées par le TCA concernant certains transferts internationaux d'armes qui pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre (article 6, paragraphe 3). Grâce à cette réglementation, le commerce d'armes lié à des actes de violence considérés comme graves par le droit international public sera, pour la première fois, expressément proscrit. Jusqu'à présent, il était possible de s'opposer à certaines activités sur la base du droit international universel (particulièrement en vertu de l'article premier des Conventions de Genève⁴⁶). Cependant, l'argumentation juridique n'était pas partagée par l'ensemble des Etats, et il subsistait un flou juridique. Grâce au TCA, une réglementation univoque, dont l'application peut contribuer à prévenir des atrocités, peut désormais être établie.

⁴² Article 54, alinéa 2, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101).

⁴³ Stratégie de politique étrangère 2012–2015, Rapport sur les axes stratégiques de la politique étrangère pour la législation, mars 2012, pp. 13–14, www.eda.admin.ch > Documentation > Publications > Publications portant sur la politique extérieure de la Suisse (dernière consultation le 28 janvier 2014).

⁴⁴ Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21); Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22).

⁴⁵ Article premier, Traité de renonciation à la guerre du 27 août 1928 (RS 0.193.311).

⁴⁶ Conventions du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51).

Le TCA n'a aucune incidence sur le droit ou la politique de neutralité de la Suisse. Le droit de la neutralité oblige la Suisse, d'une part, à ne pas exporter d'armes étatiques vers les pays engagés dans un conflit armé international et, d'autre part, à traiter toutes les parties belligérantes de la même manière pour ce qui est de l'exportation d'armes par les entreprises privées. La politique de neutralité englobe l'ensemble des mesures prises de son propre chef par un Etat neutre permanent et allant au-delà du droit de la neutralité afin de garantir la prévisibilité et la crédibilité de sa neutralité permanente. Vu que, selon le TCA, les décisions d'autorisation concernant les transferts d'armes demeurent de la compétence des Etats Parties et que les normes minimales fixées par le TCA sont compatibles avec le droit de neutralité, le traité ne portera aucunement atteinte au droit et à la politique de neutralité de la Suisse. Le respect de ces deux principes relevant du droit de la neutralité n'est pas remis en question. En outre, l'orientation générale du TCA recouvre les directives du droit suisse de la neutralité.»

Message du Cons.féd. à l'Ass.féd., du 29 janvier 2014, concernant l'approbation du Traité sur le commerce des armes, FF 2014, p. 1484 (1506–1507).

La pratique suisse en matière de droit international public 2015 - SRIEL 2016 p. 701

1. Les sources du droit international

(Voir aussi le n° 8.1)

1.1 Traités internationaux: signature (procédure suivie en matière de pleins pouvoirs)

Interrogé par l'Ambassade de l'Uruguay sur la procédure suivie par la Suisse en matière de pleins pouvoirs pour la signature de traités, le Département fédéral des affaires étrangères en fit la description suivante:

«La Suisse s'en tient en principe toujours à un échange des documents de pleins pouvoirs à l'occasion de la signature d'un traité bilatéral. Conformément à l'article 7, paragraphe 2, lettre a, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités,¹ elle ne requiert ni ne délivre de pleins pouvoirs pour les signataires qui sont chefs d'Etat, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères. La Suisse demande et délivre généralement des pleins pouvoirs de signature également pour les chefs de missions diplomatiques, la lettre b de la disposition précitée ne dispensant ceux-ci de pouvoirs que pour l'adoption du texte d'un traité bilatéral, et non pour sa signature.

Le Conseil fédéral suisse, lorsqu'il approuve la signature d'un traité, ce qui entre en principe dans sa compétence aux termes de l'article 184, alinéa 2, de la Constitution fédérale de 1999,² mandate en même temps la personne désignée pour le signer et délivre simultanément les pleins pouvoirs, signés du Président et du Chancelier. Même dans les cas où la compétence de conclure un traité a été préalablement déléguée, une procédure interne simplifiée permet d'obtenir des pleins pouvoirs signés du Président et du Chancelier. Cependant, lorsque l'autorité compétente pour conclure un traité est clairement désignée dans un autre traité bilatéral entre les mêmes Parties – comme c'est le cas aux termes des articles premier, lettre i, et 23, lettre a, de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay, faite à Berne le 11 avril 2013,³ pour les accords d'exécution tel que l'Arrangement administratif signé le 19 février 2015⁴ –, il semble possible de considérer que cette désignation contractuelle inclut la compétence de signer des dirigeants des autorités compétentes et que ceux-ci n'ont dès lors plus besoin de produire de pleins pouvoirs.»

Note du DFAE du 27 mars 2015 adressée à l'Ambassade de l'Uruguay à Berne. Document inédit.

1.2 Conclusion de traités internationaux: compétence du Conseil fédéral; approbation parlementaire; référendum facultatif

Le présent avis, qui émane de la Direction du droit international public, porte sur la compétence du Conseil fédéral de conclure seul, avec l'Italie, un traité concernant l'enclave italienne de Campione et, plus particulièrement, la perception/rétrocession de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

«L'alinéa premier, lettre b, de l'article 107 de la Loi relative à la TVA [LTVA]⁵ donne certes des compétences au Conseil fédéral (...) pour édicter du droit interne, mais pas directement pour conclure un traité international. Or la conclusion d'un traité avec l'Italie semble incontournable. Pour que le Cons. féd. puisse conclure de sa propre autorité un traité, il faut soit une délégation expresse de la compétence de conclure dans un traité ou une loi spéciale (cf. l'alinéa 2 de l'article 166 de la Cst.;⁶ voir aussi JAAC 70.69, lettre C. 2;⁷ or il n'y en a pas, à notre connaissance, dans la matière en question, en particulier dans la LTVA ...), soit que le traité en question soit de portée mineure au sens de l'alinéa 2 de l'article 7a de la LOGA.⁸ Certes, selon la lettre c de cette disposition, les traités qui portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international sont de portée mineure et peuvent donc être conclus par le Cons. féd. seul. Et l'article 107 de la LTVA pourrait être considéré comme donnant au Cons. féd. le pouvoir de réglementer (partiellement) la question. Toutefois, non seulement la procédure de remboursement ne peut pas se baser directement sur cette disposition, car certains éléments de fait divergent ..., mais en outre le Parlement a tout récemment décidé, dans le sens d'une restriction des compétences du Cons. féd. de conclure seul des traités, de supprimer la lettre c de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA (FF 2014, p. 7043, cf. l'article 7a, alinéa 3, nouveau; cette modification devrait entrer en vigueur le 1^{er} mai 2015⁹). Enfin, aucun des autres critères de l'article 7a, alinéa 2, de la LOGA ne semble pouvoir être appliqué in casu. Il faut surtout prendre en compte à cet égard la pratique actuelle (droit coutumier confirmé par le TAF) qui applique la TVA suisse à Campione. Ainsi, un traité touchera-t-il des particuliers (entreprises) actuellement soumises au droit

¹ Convention du 23 mai 1969 (RS 0.111).

² Cette disposition prévoit que le Cons. féd. signe et ratifie les traités et les soumet à l'approbation de l'Ass. féd.

³ RS 0.831.109.776.1.

⁴ RS 0.831.109.776.2.

⁵ Loi fédérale du 12 juin 2009 relative à la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20).

⁶ L'article 166, alinéa 2, de la Cst. dispose que « [l']Assemblée fédérale approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international ».

⁷ Pratique suisse 2006, RSDIE, 17^e année, 2007, n° 1.4.

⁸ Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.10). L'article 7a, alinéa 2, de cette loi dispose: « Il [le Cons. féd.] peut, en outre, conclure seul des traités internationaux de portée mineure. Sont considérés comme traités de portée mineure notamment les traités qui: a. ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants; b. servent à l'exécution des traités antérieurs, approuvés par l'Assemblée fédérale; c. portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international; d. s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes. »

⁹ Ce qui a en fait été le cas, voir RO 2015, p. 969.

suisse.

Dès lors, si l'on considère ensemble les deux éléments qui précèdent (d'une part que la matière à régir n'est pas couverte à cent pourcents par l'article 107, alinéa premier, lettre b, de la LTVA et d'autre part que la compétence du Cons. féd. de conclure seul des traités portant sur des objets relevant de son pouvoir réglementaire, qui vient d'être supprimée par le Parlement, devrait entrer en vigueur dans quelques semaines¹⁰), il nous semble qu'un traité sur l'objet en question devrait être soumis au Parlement pour approbation, et même au référendum facultatif en application de l'alinéa premier, lettre d, chiffre 3, de l'article 141 de la Constitution¹¹ (voir l'alinéa premier, lettre d, de l'article 164 de la Cst.¹²). Si l'article 107 de la LTVA avait entièrement couvert le sujet du traité et que celui-ci avait pu être conclu avant le 1^{er} mai 2015, nous ne nous serions peut-être pas opposés à une approbation par le seul Cons. féd., mais tel n'est apparemment pas le cas.»

Avis de droit de la DDIP du 26 février 2015. Document inédit.

1.3 La fonction de dépositaire de traités multilatéraux. Réserves aux traités

Le texte qui suit contient des questions posées par la Mission de l'Iran auprès des Nations Unies à Genève à la Direction du droit international public, ainsi que les réponses de la Direction, au sujet des fonctions exercées par la Suisse en tant que dépositaire de traités multilatéraux.

[Traduction]

«[Question 1]) Quelles sont les procédures établies par la Suisse pour exercer la fonction de dépositaire? Comment ces procédures fonctionnent-elles?

[Réponse] L'organe concerné par toutes les tâches du dépositaire est la Section des traités internationaux, rattachée à la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères. Cet organe gère un site web contenant des informations d'actualité sur tous les traités pour lesquels la Suisse exerce les fonctions de dépositaire (www.eda.admin.ch/depositary).

Tous les instruments déposés auprès du Département ou d'une ambassade de Suisse [à l'étranger] sont transmis à la Section des traités. Celle-ci examine chaque instrument à la lumière de ses dispositions et de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV),¹³ après quoi l'instrument en cause fait l'objet des opérations consécutives nécessaires; si cela est prévu, des notifications sont alors faites, par l'intermédiaire des ambassades de Suisse, aux ministères des affaires étrangères des Etats concernés.

Des listes mises à jour et, s'il y en a, les textes des réserves et déclarations sont publiés sur le site web.

[Question 2]) Considérez-vous que votre rôle est plus ou moins celui d'un secrétaire du traité ou pensez-vous que le dépositaire est également investi d'un espèce de pouvoir matériel discrétionnaire? Avez-vous redéfini dans ce sens, vu le passage du temps, votre rôle de dépositaire?

[Réponse] Selon nous, le rôle et les tâches du dépositaire sont définis par les dispositions des traités en cause si de telles dispositions existent, et par les articles 76 et suivants de la CV. La première phrase de l'article 76, paragraphe 2, de la CV revêt, pour nous, une importance capitale. Selon cette phrase, «[l]es fonctions du dépositaire d'un traité ont un caractère international et le dépositaire est tenu d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions».

La Suisse prend grand soin d'exercer ses fonctions de dépositaire le plus impartialement possible et de dissocier rigoureusement son rôle de dépositaire des positions qu'elle pourrait être amenée à prendre en sa qualité d'Etat. Elle s'abstient aussi soigneusement, en tant que dépositaire, de prendre des attitudes sur des questions qui ne sont pas parfaitement claires au sein de la communauté internationale, par exemple sur celle de savoir si une entité remplit les conditions pour devenir Partie à un traité.

[Question 3]) Si une Partie interprète mal [une disposition conventionnelle] ou émet une objection infondée, réagissez-vous ou agissez-vous ab initio, selon votre propre initiative, ou vous limitez-vous à en informer les autres Etats Parties?

[Réponse] Nous adoptons l'attitude décrite dans la réponse à la question 2). Le dépositaire n'a pas à prendre position sur des questions qui appellent l'interprétation d'un traité. Ainsi il n'accepterait pas, par exemple, une réserve à un traité excluant explicitement la possibilité de formuler des réserves. Il n'incombe pas au dépositaire de déterminer si telle ou telle réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité (article 19, lettre c, de la CV), ce qui nécessiterait une interprétation approfondie.

[Question 4]) Est-ce que vous surveillez également, d'un oeil vigilant, la mise en œuvre du traité ou vous limitez-vous à agir comme secrétariat [de celui-ci]? Autrement dit, comment réagissez-vous à des «violations»? Par le silence, par un rapport ou par d'autres moyens?

[Réponse] A notre avis, il n'appartient pas au dépositaire d'évaluer et d'apprécier la mise en œuvre du traité, à moins que ce dernier ne le prévoie expressément.»

Réponse de la DDIP à un questionnaire soumis par la Représentation de l'Iran auprès des Nations Unies à Genève le 7 juillet 2015. Document inédit.

¹⁰ Idem

¹¹ Cette disposition soumet au référendum facultatif les traités internationaux qui «contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales».

¹² Aux termes de l'article 164, les dispositions importantes fixant des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Tel est notamment le cas (lettre d) des dispositions fondamentales relatives «à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts».

¹³ Voir la note 1.

1.4 La fonction de dépositaire de traités multilatéraux

Le texte qui suit est tiré d'une déclaration faite par la délégation suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il porte sur le rôle de la Suisse en tant que dépositaire de traités multilatéraux.

«Ma délégation veut ... relever le rôle important du dépositaire d'un traité multilatéral dans le processus menant à son établissement. La Suisse exerce ce rôle pour près de 80 traités actuellement, notamment pour les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, qui sont universelles, et leurs Protocoles additionnels, qui lient respectivement 174, 168 et 72 Etats,¹⁴ ou encore pour la Convention de Washington de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES), qui elle aussi ne lie pas moins de 181 Etats.¹⁵

Les fonctions du dépositaire se limitent essentiellement au contrôle des conditions formelles ainsi qu'à la réception, transmission et conservation des actes des Parties. En revanche, il n'appartient pas au dépositaire d'effectuer un contrôle matériel des actes soumis. Cette compétence appartient exclusivement aux Parties, qui peuvent devoir porter un jugement matériel sur tel ou tel acte. Le dépositaire qui serait simultanément un Etat Partie doit alors absolument veiller à distinguer son rôle de dépositaire de sa position en tant qu'Etat Partie. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités,¹⁶ de droit coutumier sur cette question, commande au dépositaire d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions.

Certains Etats peuvent se montrer surpris qu'un Etat dépositaire agisse parfois d'une manière qui ne leur semble pas totalement en phase avec l'attitude qu'aurait ce même Etat qui agirait exclusivement en tant que Partie à un traité. Ainsi n'est-il pas toujours facile d'être dépositaire! Mais c'est le prix à payer pour une bonne et saine gestion des traités. La Suisse agit de manière conséquente selon ces principes d'impartialité et de distinction nette entre ses rôles de Partie et de dépositaire.»

Déclaration faite par la Suisse le 14 octobre 2015 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (point 85 de l'ordre du jour: «L'Etat de droit aux niveaux national et international»). Version écrite.

1.5 Valeur d'une convention signée et approuvée mais non ratifiée

Dans un arrêt qui concerne, entre autres, la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (RS 0.814.07), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014, le Tribunal fédéral eut à se pencher sur la garantie d'un recours judiciaire contre des décisions des autorités, ancrée à l'article 29a de la Cst.,¹⁷ cette garantie étant concrétisée à l'article 12, alinéa premier, lettre b, de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN; RS 451). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral,¹⁸ la décision qui est ici en cause, pour pouvoir être attaquée par une association ('Verbandsbeschwerde'), doit être dirigée contre une décision ayant pour objet des droits et des devoirs, la décision en question devant avoir été publiée ou communiquée par écrit, car autrement la mise en œuvre du droit fédéral serait empêchée.¹⁹ Selon la pratique de l'Office fédéral de l'environnement du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, et conformément à l'article 12, alinéas 4 et 2, de la Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages ([LChP; RS 922.0]), les décisions prévoyant l'élimination d'au moins dix pour cent des effectifs d'une population d'oiseaux constituent des décisions de portée générale susceptibles d'un tel recours, le contraire étant vrai pour des mesures concernant moins de dix pour cent (article 12, alinéa 2, de la LChP). Le cas présent avait trait à des décisions prises par les autorités bernoises et relatives à certaines espèces d'oiseaux et des endroits déterminés du territoire cantonal. Parmi ces décisions, certaines avaient pour objet, selon l'autorité bernoise en cause, moins de dix pour cent de la population d'oiseaux concernée, de sorte qu'elles n'avaient pas à être communiquées à l'Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO/Bird Life Suisse). Un recours de celle-ci contre la décision fut écarté par le Tribunal administratif du canton de Berne, ce qui amena l'Association devant le Tribunal fédéral. De longs développements dans l'arrêt de ce Tribunal (c. 3 et 4) ont amené celui-ci à qualifier de décisions les autorisations données à des individus d'abattre des animaux à titre de mesures régulatrices. Lorsqu'un organe administratif autorise des particuliers ou une autorité subordonnée à procéder à des mesures de police en soi illégales, on est en présence d'une décision qui peut être attaquée (c. 4.1.2). Encore faut-il que la mesure porte atteinte à un intérêt digne de protection du recourant, ce qui élimine l'actio popularis (c. 4.2.1).

Il en va toutefois différemment lorsque ce sont des intérêts purement publics qui sont en jeu en matière de protection du patrimoine national de la nature, de la faune et de la flore; si l'on insistait, dans ces domaines,

¹⁴ Conventions du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.57) et Protocoles additionnels des 8 juin 1977 et 8 décembre 2005 (RS 0.518.521, 0.518.522, 0.518.23).

¹⁵ Convention du 3 mars 1973 (RS 0.453).

¹⁶ Voir la note 1.

¹⁷ L'article 29a dispose: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels.»

¹⁸ ATF 135 II 328, 331, c. 2.1.

¹⁹ ATF 121 II 234, c.5e, JdT 1996 I 579; 116 Ib 119, 123, c.2.c.

sur la présence d'un intérêt digne de protection, cela ouvrirait une lacune importante. Celle-ci est désormais comblée par les articles 12 et suivants de la LPN. Il n'est donc pas nécessaire, pour exercer le type de recours ici en cause, de prouver l'existence d'un intérêt personnel digne de protection ni le besoin de protéger les intérêts des membres des associations recourantes (c. 4.2.2). Cette situation est le résultat d'une révision de la LPN intervenue en 2007: les organisations œuvrant dans ce domaine se trouvent désormais sur un pied d'égalité avec les autres parties au sens de la Loi fédérale sur la procédure administrative.²⁰ Pour que cet objectif soit réalisé, les mesures prises par des autorités ou des particuliers pour limiter la protection offerte ont la qualité de décisions, car cela permet de les attaquer (c. 4.2.3).

La même conclusion découle d'une comparaison de la présente situation avec celle résultant de mesures prises dans les domaines de la protection du patrimoine naturel ou national et qui ne portent pas nécessairement atteinte aux intérêts de particuliers. Ces mesures, comme celles relatives à l'abattage d'animaux protégés adoptées sur la base de l'article 12 de la LChP, peuvent aboutir à une atteinte aux objectifs protégés par cette loi et sont explicitement considérées comme des décisions pouvant faire l'objet de recours; pour être ainsi considérées, elles ne doivent satisfaire à aucun critère quantitatif. Il n'y a en effet aucune raison de suivre une pratique fondée sur des critères quantitatifs pour des mesures visant à faire abattre des animaux arrêtées par les autorités sur la base de l'article 12 de la LChP; comme il est également sans importance si elles s'adressent à des particuliers ou à un organe de l'administration (c. 4.3).

Ce résultat, dit le Tribunal, se justifie d'autant plus qu'il correspond à ce que la convention d'Aarhus prévoit en matière d'accès à l'information, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement (c. 4.9.1). L'arrêt attaqué date du 6 novembre 2013. A cette date, la Suisse avait déjà signé et approuvé la convention, sans toutefois l'avoir ratifiée.²¹

[Traduction]

«4.3.2 ...

Ainsi la Convention n'était pas encore directement applicable à la Suisse [au moment de la décision attaquée], mais elle devait déjà être prise en considération à titre de directive contraignante ou de maxime d'interprétation sur le plan interne (ATF 137 I 305, 318 et ss, c. 3.2). S'agissant de situations où un Etat a simplement signé un traité et où celui-ci ne peut pas encore déployer, avant sa ratification, d'effet juridique sur le plan interne, l'article 18 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CVDT; RS 0.111) prévoit, pour la phase entre signature et ratification, un devoir d'abstention de principe pour ce qui est des comportements susceptibles de priver le traité de son objet ou de son but [suivent de nombreuses références doctrinales]. Ce devoir peut aussi comporter des obligations de faire qui, cependant, doivent être limitées à empêcher que le traité soit privé de son objet ou de son but; il ne comporte pas d'obligation d'appliquer le contenu du traité comme tel avant la ratification [références doctrinales]. Le devoir de l'Etat de s'abstenir d'actes privant le traité de son objet ou de son but exige que le droit interne soit interprété dans le sens d'une obligation de communication ou de publication des décisions contre lesquelles il y aura, après la ratification [de la convention d'Aarhus], un droit de recours pour les associations concernées [nombreuses références].»

Arrêt du TF, du 17 avril 2015 (2C_1176/2013), dans la cause ASPO/Bird Life Suisse c. Office de l'agriculture et de la nature, Inspection de la chasse et Direction de l'économie publique du canton de Berne (c. 4.3.2). ATF 141 II 233 (241).

1.6 Interprétation des traités internationaux

Le texte ci-après reproduit est extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral.

[Traduction]

«3.3.1 Le point de départ de l'interprétation d'un traité international est le texte de celui-ci tel que les Parties ont pu le comprendre de bonne foi au moment de la conclusion du traité. Si l'interprétation du texte, telle qu'elle résulte du sens ordinaire ainsi que de l'objet et du but du traité, n'est pas clairement absurde, une interprétation allant au-delà – extensive ou restrictive – n'entre en ligne de compte que si le contexte ou la genèse du traité permet de conclure, avec certitude, à une volonté concordante des Parties de s'éloigner du texte (ATF 138 V 258, 267, c. 5.3.2, avec des références).»

Arrêt du TF du 21 août 2014 (9C_1/2014/9C_32/2014) dans la cause Fondation de prévoyance A. et Office fédéral des assurances sociales c. B. (c. 3.3.1). ATF 140 V 476 (483). Pour un texte similaire, voir l'arrêt du 18 novembre 2014 (8C_409/2014) en l'affaire SECO c. A. (c. 3), ATF 140 V 493(495).

1.7 Interprétation des traités internationaux et des réserves

Le texte qui suit est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral. Il concerne l'interprétation du Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (TCE; RS 0.730).

«3.5.1 Comme tout traité, le TCE doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (article 31, alinéa premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV, RS 0.111; ATF 131 III 227, c. 3.1, p. 229). Au demeurant, le principe

²⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure fédérale administrative (RS 172.021).

²¹ FF 2013, p. 6629.

de la bonne foi est intimement lié à la règle de l'effet utile même si cette dernière n'apparaît pas expressément à l'article 31 de la CV. L'interprète doit donc choisir, entre plusieurs significations possibles, celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant toutefois d'aboutir à une signification en contradiction avec la lettre ou l'esprit du traité (arrêt 4A_736/2011 du 11 avril 2012, c. 3.3.4).

Il n'en va pas différemment de la réserve formulée par un Etat, qui doit être considérée comme faisant partie intégrante du traité (dernier arrêt cité, c. 3.3.1).²² Par «réserve» on entend une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat (article 2, alinéa premier, lettre d, de la CV). Aux termes de l'article 4.2.6 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dont le texte a été adopté le 11 août 2011 par la Commission du droit international des Nations Unies (sur l'origine et la nature de ce document, consultable sur le site internet <http://legal.un.org>, cf. Alain Pellet, *The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur*, in: *European Journal of International Law*, vol. 24, 2013, pp. 1061[-1097], une réserve doit être interprétée de bonne foi, en tenant compte de l'intention de son auteur telle qu'elle est reflétée en priorité par le texte de la réserve, ainsi que de l'objet et du but du traité et des circonstances dans lesquelles la réserve a été formulée (...). Le Commentaire officiel de ce guide souligne, entre autres précisions, que si l'on excepte éventuellement le cas des traités des droits de l'homme, il n'y a pas lieu d'admettre qu'en règle générale toute réserve devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive (p. 496 n. 13).»

Arrêt du TF, du 6 octobre 2015, dans la cause République A. c. B. International (c. 3.5.1). 4A_34/2015.

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

(Voir aussi le n° 8.1)

2.1 Droit international et droit interne suisse: primauté du droit suisse postérieur?

L'Accord germano-suisse du 10 décembre 1937 sur la reconnaissance des certificats et brevets (FF 1937 III 652) prévoit que les certificats d'examen de capacité ou brevets de maîtrise allemands d'opticien sont reconnus automatiquement (c'est-à-dire après un examen purement formel) comme équivalents aux diplômes suisses. Cette reconnaissance a toutefois été refusée à une citoyenne allemande sur la base d'une législation suisse postérieure. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté l'argument de la primauté du droit suisse et admis le recours.

[Traduction]

«Cet argument ne saurait être retenu. Selon les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDI, RS 0.111), les conventions internationales en vigueur lient les Etats contractants et leurs autorités et doivent être appliquées de bonne foi. En particulier, un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité [suivent de très nombreuses références, notamment doctrinales].»

Arrêt du TAF B-2869/2014 du 25 février 2015 dans la cause A. c. Secrétariat d'Etat à l'éducation, à la recherche et à l'innovation (c. 3.2.3). ATAF 2015, n° 14, p. 185.

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi le no 8.1)

3.1 Statut juridique du Sahara occidental. Souveraineté sur les ressources naturelles d'un territoire non autonome. Droits de l'homme

La question du Sahara occidental et des prospections pétrolières entreprises dans ce territoire avait fait l'objet d'une interpellation déposée par Mme Maury Pasquier, députée au Conseil des Etats. Voici les commentaires de M. D. Burkhalter, Conseiller fédéral, chef du Département fédéral des affaires étrangères:

«J'aimerais mettre le doigt sur la situation territoriale très complexe du Sahara occidental. Selon les règles en vigueur qui découlent du droit international, le Sahara occidental constitue un «territoire non autonome». C'est une définition qui existe à l'article 73 de la Charte des Nations Unies. Selon l'ONU, aucun Etat n'administre formellement le Sahara occidental. Il est juste que le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques de l'ONU ... avait ... indiqué dans un avis de droit de 2002 ... que le Maroc administrait de fait ce territoire. La situation est particulière pour les ressources naturelles parce que cet avis de droit précise que si l'exploitation est menée par une puissance administrative au bénéfice du peuple d'un territoire non autonome, elle est conforme au principe dit de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. C'est à ce sujet que vous avez cité le fameux texte; il est en effet bon de l'ajouter au dossier.

Selon le droit international humanitaire, les ressources naturelles du territoire occupé ne peuvent être exploitées qu'avec modération, et cela doit se faire dans l'intérêt de la population locale. On en arrive au problème que la réponse du Conseil fédéral ne règle pas – je le reconnais très clairement: il n'existe pas de mécanisme permettant de déterminer la volonté du peuple sahraoui.

C'est une question cornélienne, qui doit être intégrée aux négociations visant à l'organisation d'un référendum. C'est ainsi que l'on pourra véritablement connaître la volonté du peuple sahraoui. Ce n'est pas parce que quelqu'un a exprimé

²² Pratique suisse 2012, n° 1.8, RSDIE, 22^e année, 2014, p. 110 (c. 3.3.1–3.3.3 seulement).

sa volonté que l'on peut en déduire que c'est la volonté du peuple sahraoui. Il s'agit d'une situation extrêmement délicate. Peut-être que les propos des leaders correspondent à la volonté du peuple sahraoui, mais, en droit international, cela ne saurait être considéré comme l'expression de la volonté du peuple.

La responsabilité des entreprises n'en est que plus grande. Face à la difficulté de la situation, nous devons nous baser sur des éléments solides de droit international, à défaut de quoi l'engagement d'une nation dans un tel cadre n'a pas de sens. Il est d'autant plus important de tabler sur la responsabilité des entreprises, que l'on y croie ou non. Nous insisterons systématiquement sur cet élément: les entreprises ont une responsabilité; elles sont tenues bien sûr de respecter les lois nationales, mais aussi les droits de l'homme, qui sont universels. On peut attendre des entreprises opérant dans des contextes particulièrement fragiles une conduite des affaires encore plus responsable, qui respecte la diligence raisonnable, telle que prévue par les lignes directrices pour les entreprises multinationales de l'OCDE [Organisation de coopération et de développement économiques], tout comme les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

La Confédération essaie d'encourager ce mouvement. Elle a mis sur pied un dialogue multipartite réunissant les entreprises, les associations faitières du monde économique, des ONG [organisations non gouvernementales] et des institutions académiques. Le dialogue vise à identifier les actions nécessaires pour la mise en œuvre des principes directeurs au niveau national. [L'entreprise] Glencore participe à ce processus.

En ce qui concerne les activités de Glencore au Sahara occidental, nous sommes en contact avec l'entreprise, qui a confirmé avoir obtenu les deux licences d'exploration pour les zones mentionnées et avoir pris connaissance de l'avis de droit de l'ONU de 2002. Cela ne veut pas dire que tout est clair, en effet, je le reconnais. Mais la situation est ce qu'elle est. A ce stade, il faut en tirer le maximum pour essayer de faire valoir autant que possible les intérêts des uns et des autres.

La question du Sahara occidental est très délicate. La Suisse est d'avis, comme les autres Etats au plan international, que le Sahara est un territoire non autonome, qui ne fait pas partie du territoire du Maroc. De plus, nous ne reconnaissons pas en tant qu'Etat la République arabe sahraoui démocratique et, par conséquent, nous soutenons pleinement les négociations menées sous l'égide de l'ONU, dans le but d'obtenir une solution juste et durable.

Nous soutenons concrètement la mission de l'envoyé spécial du Secrétaire général des Nations Unies, puisque nous avons deux experts en médiation dans cette mission. Nous soutenons également la Minurso²³ par le biais d'experts dans le cadre du programme de déminage. On peut toujours imaginer faire évoluer ce mandat, mais la Suisse à elle seule ne peut pas le faire. Dans le cadre des conversations bilatérales ..., nous avons toujours réaffirmé notre position. Cette position n'a pas changé et nous n'avons pas cherché à cesser d'apporter de l'aide. Nous poursuivons donc notre soutien à cette mission de l'ONU.

La question des forages pétroliers n'a pas été abordée dans les discussions que nous avons eues avec les autorités marocaines. Vous avez dit que nous avons des contacts avec les représentants du peuple sahraoui à d'autres niveaux. Il ne faut pas tirer de conclusions définitives sur le niveau de ces discussions. Il est important de maintenir le contact avec l'ensemble des acteurs, ce qui se fait dans le cadre des services du DFAE. Nous encourageons systématiquement les Parties concernées à renforcer les droits de l'homme dans le Sahara occidental de manière générale, et nous appliquons la Résolution 2099 du Conseil de sécurité de l'ONU²⁴ en soutenant le Geneva Institute for Human Rights qui organise sur place une formation sur les droits de l'homme pour les autorités locales et pour la population civile.»

Intervention de M. Didier Burkhalter, Conseiller fédéral, Chef du DFAE, devant le Conseil des Etats, du 3 mars 2015. BO CE 2015, p. 18.

3.2 Statut juridique d'une organisation internationale ayant son siège en Suisse

La lettre reproduite ci-après émane de la Direction du droit international public. Elle examine le point de savoir si et comment l'organisation X. peut acquérir un droit de superficie à Genève.

«Nous avons pris acte que votre mandante, [l'Organisation X.], souhaite acquérir un droit de superficie. Dans ce but vous nous demandez de vous confirmer que [X.] n'est pas soumise à la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE).²⁵

[X.] est une organisation internationale sise à Genève, avec laquelle le Conseil fédéral a conclu ... un accord de siège (...). Celui-ci règle le statut juridique dont bénéficie [X.] en Suisse. Nonobstant les privilèges et immunités dont jouissent l'organisation et son personnel, ils sont tenus de respecter les lois et règlements suisses, comme le prévoit ... l'Accord de siège.

L'acquisition à des fins officielles d'un droit de propriété, de superficie, d'habitation ou d'usufruit par un bénéficiaire institutionnel est régie par la Loi fédérale [du 22 juin 2007] sur les privilèges et immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, LEH, RS 192.12). L'article 7a de la LFAIE le stipule expressément. Ayant conclu un accord de siège avec le Conseil fédéral, [X.] est un bénéficiaire institutionnel au sens de la LEH.

Ainsi, la procédure d'acquisition du droit de superficie par [X.] est régie par les articles 16 et 17 de la LEH, respectivement 25 et 26 de l'Ordonnance sur l'Etat hôte (OLEH; RS 192.121).²⁶ L'acquéreur adresse sa requête au DFAE (Direction du droit international public) et celle-ci doit contenir les différents éléments stipulés à l'article 25 de l'OLEH, soit le projet d'acte d'acquisition indiquant le mode d'acquisition, le but de l'acquisition, le descriptif de l'immeuble concerné, ainsi que la liste des immeubles dont le bénéficiaire institutionnel est déjà propriétaire en Suisse.»

²³ Mission des Nations Unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental.

²⁴ Résolution S/RES 2099 adoptée le 25 avril 2013 et prolongeant la mission de la Minurso jusqu'au 30 avril 2014.

²⁵ Loi du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41).

²⁶ Ordonnance du 7 décembre 2007.

Lettre adressée par la DDIP à un notaire genevois le 18 décembre 2015. Document inédit.

3.3 Privilèges fiscaux des organisations internationales: redevances et prestations de l'Etat du siège

L'avis de droit de la Direction du droit international public qui suit concerne la fourniture d'énergie électrique par les Services industriels de Genève (SIG) à l'Organisation internationale pour les migrations (OIM).

[Traduction]

«1. Traitement fiscal de l'OIM

Selon l'Echange de lettres des 7 avril/3 mai 1954 concernant le statut juridique en Suisse du Comité intergouvernemental pour les migrations européennes (RS 0.192.122.935), l'Accord du 11 juin/1^{er} juillet 1946 sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (RS 0.192.120.1) s'applique à l'OIM.

La section V, lettre a, de l'accord en question dispose que l'Organisation, ses avoirs, ses revenus et ses autres biens sont exonérés de tout impôt direct ou indirect, fédéral, cantonal ou communal. Selon cette disposition, il est entendu, toutefois, que l'Organisation ne demandera pas l'exonération d'impôts qui ne représenteraient en fait que la simple rémunération de services publics.

2. Contributions et prestations à l'adresse d'entités publiques

La Loi fédérale [du 23 mars 2007] sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7; LApEI) mentionne les fournitures faites à des collectivités publiques notamment aux articles 6, alinéa 3, et 14, alinéa premier, sans toutefois les définir. Les redevances et prestations en cause sont perçues au niveau cantonal et communal.

Le Tribunal fédéral a dû examiner à deux reprises les montants réclamés par le canton de Genève. Dans un arrêt datant de 2005, il a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un impôt mais d'une taxe d'utilisation du domaine public (ATF 131 I 386, 393). La définition de telles contributions se distingue de celle d'un impôt par le fait que ces paiements sont dus, non pas inconditionnellement, mais à titre de rémunération pour services rendus par l'Etat ou pour l'octroi d'un avantage particulier.

Dans l'arrêt 2C_226/2012 du 10 juin 2013,²⁷26 le Tribunal a confirmé cette qualification des montants à verser au canton et aux communes (c. 4.1); mais il a ajouté que le coût effectif pour l'utilisation d'espaces publics est difficilement chiffrable et que le versement demandé peut ainsi dépasser le coût effectif.

3. Contributions spéciales pour favoriser la production de courant à partir d'énergies renouvelables (supplément fédéral)

Concernant le supplément pour la production de courant en partant de sources renouvelables, la DDIP s'est déjà exprimée (voir les prises de position des 27 mars 2007 et du 25 août 2008...) et a conclu que ce supplément est une partie intégrante des coûts engagés pour obtenir le produit final. Une renonciation à ce supplément ne se justifie donc pas.»

Avis de droit de la DDIP du 2 février 2015. Document inédit.

3.4 L'individu, sujet limité du droit international: crimes contre l'humanité

Le passage reproduit ci-après a été extrait d'une déclaration faite par la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il porte sur le Rapport de la Commission du droit international (CDI) pour 2015 (67^e session, 4 mai – 5 juin et 6 juillet – 7 août 2015, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 70^e session, Supplément n° 10 A/70/10), plus précisément sur les travaux relatifs aux crimes contre l'humanité (Rapport, pp. 52–90).

«La Suisse souhaite une convention concise, qui soit aussi longue que nécessaire et aussi courte que possible.

Elle se félicite que les quatre projets d'articles existants soient fondés sur le cadre juridique international en place. En particulier, nous sommes très favorables à ce que la définition des crimes contre l'humanité dans le projet d'article 3 reprenne mot pour mot celle donnée à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale,²⁸27 à l'exception de quelques modifications non substantielles. Des définitions divergentes voire contradictoires poseraient problème non seulement au niveau international mais aussi dans l'ordre juridique interne d'Etats comme la Suisse qui ont déjà transposé ladite définition dans leur Code pénal.²⁹28 En outre, la norme existante en matière de prévention, de protection et de répression, qui bénéficie du soutien de la majorité des Etats, ne peut en aucun cas être assouplie.

Ma délégation appuie et souligne les éléments suivants du Rapport:

- la prévention et la répression des crimes contre l'humanité sont essentielles;
- les Etats doivent prendre des mesures dans ces deux domaines et coopérer avec d'autres Etats et les organisations pertinentes;
- les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de conflit armé comme en temps de paix;
- ils peuvent être commis par tout un chacun, pas uniquement par des représentants de l'Etat; et
- aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

...

La Suisse accueille favorablement le programme de travail relatif à une convention sur les crimes contre l'humanité. Le futur projet d'articles devrait traiter d'aspects essentiels tels que des dispositions sur l'entraide judiciaire exigeant des Etats qu'ils coopèrent tout en respectant les contraintes imposées par les systèmes nationaux existants; la non-

²⁷ Sem. jud. 2014 I 53.

²⁸ Statut du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1).

²⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0), article 264a.

pertinence de la position officielle; l'applicabilité de la prescription et la nécessité de faire face au lourd héritage des crimes contre l'humanité. [La] délégation [suisse] espère qu'une telle convention pourra dans le futur contribuer à s'assurer que les personnes ayant commis des crimes contre l'humanité soient poursuivies au niveau national et à renforcer ainsi la complémentarité avec le système du statut de Rome.»

Déclaration faite le 4 novembre 2015 par la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Version écrite.

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

(Voir aussi les nos 3.1 et 9.1)

4.1 Les droits acquis en droit international public

L'avis de droit de la Direction du droit international public dont un extrait est publié ci-après porte sur la notion de droits acquis en droit international public.

«I. ...

II. Origine de la notion de droits acquis

La notion des droits acquis trouve son origine dans le droit interne, plus précisément dans le droit intertemporel ou transitoire.³⁰ En effet, cette notion est souvent considérée comme une autre expression de la non-rétroactivité des lois. Il s'agit ici de protéger certains droits individuels contre les atteintes possibles d'une législation rétrospective. Lorsque deux règles de droit se succèdent, applicables au même rapport juridique, le principe classique en droit privé s'exprime par deux formules

- Il ne faut pas attribuer d'effet rétroactif à la nouvelle loi.
- La nouvelle loi ne porte pas atteinte aux droits acquis.³¹

Ce principe exige dès lors que les situations juridiques soient examinées dans le cadre des normes de droit en vigueur au moment où ces situations naissent. Il s'agit d'une question d'équité, de sécurité du droit et de confiance en l'autorité des lois existantes. Par conséquent, les droits acquis sont en principe régis par la loi conformément à laquelle ils ont été créés. Cela n'empêche naturellement pas le législateur d'édicter une loi rétroactive qui peut par exemple enfreindre des droits acquis en raison d'intérêts supérieurs. Au surplus, il convient de remarquer que chaque jurisprudence nationale a, selon la nature de ses dispositions légales, élaboré plus ou moins individuellement sa pratique en matière de rétroactivité et de droits acquis. L'élaboration d'une notion-type de droits acquis, valable partout comme critère de la non-rétroactivité, apparaît dès lors comme une entreprise artificielle.³²

On trouve également la notion des droits acquis dans le cadre du droit international privé, l'idée étant de transposer les solutions dégagées dans le cadre des conflits de lois dans le temps au niveau des conflits de lois dans l'espace. Certains auteurs considèrent ainsi la reconnaissance des droits acquis à l'étranger comme un des principes fondamentaux du droit international privé, mais il existe de nombreuses controverses à ce sujet.³³

De ce qui précède, il convient de relever deux points importants:

- Le principe de non-rétroactivité des lois est à la base du principe du respect des droits acquis. Il permet à un droit créé sous l'empire d'une législation de perdurer au cas où une nouvelle législation entre en vigueur dans le même domaine. Il interdit également à la nouvelle législation de compromettre les droits nés sous l'empire de l'ancienne législation;
- Le principe du respect des droits acquis a sa base en droit interne, et ce principe a été transposé du droit interne au droit international.

III. Les droits acquis et le droit international public

a) Consécration du principe du respect des droits acquis en droit international public

Si, comme on le verra dans les paragraphes suivants, la définition de la notion «droits acquis» en droit international public en tant que tel est malaisée, l'existence du principe du respect des droits acquis comme règle de droit international public ne fait aucun doute.³⁴

La jurisprudence internationale l'a érigé au rang des principes généraux du droit des gens. Dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*,³⁵ la Cour permanente de Justice internationale, prédécesseur de la Cour internationale de Justice, a reconnu le respect international des droits acquis en affirmant que: «The principle of the respect for vested rights (...) forms part of generally accepted international law.»³⁶ Parmi les diverses consécutions que ce principe a reçu dans la jurisprudence internationale, deux sentences fondatrices de la Cour permanente d'arbitrage sont à mentionner:

- La sentence arbitrale dans l'affaire des *Propriétés religieuses au Portugal*³⁷ dans le cadre de laquelle le principe du respect des droits acquis est clairement formulé: «Respect of property, respect of acquired rights, (...) are legal principles of all civilized countries. It is upon the security which they assure and the confidence they inspire that the

³⁰ PIERRE LALIVE, *Le respect international des droits acquis*, Cours de l'Institut des hautes études internationales 1967–1968, Paris, Association des études internationales, 1967, p. 9.

³¹ GEORGES KAECKENBEECK, *La protection internationale des droits acquis*, Recueil des cours de l'Académie [de droit international] de La Haye, t. 59-I, 1937, p. 328.

³² KAECKENBEECK, *op.cit.*, p. 331.

³³ Cf. LALIVE, *op.cit.*, pp. 12 et ss; KAECKENBEECK, *op.cit.*, pp. 333 et ss.

³⁴ Cf. JACQUES BARDE, *La notion des droits acquis en droit international public*. Thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat de droit public [Nancy II.] 1977, pp. 5 et ss.

³⁵ Cour permanente de Justice internationale, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 25 août 1925, série A, n° 7, p. 42.

³⁶ [Traduction] «le principe du respect des droits acquis (...) fait partie du droit international généralement accepté».

³⁷ Sentence *Propriétés religieuses au Portugal* [France, Royaume-Uni, Espagne c. Portugal], 4 septembre 1920 [Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, t. I, p. 7].

relations entertained by the nations with each other are based...». ³⁸

• La sentence arbitrale dans l'affaire *Aramco* ³⁹ est également très explicite: « The principle of respect for acquired rights is one of the fundamental principles both of public international law and of the municipal law of civilized States. It has been affirmed by a wealth of judicial decisions. » ⁴⁰

Au surplus, dans le cadre d'un questionnaire de la Société des Nations sur la codification des règles relatives à la responsabilité des Etats, le Conseil fédéral également affirmait en 1929 que la protection des droits acquis est l'un des principes reconnus par le droit international public en soulignant que: « Le droit des gens oblige tout Etat à protéger la propriété des étrangers. Or les droits contractuels font partie de la propriété. Il n'est donc pas admissible qu'une partie contractante soit lésée après coup par une telle atteinte de l'Etat à des droits acquis. » ⁴¹

Il ressort ainsi de la jurisprudence internationale et de la pratique suisse en la matière que le principe du respect des droits acquis, en tant que règle du droit international public, tend à protéger les droits acquis des étrangers d'une éventuelle mainmise étatique. Reste à savoir ce qu'il faut entendre, en droit international public, par « droit acquis ».

b) Définition des droits acquis et leur nature en droit international public

Bien que notamment la jurisprudence internationale affirme reconnaître le principe du respect des droits acquis, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas aisé de dégager une notion juridique suffisamment précise, susceptible de fournir la base d'une règle de droit international public. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le droit international public a consacré le principe du respect des droits acquis sans en définir [le] contenu et sans mettre en place une classification systématique de ces droits. Il n'y a donc pas de notion autonome, propre au droit international public, des droits acquis. ⁴² La notion de droit acquis est en effet extrêmement imprécise, voir fuyante, d'où la grande difficulté à saisir et préciser ce concept. Il y a certes une idée sous-jacente bien présente, à savoir la protection et le maintien d'une situation établie, soutenue par les valeurs de justice, d'équité et de sécurité dans les rapports juridiques. Cette absence en droit international public d'une notion autonome et précise des droits acquis tient en partie à ce que les droits privés patrimoniaux (à savoir le cas-type des droits acquis) relèvent, d'après le droit international, de l'ordre juridique interne, à moins que de tels droits [ne] soient prévus dans un traité international ou dans des relations contractuelles liant un Etat et des particuliers étrangers. ⁴³ Il appartient donc au droit national de créer et de définir les droits acquis et d'en déterminer précisément le contenu.

La doctrine a essayé de classer les droits acquis selon leur nature. La question est délicate et semble embarrasser les meilleurs auteurs. ⁴⁴ Le droit de propriété est le prototype même du droit acquis, en lui assimilant les autres droits réels sur les biens corporels, mobiliers ou immobiliers. Il y a également une tendance dans la doctrine à y inclure les droits contractuels, à savoir les droits acquis par les étrangers en vertu d'un contrat signé avec un Etat ou d'une relation contractuelle de toute autre nature (concession, dettes publiques, etc.). Par contre, la clientèle, c'est-à-dire la jouissance d'une certaine situation commerciale ou industrielle, a été considérée par la Cour permanente de Justice internationale comme n'étant pas un droit acquis. ⁴⁵ Les libertés individuelles, en particulier la liberté du commerce et de l'industrie, ne sont également pas des droits acquis. ⁴⁶ En effet, en règle générale, les libertés relatives à l'exploitation du travail et à une activité lucrative qui reposent sur la liberté générale de l'industrie et du commerce ne sont pas des droits acquis. ⁴⁷

Dans ce cadre, il est intéressant de mentionner une contestation entre la Chine et les Etats-Unis lors de laquelle la question se posa de savoir si un droit d'établissement et de séjour devait être considéré comme un droit acquis au sens du droit international. La Chine l'affirmait et cherchait à le démontrer, tandis que la Cour Suprême des Etats-Unis jugeait que des droits personnels et non transmissibles, comme ceux en litige, ne pouvaient être qualifiés de droits acquis. ⁴⁸ En effet, il semblerait que les droits acquis tendraient à correspondre à des droits patrimoniaux (avec un contenu essentiellement économique et s'évaluant en argent) plutôt qu'à des droits personnels (ayant un caractère purement moral ou politique).»

Note de la DDIP du 18 août 2015. Document inédit.

4.2 Protection consulaire: limites; intervention à titre d'*amicus curiae*

Voici la position de la Direction du droit international public sur cette question:

« La Suisse n'intervient pas au titre de la protection consulaire dans des procédures judiciaires engagées à l'étranger contre des ressortissants suisses en raison du principe de la séparation des pouvoirs. Si, après coordination avec la Centrale, il apparaît toutefois opportun que le cas soit évoqué avec les autorités de l'Etat concerné, nos ambassades à l'étranger prennent, par exemple, contact avec le Ministère des affaires étrangères de l'Etat concerné. La pratique actuelle est reflétée dans la Loi sur les Suisses de l'étranger (LSEtr) ⁴⁹ et les projets d'ordonnances y relatifs:

³⁸ [Traduction] « Le respect de la propriété et le respect des droits acquis (...) sont des principes juridiques acceptés par tous les pays civilisés. C'est sur la sécurité qu'ils procurent et la confiance qu'ils inspirent que les relations entre nations sont fondées ... ».

³⁹ Sentence *Aramco* [Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Co.], 23 août 1951 [International Law Reports, vol. 27, 1963, p. 117].

⁴⁰ [Traduction] « Le principe du respect des droits acquis est un des principes fondamentaux du droit international public autant que du droit interne de la plupart des Etats civilisés. C'est ce qui a été affirmé par un grand nombre de décisions. »

⁴¹ LALIVE, *op.cit.*, p. 37.

⁴² LALIVE, *op.cit.*, p. 43.

⁴³ Commission du droit international, Responsabilité internationale, Quatrième Rapport de F. V. Garcia Amador, Rapporteur spécial, Responsabilité des Etats, Annuaire de la Commission du droit international 1959, vol. II, document A/CN.4/119, p. 9.

⁴⁴ Cf. Commission du droit international, *op.cit.*, p. 9; LALIVE, *op.cit.*, p. 38.

⁴⁵ Cour permanente de Justice internationale, *Oscar Chinn* [Grande-Bretagne c. Belgique], série A/B, no 63, p. 88.

⁴⁶ BARDE, *op.cit.*, pp. 140 et ss.

⁴⁷ Commission du droit international, *op.cit.*, p. 10.

⁴⁸ ARRIGO CAVAGLIERI, La notion des droits acquis et son application en droit international public, *Revue générale de droit international public* [t. 38.] 1931, p. 267.

⁴⁹ Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur les personnes et les institutions suisses à l'étranger (RS 195.1).

• Article 45, alinéas 4 et 5, LSEtr (Assistance générale à l'étranger):

«Lors de procédures judiciaires à l'étranger, les représentations peuvent recommander, sans garantie, un conseil juridique sur place.

Les représentations peuvent intervenir auprès des autorités locales et centrales de l'Etat de résidence par les canaux consulaires et diplomatiques.»

• Article 55, alinéa premier (procédures judiciaires à l'étranger), du projet d'ordonnance:

«Le DFAE n'intervient pas dans les procédures judiciaires à l'étranger.»⁵⁰

Compte tenu de ces considérations, nous proposons de ne pas intervenir dans la procédure judiciaire [en cause] et de ne pas soumettre un [mémoire d']*amicus curiae*, ce d'autant plus que les faits à l'origine de la procédure judiciaire ne semblent pas clairement établis.

Les seuls cas où la Suisse est intervenue comme *amicus curiae* sont des procédures judiciaires américaines. La Suisse, conjointement avec d'autres pays, a fait connaître à cette occasion et de manière générale son point de vue sur des questions de respect des principes de droit international. Des ressortissants suisses n'étaient pas forcément concernés dans les procédures dans lesquelles la Suisse a déposé [un mémoire d']*amicus curiae*.»

Avis de droit de la DDIP du 18 février 2015. Document inédit.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les nos 3.1, 9.1 et 9.2)

5.1 Immunité de juridiction pénale à l'étranger des représentants de l'Etat; immunité *ratione materiae*

Le passage reproduit ci-après a été extrait d'une déclaration faite par la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies et porte sur le Rapport de la Commission du droit international (CDI) pour 2015 (67^e session, 4 mai – 5 juin et 6 juillet – 7 août 2015, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 70^e session, Supplément n° 10, A/70/10), plus particulièrement sur les travaux relatifs à l'immunité pénale à l'étranger des représentants de l'Etat (Rapport, pp. 124–139).

«La Commission a désormais défini la portée matérielle de l'immunité fonctionnelle. Le projet d'article 6(1) dispose que les représentants de l'Etat bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel. Selon le projet d'article 2(f), un «acte accompli à titre officiel» s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'Etat dans l'exercice de l'autorité étatique.

Les derniers projets d'articles de la CDI ne limitent pas la portée de l'immunité *ratione materiae* mais confirment au contraire son amplitude. Nous sommes d'avis que les trois questions suivantes méritent une attention particulière.

• Premièrement, l'immunité fonctionnelle s'applique-t-elle au comportement d'un représentant de l'Etat agissant *ultra vires*? Il semble en effet qu'un acte allant à l'encontre des instructions données ou dont l'auteur outrepassa ses compétences peut être considéré comme acte accompli dans l'exercice de l'autorité étatique.

• Deuxièmement, l'immunité fonctionnelle s'applique-t-elle au comportement d'un entrepreneur militaire privé ou d'un entrepreneur de sécurité privé travaillant pour l'Etat? Selon nous, ces personnes pourraient, selon les circonstances, être considérées comme ayant été habilitées par le droit de l'Etat à exercer des éléments de l'autorité gouvernementale au sens du projet d'article 5 formulé dans le cadre des projets d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat.⁵¹

• Troisièmement, l'immunité fonctionnelle s'applique-t-elle au comportement d'une personne n'occupant pas de poste officiel au sein d'un Etat mais agissant sous sa direction ou son contrôle de facto? Ni la définition du terme «représentant de l'Etat» adoptée en 2014 ni la définition du terme «acte accompli à titre officiel» adoptée en 2015⁵² ne semblent exclure une telle possibilité.

Evidemment, il est possible de réduire la portée de l'immunité *ratione materiae* en introduisant des limitations ou des exceptions. Cet aspect doit d'ailleurs encore être traité par la Commission.

Nous sommes d'avis qu'une définition très large de la portée de l'immunité fonctionnelle comporte un certain risque, même si des exceptions spécifiques sont formulées par la suite. D'une part, on note une tendance à interpréter de manière restrictive les exceptions à une règle générale. Et d'autre part, il est difficile d'imaginer le genre de scénarios qui pourraient survenir à l'avenir.»

Déclaration faite par la Suisse le 9 novembre 2015 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Version écrite. Pour un autre extrait de cette déclaration, voir le n° 10.1.

5.2 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: notification de documents judiciaires

Une autorité bernoise de conciliation ayant directement adressé un mandat de comparaître et une ordonnance à l'Ambassade de [l'Etat C.] en Suisse, sans passer par le Département fédéral des affaires

⁵⁰ Disposition devenue l'article 56, alinéa premier, de l'Ordonnance du 7 octobre 2015 sur les personnes et les institutions suisses à l'étranger (RS 195.11).

⁵¹ Voir Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II/2, pp. 44–45.

⁵² Rapport de la Commission du droit international, 66^e session (5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014), Assemblée générale, Documents officiels, 69^e session, Supplément n° 10 (A/69/10), pp. 238–239; Rapport de la Commission du droit international, 67^e session, Supplément n° 10 (A/70/10), pp. 132–133.

étrangères, la Direction du droit international public a rappelé à l'autorité en cause que cette manière de procéder est irrégulière.

[Traduction]

«Selon l'article 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁵³ entrée en vigueur pour la Suisse en date du 24 avril 1964, les locaux de la mission diplomatique sont inviolables. Il en découle que tous les actes de puissance publique de l'Etat accréditaire sont prohibés, en particulier la transmission directe de documents officiels ayant un effet juridique sur le destinataire, et spécialement ceux renfermant des sanctions ou menaces de sanctions pénales. De tels documents doivent être transmis et notifiés par la voie diplomatique. Cela signifie que l'autorité de conciliation doit adresser ce type de documents au Département fédéral des affaires étrangères pour que celui-ci puisse les faire parvenir, par courrier diplomatique, à l'Ambassade de [l'Etat C.] à Berne. La transmission postale, qui a eu lieu en l'espèce, est contraire au droit international et, partant, invalide.»

Communication de la DDIP à l'Office de conciliation Berne-Mittelland, du 19 décembre 2014. Document inédit.

5.3 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: fonctions d'état civil

Note adressée à l'Ambassade de [l'Etat D.] en Suisse concernant l'enregistrement d'actes d'état civil par des missions diplomatiques en Suisse.

[Traduction]

«Selon l'article 3, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁵⁴ et l'article 5, lettre f, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires,⁵⁵ les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires peuvent agir en qualité d'officiers d'état civil si les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas.

La Confédération suisse réserve sans exception l'exercice des fonctions d'état civil aux officiers d'état civil suisses. Ceux-ci sont les seules personnes autorisées à exercer de telles fonctions, en particulier à célébrer des mariages et à enregistrer la reconnaissance d'enfants. Par conséquent, les agents diplomatiques et fonctionnaires consulaires ne sont pas autorisés à célébrer des mariages sur territoire suisse ou à y enregistrer la reconnaissance d'enfants, quelle que soit la nationalité des intéressés.

Les actes d'état civil accomplis par des représentations diplomatiques ou consulaires en Suisse ne sont donc pas reconnus en droit suisse.»

Note adressée le 13 janvier 2015 par le DFAE à l'Ambassade de l'Etat D. à Berne. Document inédit.

5.4 Compétence exclusive de l'Etat d'accomplir des actes de puissance publique sur son territoire: notification de documents judiciaires; délais

Dans le texte qui suit, la Direction du droit international public propose que la note suivante soit remise par l'Ambassade de Suisse dans l'Etat U. au Ministère des affaires étrangères de cet Etat.⁵⁶

«Le Conseil de Prud'hommes de [l'Etat U.] a adressé par la voie postale une convocation au Conseil fédéral suisse devant le Bureau de conciliation pour une audience prévue le 12 mai 2015. Cette convocation est parvenue à la Chancellerie fédérale en date du 23 mars 2015 (...). La convocation en question est nulle car elle n'a pas été effectuée par la voie diplomatique et elle ne respecte pas les délais usuels, s'agissant d'une convocation adressée à un Etat étranger.

[L'Etat U.] et la Suisse ont ratifié la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.⁵⁷ Cette convention n'est, certes, pas encore en vigueur. Elle reflète toutefois les règles du droit international coutumier applicables en la matière.

Conformément à l'article 22 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un Etat est effectuée:

a) Conformément à toute convention internationale applicable liant l'Etat du for et l'Etat concerné.

En l'espèce, il n'y a pas de convention applicable entre la Suisse et [l'Etat U.] qui autorise une notification directe par la voie postale sur le territoire suisse. [L'Etat U.] et la Suisse sont Parties à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (RS 0.274.131). Toutefois, l'interdiction de notifier directement en Suisse découle de la réserve que la Suisse a apportée à l'article 10 de ladite convention. Cet article 10 permet en effet les notifications par voie postale; par sa réserve, la Suisse s'est opposée à des notifications par la voie postale sur son territoire. De plus, la Déclaration entre la Suisse et [l'Etat U.] relative à la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires et des commissions rogatoires en matière civile et commerciale ... (...) ne permet pas non plus une notification par voie postale à la partie elle-même des actes concernés.

⁵³ RS 0.191.01.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ RS 0.191.02.

⁵⁶ Cette note a effectivement été remise au Ministère en question.

⁵⁷ Pour le texte, voir FF 2009, p. 1481.

b) Conformément à tout arrangement particulier en matière de signification ou de notification intervenu entre le demandeur et l'Etat concerné, si la loi de l'Etat du for ne s'y oppose pas.

En l'espèce, un tel arrangement particulier n'a pas été convenu entre le demandeur et la Suisse.

c) En l'absence d'une telle convention ou d'un tel arrangement particulier:

i. Par communication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'Etat concerné; ou

ii. Par tout autre moyen accepté par l'Etat concerné si la loi de l'Etat du for ne s'y oppose pas.

En l'espèce, aucun autre moyen que la voie diplomatique n'a été accepté par la Suisse.

Au vu de ce qui précède, la notification des actes en question ne peut être valablement effectuée que par la voie diplomatique.

S'agissant des délais, le droit international coutumier prévoit que les notifications adressées à un Etat étranger doivent respecter des délais raisonnables. La Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972,⁵⁸ à laquelle la Suisse est Partie, prévoit à son article 16 que le tribunal qui fixe un délai de comparution ne pourra pas impartir à l'Etat défendeur un délai inférieur à deux mois après la date de réception, par le Ministère des affaires étrangères, de l'acte introductif d'instance. De son côté, la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens susmentionnée, à laquelle la Suisse et [l'Etat U.] sont Parties, prévoit qu'un jugement par défaut ne peut être rendu contre un Etat, à moins que le tribunal ne s'assure qu'il s'est écoulé un délai de quatre mois au moins à partir de la date à laquelle la signification ou la notification de l'assignation ou autre pièce instituant la procédure a été effectuée ou est réputée avoir été effectuée conformément aux paragraphes premier et 2 de l'article 22. En l'espèce, la convocation reçue le 23 mars 2015 en mains de la Chancellerie fédérale – mais non en mains du Département fédéral des affaires étrangères – ne respecte en tout état de cause pas les délais usuels, la convocation portant sur une audience prévue le 12 mai 2015.

L'Ambassade saurait gré au Ministère des affaires étrangères [de U.] de bien vouloir rappeler aux autorités judiciaires compétentes les règles applicables en matière de notifications d'actes et de procédures impliquant un Etat étranger. L'Ambassade saurait également gré au Ministère de bien vouloir inviter le Conseil de Prud'hommes [de U.] – s'il entend poursuivre la procédure – à notifier les actes y relatifs à la Suisse par la voie diplomatique et à prévoir des délais respectant les règles du droit international coutumier.»

Projet de note verbale à adresser au Ministère des affaires étrangères de l'Etat U. Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

--

7. Les organes du droit international

(Voir aussi le no 3.2)

7.1 Statut diplomatique: plaques de véhicules automobiles

L'Ambassade de Suisse en Tunisie, désireuse d'utiliser des véhicules supplémentaires pour visiter des projets réalisés par la Suisse dans ce pays, avait demandé à la Direction du droit international si ces véhicules pouvaient bénéficier de l'immunité même si, pour des raisons de sécurité, ils portaient des plaques banalisées.

[Traduction]

«1. Selon l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD),⁵⁹ les moyens de transport de la mission diplomatique ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. De plus, selon les articles 28 et 36 de la CVRD, la mission est exempte de droits et redevances (y compris les droits de douane), de même que d'éventuels impôts sur les véhicules, sauf lorsqu'il s'agit de prestations pour services rendus.

2. C'est le statut du véhicule en tant que moyen de transport ou le statut de son détenteur qui est déterminant pour l'octroi d'exemptions, et non le caractère des plaques portées. Ainsi la renonciation à des plaques CD n'a pas de conséquences fiscales ou autres pour la mission ou son personnel: les véhicules continuent, en particulier, à jouir de l'immunité en question. De même, le statut du conducteur du véhicule reste le même, indépendamment des plaques, de sorte que les conséquences juridiques éventuelles d'un accident demeurent, elles aussi, inchangées.

3. En principe, les personnes jouissant du statut diplomatique et les représentations diplomatiques étrangères n'ont pas le droit de circuler, en Suisse, avec des véhicules portant des plaques ordinaires. La Suisse exige que ces voitures portent des plaques CD, mais admet des exceptions pour des raisons de sécurité. Ces exceptions peuvent être assorties de conditions. Ainsi la Suisse insiste que, lors de manifestations officielles, les ambassadeurs étrangers utilisent des voitures munies de plaques CD pour empêcher qu'une voiture portant des plaques normales soit identifiée, ce qui peut compromettre la sécurité.

4. En ce qui concerne la situation en Tunisie, il convient d'examiner les questions de sécurité ... avec le Ministre tunisien des affaires étrangères. Si ce dernier partage les préoccupations suisses et permet l'utilisation de plaques ordinaires par la Mission, cela ne pourra entraîner aucune diminution des privilèges, immunités et facilités revenant à la Mission (ni aucune renonciation à l'exemption fiscale ou changement concernant les droits d'importation des véhicules). De

⁵⁸ RS 0.273.1.

⁵⁹ Convention du 18 avril 1961, voir la note 53.

même l'Ambassade ne sera pas tenue de payer des impôts pour l'immatriculation avec des plaques normales, sauf s'il s'agit de pures prestations à verser pour des services spécifiques rendus.»

Avis de la DDIP, du 16 juin 2015, adressé à l'Ambassade de Suisse en Tunisie. Document inédit.

7.2 Invasion des jardins d'une ambassade étrangère: qualité pour porter plainte

Les faits de l'affaire ici en cause ont déjà été évoqués dans l'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 26 juillet 2013 (Pratique suisse 2014, n° 7.1, RSDIE, vol. 26, 2016, p. 113). Le Tribunal pénal fédéral, dans un arrêt non publié du 9 septembre 2013,⁶⁰ reconnu X. coupable de violation de domicile au sens de l'article 186 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311)⁶¹ et le condamna à une peine de travail d'intérêt général, avec sursis.

Avec une trentaine d'autres personnes, X. avait, le 10 décembre 2011, pénétré dans l'enceinte de l'Ambassade de la République Démocratique du Congo (RDC) [ci-après: Etat Z.] à Berne pour protester contre le résultat de l'élection présidentielle qui venait d'avoir lieu en RDC. A., Chargé d'affaires ad interim de l'Ambassade, porta plainte pour ces faits le 3 janvier 2012 et X. se vit condamner par le Tribunal pénal fédéral. X. recourut au Tribunal fédéral, qui le débouta. Dans son recours, X. avait notamment mis en doute la qualité de A. de porter plainte.

«Selon la doctrine, lorsqu'un Etat étranger est lésé, la qualité pour porter plainte s'examine sous l'angle du droit national de cet Etat. Lors d'une atteinte portée au bâtiment d'une ambassade, le droit de porter plainte appartient à la personne dont la fonction consiste à veiller à la sauvegarde du bien juridique protégé, tant que le droit étranger ne contient pas de réglementation à cet égard. Cette qualité appartient dans tous les cas à l'Ambassadeur (Christof Riedo, *Der Strafantrag*, [Bâle] 2004, p. 349). Dans une affaire de violation de domicile impliquant une ambassade sise en Suisse, le Tribunal fédéral a admis la qualité pour porter plainte de la personne autorisée à représenter l'Etat en question (cf. arrêt BStr.1/1983 du 10 octobre 1983, c. II.1, non publié, in: ATF 109 IV 156⁶²).

1.2 Se fondant sur la liste du Corps diplomatique, éditée par le Département fédéral des affaires étrangères (ci-après: DFAE) en mars 2013 et produite par le Centre des publications officielles de la Chancellerie fédérale, à teneur de laquelle A. occupait le poste de chargé d'affaires ad interim auprès de l'Ambassade de l'Etat Z. depuis le 26 novembre 2009, l'autorité intimée a admis sa capacité de la représenter pour toutes les affaires qui la concernent, en particulier pour porter plainte.

Elle a considéré que cette mention permettait de comprendre que le chargé d'affaires ad interim avait été reconnu comme tel par les autorités suisses et que rien n'indiquait que son mandat auprès de l'Ambassade de l'Etat Z. à Berne aurait été révoqué par les autorités de Z.

1.3 Contrairement à ce que prétend le recourant, il ne s'agit pas d'examiner les conditions matérielles de nomination de A. en tant que chargé d'affaires ad interim de l'Ambassade de l'Etat Z., dès lors que cette compétence appartient, en règle générale, aux Ministères des Affaires étrangères des Etats accréditant et accréditaire ou à un autre ministère qui aura été convenu (cf. l'article 19, chiffre premier, 2e phrase, de la CVRD [Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 8 avril 1961, RS 0.191.01]). A cet égard, dans la mesure où la liste du Corps diplomatique éditée par le DFAE désigne notamment A. dans sa fonction auprès de l'Ambassade de l'Etat Z., le recourant ne saurait se plaindre d'une appréciation arbitraire des preuves au motif que la Cour des affaires pénales n'a pas requis des documents complémentaires sur ce point (...).

Il s'agit plutôt en l'espèce de déterminer si A. disposait de la qualité pour porter plainte pour violation de domicile au nom de l'Etat lésé, ce que conteste également le recourant (...).

1.4 A teneur de l'article 3, chiffre premier, lettre a, de la CVRD, les fonctions d'une mission diplomatique consistent notamment à représenter l'Etat accréditant auprès de l'Etat accréditaire, étant précisé qu'une ambassade constitue une mission diplomatique au sens de la CVRD (A. R. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 2^e éd. [Berne] 2011, N. 670). L'article 19, chiffre premier, de la CVRD prévoit la possibilité, pour un chargé d'affaires ad interim, d'agir à titre provisoire comme chef de la mission.

Il s'ensuit que A., en sa qualité de chargé d'affaires ad interim de l'Ambassade de l'Etat Z. à Berne, avait la capacité de représenter cet Etat en Suisse et disposait par là-même de la qualité pour porter plainte pour des infractions perpétrées contre l'Ambassade en question.

Au surplus, il ne ressort des lois de l'Etat Z., versées à la procédure, aucune disposition réglementant le droit de porter plainte des membres du personnel diplomatique. A cet égard, dans l'hypothèse où, à suivre le recourant, A. n'avait pas le statut de chargé d'affaires ad interim au moment du dépôt de la plainte pénale, il n'en demeure pas moins qu'au vu de la configuration du cas d'espèce, il exerçait encore son pouvoir sur les lieux, de sorte qu'il bénéficiait de la protection de l'article 186 du CP.

1.5 Au vu de ce qui précède, c'est conformément au droit fédéral et à la CVRD que le Tribunal pénal fédéral a admis la qualité pour porter plainte du chargé d'affaires ad interim de l'Ambassade de l'Etat Z. Les griefs du recourant doivent être rejetés sur ce point.»

⁶⁰ SRIEL, vol. 26, 2016, p. 103.

⁶¹ Cet article dispose: «Celui qui, d'une manière illicite et contre la volonté de l'ayant droit, aura pénétré dans une maison, dans une habitation, dans un local fermé faisant partie d'une maison, dans un espace, cour ou jardin clos et attenant à une maison, ou dans un chantier, ou y sera demeuré au mépris de l'injonction de sortir à lui adressée par un ayant droit sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»

⁶² Pratique suisse 1983, n° 7.1, ASDI, vol. XL, 1984, p. 177.

Arrêt du TF, du 20 août 2014 (6B_1056/2013) dans la cause X. c. Ministère public de la Confédération (c. 1.1 à 1.5). Sem. jud. 2015 I 365 (367–368).

7.3 Immunité civile et administrative des représentants diplomatiques et des fonctionnaires consulaires: testaments de ses agents ou fonctionnaires en poste à l'étranger

L'avis de droit qui suit émane de la Direction du droit international public et porte sur le droit applicable aux testaments d'agents diplomatiques et fonctionnaires consulaires suisses vivant à l'étranger, en l'espèce aux Etats-Unis.

[Traduction]

«Nous parvenons à la conclusion qu'il faut recommander aux agents diplomatiques et fonctionnaires consulaires suisses qui exercent leurs fonctions aux Etats-Unis d'indiquer clairement, dans leurs testaments, que leur succession est soumise au droit suisse et à la compétence des tribunaux suisses. La Convention du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD)⁶³ et la Convention du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (CVRC)⁶⁴ ne fournissent pas de réponses claires à la question du droit applicable à la succession d'une personne visée par elles. Le droit international privé se réfère normalement au dernier domicile d'une personne. A notre avis, le domicile successoral pertinent d'un diplomate ou fonctionnaire consulaire susceptible d'être muté se situe dans l'Etat d'envoi, car ces personnes n'ont aucune intention de demeurer durablement dans l'Etat hôte (ce qui rend applicable le droit de l'Etat d'envoi). Il s'agit là, cependant, d'une question d'interprétation, et il est difficile de prévoir la réponse des tribunaux saisis.

Dans le cas des Etats-Unis, la situation se complique davantage eu égard au Traité de 1850⁶⁵ qui renferme des règles particulières en matière successorale.

Il convient maintenant de passer à une analyse détaillée.

1. Les représentants diplomatiques ou fonctionnaires consulaires peuvent-ils, malgré leur immunité civile et administrative, être assujettis aux règles de l'Etat d'accueil relatives à la rédaction d'un testament et à la procédure en matière successorale?

a) En principe, il faut distinguer la question du droit applicable de celle de l'immunité. Aux termes de l'article 31, paragraphe premier, de la CVRD, les représentants diplomatiques jouissent de l'immunité en matière de juridiction civile et administrative. En matière successorale, si le représentant diplomatique ne participe à la procédure ni en tant qu'exécuteur, administrateur, héritier ou légataire, il bénéficie de l'immunité sur les plans de la juridiction civile et administrative (article 31, paragraphe premier, lettre b, de la CVRD). Si une procédure civile ou administrative relative à un testament devait effectivement être ouverte durant la vie du représentant diplomatique suisse (et si celui-ci n'y participerait ni en tant qu'exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire), ce représentant pourrait revendiquer l'immunité juridictionnelle.

b) Puisque cette immunité couvre la personne du représentant, son immunité cesse en principe avec son décès (parmi les exceptions au principe figure la protection post mortem lors de l'autopsie (voir [N.] Wagner/[H.] Raasch/[T.] Pröpstl, Wiener Uebereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961, [Berlin] 2007, p. 266). Quant aux membres de la famille, les immunités subsistent, avec celles du bénéficiaire principal, jusqu'à l'expiration d'un délai raisonnable pour quitter le territoire de l'Etat accréditaire (article 39, paragraphe 3, de la CVRD).

c) D'après l'article 43, paragraphe premier, de la CVRC, les fonctionnaires consulaires ne sont pas assujettis aux autorités judiciaires et administratives de l'Etat de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions consulaires. Incontestablement la rédaction d'un testament ne fait pas partie de ces fonctions, ce qui signifie que le fonctionnaire consulaire et les membres de sa famille ne peuvent pas réclamer d'immunité dans ce domaine.

d) Le fait qu'un représentant diplomatique en vie peut revendiquer l'immunité de la juridiction civile et administrative pour certaines matières successorales ne signifie pas que les dispositions sur la rédaction d'un testament et le droit successoral de l'Etat d'accueil sont inapplicables sans autre. Selon l'article 41, paragraphe premier, de la CVRD, les personnes qui bénéficient de privilèges et d'immunités doivent en principe respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Il en va de même, aux termes de l'article 55[, paragraphe premier,] de la CVRC, pour les fonctionnaires consulaires.

2. Le droit de l'Etat d'accueil est-il applicable à la rédaction d'un testament et à la succession d'un représentant diplomatique ou d'un fonctionnaire consulaire?

a) La CVRD et la CVRC prévoient des exceptions au principe du respect des lois et règlements de l'Etat d'accueil. Tel est le cas, par exemple, des dispositions sur la sécurité sociale (article 33, paragraphe premier, de la CVRD; article 48, paragraphe premier, de la CVRC), car la sécurité sociale, en raison des changements constants de résidence, ne peut être assurée que par l'Etat accréditant (voir Wagner/Raasch/Pröpstl, op.cit., p. 279).

b) Les deux conventions de Vienne ne règlent pas explicitement la question de l'application du droit successoral de l'Etat d'accueil. A notre avis, il convient cependant de recourir, par analogie, au raisonnement fait plus haut en ce qui concerne la rédaction d'un testament et la procédure successorale. Le représentant diplomatique ou fonctionnaire consulaire change régulièrement de lieu de séjour. Il semble peu utile que le droit régissant sa succession change lui aussi avec chaque déplacement, ce qui impliquerait, si les circonstances l'exigent, des ajustements réguliers au testament.

c) Cette interprétation est du reste confirmée par le fait que les biens meubles faisant partie de la succession d'un représentant diplomatique, d'un fonctionnaire consulaire ou de membres de leur famille, et située sur le territoire de l'Etat d'accueil, doit pouvoir en être retirée après le décès de la personne en cause (article 39, paragraphe 4, de la

⁶³ Voir la note 53.

⁶⁴ Voir la note 55.

⁶⁵ Traité entre la Suisse et les Etats-Unis du 25 novembre 1850 (RS 0.142.113.361).

CVRD; article 51, lettre a, de la CVRC). Cette réglementation n'aurait guère de sens si le droit de l'Etat d'accueil était applicable à la succession, car l'exportation des biens meubles compliquerait sérieusement les opérations sur place. On notera, de plus, que l'Etat d'accueil ne saurait prélever des impôts successoraux ou redevances nationaux, régionaux ou communaux sur les biens meubles (article 39, paragraphe 4, de la CVRD; article 51, lettre b, de la CVRC).

d) Les articles 41, paragraphe premier, de la CVRD et 55 de la CVRC ont pour objet et pour but, selon nous, d'empêcher que les personnes bénéficiant d'un statut international particulier portent atteinte à l'ordre juridique de l'Etat d'accueil. Il ne s'agit nullement d'assujettir tous les aspects de la vie des personnes visées au droit de cet Etat.

e) En dernière analyse, il s'agit cependant d'une question d'interprétation. Il n'est pas exclu qu'un tribunal de l'Etat d'accueil tranche la question du droit applicable au testament et à la succession d'un représentant diplomatique ou d'un fonctionnaire consulaire, non pas sur la base de la CVRD ou de la CVRC, mais exclusivement sur celle du droit international privé.

3. Selon le droit international privé, est-ce le droit des Etats-Unis ou le droit suisse qui s'applique à la succession?

a) La réponse à la question de savoir quel droit est applicable, selon le droit international privé, à la succession et au testament d'un Suisse décédé à l'étranger (en l'espèce aux Etats-Unis), n'est pas, à vrai dire, de notre ressort (...). Nous notons, à ce propos, que l'Office fédéral de la justice [du Département fédéral de justice et police] a déjà été consulté sur ce point.

b) Pour autant que le testament ne prévoie rien d'autre, c'est le dernier domicile du de cujus qui, selon les articles 90 et 91 de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP),⁶⁶ est déterminant pour décider du droit applicable. Selon les articles 86 et 87 de la LDIP, le dernier domicile du de cujus est également déterminant pour décider de la compétence du juge suisse dans la procédure et le contentieux successoraux. Le traité entre la Suisse et les Etats-Unis du 25 novembre 1850 (...) semble, du moins selon l'opinion suisse, privilégier le dernier domicile, du moins en ce qui concerne les valeurs mobilières (voir [T.]Wüstemann/[R.]Cica, *Der schweizerisch-amerikanische Erbfall*, succession 2/13, p. 168, paragraphe 31).

c) Dans le même ordre d'idées, on soulignera qu'il est pour le moins incertain que les représentants diplomatiques et fonctionnaires consulaires fixent effectivement leur domicile successoral dans l'Etat d'accueil. Pour ce qui est du domicile selon l'article 20, alinéa premier, lettre a, de la LDIP, le Tribunal fédéral a retenu que ce domicile présuppose «un élément objectif, la présence physique, et un élément subjectif, l'intention de se fixer durablement» (ATF 119 II 167, 169⁶⁷). En règle générale, d'après nous, un représentant diplomatique ou fonctionnaire consulaire ne remplit pas la seconde condition. La doctrine partage cet avis en expliquant que [traduction]:

«Dans la majorité des cas, le diplomate ne sera pas considéré comme étant domicilié dans l'Etat d'accueil (à moins d'être un ressortissant de cet Etat ou d'y résider de façon permanente). Il ne sera pas davantage considéré (sujet aux mêmes exceptions), en général, comme un résident de cet Etat» (E. Denza, *Diplomatic Law*, Oxford 2008, pp. 449–450).

d) Une décision contraire a toutefois été rendue par la Cour d'appel de la Louisiane dans une affaire de divorce entre un diplomate et son épouse, ayant elle aussi un statut diplomatique (*Salvatierra c. Calderon*, 836 So.2d 149, La.App.1Cir. 2002).

Il faut également tenir compte du fait que le Tribunal fédéral, dans le cas d'un employé chilien engagé localement par la délégation du Chili auprès de l'OMC [Organisation mondiale du commerce⁶⁸] et sans statut diplomatique, a admis que l'employé en question avait sa résidence en Suisse. Il s'agissait en l'espèce de la compétence des tribunaux suisses sur un contentieux en matière de travail. Il va de soi qu'il faut distinguer le domicile de la résidence habituelle (voir l'article 20, alinéa premier, lettres a et b, de la LDIP). Selon le Tribunal fédéral, il fallait, dans ce cas, admettre ce qui suit:

«Pour cerner la notion de résidence permanente au sens de l'article 11, paragraphe 2, lettre c, de la CNUJE (Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens⁶⁹), on peut s'inspirer de celle de résidence habituelle (...), que l'on trouve notamment dans les conventions internationales de La Haye élaborées depuis 1951 (...) et qui a été reprise à l'article 20, alinéa premier, lettre b, de la 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 (...). 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 précité⁷⁰ 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 (...) (arrêt 4A_542/2011 du 30 novembre 2011, c.2.3.2⁷¹).»

4. Conclusions

La question de savoir quel droit s'applique au testament ou la succession d'un représentant diplomatique ou d'un fonctionnaire consulaire à l'étranger a, jusqu'à présent, rarement été évoquée par la doctrine et la pratique. L'exemple des Etats-Unis montre qu'il faut tenir compte de questions relativement complexes de droit international privé.

A la lumière de cette situation juridique peu claire, il est difficile de prévoir comment un tribunal saisi déciderait de sa

⁶⁶ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

⁶⁷ JdT 1995 I 174.

⁶⁸ Créée par l'Accord du 15 avril 1994 (RS 0.632.20).

⁶⁹ Convention du 2 décembre 2004 (FF 2009, p. 1481).

⁷⁰ Il s'agit du Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 10 novembre 1982, concernant une loi fédérale sur le droit international privé (FF 1983 I 309, chiffre 215.3).

⁷¹ Il s'agit de l'arrêt du 30 novembre 2011 en l'affaire *République du Chili c. Z.*, *Pratique suisse* 2011, n° 7.5, RSDIE, 23^e année, 2013, p. 124 (128).

compétence et du droit applicable. Il semble donc recommandable, en tout état de cause, d'indiquer clairement, dans le testament, que la succession est régie par le droit suisse et que la compétence appartient à la Suisse.»

Avis de la DDIP du 13 mars 2015. Document inédit.

7.4 Obligation des missions diplomatiques de se conformer aux lois et règlements de l'Etat accréditaire

Le passage ci-après reproduit est tiré d'une communication de la Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies à Genève adressée à la Mission de l'Etat A., également à Genève. Il porte sur le point de savoir si les missions permanentes étrangères à Genève sont soumises à l'obligation – cantonale – d'optimisation énergétique.

«Selon l'article 41, alinéa premier, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁷² applicable par analogie aux missions permanentes, ainsi que selon l'article 55, alinéa premier, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires,⁷³ toute personne bénéficiant de privilèges et immunités a le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. La législation cantonale et communale fait partie intégrante des lois et règlements de l'Etat accréditaire. L'obligation pour les grands consommateurs d'optimiser leur consommation énergétique prévue par l'article 14, alinéa 4, de la Loi [genevoise] sur l'énergie du 18 septembre 1986 [LEn; RS GE 1.2.30] est donc applicable aux organisations internationales et aux représentations diplomatiques et consulaires sises sur le canton de Genève.

Comme expliqué dans le courrier ... de l'Office cantonal de l'énergie, la Mission permanente de [l'Etat A.] est un grand consommateur au sens de l'article 6, alinéa 15, de la loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 (...). Elle a donc l'obligation d'optimiser sa consommation énergétique.

Il est néanmoins important de souligner que le statut privilégié des missions permanentes doit être respecté lors de la mise en œuvre des obligations légales découlant du droit interne. Par ailleurs, il a été porté à la connaissance de la Mission suisse que d'autres missions, respectivement des organisations internationales sises à Genève ont également reçu un tel courrier et doivent se conformer à la nouvelle législation.»

Lettre de la Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies à Genève à la Mission permanente de l'Etat A., du 16 décembre 2015. Document inédit.

7.5 Statut du personnel de service des missions diplomatiques et du personnel privé

Voici des extraits d'un arrêt du Tribunal fédéral portant sur le statut du personnel domestique travaillant pour les missions diplomatiques et leurs membres, extraits qui ne précisent pas les faits de la cause ayant donné lieu à l'arrêt:

«4.2.2 Le personnel affecté à du travail domestique dans des missions diplomatiques ou permanentes est divisé en deux catégories: le personnel de service et les domestiques privés. Le critère de distinction réside dans la personne de l'employeur: le personnel de service est employé par l'Etat d'envoi lui-même, tandis que les domestiques privés sont engagés par un membre de la mission. Cette distinction est opérée en particulier dans la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01, article premier, lettres g et h, de la CV de 1961), applicable par analogie aux missions permanentes, et dans la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02, article premier, lettres f et i, de la CV de 1963).

A l'origine, le personnel engagé par l'Etat d'envoi en avait la nationalité et faisait partie de son personnel de carrière transférable. La pratique a toutefois évolué, notamment en raison des coûts liés au transfert de personnel (note du 16 mai 2006 émise par la Direction du droit international public du DFAE, *in*: RSDIE [17^e année, 2007,] p. 794.⁷⁴ Aussi l'administration suisse a-t-elle introduit une subdivision au sein du personnel de service étatique: aux côtés du «personnel de service» stricto sensu, qui comprend les employés de l'Etat d'envoi soumis au droit public étranger, coexiste le «personnel local», composé des employés de l'Etat d'envoi occupés à des tâches administratives ou domestiques, mais engagés sur une base de droit privé (suisse ou étranger). Cette distinction apparaît notamment dans une directive du DFAE entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006 («Directive 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», spécialement chiffres 1.3 et 1.4).

Dès le 1^{er} janvier 2008, les règles sur les privilèges, immunités et facilités accordés par la Suisse comme Etat hôte ont été regroupées et codifiées dans une seule loi fédérale qui confère au Conseil fédéral la compétence de réglementer les conditions de travail du personnel (article 27 de la Loi fédérale sur les privilèges, immunités et les facilités, ainsi que les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, LEH, RS 191.12).

L'Ordonnance fédérale relative à la LEH, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (OLEH, RS 192.121), contient une définition du «personnel local» des missions diplomatiques ou permanentes. Elle précise que celui-ci est soumis au droit du travail suisse, quels que soient sa nationalité et le lieu de son recrutement. Une éléction de droit pour l'application d'une législation étrangère n'est possible que dans le cadre défini par le droit suisse (article 18, alinéa 3, de l'OLEH, dans sa teneur antérieure au 1^{er} juillet 2011, RO 2007, p. 6664). Selon l'article 5 de l'OLEH, les membres du personnel local ne font pas partie du personnel transférable de l'Etat d'envoi. Ils peuvent avoir la nationalité de l'Etat d'envoi ou d'un autre Etat.

Quant à la notion de «personnel de service» stricto sensu, elle est définie dans l'Ordonnance fédérale sur les conditions

⁷² Voir la note 53.

⁷³ Voir la note 55.

⁷⁴ Pratique suisse 2006, n° 7.4, RSDIE, 17^e année, 2007, p. 794.

d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités, entrée en vigueur le 1er juillet 2011 (ODPr, RS 192.126), étant précisé que cette réglementation ne s'applique pas à ce type de personnel (cf. l'article premier, alinéa 3, lettre a, de l'ODPr). Selon l'article 3, alinéa 2, de l'ODPr, le personnel de service comprend les employés de l'Etat d'envoi soumis au droit public de cet Etat, lesquels sont généralement affectés à des tâches telles que chauffeur, huissier, concierge, personnel de nettoyage ou d'entretien dans les locaux de la chancellerie ou à la résidence du chef de mission.

4.2.3 En bref, les règles édictées par l'administration suisse distinguent entre les domestiques privés, engagés par un membre de la mission diplomatique ou permanente, et le personnel engagé par l'Etat d'envoi lui-même. Les premiers sont soumis au droit privé. Quant au personnel de l'Etat, il peut être soumis soit au droit public étranger (personnel de service), soit au droit privé, suisse ou étranger (personnel local).

...

4.5 Il reste à examiner si l'employée de l'Etat B. appartenait au personnel de service régi par le droit public étranger, ou au personnel local soumis au droit privé. La Cour cantonale, qui ne s'est pas contentée de faire sien l'avis exprimé par la Mission suisse [auprès des Nations Unies], a considéré que l'employée était liée par un rapport de droit public. La Cour s'est référée entre autres à l'acte de nomination, soit une «résolution» émise par un ministère de l'Etat B., à l'acte de même nature ayant mis fin aux rapports de service, à l'envoi d'une correspondance qui utilisait le terme «fonctionnaire» et se référait aux statut et voies de droit de la fonction publique de B. et à la délivrance d'un passeport de service. La recourante n'explique pas en quoi cette analyse serait erronée. Elle souligne tout au plus que son travail effectif ne correspondait pas au titre officiel d'auxiliaire administrative, ce qui n'exclut pas encore son incorporation dans la fonction publique. Il n'était pas contraire au droit fédéral de considérer que le rapport de travail litigieux relevait du droit administratif étranger. Par ailleurs, l'état de fait retenu dans l'arrêt attaqué ne permet pas de retenir que l'incorporation dans la fonction publique étrangère n'aurait eu d'autre fin que d'échapper à la juridiction et au droit suisses; l'on ne discerne du reste aucun grief précis dans le recours.

Il faut concéder que l'arrêt attaqué ne contient aucun élément selon lequel la recourante était une fonctionnaire «transférable», c'est-à-dire susceptible d'être envoyée dans un autre pays étranger sur simple prescription de service (cf. FF 2003, pp. 2695 et s.). Outre que cet élément ne donne lieu à aucun grief explicite de la recourante, il ne paraît pas déterminant. L'on ne saurait déduire de la réglementation suisse exposée ci-dessus (c. 4.2.2) que seuls les fonctionnaires «transférables» seraient soumis au droit public étranger, tandis que les fonctionnaires recrutés par une ambassade précise devraient obligatoirement être soumis au droit privé. L'article 3, alinéa 2, de l'ODPr, qui définit le «personnel de service», évoque uniquement le lien de droit public unissant les membres de ce personnel à l'Etat employeur, sans exiger qu'ils soient transférables. L'ordonnance est certes entrée en vigueur après les faits litigieux, mais rien n'indique qu'elle ait introduit une modification par rapport à la situation antérieure.

4.6 En bref, l'on ne saurait reprocher à la Cour de justice d'avoir enfreint le droit fédéral en considérant que la recourante était une fonctionnaire de l'Etat B., soumise au droit administratif de ce pays, et partant justiciable devant les autorités de ce pays.»

Arrêt du TF du 4 juin 2014 (4A_570/2013) dans la cause A. c. République B. (c. 4.2.2, 4.2.3, 4.5, 4.6). Sem. jud. 2015 I 30 (30–33).

7.6 Imposition des fonctionnaires d'organisations internationales et de leurs familles: taux global d'imposition

La communication qui suit porte sur l'imposition, selon le principe du taux global, du mari d'une fonctionnaire allemande de l'Organisation internationale du travail (OIT). D'après ce principe, le mari devait être imposé sur son revenu, mais selon le taux qui aurait été applicable aux revenus cumulés des deux époux.

[Traduction]

«Le 11 mars 1946, le Conseil fédéral a conclu avec l'OIT un accord de siège (accord de siège; RS 0.192.120.282) et un arrangement d'exécution (Arrangement d'exécution, RS 0.192.120.282.1). Selon l'article 26 de l'Accord de siège, c'est le Département fédéral des affaires étrangères qui est chargé de l'exécution de l'accord. Agissant dans le cadre de cette fonction, nous pouvons vous communiquer ce qui suit.

Selon le principe du taux global, on se fonde, pour calculer le taux applicable, sur l'ensemble des revenus du contribuable ou des contribuables, même si une partie seulement de ces revenus sont effectivement imposables. Dans le cas d'espèce se pose la question de savoir s'il peut être tenu compte, pour établir le taux d'imposition du contribuable, du salaire de son épouse, fonctionnaire de nationalité allemande de l'OIT. Il n'est pas contesté que les revenus du mari sont imposables.

1) Base juridique de l'exonération fiscale

Selon l'article 17, lettre b, de l'accord de siège, tous les fonctionnaires du BIT bénéficient de l'exonération de tous impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur les traitements, émoluments et indemnités qui leur sont versés par l'Organisation. Contrairement à d'autres instruments, l'accord de siège avec l'OIT ne prévoit pas l'application du taux global.

De plus, selon l'article 9, lettre d, de l'arrangement d'exécution, le personnel non suisse du BIT est exonéré des impôts fédéraux, cantonaux et communaux conformément aux usages établis pour le personnel non suisse des institutions internationales à Genève.

2) Non-applicabilité du principe du taux global lorsque son applicabilité n'est pas expressément prévue par traité

Le 9 août 1978 le Conseil fédéral a pris une décision sur l'application du principe du taux global aux fonctionnaires des Nations Unies à Genève. A cette époque, les Nations Unies estimaient, contrairement aux autorités fiscales du canton de Genève, que l'application de ce principe équivalait à une imposition indirecte et, comme telle, serait incompatible

avec l'accord de siège, en raison du fait que l'application du principe aurait pour effet, à elle seule, de conduire à la perception d'un impôt plus élevé. Le Conseil fédéral s'est rallié au point de vue de l'Organisation et de ses Etats membres et l'a dit dans une lettre adressée au canton de Genève (texte original en français):

«Nous sommes arrivés à la conclusion que l'application du taux global, ou subsidiairement du taux d'imposition prévu à l'article 32B de la Loi sur les contributions publiques,⁷⁵ n'est pas compatible avec les accords de siège passés par la Suisse en l'absence d'une disposition conventionnelle expresse. Il en résulte qu'en vertu du droit international ce système ne peut être maintenu sous sa forme présente.»

L'application du principe du taux global est donc incompatible avec les accords de siège qui omettent de prévoir l'application de ce principe. Ainsi les autorités fiscales du canton de Genève et des autres cantons concernés n'appliquent plus ce principe aux fonctionnaires des Nations Unies et d'organisations similaires.

3) Résultat

Dans le présent cas, qui concerne le mari d'une fonctionnaire allemande de l'OIT, le principe du taux global ne peut être appliqué pour deux raisons. Premièrement, l'accord de siège avec l'OIT ne mentionne pas expressément le taux global, ce qui conduit à la conclusion que, conformément à la décision du Conseil fédéral du 9 août 1978, l'application de ce principe n'est pas conforme au droit international public. En second lieu, l'arrangement d'exécution du 11 mars 1946 dispose que les collaborateurs étrangers de l'OIT jouissent des privilèges fiscaux offerts au personnel étranger des autres organisations internationales. Comme cela a été précisé, le principe du taux global n'est pas appliqué aux fonctionnaires des Nations Unies à Genève. C'est pourquoi son application au présent cas contreviendrait aux obligations internationales de la Suisse vis-à-vis de l'OIT.»

Communication de la DDIP au Département des finances du canton de St-Gall, du 17 décembre 2015. Document inédit.

7.7 Obligation des membres de la famille d'un fonctionnaire international de s'affilier à l'assurance-maladie suisse

Répondant à une demande de renseignements présentée par un membre de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de Genève, la Direction du droit international public a émis l'avis suivant concernant l'obligation de l'épouse d'un fonctionnaire français du Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme de s'affilier à l'assurance-maladie de la Suisse, Etat du siège du Fonds:

«Selon l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme en vue de déterminer le statut juridique du Fonds mondial en Suisse, du 13 décembre 2004 (RS 0.192.122.818.11), les fonctionnaires du Fonds mondial, qu'ils soient de nationalité étrangère ou de nationalité suisse, ne sont pas tenus de s'assurer à l'assurance-maladie suisse (article 17, alinéa 2, de l'accord).

Lorsqu'un accord de siège entre un bénéficiaire institutionnel au sens de la Loi sur l'Etat hôte et la Suisse⁷⁶ prévoit une exemption de l'obligation d'affiliation aux assurances sociales, le bénéficiaire institutionnel est tenu de prévoir une protection sociale équivalente à celle établie par la législation suisse. Les organisations internationales remplissent cette obligation en mettant en place pour leur personnel et les membres de leur famille une assurance unique couvrant tous les domaines des assurances sociales, à savoir aussi bien les risques de la vieillesse, survivants et invalidité que les risques de maladie. Il n'est généralement pas possible pour les personnes assurées de ne contribuer qu'à une partie des risques couverts, respectivement de renoncer à la couverture d'assurance-maladie prévue par l'organisation pour son personnel et les membres de leur famille.

Selon l'article 6, alinéa premier, de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie [OAMal, du 27 juin 1995] (RS 832.102), les personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités visées à l'article 2, alinéa 2, lettres a et c, de la loi ... sur l'Etat hôte (...) ne sont pas tenues de s'assurer. Elles peuvent demander à être soumises à l'assurance suisse. L'article 2, alinéa 2, de la loi sur l'Etat hôte englobe les personnes appelées, à titre permanent ou non, en qualité officielle auprès de l'un des bénéficiaires institutionnels mentionnés à l'alinéa premier de cet article (donc les titulaires principaux), entre autres les institutions internationales telle que le Fonds mondial et les personnes autorisées à les accompagner, y compris les domestiques privés.

L'article 20 de la loi sur l'Etat hôte définit quelles sont les personnes autorisées à accompagner un titulaire principal. Cette définition inclut le conjoint du titulaire principal. Le conjoint qui réside en Suisse peut être considéré comme personne accompagnante par l'organisation internationale concernée, notamment aux fins de l'inclure dans son système interne de sécurité sociale, indépendamment du statut ou du titre de séjour de la personne.

Selon notre compréhension, l'articulation des règles applicables à l'assurance-maladie obligatoire en Suisse se fonde sur le principe voulant que l'assuré bénéficie d'une couverture suffisante des risques obligatoirement assurés en Suisse tout en veillant à ce qu'il ne soit pas soumis à une double charge dans un domaine où il ne peut pas recevoir de double prestation. Ce principe est, en particulier, la base des règles relatives à la coordination des régimes d'assurances sociales dans le cadre de la libre circulation avec l'Union Européenne. C'est également, selon notre compréhension, le principe à la base de l'article 2, alinéa premier, lettre g, de l'OAMal ou encore de l'article 2, alinéa 2, de l'OAMal. Dans les deux cas, ces dispositions exemptent de l'assurance-maladie obligatoire suisse des personnes qui sont déjà obligatoirement assurées. Le conjoint au bénéfice d'un permis B d'un fonctionnaire international serait selon nous soumis à une double charge s'il devait être obligatoirement assuré à l'assurance-maladie suisse alors qu'il est déjà au bénéfice d'une assurance en tant que membre de famille d'un fonctionnaire international sans possibilité de renoncer à la couverture assurée par l'organisation internationale, et donc aux cotisations qui en découlent. Si l'on devait

⁷⁵ Loi genevoise du 14 décembre 1887 (Législation genevoise D 3 05).

⁷⁶ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (RS 192.12).

admettre qu'un conjoint assuré auprès d'une organisation internationale contre les risques de maladie en tant que personne accompagnante d'un fonctionnaire international devait être aussi obligatoirement assuré à l'assurance-maladie suisse, ce conjoint serait mis dans une situation moins favorable que les personnes bénéficiant des exceptions prévues à l'article 2 de l'OAMal.

Au vu de ce qui précède, il nous semble qu'une personne, étant une personne accompagnante d'un titulaire principal qui jouit des privilèges, immunités ou facilités, ne devrait pas être obligée de s'assurer auprès d'une assurance-maladie suisse dans le cas où cette personne est assurée auprès de l'assurance sociale de l'employeur du titulaire principal, lorsque cette assurance couvre également les risques de maladie en Suisse.»

Lettre de la DDIP à un membre de la Cour de justice de Genève, Chambre des assurances sociales, du 18 février 2015. Document inédit.

8. La responsabilité internationale

8.1 Responsabilité internationale de l'Etat: A quel moment y a-t-il violation d'une obligation internationale? Droit international et droit interne: application directe des règles conventionnelles sur le plan interne. Droits de l'homme

Dans le texte qui suit, la Direction du droit international public examine la question de savoir quand et dans quelles circonstances il y a violation d'une obligation internationale par un Etat.

[Traduction⁷⁷]

«1. Introduction et formulation de la question

Un Etat devient internationalement responsable lorsqu'il enfreint une obligation internationale et que ce comportement lui est imputable. En principe, il ne faut ni intention ni dommage (voir l'article 2 du Projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite⁷⁸). Il y a violation d'une obligation internationale quand le comportement d'un Etat n'est pas conforme à ce que l'obligation lui demande (article 12 du Projet).

Il faut se demander si l'Etat viole une telle obligation rien qu'en promulguant un texte *prima facie* contraire au droit international ou seulement lorsque ce texte reçoit une application concrète.

2. Résultat

La réponse à la question de savoir dans quelles conditions et quand un Etat enfreint une obligation internationale vis-à-vis d'un autre Etat dépend essentiellement du contenu de l'obligation («ce qui est requis de lui en vertu de [l']obligation»).

En principe, un Etat viole une obligation internationale à l'égard d'un autre Etat seulement lorsqu'il applique une législation nationale contraire au droit international. En effet, lorsqu'un traité définit des droits et obligations entre Etats, la violation ne se réalise qu'au moment où l'autre Partie au traité s'aperçoit de la violation, c'est-à-dire constate que ses droits ont effectivement été violés. Etant donné que l'effet de la législation interne est en général limité au plan interne, un autre Etat Partie au traité ne sera touché que lorsque cette législation lui est effectivement appliquée. Lorsque la législation n'empêche pas une application ou mise en œuvre conforme au droit international, notamment, sa seule adoption ne permet pas de conclure à une violation directe.

L'acte législatif étatique pourrait cependant résulter en une violation du droit international déjà au moment de son adoption lorsqu'il présente un certain degré de concrétisation. L'obligation internationale doit, elle aussi, présenter un degré de concrétisation suffisant, par exemple en imposant une mise en œuvre conforme à l'obligation ou en donnant un ordre concret (de faire, d'omettre ou de tolérer). Il en va ainsi notamment pour de nombreuses dispositions conventionnelles dans le domaine des droits de l'homme qui sont immédiatement applicables («self-executing»).

3. Sélection de cas de jurisprudence et de pratique

Dans son commentaire de l'article 12 de son Projet, la CDI dit notamment ceci:

«aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie. La simple adoption d'une loi incompatible peut entraîner la violation de certaines obligations. Dans ce cas, la seule adoption de la loi en question engage la responsabilité internationale de l'Etat qui promulgue, le législateur lui-même étant un organe de l'Etat aux fins de l'attribution de la responsabilité. Dans d'autres circonstances, il se peut que l'adoption d'une loi ne constitue pas en soi une violation, en particulier si l'Etat concerné a la possibilité de donner effet à cette loi d'une manière qui ne violerait pas l'obligation internationale en question. En pareil cas, l'existence ou non d'une violation dépend d'une mise en application de cette loi et de la façon dont elle le sera.»⁷⁹

Ce sont notamment la CIJ [Cour internationale de Justice], la CPJI [Cour permanente de Justice internationale], un groupe de l'OMC [Organisation mondiale du commerce⁸⁰], la CeurDH [Cour européenne des droits de l'homme] et la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁸¹ qui, à l'occasion de certains cas, se sont prononcés sur la question:

Lors d'une collision entre un navire battant pavillon turc et un navire battant pavillon français, des membres d'équipage turcs avaient péri. La Turquie engagea des poursuites pénales contre le capitaine du navire français en raison du fait que le Code pénal turc, à son article 6, prévoyait la compétence des tribunaux turcs pour des actes commis en territoire turc ou y prenant effet. La France, quant à elle, fit valoir qu'aucune règle du droit international ne prévoyait la

⁷⁷ Sauf pour plusieurs extraits d'arrêts ou décisions, reproduits en français dans le texte du présent document.

⁷⁸ Commission du droit international (CDI), Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001), Résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies [Annuaire de la CDI 2001, vol. II/2, p. 31].

⁷⁹ Annuaire de la CDI 2001, vol. II/2, p. 60 (les notes contenues dans ce texte ont été omises).

⁸⁰ Organisation établie par l'Accord du 15 avril 1994 (RS 0.632.20).

⁸¹ Cour établie par la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, Conseil de l'Europe (dir.), Droits de l'homme en droit international, 3^e éd., Strasbourg 2007, p. 673.

compétence de la Turquie, car [c'est la Cour qui parle] « quand bien même l'article 6 eût été jugé incompatible avec les principes du droit international, comme il eût pu se faire que les poursuites intentées eussent été fondées sur une autre disposition législative turque, qui elle, ne serait pas incompatible avec lesdits principes, il en résulte que, du seul fait de la non-conformité éventuelle auxdits principes de l'article 6, l'on ne saurait conclure à la non-conformité des poursuites elles-mêmes ».⁸²

L'acte législatif interne doit être relativement concret pour entraîner directement une violation. Lorsqu'il permet une mise en œuvre ou application conforme au droit international, en revanche, on ne saurait conclure à une violation:

« S'agissant de la règle de la carence procédurale, dont l'application dans la présente affaire a constitué, selon l'Allemagne, une violation du paragraphe 2 de l'article 36 [du Statut de la CPIJ]⁸³, la Cour tient à souligner qu'il y a lieu d'établir une distinction entre cette règle en tant que telle et son application en l'espèce. En elle-même, cette règle ne viole pas l'article 36 de la Convention de Vienne.⁸⁴ Le problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe premier de l'article 36 de la convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer sans retard les autorités consulaires compétentes, empêchant par là-même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi ».⁸⁵

En revanche, lorsqu'un traité oblige les Parties à adopter une législation conforme (celui relatif à l'OMC, par exemple), déjà un acte qui ne l'est pas constitue une violation du traité:

« [...] cette législation comme telle, indépendamment de l'application qui en est faite dans des cas spécifiques, peut enfreindre des obligations GATT/OMC;⁸⁶ pour donner un exemple, une législation prévoyant une discrimination fiscale à l'encontre de produits importés a été jugée contraire aux règles du GATT avant même son application... L'article XVI.4 de l'Accord OMC ... dispose: 'Chaque Membre doit assurer la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe.' ... 'La législation peut donc enfreindre des obligations OMC.' Il doit en aller de même pour l'article 23 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends,⁸⁷ non seulement en raison de la jurisprudence ci-dessus mentionnée et de l'article XVI.4, mais aussi, simplement, en raison de la nature des obligations prévues à l'article 23.'⁸⁸

Dans plusieurs cas, la CeurDH a admis, exceptionnellement, la qualité de victimes des requérants même en l'absence d'acte d'application:

« lorsque le requérant n'était pas en mesure de démontrer que la législation qu'il incriminait ... lui avait été effectivement appliquée, du fait du caractère secret des mesures qu'elle autorisait »;⁸⁹

« ... lorsque le requérant était obligé de changer de comportement sous peine de poursuites pénales »;⁹⁰

« ... lorsque le requérant faisait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation »;⁹¹

« ... [lorsque] la requérante ne prétend pas avoir été condamnée – ni même verbalisée ou contrôlée – pour avoir porté le voile intégral dans l'espace public. Un particulier peut cependant soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution et donc se dire 'victime' au sens de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950,⁹² 68 s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation. Tel est le cas, au regard de la Loi du 11 octobre 2010,⁹³ 69 des femmes qui, comme la requérante, résident en France et souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses. Elles se trouvent de ce fait devant un dilemme ...: soit elles se plient à l'interdiction et renoncent ainsi à se vêtir conformément au choix que leur dicte leur approche de leur religion; soit elles ne s'y plient pas et s'exposent à des sanctions pénales ».⁹⁴

Dans le cas de l'interdiction suisse de construire des minarets, en revanche, la CeurDH n'a pas admis les requêtes, car la qualité de victimes (potentielles) faisait défaut:

« ... il doit exister un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée. ... S'il est vrai qu'un individu peut, dans des circonstances très particulières, se prétendre victime d'une violation occasionnée par la simple existence d'une législation prévoyant certaines mesures sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées, tel ne semble pas être le cas en l'espèce. ... Par ailleurs, l'interdiction de construire des minarets n'étant assortie d'aucune sanction pénale, elle n'est pas susceptible d'influencer le comportement du requérant, qui demeure libre d'exercer la religion musulmane et de contester publiquement l'opportunité de la modification constitutionnelle litigieuse. ... La Cour observe finalement que le requérant n'allègue pas qu'il pourrait envisager dans

⁸² Affaire du *Lotus* [Cour permanente de Justice internationale,] arrêt du 7 septembre 1927 [CPIJ, série A, n° 10,] p. 24.

⁸³ Disposition identique à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la CIJ (RS 0.193.501).

⁸⁴ Convention du 23 mai 1969 sur le droit des traités, voir la note 1.

⁸⁵ Affaire *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 2011, CIJ [Cour internationale de Justice], Recueil 2011, paragraphes 90–91.

⁸⁶ GATT, General Agreement on Tariffs and Trade [Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce,] du 30 octobre 1947 (RS 0.632.21).

⁸⁷ Article intitulé «renforcement du système multilatéral».

⁸⁸ OMC, Rapport du Groupe, *Etats-Unis, Sections 301-310 du Trade Act de 1974 (WT/DS152/R)*, 22 décembre 1999, paragraphes 7.34–7.57.

⁸⁹ *Klass et autres c. Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, paragraphe 34.

⁹⁰ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1961, paragraphes 40–41; *Norris c. Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, paragraphes 31 et 29; *Bowman c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1998, paragraphe 29.

⁹¹ *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, paragraphe 27; *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, paragraphe 42; *Open Door et Dublin Well Woman*, arrêt du 29 octobre 1992, paragraphes 43–44.

⁹² RS 0.101. L'article 34 dispose: «La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.»

⁹³ Loi française n° 2010-1192.

⁹⁴ *S.A.S. c. France*, arrêt du 1^{er} juillet 2014, paragraphe 57 (affaire dite de la Bourka).

un avenir proche la construction d'une mosquée pourvue d'un minaret.»⁹⁵

Pour ce qui est du point de savoir quel est l'effet de la législation qui contredit la Convention américaine des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit ceci [traduction]:

« Il n'y a pas de doute que ... l'obligation de prendre toutes les mesures pour donner effet aux droits et libertés garantis par la convention comprend l'engagement de ne pas adopter des mesures qui enfreindraient ces droits et libertés. ... Un Etat peut violer un traité international, et en particulier la convention [américaine], de nombreuses manières. ... il peut adopter des dispositions contraires à ses obligations conventionnelles. ... Là où il en va de sa juridiction contentieuse, l'analyse doit toutefois être différente. Il faut noter, premièrement, qu'une loi qui entre en vigueur n'a pas nécessairement d'effet sur l'espace juridique d'individus déterminés. Cette loi peut requérir une activité normative ultérieure, la conformité avec des conditions additionnelles ou, simplement, sa mise en œuvre par les autorités étatiques pour produire cet effet. Il se peut aussi, toutefois, que les individus assujettis à la règle [conventionnelle] en cause soient affectés par elle dès son entrée en vigueur. ... la Cour les désignera par l'expression ' règles directement applicables ' (' self-executing ') en l'absence d'un terme plus clair. ... Les lois qui ne sont pas directement applicables ont pour seul effet de permettre aux autorités de prendre les mesures prévues par elles. Elles n'ont pas, en tant que telles, le caractère de violations de droits de l'homme. Lorsqu'il s'agit de lois directement applicables, telles qu'elles viennent d'être définies, la violation de droits de l'homme, individuels ou collectifs, se produit après leur promulgation.»⁹⁶

Le Conseil fédéral a lui aussi envisagé la possibilité que la loi en elle-même peut, déjà, constituer une violation du droit international:

« En principe, un Etat ne peut rendre responsable un autre Etat d'une violation du droit des gens à l'égard d'un de ses ressortissants qu'une fois que tous les moyens d'action offerts par la législation interne auront été épuisés c'est-à-dire qu'une fois que tous les moyens juridiques offerts par le droit interne auront été utilisés, à moins qu'une atteinte au droit des gens ne résulte dans des cas déterminés d'une mesure d'ordre général, par exemple d'une loi elle-même, et non seulement de son application.»⁹⁷

Avis de droit de la DDIP du 13 mars 2015. Document inédit.

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

(Voir aussi le no 11.1)

9.1 Sécurité collective: sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies à l'encontre de personnes physiques et morales ayant des liens avec des groupes terroristes. Droits de l'homme et droit international humanitaire

Dans une motion déposée en 2009, M. D. Marty, député au Conseil des Etats, s'inquiéta du sort des personnes placées sur la «liste noire» du Conseil de sécurité des Nations Unies et adressa les demandes suivantes au Conseil fédéral:

«1. Le Conseil fédéral est invité à communiquer au Conseil de sécurité de l'ONU qu'à partir de la fin de cette année il n'appliquera plus les sanctions prises à l'encontre des personnes physiques sur la base des résolutions adoptées au nom de la lutte contre le terrorisme, dans la mesure où

- les personnes concernées se trouvent sur la «liste noire» depuis plus de trois ans et n'ont toujours pas été déférées à la justice;
- elles n'ont pas eu la faculté de recourir auprès d'une autorité indépendante;
- aucune accusation n'a été retenue à leur encontre par une autorité judiciaire; et
- aucun élément nouveau à charge n'a pu être formulé depuis leur inscription dans la liste.

2. Le Conseil fédéral, tout en réaffirmant sa volonté inébranlable de collaborer dans la lutte contre le terrorisme, doit clairement faire valoir qu'il n'est pas possible pour un pays démocratique fondé sur la primauté du droit que des sanctions prononcées par le Comité des sanctions, en dehors de toute garantie processuelle, aient pour conséquence qu'on suspende, pendant des années et en dehors de toute légitimité démocratique, les droits fondamentaux les plus élémentaires, ces droits justement proclamés et propagés par l'Organisation des Nations Unies.

Cela se passe en Suisse au XXI^e siècle sur la base de décisions prises par une organisation internationale censée promouvoir les valeurs de la démocratie, des droits de l'homme et de la paix. Il faut reconnaître et saluer les efforts de la diplomatie suisse pour essayer de modifier et améliorer ces procédures. Les résultats sont, hélas, modestes et encore insuffisants.

Il est inadmissible que par le biais du droit international et à la suite de décisions d'un organisme sans aucune légitimité démocratique on puisse court-circuiter, pendant des années, les principes fondamentaux de notre démocratie et de notre Etat de droit.»

Voici la réponse du Conseil fédéral:

⁹⁵ *Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2011; *Ouardiri c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2011.

⁹⁶ Responsabilité internationale pour la promulgation et la mise en œuvre de lois contraires à la Convention (articles premier et 2 de la Convention américaine des droits de l'homme), avis consultatif OC 14/94, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, n° 14 (1994), paragraphes 35–42.

⁹⁷ Message [du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 2 juillet 1965.] concernant l'insertion dans la Constitution d'un article 45^{bis} sur les Suisses à l'étranger (FF 1965 II 401 (452)).

«Les Résolutions nos 1267 (1999) et suivantes du Conseil de sécurité des Nations Unies, adoptées sur la base du chapitre VII de la Charte de l'ONU, obligent les Etats membres à prendre différentes sanctions à l'encontre de personnes liées au groupe Al-Qaida et aux Talibans. Les personnes physiques et morales auxquelles les sanctions s'appliquent sont énumérées dans une liste («liste récapitulative») publiée et mise à jour par le Comité du Conseil de sécurité mis en place conformément à la résolution no 1267 (ci-après: Comité): Le 30 juin 2008, par sa Résolution no 1822, le Conseil de sécurité a introduit d'importantes mesures visant à améliorer la procédure d'inscription sur la liste récapitulative («listing»), notamment la publication, sur le site Internet du Comité, d'un résumé des motifs de l'inscription. Le Conseil fédéral est également très satisfait que, selon la résolution no 1822, le Comité doive procéder à une révision périodique de tous les noms figurant sur la liste récapitulative, afin que cette liste soit aussi exacte et à jour que possible. Un certain progrès a aussi été enregistré en ce qui concerne la radiation des listes des sanctions (le «delisting»). En effet, depuis décembre 2006 (voir la Résolution no 1730 du Conseil de sécurité), les personnes qui font l'objet de sanctions peuvent demander leur radiation de la liste récapitulative directement auprès d'un organe de l'ONU (Point focal), sans passer par un Etat. Néanmoins, un retrait de la liste récapitulative ne peut se faire qu'avec l'accord des quinze Etats membres du Comité. On doit donc constater l'absence d'un mécanisme indépendant de radiation des listes.

Les droits humains et le droit international humanitaire doivent toutefois être respectés, même dans la lutte contre le terrorisme. Le Conseil fédéral admet que les procédures d'inscription et de radiation de la liste récapitulative ne sont pas exemptes de critiques. La Suisse s'allie à des Etats partageant cette opinion pour faire en sorte que toute l'attention nécessaire soit accordée à ce problème. Elle a lancé une initiative visant à établir des procédures équitables et transparentes dans le système des sanctions de l'ONU. Conjointement avec le Danemark, l'Allemagne, le Liechtenstein, les Pays-Bas et la Suède, elle a proposé, en mai 2008, la création d'une instance, composée d'experts indépendants, auprès de laquelle les personnes visées puissent faire examiner leur demande de radiation de la liste récapitulative. Cette proposition a été publiée comme document officiel de l'ONU (sous le n° A/62/891-S/2008/428) et peut être consultée sur le site Internet du Département fédéral des affaires étrangères (<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/peasec/sec/fiter/prothr.html>).

Le Conseil fédéral entend poursuivre son engagement en vue de mieux faire respecter les droits humains dans les procédures de sanction de l'ONU. C'est ainsi que la Suisse s'est exprimée à maintes reprises, souvent de manière critique, lors des débats ouverts organisés par le Conseil de sécurité, sur les mesures des régimes de sanctions. La dernière intervention de la Suisse à ce sujet date du mois de mai 2009 (les déclarations de la Suisse peuvent être consultées sur le site Internet de la Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies à New York à l'adresse suivante: (<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intorg/un/missny.htm>)). Cependant, en qualité d'Etat membre de l'ONU, la Suisse est obligée d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité (voir l'article 48 de la Charte de l'ONU). Cette obligation a été confirmée par le Tribunal fédéral dans son arrêt 1A.45/2007 du 14 novembre 2007.⁹⁸ La Suisse ne peut pas établir unilatéralement des critères qui relativiseraient la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité adoptées sur la base du chapitre VII de la Charte de l'ONU. Si elle devait refuser d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité, le système des sanctions perdrait en crédibilité et cela pourrait inciter tout autre Etat à se soustraire aux sanctions, ce qui constituerait un précédent lourd de conséquences. Il n'en demeure pas moins que la Suisse essaie dans la mesure du possible d'utiliser la marge de manœuvre que lui laissent les résolutions du Conseil de sécurité et compte continuer à s'investir pour une amélioration des procédures et des garanties judiciaires des personnes touchées par des sanctions. Les réflexions de l'auteur de la motion (voir le chiffre premier de la motion) sont très utiles à cet égard. C'est précisément dans ce sens que la Suisse travaille depuis plusieurs années pour concilier les besoins légitimes de la communauté des Etats en matière de protection contre les actes terroristes d'une part, et les droits des personnes touchées par des sanctions d'autre part.

Si la motion est acceptée par le premier Conseil, le Conseil fédéral demandera la transformation de cette dernière en un mandat d'examen portant sur la possibilité de clarifier ce qui peut être entrepris d'avantage afin de rendre le système des sanctions du Conseil de sécurité conforme aux principes de l'Etat de droit et aux libertés fondamentales.»

Motion déposée le 12 juin 2009 par M. D. Marty, député au Conseil des Etats, et avis du Cons. féd. du 19 août 2009. BO CE, Annexes (n° 09.3719-Motion). Ce texte a fait l'objet de discussions au sein des Commissions des affaires étrangères du CN et du CE de 2009 à 2015.

9.2 Droit de l'espace et légitime défense

L'étude qui suit a pour objet l'exercice du droit de légitime défense dans l'espace extra-atmosphérique.

«I. Subordination du droit international spatial à la Charte des Nations Unies

Le Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, conclu le 27 janvier 1967 et entré en vigueur le 10 octobre 1967, ci-après le «Traité de l'espace»,⁹⁹ prévoit à son article 3 la subordination de l'espace à la Charte des Nations Unies (ci-après «la Charte»).¹⁰⁰ 103 Etats en sont Parties, y inclus la Suisse (entrée en vigueur le 18 décembre 1969), dont les principales puissances spatiales. Le droit de l'espace doit être considéré comme une *lex specialis* par rapport

⁹⁸ ATF 133 II 450, Pratique suisse 2007, n° 1.6, RSDIE, 18^e année, 2008, p. 467.

⁹⁹ RS 0.790.

¹⁰⁰ L'article III du Traité sur l'espace stipule: «Les activités des Etats Parties au Traité relatives à l'exploration et à l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, doivent s'effectuer conformément au droit international, y compris la Charte des Nations Unies, en vue de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser la coopération et la compréhension internationales.»

à la Charte. Cependant, selon l'article 103 de la Charte,¹⁰¹ celle-ci prévaut en cas de conflit entre les obligations internationales des Etats et de la Charte.

II. Interdiction du recours à la force et légitime défense

L'interdiction de la menace ou du recours à la force est consacrée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. Elle ne souffre que deux exceptions: des actions prises dans le cadre du chapitre VII de la Charte et la légitime défense de l'article 51.¹⁰² La légitime défense de l'article 51 présuppose une agression armée et ne peut se poursuivre que jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour rétablir la paix et la sécurité internationales. De plus, les mesures de défense prises à la suite de l'agression doivent répondre au principe de proportionnalité.¹⁰³ Le champ d'application exact de l'article 51 ne fait pas l'objet d'un consensus sur la scène internationale. Quoique certains pays préfèrent une approche restrictive, d'autres pays ont une définition large du droit à la légitime défense et y incluent la légitime défense préventive. Dans de nouvelles configurations inexistantes lors de la rédaction de la Charte, des questions d'applications restent actuellement sans réponse (par exemple: la définition d'une agression armée au sens de la Charte dans le cadre de la sécurité cybernétique).

III. Légitime défense et droit international spatial

De même, la subordination de l'espace à la Charte des Nations Unies ne va pas sans poser certains problèmes d'application dus aux spécificités juridiques de l'espace.

a) Territorialité

Malgré de nombreuses tentatives, aucun accord international ne distingue l'espace aérien, dans lequel les Etats exercent leur souveraineté, de l'espace. Une des caractéristiques principales du droit de l'espace est l'absence de la notion de souveraineté. En effet, comme conséquence du principe de non-appropriation, les Etats ne peuvent s'approprier un corps céleste et ne peuvent y revendiquer leur souveraineté par application du principe de territorialité.

b) Définition de l'agression armée

Dans le contexte terrestre de l'article 51 de la Charte, il n'existe pas de définition claire de l'agression armée. L'interprétation évolue au gré de la technologie utilisée. Depuis quelques années, la question de la définition de l'agression armée se pose notamment au regard des attaques des forces non étatiques et des attaques cybernétiques. Ainsi, parmi les interrogations actuelles figurent les questions suivantes: Quel est le degré d'intensité requis pour qu'une attaque constitue une agression armée? Dans le cas d'attaques menées par des forces irrégulières, quel degré d'implication de l'Etat dans l'attaque est nécessaire pour que celle-ci lui soit imputable? La légitime défense peut-elle être invoquée en cas d'agression armée menée par des forces non étatiques?

Dans le domaine spatial, la définition d'une agression armée pose des questions similaires:

- Intensité de l'agression armée: S'il est probable que la destruction matérielle d'un objet spatial issue d'une volonté hostile soit considérée comme une agression armée, les questions du piratage, du brouillage des fréquences et de la désorbitation¹⁰⁴ de satellites restent ouvertes.
- Définition de l'arme per se: Dans le domaine spatial, elle est problématique. La plupart des satellites sont utilisés tant à des fins civiles que militaires, ce qui rend une qualification claire difficile. De plus, un satellite hors d'état d'être utilisé pour entrer en collision avec un autre objet dans le but de le détruire doit-il être considéré comme une arme?

c) Actions de légitime défense

Dans l'hypothèse d'un cas d'application de l'article 51 de la Charte dans l'espace se pose la question des actions de légitime défense que l'Etat agressé peut prendre. Ces actions sont régies et limitées par des exigences de proportionnalité et de nécessité. Ainsi, celles-ci doivent être proportionnelles de par leur taille, le matériel utilisé, la durée, etc. par rapport à l'agression subie et au but de légitime défense, et nécessaires, c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'autre réponse appropriée ayant moins de conséquences négatives.

En cas d'action de légitime défense prise dans l'espace, ces deux critères doivent être appréciés au regard de leur impact. Les aspects suivants doivent être pris en considération:

- Si deux types de mesures permettent d'atteindre le même but, la nécessité et la proportionnalité exigeront que les mesures les moins destructrices soient prises. Dans l'espace, cela peut, par exemple, signifier qu'un brouillage temporaire des données transmises par un satellite devrait être préféré à la destruction de celui-ci.

Contrairement à des mesures prises sur sol terrestre qui peuvent cibler un territoire précis, une éventuelle destruction d'un objet spatial entraînera des effets dommageables, indifférenciés,¹⁰⁵ considérables¹⁰⁶ et de longue durée.¹⁰⁷

¹⁰¹ L'article 103 dispose: «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.»

¹⁰² L'article 51 de la Charte a la teneur suivante: «Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.»

¹⁰³ La définition exacte de l'agression armée est de la plus grande importance puisque la victime de l'agression peut réagir en légitime défense, c'est-à-dire peut user légalement de la force armée. Toutefois, il n'existe pas de consensus international quant au moment où la situation justifie le recours à la légitime défense. Des mesures préventives, soit des mesures de défense prises face à une possible agression armée future (non pas face à des indices concrets d'une attaque imminente), ne sont pas compatibles avec la Charte des Nations Unies. Les Etats-Unis, en particulier, argumentent pour une interprétation large du droit à la légitime défense.

¹⁰⁴ Par exemple, un éventuel satellite permettant de ramener les débris spatiaux sur terre (comme le projeté le Clean Space One de l'EPFL [Ecole polytechnique fédérale à Lausanne] visant à ramener le satellite Swiss Cube sur terre) peut être considéré par les Etats-Unis comme une violation de la réglementation américaine sur le trafic d'armes au niveau international, donc comme une agression.

¹⁰⁵ Pas de distinction entre les satellites des Etats touchés par les déchets et la pollution indifférenciée.

¹⁰⁶ Un débris peut transpercer un satellite de part en part.

¹⁰⁷ Aucune opération de «dépollution» n'a été entreprise.

Partant, à cause de la problématique des débris spatiaux,¹⁰⁸ l'exigence de nécessité et de proportionnalité réduira largement la portée de la légitime défense.

• La relation entre des actions de légitime défense dans l'espace prises en réaction à une agression armée terrestre, et inversement, doit aussi être examinée à la lumière de l'exigence de proportionnalité et de nécessité. Au vu de la problématique des déchets spatiaux, sous l'angle de la proportionnalité, une attaque terrestre devrait être préférée à une attaque spatiale si les dommages collatéraux causés par l'attaque peuvent être limités géographiquement et temporellement.»

Note interne de la DDIP du 15 octobre 2015. Document inédit.

10. Le droit des conflits armés

(Voir aussi le n° 9.1)

10.1 Conflits armés et protection de l'environnement

Le passage ci-après, extrait d'une déclaration faite par la délégation suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, porte sur le Rapport de la Commission du droit international (67^e session, 4 mai – 5 juin et 6 juillet – 7 août 2015, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 70^e session, Supplément n° 10, A/70/10), plus particulièrement sur les travaux concernant la protection de l'environnement en relation avec les conflits armés (Rapport, pp. 112–123). Dans cette déclaration, la délégation aborde trois points:

• «Premièrement, l'environnement naturel est placé sous la protection générale que le droit international humanitaire accorde aux biens de caractère civil dans le cadre de conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux. Les attaques directes à l'encontre de l'environnement naturel sont interdites dans la mesure où ce dernier ne constitue pas un objectif militaire. Lorsqu'on évalue les attaques à l'encontre de cibles militaires légitimes à la lumière du principe de proportionnalité, les dommages qui pourraient être causés incidemment à l'environnement naturel doivent être pris en considération. En outre, l'interdiction de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités militaires, s'applique également à l'environnement naturel. A cet égard, nous saluons aussi l'interdiction expresse de représailles ayant pour cible l'environnement naturel.

• Deuxièmement, outre la protection générale, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève¹⁰⁹ prévoit une protection spéciale pour l'environnement naturel. Il dispose notamment que, dans la conduite de la guerre, il convient de veiller à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages. Si aucune convention ne protège spécifiquement l'environnement dans le cadre de conflits armés non internationaux, le droit international coutumier prévoit certaines règles, dont le champ d'application pourrait être précisé ou étendu.

• Enfin, le concept de zone démilitarisée, tel que décrit à l'article 60 du Protocole additionnel I,¹¹⁰ pourrait être très utile à la protection de zones revêtant une importance majeure sur le plan environnemental. C'est pourquoi la Suisse s'intéresse au concept de «zone protégée», proposé dans les projets de principes, qui pourrait aider à rendre opérationnel et à renforcer le concept de «zone démilitarisée» dans le cadre des conflits armés internationaux ainsi que non internationaux. Il pourrait être intéressant de clarifier les différences et les synergies potentielles de ces deux concepts.»

Déclaration faite par la Suisse le 9 novembre 2015 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Version écrite. Pour un autre extrait de cette déclaration, voir le no 5.1.

11. La neutralité

11.1 Neutralité suisse: obligations de l'Etat neutre; neutralité et sécurité collective; repères d'un engagement de la Suisse en tant que membre non permanent du Conseil de sécurité des Nations Unies

Les textes qui vont suivre sont tirés d'un rapport du Conseil fédéral répondant à un postulat de la Commission de politique extérieure du Conseil National. Ce Rapport examine la candidature de la Suisse à un siège non permanent au Conseil de sécurité des Nations Unies pour la période allant de 2023 à 2024. Les passages retenus examinent les relations entre le statut de neutralité permanente de la Suisse et celui de membre non permanent du Conseil de sécurité.

«[1.] Les obligations d'un Etat neutre

Le droit de la neutralité fixe les droits et les obligations existant entre les Etats belligérants et les Etats neutres dans le cadre d'un conflit armé international. Il est régi par les Conventions de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime,¹¹¹ ainsi que

¹⁰⁸ <https://debris-spatiaux.cnes.fr/fr/node117>.

¹⁰⁹ Protocole du 8 juin 1977, voir ci-dessus, note 14.

¹¹⁰ L'article 60, paragraphe premier, du Protocole I dispose: «Il est interdit aux Parties au conflit d'étendre leurs opérations militaires aux zones auxquelles elles auront conféré par accord le statut de zone démilitarisée si cette extension est contraire aux dispositions d'un tel accord.»

¹¹¹ Conventions du 18 octobre 1907 (RS 0.515.21 et 22).

par le droit coutumier international. A l'origine, la limitation principale pour les Etats neutres consistait en un renoncement de principe à s'engager dans un conflit armé entre Etats pour imposer ses objectifs politiques. Entre-temps, toutefois, l'interdiction de recourir à la force s'impose à tous les Etats dans le cadre de l'ONU.

En plus de l'interdiction de recourir à la force, les pays neutres n'ont pas le droit de soutenir ou de désavantager militairement l'une des parties au conflit, notamment en mettant à sa disposition troupes ou armes. Interdiction leur est faite de mettre leur territoire à la disposition des belligérants si ceux-ci entendent l'utiliser à des fins militaires, par exemple pour y faire transiter des troupes ou pour le simple survol. En temps de paix, l'obligation d'un pays durablement neutre se limite à ne pas prendre d'engagements irrévocables, qui l'empêcheraient en cas de conflit de respecter ses devoirs de neutralité. Il s'ensuit l'interdiction d'installer des points d'appui étrangers sur le territoire neutre et d'adhérer à des alliances militaires comme l'OTAN [Organisation du Traité de l'Atlantique Nord].

Le droit de la neutralité ainsi résumé se conjugue avec la politique de neutralité. Celle-ci regroupe un ensemble de mesures que prend l'Etat neutre de sa propre initiative pour garantir l'efficacité et la crédibilité de sa neutralité telle que définie dans le droit de la neutralité. La mise en œuvre de cette politique relève de l'appréciation de l'Etat concerné. Il prend en compte l'évolution du contexte extérieur et des considérations de politique de sécurité. La politique de neutralité de la Suisse va de pair avec sa tradition humanitaire, pour faire d'elle un acteur solidaire et responsable dans la lutte contre les causes de la violence, la protection des victimes des conflits et la restauration de la paix. Le principe de neutralité s'articule aussi avec celui de l'universalité et celui de l'Etat de droit, sur la base desquels la Suisse entretient, dans la mesure du possible, de bonnes relations avec l'ensemble des Etats du monde sur la base commune du respect du droit.

L'ONU, y compris le Conseil de sécurité, accepte la neutralité ou le non-alignement de ses Etats membres. Elle n'est pas une alliance militaire. Une analyse des résolutions du Conseil de sécurité sur la dernière décennie montre, d'une part, qu'une proportion minime du travail du Conseil de sécurité implique la prise de mesures coercitives.¹¹² Elle montre, d'autre part, que lorsque le Conseil de sécurité prend des mesures coercitives, celles-ci ne se rapportent que peu fréquemment à un conflit armé interétatique (condition nécessaire à l'application de la neutralité), puisque les conflits actuels sont en immense majorité de nature interne. Enfin, même lorsque le Conseil de sécurité prend des mesures coercitives dans des situations de conflits armés internationaux, il agit sur mandat de l'ensemble des Etats membres comme gardien de l'ordre mondial chargé de préserver et de rétablir la paix. Il n'agit donc pas comme partie au conflit. Les mesures coercitives qu'il prend à l'encontre d'un Etat menaçant ou rompant la paix ne constituent pas des actes de guerre au sens du droit de la neutralité, mais sont destinées à rappeler à l'Etat qu'il doit respecter les obligations auxquelles il a librement consenti en adhérant à la Charte. C'est pourquoi la neutralité ne s'applique pas aux mesures coercitives adoptées par le Conseil de sécurité.

En revanche, tant que le Conseil de sécurité n'a pas adopté de mesures pertinentes, la Suisse continue à invoquer sa neutralité en cas de conflit armé international. Un siège au Conseil de sécurité n'y changerait rien. Telle avait déjà été la position de la Suisse par rapport au conflit au Kosovo en 1999 ou au conflit en Irak en 2003, par exemple. Comme l'ONU n'avait pas autorisé le recours à la force, la Suisse n'avait autorisé les survols vers ces zones de conflits que lorsqu'ils revêtaient un caractère humanitaire et non lorsqu'ils revêtaient un caractère militaire.

[2.] La neutralité suisse et la sécurité collective

La neutralité est un principe important de la politique étrangère et de sécurité de la Suisse. Du point de vue historique et constitutionnel, elle n'a jamais été un but en soi, mais un des instruments permettant à la Suisse d'œuvrer à ses objectifs, en particulier d'assurer son indépendance et sa sécurité et de promouvoir un ordre international juste et pacifique (article 2, chiffre 4, de la Cst.). C'est la raison pour laquelle les fondateurs de la Confédération moderne ont renoncé à inscrire la neutralité dans l'article de la Constitution qui énonce les buts de la Confédération. Un siège au Conseil de sécurité renforcerait le levier de la Suisse pour remplir ses buts constitutionnels consistant à protéger son indépendance et sa sécurité et à promouvoir un ordre international juste et pacifique.

L'engagement général des Etats membres de l'ONU à renoncer à recourir à la force pour faire valoir leurs intérêts s'allie bien avec la neutralité. De nombreux conflits ou menaces de conflits étant portés devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, la Suisse pourrait, si elle en était membre, poursuivre son engagement en faveur de la paix dans ce cadre. Il en va finalement de son intérêt que prédomine un ordre pacifique basé sur l'Etat de droit et donc que le respect du droit international, en particulier de l'interdiction du recours à la force, soit imposé à tous les Etats. Partant, elle reconnaît qu'il ne peut y avoir d'attitude neutre, entre un Etat qui rompt la paix ou met gravement en danger l'ordre international et l'ensemble des autres membres de la communauté internationale qui tente de le rappeler à l'ordre.

Vu le caractère global et multidimensionnel des défis sécuritaires, la Suisse a un intérêt renforcé à participer à un système de sécurité collective efficient fonctionnel.¹¹³ Elle poursuit ce but de politique extérieure tout en restant fidèle à sa neutralité et en utilisant la marge de manœuvre dont elle dispose. Depuis les années nonante, le Conseil fédéral rappelle régulièrement que la neutralité permet une participation à des systèmes internationaux de préservation de la paix et de la sécurité et une action concertée contre les menaces communes. Or le Conseil de sécurité est justement l'organe auquel est délégué le système de sécurité collective au niveau mondial. L'ensemble des Etats lui a conféré «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales» (article 24, alinéa premier, de la Charte).

¹¹² Premièrement, le Conseil de sécurité n'adopte pas uniquement des résolutions, mais il consacre également une partie importante de ses séances à des échanges de vues et des consultations (élections, réunions de haut niveau, réunions avec des acteurs non membres du Conseil de sécurité, briefings de présidents de tribunaux internationaux, de hauts-représentants de l'ONU ou d'autres acteurs pertinents, visites sur le terrain). Deuxièmement, même quand le Conseil de sécurité adopte des résolutions, elles ont souvent une portée thématique (voir par exemple les résolutions sur l'état de droit ou sur la prévention des conflits). Le but de ces résolutions n'est pas de prendre position ou d'émettre des recommandations sur des pays ou régions donnés, mais sur des sujets concernant la paix et la sécurité en général. Troisièmement, même quand le Conseil de sécurité adopte une résolution sur un pays ou une région donnée, il le fait souvent en dehors du chapitre VII. Quatrièmement, même quand le Conseil de sécurité adopte une résolution sur un pays ou une région donnée sous le chapitre VII, la résolution n'impose pas forcément de mesures coercitives (sanctions, autorisation de recourir à la force).

¹¹³ 99.056, «La sécurité par la coopération», Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de la Suisse (...), du 7 juin 1999, FF 1999, p. 6903 (6937).

En devenant membre du Conseil de sécurité, la Suisse servirait donc sa propre sécurité comme celle de la communauté internationale.

...

[3.] Les repères de l'engagement de la Suisse comme Etat neutre

Le respect du droit international

La Suisse recourt à la neutralité dans le but d'assurer son indépendance et sa sécurité et d'œuvrer à un ordre international juste et pacifique. L'objectif fondamental de la neutralité suisse coïncide avec celui de l'ONU, dans la mesure où celle-ci substitue, à la loi du plus fort et à la justice sommaire, un système basé sur le droit, pour «préserver les générations futures du fléau de la guerre». En se portant candidate au Conseil de sécurité, la Suisse s'engage à rester fidèle aux buts communs de la neutralité et du système de l'ONU. Le droit suisse et le droit international lui serviraient de repères à cet égard. Cela implique notamment que la Suisse se tiendrait aux exigences et aux limites des normes liant le Conseil de sécurité, créées avant tout dans la Charte de l'ONU.¹¹⁴

La Charte subordonne l'action du Conseil de sécurité au respect des buts et principes de l'ONU (article 24, paragraphe 2, de la Charte renvoyant aux articles premier et 2 de la Charte). La Suisse y serait donc liée non seulement en sa qualité de membre de l'ONU, mais aussi en sa qualité de membre du Conseil de sécurité. Parmi ces buts et principes figurent notamment le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'égalité souveraine des Etats, la bonne foi et le règlement pacifique des différends. En outre, la Suisse continuerait à se référer aux normes du droit international qui la lient, en particulier celles qui lient tous les Etats, qu'ils agissent individuellement ou de concert, à savoir les règles impératives du droit international (jus cogens), le droit international coutumier et les principes généraux du droit international. Elle ne contreviendrait pas non plus à l'article 103 de la Charte, suivant lequel les obligations en vertu de la Charte prévalent sur les obligations découlant de tout autre accord international.

Le Conseil de sécurité respecte les normes précitées. S'il devait un jour arriver qu'un projet de résolution ne les prenne pas en compte, la Suisse s'engagerait dans la négociation pour que tel soit le cas. A défaut de succès, elle se réserverait le droit de ne pas voter en faveur de la résolution. Cela s'appliquerait en particulier dans le cas où la résolution porterait atteinte aux buts communs de la neutralité et du système de sécurité collective de l'ONU, à savoir la paix et la sécurité internationale. Par ce biais, la Suisse bénéficierait d'une garantie supplémentaire de ne jamais être en contradiction avec sa neutralité.

Les repères propres au recours à la force

La Charte des Nations Unies, au paragraphe 4 de son article 2, interdit expressément aux Etats Membres de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre tout Etat. Elle n'autorise que deux exceptions: la légitime défense, (article 51 de la Charte) et les mesures militaires autorisées par le Conseil de sécurité (article 42 de la Charte). La question de la neutralité ne se pose que lorsqu'il s'agit d'un conflit armé entre Etats ou entre groupes d'Etats, puisque la neutralité n'est applicable que dans le contexte de conflits armés internationaux.

Comme en atteste la pratique suisse, la participation aux interventions militaires décidées par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 42 de la Charte est compatible avec notre neutralité. Logiquement, la participation à la prise de décision du mandat de ces opérations l'est également.

La Suisse déciderait de l'opportunité d'approuver une action militaire avant tout dans l'optique de la sauvegarde de ses intérêts et ses valeurs et de l'accomplissement de son devoir de solidarité. La compatibilité avec la neutralité ne signifie pas que la Suisse s'exprimerait automatiquement en faveur d'une autorisation de l'emploi de force. Elle examinerait avec attention tous les éléments en présence au vu des normes de droit international ainsi que d'autres critères concernant l'autorisation du recours à la force, comme la légitimité du motif ou la proportionnalité des moyens.

Les repères propres aux opérations de maintien de la paix

En vertu des chapitre VI et VII de la Charte de l'ONU, le Conseil de sécurité peut créer des opérations de maintien de la paix autorisées ou non à recourir à la force. Une participation armée de la Suisse à une mission de paix de l'ONU, même dans le contexte d'un conflit armé international, est conforme à la neutralité de la Suisse.¹¹⁵ Le Parlement a créé les bases de ce principe en révisant la Loi sur l'armée (article 66a).¹¹⁶ Celle-ci prévoit que les troupes suisses à l'étranger, qui agissent dans le cadre d'une opération de maintien de la paix sur mandat de l'ONU, peuvent être armées pour assurer leur propre sécurité et mener à bien leur mission. Une participation de soldats suisses à des combats lors d'opérations d'imposition de la paix est exclue selon la loi sur l'armée.

La participation active aux opérations de maintien de la paix décidées par le Conseil de sécurité étant compatible avec notre neutralité, la participation à la prise de décision de mandat de ces opérations l'est aussi. Que la Suisse vote en faveur ou non d'une résolution autorisant une opération de maintien de la paix à recourir à la force en vertu du chapitre VII de la Charte, la participation de la Suisse serait laissée à sa libre appréciation, de la même manière qu'à un Etat non membre du Conseil de sécurité (article 42 de la Charte). Un siège au Conseil de sécurité ne remettrait donc pas en question la pratique de la Suisse en matière d'engagements de l'armée à l'étranger.

A l'avenir, la Suisse restera principalement active dans le domaine de la promotion civile de la paix, et les éventuelles demandes d'engagement militaire seront, comme par le passé, examinées au cas par cas par le Conseil fédéral. Le Conseil fédéral rappelle aussi que les résolutions menaçant ou autorisant de recourir à la force armée sont exceptionnelles et donc rares. Le Conseil de sécurité s'efforce toujours en premier lieu de résoudre les crises par des moyens politiques. La Charte n'imposant pas d'obligation de mettre du personnel à disposition de ces opérations – pas même aux membres du Conseil de sécurité ayant décidé du mandat de l'opération – la Suisse n'enverrait de soldats

¹¹⁴ La Charte ne donne pas au Conseil de sécurité un pouvoir absolu, mais des pouvoirs spécifiques, comme le souligne l'arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du TPIY [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], 2 octobre 1995, notamment paragraphe 28 (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>).

¹¹⁵ Message relatif à l'initiative populaire «pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU)», du 4 décembre 2000 [FF 2001], p. 1149.

¹¹⁶ Projet de révision partielle de la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) (Armement), FF 2000, p. 4758.

armés que pour assurer leur propre protection et non pour mener des combats, comme le prévoit la loi sur l'armée. Par ailleurs, elle continuerait à participer au financement de ces opérations, comme elle le fait déjà en tant qu'Etat non membre du Conseil de sécurité.

La Charte donne au Conseil de sécurité la compétence de prendre des sanctions – typiquement en matière de finances, de voyages, de transport aérien ou d'armes – lesquelles impliquent une obligation de participation des Etats membres (article 41 de la Charte). Il s'agit d'un outil crucial, encore qu'imparfait, de la prévention des menaces contre la paix et la sécurité internationales sans recours à la force. Ciblées, elles sont taillées sur mesure, de manière à faire pression sur les dirigeants et les élites tout en limitant les conséquences sur le plan humanitaire. Des sanctions même modestes peuvent avoir un effet hautement symbolique. La simple menace de sanctions peut constituer un puissant moyen de dissuasion et de prévention.

Depuis le début des années nonante, c'est-à-dire une décennie avant qu'elle ne devienne membre de l'ONU, la Suisse reprend à son compte les sanctions de l'ONU sans que sa neutralité ne soit remise en cause. Elle procède sur la base de la Loi sur les embargos.¹¹⁷ Concernant les embargos sur les armes, la législation suisse sur le matériel de guerre interdit au surplus de manière autonome les exportations vers tout pays en conflit armé international, prenant ainsi en compte des considérations de neutralité.

La Suisse s'est activement engagée pour que les sanctions respectent certains critères que l'ONU a reconnus. Un siège au Conseil de sécurité lui permettrait de prolonger ces efforts depuis l'intérieur. Les sanctions doivent notamment être convenablement ciblées, répondre à des objectifs précis, être appliquées et surveillées efficacement en fonction d'un ensemble de critères clairement définis et faire l'objet d'un examen périodique. Si ces critères n'étaient pas respectés, la Suisse se réserverait le droit d'ajuster en conséquence sa position de vote sur une résolution.»

«La candidature de la Suisse à un siège non permanent au Conseil de sécurité des Nations Unies pour la période 2023–2024». Rapport du Cons. féd. en réponse au postulat 13.3005 de la Commission de politique extérieure du CN, du 5 juin 2015. Document inédit.

¹¹⁷ Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (RS 946.231).

1. Les sources du droit international

1.1 Droit international impératif

A l'occasion de la discussion consacrée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies aux règles impératives du droit international (*jus cogens*) (Rapport de la Commission du droit international, 68e session, 2 mai – 10 juin et 4 juillet – 12 août 2016, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 71e session, Supplément n° 10 (A/71/10, p. 312)), la délégation suisse a fait les observations suivantes:

«La Suisse se félicite de la décision prise par la Commission d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé '*Jus cogens*'. Nous tenons à remercier le Rapporteur spécial pour son Premier Rapport, qui met en lumière la nature juridique des normes du *jus cogens*.

La Constitution suisse reconnaît le caractère impératif du *jus cogens* en érigeant les normes de celui-ci en limites de fond à toute réforme constitutionnelle en Suisse.

En retraçant l'évolution historique du *jus cogens*, le Rapport a montré que cette notion fait partie du droit international depuis un temps considérable. Cependant, nous estimons qu'il est toujours nécessaire de clarifier davantage la notion de *jus cogens*. C'est pourquoi nous saluons le futur programme de travail envisagé par le Rapporteur spécial, notamment sa proposition de consacrer le Deuxième Rapport aux règles d'identification des normes du *jus cogens* et, dans une prochaine étape, d'examiner les conséquences juridiques du *jus cogens*.

À cet égard, nous accueillerions favorablement une décision de la Commission d'établir une liste indicative de normes ayant déjà acquis le statut de *jus cogens*, liste qui pourrait contribuer à l'identification des règles de ce type.»

Intervention de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 31 octobre 2016, relative au droit international impératif.

Version écrite.

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

1.2 La bonne foi, principe général du droit international et règle d'interprétation des traités. Estoppel : définition; fardeau de la preuve. Compétence pour conclure des traités internationaux. Entraide judiciaire internationale

Le texte qui suit est extrait d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral qui porte sur une demande des Etats-Unis en matière d'entraide judiciaire en matière fiscale.

[Traduction]

«4.3.2.1 Le précepte selon lequel les Etats doivent, dans leurs relations mutuelles, agir de bonne foi est un principe général du droit international. Il s'applique particulièrement en matière d'interprétation et d'application des traités et il est concrétisé par les articles 31 et 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111, CV, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 ; voir l'arrêt du TAF A-6843 du 15 septembre 2015, c. 7.4.3, avec des renvois¹). Il est vrai que les Etats-Unis n'ont pas ratifié la CV mais, étant donné que cet instrument codifie la bonne foi comme principe du droit international et comme règle d'interprétation, comme cela vient d'être constaté, la règle peut également s'appliquer à des traités conclus avant l'entrée en vigueur de la CV (ATF 122 II 234, c. 4c²) et être appliquée à des Etats qui n'ont pas ratifié cet instrument (arrêt du TF A-1246/2011 du 23 juillet 2012, c.3.3³).

4.3.2.2 Le principe de la bonne foi, cependant, joue un rôle important non seulement en tant que maxime d'interprétation des traités internationaux ; il peut également produire des effets contraignants dans les relations interétatiques. Si un sujet du droit international fait naître une certaine expectative avec laquelle il se met en contradiction par la suite, il enfreint le principe de la bonne foi (estoppel). L'estoppel – essentiellement un principe du droit anglo-saxon – présuppose qu'une partie se soit fiée aux assurances ou au comportement d'une autre partie pour déterminer son propre comportement, de façon à entraîner des conséquences juridiques, et que cela lui cause un préjudice par la suite, lorsque la première partie changera d'attitude. L'estoppel aura pour effet typique, dans une telle situation, que l'argument de la première partie ne sera pas retenu, indépendamment du point de savoir s'il y a des éléments qui peuvent venir à son appui [suivent de nombreuses citations doctrinales]. Il y a donc estoppel lorsque l'Etat A. a donné des assurances ou eu un comportement qui incite l'Etat B. à prendre des dispositions qui lui causeraient un préjudice si l'Etat A. décidait de changer d'attitude. Ainsi l'Etat A. est lié par ses assurances et son comportement (Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli, *Völkerrecht*, 3e éd., [Berne] 2010, p. 80).

¹ Décision annulée par arrêt du TF du 16 février 2017, 2C_893/2015.

² JdT 1997 I 556.

³ Décision annulée par arrêt du TF du 5 mai 2015, 2C_895/2012.

L'effet contraignant se produit dès que le comportement en cause peut être perçu à l'extérieur, quelle qu'en soit la forme [citations doctrinales]; cet effet peut également résulter de simples déclarations faites par une autorité [étatique] compétente [citation doctrinale].

Le comportement de l'organe qui émet des assurances doit pouvoir être imputable à l'Etat en tant que sujet du droit international [citations doctrinales], l'article 7 de la CV étant applicable ici. Selon le paragraphe 2, lettre a, de cette disposition, sont considérés comme représentant leur Etat, sans avoir à produire de pleins pouvoirs, en raison de leurs fonctions, les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères pour tous les actes se rapportant à la conclusion d'un traité.

4.3.3 Pour ce qui est du fardeau de la preuve (...), l'on retiendra que c'est aux autorités de l'Etat qu'il appartient de présenter les faits pertinents. On ne saurait toutefois exiger qu'elles le fassent de façon complète et sans qu'il y ait la moindre contradiction. Cela serait contraire à l'objet et au but de l'assistance et de l'entraide judiciaire puisque celle-ci a précisément pour but d'éclaircir les points restés obscurs en utilisant des informations et documents qui se trouvent sur le territoire de l'Etat requis (arrêt du TF 2A-154/2003 du 26 août 2003, c.4.1 ; arrêt du TAF B-2700/2013 du 2 juillet 2013, c.2;⁴ Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3e éd. [Berne] 2009, n° 295). Pour cette raison, la jurisprudence n'exige pas que l'autorité requérante fournisse la preuve complète des faits ; elle doit toutefois prouver à suffisance l'existence d'un soupçon. On notera cependant que, pour les demandes d'entraide en matière de fraude fiscale, des conditions plus strictes s'appliquent. C'est ainsi qu'un soupçon motivé de fraude fiscale ou en matière de taxes a toujours été exigé, également dans le cadre de la Convention de double imposition [du 2 octobre 1996] entre la Suisse et les Etats-Unis [RS 0.672.933.61] (sur l'ensemble de la question, voir ATF 139 II 404, c.7.2.2, et ATF 139 II 451, c.2.1 et 2.2.1 ; et, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt du TAF A-5390/2013 du 6 janvier 2014, c.5.1.3).»

Arrêt du TAF du 2 mars 2016 (A-4695/2015) dans la cause *X. c. Administration fédérale des contributions*.

Arrêt destiné à la publication.

1.3 Interprétation des traités internationaux: bonne foi

L'article 31, paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) dispose qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Voici un commentaire du Tribunal fédéral sur le principe de la bonne foi :

« 3.3. Le principe de la bonne foi libellé à l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités est applicable dans le domaine de l'assistance administrative en matière fiscale. Il signifie, notamment, qu'un Etat est présumé agir de bonne foi. Dans le contexte de l'assistance administrative en matière fiscale, cette présomption implique que l'Etat requis ne saurait en principe mettre en doute les allégations de l'Etat requérant. Ainsi, s'il ne fait pas obstacle au droit de l'Etat requis de vérifier que les renseignements demandés sont bien vraisemblablement pertinents pour servir le but fiscal recherché par l'Etat requérant, il lui impose néanmoins de se fier en principe aux indications que lui fournit celui-ci (arrêt 2C_1174/2014). En droit interne, l'article 7 alinéa 3, de la LAAF⁵ prévoit qu'il n'est pas entré en matière lorsque la demande viole le principe de la bonne foi. »

Arrêt du TF, du 5 avril 2014 (2C_289/2015), dans la cause *Administration fédérale des contributions et Service d'échange d'informations en matière fiscale c. X., A. et B. et Tribunal administratif fédéral* (c.3.3).

ATF 142 II 218 (229–230).

1.4 Interprétation des traités internationaux: conventions de double imposition (bonne foi ; sens ordinaire à attribuer aux termes utilisés par le traité dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but ; effet utile)

Dans une affaire relative à l'interprétation de la Convention conclue entre la Suisse et la France le 9 septembre 1966 en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.934.91), le Tribunal fédéral s'exprima ainsi :

«2.1.3 Lorsqu'une convention internationale est en jeu, il faut également veiller au respect des principes contenus dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111 ; ci-après : convention ou CV). Celle-ci a en effet vocation à s'appliquer pour interpréter et exécuter notamment les conventions de double imposition [références à la jurisprudence], même en l'absence de mention expresse dans les textes conventionnels [références à la jurisprudence et à la doctrine]. Comme tout traité, les conventions de double imposition doivent être interprétées de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes utilisés dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but (cf. article 31, alinéa premier, de la CV ; ATF 139 II 404, c.7.2.1, pp. 422 et s.⁶ ; 131 III 227, c. 3.1, p. 229⁷).

Le principe de la bonne foi est par ailleurs lié à la règle de l'effet utile, même si cette dernière n'apparaît pas expressément à l'article 31 de la CV. L'interprète doit donc choisir, entre plusieurs significations possibles, celle qui

⁴ RDAF 2014, 1^{re} partie, p. 342.

⁵ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative fiscale (RS 651.1).

⁶ RDAF 2014, 1^{re} partie, p. 342.

⁷ Sem. jud. 2005 I 328.

permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant d'aboutir à une signification en contradiction avec la lettre ou l'esprit du traité (arrêts 4A_34/2015 du 6 octobre 2015 destiné à publication, c. 3.5.1 ; 4A_736/2011 du 11 avril 2012, c. 3.3.4). Un Etat contractant doit partant proscrire tout comportement ou toute interprétation qui aboutirait à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but (cf. arrêt 2C_498/2013 ..., c. 5.1 ; René Matteotti/Nicole Elischa Krenger, in : Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Internationales Steuerrecht, n°s 109 et 129 et ss ad Einleitung et les références citées).

Ce principe implique également qu'un Etat est toujours présumé agir de bonne foi (Jean-Marc Sorel in : Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article, [Bruxelles] 2006, n° 57, ad article 31 de la CV ; cf. ATF 107 Ib 264, c. 4b, p. 272⁸). Dans le contexte de l'assistance administrative en matière fiscale, il signifie que l'Etat requis ne saurait en principe mettre en doute les allégations de l'Etat requérant ([A.] Rappo/[A.]Tille, [Les conditions d'assistance administrative internationale en matière fiscale selon la LAAF [Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative fédérale], RDAF 2013, 2e partie,] p. 16). Ainsi, s'il ne fait pas obstacle au droit de l'Etat requis de vérifier que les renseignements demandés sont bien vraisemblablement pertinents pour servir le but fiscal recherché par l'Etat requérant, il lui impose néanmoins de se fier en principe aux indications que lui fournit celui-ci. »

Arrêt du TF, du 23 mars 2015 (2C_1174/2014), dans la cause *Administration fédérale des contributions c. AX., BX. et Tribunal administratif fédéral* (c.2.1.3).

ATF 142 II 161 (167–168).

1.5 Principe de la confiance en droit international public : le comportement des Etats Parties à une convention est présumé de bonne foi

Dans un litige portant sur l'assistance administrative internationale et opposant une personne à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), le Tribunal administratif fédéral se prononça sur le principe de la confiance qui doit prévaloir dans ce domaine.

[Traduction]

«3.1 Un élément important de l'assistance administrative internationale est le principe selon lequel il n'y a pas lieu – sauf dans les cas d'abus de droit manifeste – de douter de la véracité des faits d'une cause et du respect de déclarations émises par des Etats avec qui l'on collabore à titre conventionnel (conformément au principe de la confiance reconnu par le droit international public). On peut présumer que les autres Etats contractants agissent de bonne foi. En définitive, le système conventionnel de l'assistance administrative et judiciaire dans son ensemble repose sur cette confiance, comme le fait également la présente procédure d'assistance internationale [suivent des références jurisprudentielles et doctrinales].

Arrêt du TAF, du 5 novembre 2015 (B-2460/2015), dans la cause *A. c. Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (c.3.1).

ATAF 2015, n° 47, p. 667.

1.6 Interprétation des traités bilatéraux d'investissement : signification du terme «investissement»

L'arrêt du Tribunal fédéral dont un extrait va suivre porte sur l'interprétation de l'expression « investissement » figurant à l'article premier de l'Accord du 26 mai 1992 entre la France et le Vietnam sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (ci-après : TBI, Traité bilatéral d'investissement). L'article premier, paragraphe premier, du TBI a la teneur suivante :

«Pour l'application du présent accord :

1. Le terme «investissement» désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;

b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes.

c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) Les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes, étant entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

⁸ JdT 1982 IV 160.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle l'investissement est réalisé.»

L'affaire dont il s'agit ici concerne des livraisons de marchandises – nourriture et biens de première nécessité (engrais, ciment, armatures en acier, sacs de jute, machines agricoles, etc.) – faites par la société française X. dans les années 1986 à 1998, alors que le Vietnam traversait une période de crise économique et alimentaire due à des mesures d'embargo et autres prises par les Etats-Unis à son encontre. Ces livraisons se faisaient en échange de produits vietnamiens (riz, café, soja, manioc, crevettes, poissons, etc.).

Estimant n'avoir pas reçu la totalité de ce qui lui était dû, la société X., se fondant sur l'article 8, paragraphe 2, du TBI de 1992, introduisit contre le Vietnam une procédure d'arbitrage régie par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.2). L'affaire fut portée devant un tribunal de trois membres dont le siège fut fixé à Genève et qui était assujéti au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international du 15 décembre 1976 (CNUDCI).⁹

Après avoir permis aux parties de s'exprimer devant lui, le Tribunal arbitral, réuni à Singapour, rendit une sentence constatant son incompétence, due au fait que la société X. n'aurait pas effectué d'« investissement » selon l'article premier du TBI.

Le 5 novembre 2015, la société X. saisit le Tribunal fédéral suisse – le siège du Tribunal arbitral se trouvant en Suisse – en se prévalant d'une violation de l'article 190, alinéa 2, lettres b et d, de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) par le Tribunal arbitral et en demandant l'annulation de la sentence arbitrale.¹⁰ Le Tribunal fédéral rejeta le recours en se prononçant ainsi sur le sens à attribuer à la notion d'investissement figurant au TBI franco-vietnamien :

«3.2.2 ... l'examen du cas commencera par la recherche du sens à donner au terme «investissement», tel qu'il est défini à l'article premier, paragraphe premier, du TBI. On rappellera, à cet égard, qu'en vertu de l'article 31, paragraphe premier, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV ; RS 0.111), un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité.

Le sens ordinaire du terme en question demeure l'un des plus controversés à ce jour dans le contentieux des investissements internationaux, et l'on ne compte plus les tentatives qui ont été faites par les tribunaux arbitraux appliquant les règles du CIRDI [Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements],¹¹ de la CNUDCI ou d'autres institutions d'arbitrage pour en délimiter les contours. Point n'est toutefois besoin d'entrer ici dans ce débat : en effet, il s'agit, premièrement, de définir le terme «investissement» tel qu'il apparaît dans le TBI considéré, et non pas tel qu'il a été défini sur la base d'autres traités bilatéraux ; deuxièmement, il n'existe aucune règle imposant à un tribunal arbitral de se soumettre à des décisions prises antérieurement par d'autres tribunaux arbitraux sur le même objet, celles-ci n'ayant pas valeur de précédents contraignants ; troisièmement, comme le présent arbitrage est conduit conformément aux règles de la CNUDCI, les critères propres à l'arbitrage du CIRDI n'entrent pas en ligne de compte.

La recourante se focalise sur l'article premier, paragraphe premier, lettre a, du TBI pour faire entrer dans la catégorie des investissements protégés «les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique». Le Tribunal arbitral considère, pour sa part, que l'article premier, paragraphe premier, du TBI, qui contient une liste exemplative de tels investissements, doit être lu dans son intégralité. Il en appert alors que l'existence d'avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures, est certes une condition nécessaire pour que l'on puisse parler d'investissement, mais qu'elle n'est pas une condition suffisante à cette fin, car il faut en outre que lesdits avoirs aient été investis sur le territoire ou dans les zones maritimes de l'Etat d'accueil. Cette condition supplémentaire découle [de la lettre] e de l'article premier, paragraphe premier, du TBI. En limiter le champ d'application à ce paragraphe, qui traite des concessions, n'aurait du reste aucun sens car une concession, par définition, ne peut être octroyée que sur le territoire ou la zone maritime où l'Etat hôte exerce sa souveraineté. Autrement dit, si pareille exigence n'était pas étendue à tous les avoirs visés par le chapeau de l'article premier, paragraphe premier, du TBI, les avoirs pourraient être qualifiés d'investissement, qu'ils aient été ou non investis à l'intérieur des frontières de l'Etat d'accueil, ce qui serait tout à fait déraisonnable et, de surcroît, incompatible avec le texte, l'objet et le but du TBI. Aussi le Tribunal arbitral considère-t-il que les termes du TBI, interprétés de bonne foi et suivant leur sens ordinaire, subordonnent la reconnaissance d'un investissement à la réalisation des trois conditions cumulatives suivantes : d'abord, l'existence d'avoirs selon l'énumération qu'en font les lettres a à c de l'article premier, paragraphe premier, du TBI ou d'avoirs de

⁹ Pour le texte de ce règlement, voir <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.

¹⁰ Le chapitre 12 de cette loi porte sur l'arbitrage international ; il s'applique aux procédures devant des tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse (article 176, alinéa premier). L'article 190 de la loi concerne le caractère définitif des sentences rendues par de tels tribunaux. Aux termes de l'alinéa premier de cet article, la sentence arbitrale est définitive sauf lorsque (lettre b) le tribunal « s'est déclaré compétent ou incompétent à tort » ou lorsque (lettre d) « l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ». L'article 191 de la LDIP dispose que l'autorité de recours en la matière est le TF.

¹¹ Centre institué par la Convention de Washington. Pour le Règlement d'arbitrage du CIRDI, voir <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/staticfiles/basicdoc-fra/partf.htm>.

même nature ; ensuite, l'investissement de ces avoirs sur le territoire ou dans la zone maritime de la partie contractante ; enfin, la conformité d'un tel investissement à la législation de l'Etat accueilli.

L'interprétation qui précède est confirmée par le contexte, l'objet et le but du traité, étant précisé que, selon l'article 31, paragraphe 2, de la CV, le contexte inclut notamment le texte du traité ainsi que le préambule et les annexes. Le Tribunal arbitral note, sous cet angle, que toutes les dispositions du TBI qui accordent une protection matérielle aux investissements voient leur champ limité au territoire et à la zone maritime de l'Etat d'accueil. Il n'en va pas autrement du préambule, lequel vise à créer des conditions favorables pour les investissements «français au Vietnam et vietnamiens en France». C'est dire que l'élément territorial était crucial pour les Parties contractantes à l'époque de la conclusion du TBI et qu'il constituait donc, à leurs yeux, une caractéristique essentielle de la notion d'investissement. Il ressort également du texte du préambule que les Parties contractantes ont conclu le TBI afin de stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays.

La recourante objecte que les travaux parlementaires français ayant précédé la ratification du TBI démontreraient que les Parties contractantes avaient à l'esprit une définition aussi large que possible de l'investissement. Ce faisant, elle fait fond sur l'article 31, paragraphe 4, de la CV d'après lequel un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des Parties. Relativement à cette objection, il convient de souligner que l'intéressé n'a produit les travaux préparatoires que de l'une des deux Parties contractantes. Force est d'observer ensuite et en tout état de cause que les travaux parlementaires français ne suggèrent pas qu'il faille donner un sens particulier au terme «investissement», mais confirment, au contraire, que l'investissement, aussi large que soit cette notion, doit être effectué sur le territoire ou la zone maritime de l'Etat hôte, en conformité avec la législation de cet Etat. En réalité, ces travaux parlementaires ne pourraient tout au plus être assimilés qu'à des moyens complémentaires d'interprétation. Cependant, les conditions auxquelles l'article 32 de la CV autorise le recours à de tels moyens ne sont pas réalisées en l'espèce, dès lors que la seule application des principes d'interprétation posés à l'article 31 de la CV a permis de donner un sens au terme «investissement».

Arrêt du TF du 20 septembre 2016 (4A_616/2015) dans la cause *X. SA c. République socialiste du Vietnam* (c. 3.2.2).

Arrêt non publié.

1.7 Traités internationaux : interprétation et application sur le plan interne ; interdiction faite aux Etats de justifier l'inexécution d'un traité en invoquant leur droit interne

Le texte qui va suivre a trait à l'article 16, paragraphe 2, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Suisse, d'une part, et la Communauté Européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ACLP ; RS 0.142.112.681). Selon cette disposition, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, devenue la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), doit être prise en considération dans la mesure où l'application de l'accord implique des notions juridiques du droit communautaire.

L'accord de 1999 a pour but de réaliser la libre circulation sur la base des règles applicables dans l'Union Européenne, afin qu'une situation juridique parallèle soit réalisée dans les relations entre les Etats membres (article 16, paragraphe premier, de l'accord). C'est pourquoi le Tribunal fédéral a décidé, selon une jurisprudence constante, de ne pas s'écarter de l'interprétation de dispositions impliquant des notions de droit de l'Union que la Cour de justice de l'Union a adoptée depuis la signature de l'accord de 1999, sauf lorsqu'il y a des raisons « sérieuses » de le faire.

L'article 121a de la Constitution fédérale, entré en vigueur le 9 février 2014, dispose que la Suisse gère l'immigration des étrangers de façon autonome, que le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et contingents et que les plafonds et contingents pour les étrangers exerçant une activité lucrative, qui doivent inclure les frontaliers, sont à fixer en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale.

Voici ce que le Tribunal fédéral a dit sur l'interprétation de l'accord de 1999 et sur la manière dont il envisage les rapports entre le droit international et le droit suisse:

«3.2 Il serait néanmoins concevable d'interpréter l'Accord de manière restrictive à la lumière du but de la disposition constitutionnelle, ou d'admettre la présence de motifs sérieux de ne plus suivre la jurisprudence de la Cour de justice postérieure à la signature de l'accord. Les traités internationaux ne doivent cependant pas être interprétés sur la base du droit interne ; ils doivent l'être de bonne foi (cf. les articles 26 et 31, paragraphe premier) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ; CV ; RS 0.111) car aucune Partie contractante ne peut invoquer son droit interne pour justifier l'inexécution d'un traité (article 27 de la CV). L'obligation d'exécuter de bonne foi les traités conclus, sans se soustraire à cette obligation sous le couvert de règles internes, est également reconnue par le droit coutumier (Mark E. Villiger, Commentaire on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leyde/Boston 2009, pp. 366, 374 et s. ; Jean Salmon et Annemie Schaus, in : Les conventions de Vienne sur le droit des traités [], Bruxelles] 2006 ; [O.] Corten/[P.] Klein (dir.), Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article, vol. II, Bruxelles 2006, pp. 1081 et 1124 respectivement). Avec l'accord sur la libre circulation des personnes et les autres accords sectoriels, la Suisse n'a certes pas intégré le marché unique européen mais elle y participe de manière sectorielle selon l'étendue des accords. Cette participation sectorielle au marché unique n'est possible et efficiente que

si les règles déterminantes de l'accord sur la libre circulation des personnes sont comprises de manière uniforme, la Cour de justice (cf. arrêt de la CJUE du 6 octobre 2011, C-506/10, Graf et Engel, Recueil 2011 I-09345, chiffre 33), d'une part, et le TF, d'autre part, ne s'écartant pas sans motif objectif d'une interprétation commune des notions présentes dans «l'acquis communautaire» repris par l'accord.

Selon l'article 27 de la CV, les règles du droit international priment celles du droit interne qui leur sont contraires (ATF 139 I 16, c. 5.1, JdT 2013 I 16 ; ATF 138 II 524, c. 5.1 avec références¹²). Il n'est dérogé à ce principe que lorsque le législateur a délibérément voulu ignorer l'obligation internationale et assumer délibérément la responsabilité politique correspondante (ATF 99 Ib 39, c. 3 et 4, Schubert ; ATF 138 II 524, c. 5.3.2¹³). La dérogation est exclue lorsque les obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme sont en cause (ATF 125 II 417, c. 4d, PKK ; 139 I 16, c. 5.1, JdT 2013 I 16¹⁴) ; le droit international public prime alors le droit interne également lorsque le législateur suisse veut s'en écarter. Aussi dans le domaine de l'accord sur la libre circulation, le TF a jugé que celui-ci prime des dispositions légales délibérément divergentes. Il a motivé ce jugement comme suit : adopté en votation populaire, l'accord est doté d'une légitimité démocratique ; il garantit une protection judiciaire aux personnes à qui il est applicable, protection qui demeurerait lettre morte si les tribunaux devaient appliquer un droit interne contraire ; enfin, les Etats de l'Union se sont eux aussi obligés à faire prévaloir l'accord sur leurs droits internes (ATF 133 V 367, c. 11.4-11.6¹⁵). La dérogation (à la primauté du droit international) ne s'applique pas dans les rapports avec l'Union Européenne et dans les obligations que la Suisse a contractées selon l'accord sur la libre circulation, parce que, outre la réalisation de la liberté fondamentale partiellement reprise, une harmonisation du droit (participation sectorielle au marché unique) est en jeu, droit directement applicable pour les Etats de l'Union (arrêt de la CJCE du 5 février 1963, C-26/62, van Gend en Loos, Recueil 1963, 3) et prioritaire sur leur droit interne (arrêt de la CJCE du 15 juillet 1964, C-6/64, Costa c. E.N.E.L., Recueil 1964, p. 1141).

L'article 121a de la Cst. repose d'ailleurs précisément sur cette conception du rapport entre les obligations internationales et le droit interne contraire, en ceci qu'il impose d'abord de ne plus conclure de traités incompatibles avec la gestion autonome de l'immigration visée par cette disposition (les ressortissants croates ne peuvent en conséquence pas se prévaloir de l'accord : arrêts du TF 2C_1195/2013 du 4 juillet 2014, c. 4.4 ; 2C_103/2014 du 13 janvier 2015, c. 5.5 ; 2C_128/2015 du 25 août 2015, c. 3.9), puis de renégocier les traités existants.

3.3 L'article 121a de la Cst. n'est donc pas directement applicable par les tribunaux. Un conflit avec des traités internationaux pourrait survenir si une solution négociée avec l'Union Européenne se révélait impossible, que les règles nouvelles du droit interne apparaissent contraires à l'accord et que ces règles ne se prêtaient pas à une interprétation conforme à cet accord. En cas de vrai conflit de règles, l'accord aurait cependant la primauté selon les principes exposés (c. 3.2). Il apparaît aussi que cette disposition constitutionnelle n'engendre pas de motif sérieux de s'écarter du parallélisme des réglementations visé par l'accord dans le domaine repris (...).

Arrêt du TF du 26 novembre 2015 (2C_716/2014) dans l'affaire *A.A. et B.A. c. Direction de la sécurité du canton de Zurich* (c. 3.2. et 3.3).

JdT 2016 I 35 (36-38) ; ATF 142 II 35.

1.8 Réserves aux traités internationaux : retrait (compétences du Conseil fédéral et du Parlement ; référendum)

I. La question de la compétence, en droit constitutionnel suisse, de retirer des réserves à des traités internationaux avait fait l'objet de discussions en 2004 déjà. Elle a de nouveau surgi en 2016. Voici d'abord un texte daté de 2004 :

«1. Introduction

Une *réserve* est une déclaration unilatérale d'un Etat par laquelle celui-ci vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat (cf. l'article 2, paragraphe premier, lettre d, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, RS 0.111). En Suisse, des réserves à un traité international que le Parlement doit approuver (article 166, alinéa 2, de la Constitution fédérale ...) sont soumises à celui-ci par le Cons. féd. en même temps que le traité.

Se pose toutefois la question de savoir si le retrait de réserves à des traités soumis au Parlement suit la même règle de compétence ou si le Cons. féd. peut agir seul. La compétence du Cons. féd. pourrait théoriquement se baser soit sur l'article 184 de la Cst. (chiffre 2 ci-dessous), soit, si les réserves ont une portée mineure, sur une application analogique de la compétence du Cons. féd. pour conclure des traités de portée mineure (chiffre 3).

2. Compétence du Conseil fédéral sur la base de l'article 184 de la Constitution ?

Aux termes de l'article 184, alinéa premier, de la Cst. relatif aux relations avec l'étranger, le Cons. féd. est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Ass. féd. ; il représente la Suisse à l'étranger.

Une réserve déploie des effets, sur base de réciprocité, à l'égard de toutes les autres Parties au traité. Le contenu du traité n'est pas le même selon qu'un Etat formule ou non une réserve. Afin de respecter les règles de compétence en

¹² *Pratique suisse* 2013, n° 2.1, cette Revue, 25^e année, 2015, p. 62 ; *Pratique suisse* 2012, n° 2.1, cette Revue, 24^e année, 2014, p. 114.

¹³ *Pratique suisse* 1973, n° 2.1, ASDI, vol. XXX, 1974, p. 110.

¹⁴ *Pratique suisse* 1999, n° 2.2, cette Revue, 10^e année, 2000, p. 634.

¹⁵ RDAF 2008, 1^e partie, p. 426.

matière de conclusion de traités, il semble juridiquement impossible, sur la base de l'article 184, alinéa premier, de la Cst., d'attribuer la compétence de retirer des réserves au seul Cons. féd. si c'est le Parlement, dont les droits de participation sont expressément réservés par cette disposition, qui a décidé du dépôt de ces mêmes réserves.

Dans une note de discussion dont le Cons. féd. a pris acte le 5 décembre 2003, il a certes été retenu que, pour déposer une objection à une réserve, le Cons. féd. était seul compétent. Cette affirmation se basait sur l'article 184 de la Cst. Toutefois, contrairement à la réserve, l'objection n'altère pas le contenu du traité à l'égard des autres Parties, mais vise à modifier l'effet juridique uniquement de la réserve et ne peut avoir d'effet qu'en combinaison avec celle-ci. L'effet juridique d'une objection a ainsi sa source dans la réserve et non pas dans le traité. Les raisons qui militent en faveur de la compétence du Cons. féd. pour le dépôt et le retrait des objections ne valent donc pas pour les réserves.

3. Compétence du Conseil fédéral pour le retrait des réserves de portée mineure

Le Cons. féd. dispose de compétences propres en matière de conclusion de traités, en vertu de nombreuses lois spéciales, en particulier l'article 7a de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010), qui l'autorise à conclure seul des traités internationaux de portée mineure (cf. l'alinéa 2) ou lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale.

Dans la pratique, le Cons. féd. fonde sur cette disposition sa compétence propre aussi en cas de modifications de portée mineure d'un traité soumis au Parlement. Si un retrait de réserves devait équivaloir en fait à une modification d'un traité, le Cons. féd. pourrait alors être seul compétent pour retirer des réserves d'importance mineure. Or c'est ce que précise expressément le Message du Cons. féd. du 19 février 1992 concernant le retrait de réserves faites à quatre conventions de droit international privé, message qui affirme que la compétence des autorités fédérales pour le retrait de réserves est dès lors soumise à la même réglementation que celle qui s'applique à la conclusion ou à la modification de traités internationaux (FF 1992 III 1174, 1190¹⁶ 17). La première option serait donc de retenir la compétence du Cons. féd. Mais le même message affirme aussi en son condensé, dans un sens opposé, que ce sont les arrêts fédéraux du Parlement qui avaient autorisé le Cons. féd. à ratifier ces conventions en faisant des réserves et que le Cons. féd. ne peut donc les retirer sans que le Parlement ne lui en confère la compétence (FF 1992 III 1175). Cette seconde option retient donc la compétence du Parlement.

Les deux options précitées – bien que contraires – semblent juridiquement toutes deux défendables. Nous proposons néanmoins de retenir la compétence du Parlement pour retirer des réserves à des traités qu'il a lui-même approuvés, ce pour plusieurs raisons :

a) Le traité et ses réserves doivent être considérés comme un tout sous peine, pour le Cons. féd., de ne pas respecter la volonté expressément manifestée du Parlement. En effet, lorsqu'il approuve un traité contenant des réserves, le Parlement, dans la formulation des arrêts fédéraux, autorise le Cons. féd. à «ratifier en formulant» ou à «ratifier avec» des réserves précises. Ces injonctions prennent ainsi la forme de conditions auxquelles le Parlement soumet son approbation et son autorisation de ratification par le Cons. féd. Ainsi le Cons. féd. avait-il affirmé que «pour retirer la réserve apportée à l'article 5 de la CEDH [Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950, RS 0.101], qui a été approuvée par les Chambres fédérales, il est nécessaire d'édicter un arrêt fédéral» (FF 1977 III 1,59¹⁸).

b) Dans le même sens, la «Réponse au questionnaire du Conseil de l'Europe sur les moyens d'exprimer le consentement des Etats d'être liés par un traité et les procédures nationales y relatives», qui a été adressée par la Suisse le 21 décembre 1999 au Directeur des affaires juridiques du Secrétaire général du Conseil de l'Europe,¹⁹ précise : «Le Conseil fédéral est habilité à retirer les réserves formulées à l'égard des traités dont la conclusion relève de sa propre compétence. (...) En ce qui concerne les traités soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, l'éventuel retrait de réserves ne pourra être effectué par le Conseil fédéral que si celui-ci y est dûment autorisé par le Parlement.»

c) La compétence de retirer des réserves peut naturellement être déléguée au Cons. féd. par le Parlement. Ce fut le cas par exemple pour les réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RO 1993, p. 748),²⁰ à la Convention relative aux droits de l'enfant (RO 1998, p. 2053),²¹ à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RO 1999, p. 1577)²² ou encore à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RO 2003, p. 4241).²³ Dans les arrêts fédéraux y relatifs, le Parlement a chaque fois autorisé le Cons. féd. à retirer (lever) ces réserves si elles deviennent sans objet. A contrario, l'absence d'une telle clause dans l'Arrêt fédéral [du 9 octobre] 1981 concernant les Protocoles

¹⁶ Dans son message sur le retrait des réserves à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [du 4 novembre 1950] (CEDH; RS 0.101), le Cons. féd. a plus laconiquement précisé que «le retrait de réserves peut avoir pour conséquence de modifier un traité international» (FF 1999, p. 3350, p. 3359).

¹⁷ Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 19 février 1992, concernant le retrait de quatre réserves faites à quatre Conventions multilatérales en matière de droit international privé et de procédure civile internationale (FF 1992 II 1174, 1190).

¹⁸ Message du Cons. féd., du 26 septembre 1977, concernant la modification du Code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance) et le retrait de la réserve apportée à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (FF 1977 III 1).

¹⁹ Voir Pratique suisse 2000, n° 1.1, cette Revue, 11e année, 2001, p. 574.

²⁰ Pacte du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1).

²¹ Convention du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

²² Convention du 18 décembre 1979 (RS 0.108).

²³ Convention du 17 décembre 1997 (RS 0.311.21).

additionnels aux Conventions de Genève (RS 518.52), ou encore dans celui approuvant la CEDH (RO 1974, p. 2148),²⁴ parle en faveur d'une compétence du Parlement pour le retrait des réserves à ces instruments. Il faut toutefois reconnaître que cet argument n'est pas déterminant à lui seul, ces deux derniers exemples étant plus anciens et la délégation de la compétence pour retirer des réserves n'étant alors peut-être pas d'usage.

d) Enfin, pour suivre des considérations plus politiques, voire ... le récent adage «in dubio pro parlamento», l'importance politique du droit de Genève exige à notre avis que le Parlement soit informé du retrait de réserves aux premier Protocole additionnel aux conventions de Genève (protocole I). Il se pourrait en outre que les cas restants dans la législation suisse, dans lesquels le Parlement n'a pas délégué au Cons. féd. la compétence pour le retrait de réserves, soient peu nombreux. Affirmer la compétence du Parlement n'aurait donc guère valeur de précédent.

4. Référendum ?

Lorsqu'il est nécessaire que le Parlement se prononce sur un retrait de réserves, se pose logiquement la question de la soumission au référendum de l'arrêté fédéral y relatif. Dans les cas des retraits de réserves précités (article 5 de la CEDH ; article 6 de la CEDH ; quatre conventions de droit international privé), il a été répondu à cette question par la négative, mais le référendum était moins étendu qu'aujourd'hui. Aux termes de l'article 141, alinéa premier, lettre d, de la Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

En l'espèce, premièrement la durabilité et le caractère dénonçable n'entrent pas en ligne de compte puisque le protocole lui-même peut être dénoncé. Deuxièmement le retrait des réserves n'exige pas l'adoption de lois fédérales. Reste troisièmement à savoir si l'extension de ces deux dispositions doit être assimilée à l'adoption de dispositions importantes fixant des règles de droit, notion par laquelle il faut entendre, selon l'article 22, alinéa 4, de la Loi sur le Parlement [du 13 décembre 2002] (RS 171.10), des dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sera qualifiée d'importante, à la lumière de l'article 164, alinéa premier, deuxième phrase, de la Cst., la prescription dont l'objet aurait valeur de disposition fondamentale en droit interne. Or tel n'est pas le cas en l'espèce. La réserve de l'article 57 concerne avant tout le niveau hiérarchique de commandement militaire et celle de l'article 58 n'a qu'une portée très limitée pour autant qu'elle ne doive pas être considérée comme une simple déclaration interprétative des termes «dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible». Accessoirement il sied de rappeler que les deux dispositions visées des protocoles sont déjà matériellement contenues dans d'autres instruments internationaux qui, eux, ont été soumis au référendum et que, dans de tels cas, en pratique, une nouvelle soumission au référendum n'est pas de mise. Il résulte de ce qui précède que l'arrêté fédéral de ratification n'a pas été soumis au référendum en matière de traités internationaux.

5. Solution plus politique ?

Malgré la préférence que nous donnons en l'espèce à une compétence du Parlement, il ne nous semble pas exclu, juridiquement, de fonder une compétence du Cons. féd. sur ses prérogatives en matière de traités d'importance mineure. Il faut pour ce faire retenir que le retrait de réserves équivaut à la modification d'un traité et, bien sûr, que l'extension des obligations qu'entraîne ce retrait pour la Suisse est de portée mineure. Ce critère de la portée mineure nous semble être satisfait en l'espèce au vu de ce qui vient d'être dit (cf. ci-dessus, chiffre 4 in fine) en application de l'article 7a, alinéa 2, lettre a, de la LOGA (ne crée pour la Suisse aucune nouvelle obligation ni entraîne la renonciation à des droits existants), ou lettre d (s'adresse en premier lieu aux autorités et règle des questions administratives ou techniques).

Pour les raisons précitées, cette solution semble moins correcte juridiquement, mais pourrait à notre avis être retenue en cas d'opportunité politique. Le cas échéant en revanche, l'accord préalable des Commissions de politique extérieure [du CN et du CE] nous semble incontournable.»

Etude de la DDIP datée du 3 septembre 2004 et intitulée : « La compétence, en Suisse, pour retirer des réserves à des traités internationaux ».

Document inédit.

1.9 Même sujet

Plus de dix ans plus tard, l'étude qui précède a donné lieu aux commentaires suivants :

«La question de la compétence pour retirer des réserves ne se pose ... pas tous les jours, mais nous avons déjà eu l'occasion de l'analyser en détail en ...2004 ... »

Bien sûr ce document pourrait être actualisé, mais ses conclusions nous semblent demeurer valables, voire même actuelles. En résumé, pour un retrait de réserves dont la compétence n'a pas été déléguée au Cons. féd., nous plaignons pour une saisine du Parlement, sans référendum toutefois. Mais nous n'excluons pas une compétence du seul Cons. féd., basée non pas sur l'article 184 de la Cst., mais sur l'article 7a de la LOGA. Nous pensons toujours qu'il ne devrait pas être exclu – du moins tant que le Parlement n'impose pas un parallélisme absolu de compétences de conclure des modifications – d'assimiler un retrait de réserves à une modification du traité. Le Cons. féd. serait alors compétent si cette modification des droits et obligations de la Suisse résultant du retrait est de portée mineure. Mais nous insistons,

²⁴ Arrêté fédéral du 3 octobre 1974.

déjà en 2004, sur une implication des CPE [Commissions parlementaires des affaires étrangères] pour les cas politiquement importants.

Ce document donne en outre plusieurs exemples issus de la pratique suisse entre 1974 et 2003. Ces exemples plaident plutôt pour une compétence du Parlement (cf. lettres a à d, pp. 2–3), mais pas exclusivement (cf. chiffre 3, 2e paragraphe, p. 2). S'agissant en outre des réserves aux articles 57 et 58 du PA [Protocole additionnel I du 8 juin 1977, RS 0.518.521], le Cons. féd. a finalement décidé seul du retrait, après avoir simplement informé les CPE (...).

Commentaires de la DDIP du 15 septembre 2016.

Document inédit.

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

(Voir aussi les n^{os} 1.8, 3.2, 3.3 et 3.4)

2.1 Rapports entre le droit international et le droit suisse : application directe

Le texte qui suit est tiré d'un message du Conseil fédéral concernant l'applicabilité directe de dispositions conventionnelles en Suisse, en particulier de celles du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 (FF 2016, p. 207) à la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107.1). Il a pour objet la justiciabilité des garanties offertes par cette convention sur le plan suisse.

«a. Principes guidant l'applicabilité directe du droit international

Par principe, le droit international ne règle pas la question de savoir si les traités sont directement applicables et si, en cas de violation, les particuliers peuvent s'adresser aux autorités administratives et judiciaires nationales. Ces aspects sont réglés au niveau du droit constitutionnel des Etats Parties.²⁵ En Suisse, les dispositions de droit international sont directement applicables si les critères suivants sont remplis :

- la disposition porte sur des droits et des obligations des particuliers ;
- la norme à appliquer est suffisamment précise et claire pour servir de fondement à une décision particulière et, par conséquent, justiciable ;
- la norme est rédigée à l'intention des autorités d'application du droit.

Dans une pratique constante, le Tribunal fédéral reconnaît la justiciabilité des droits civils et politiques, à savoir notamment des garanties du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁶ et de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.²⁷ Il n'admet en revanche qu'avec retenue la possibilité d'une applicabilité directe des droits économiques, sociaux et culturels, et donc leur caractère de droits subjectifs. Quant aux garanties du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits sociaux de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Tribunal fédéral a expliqué plusieurs fois que, à quelques exceptions près, ils ne s'adressent pas aux particuliers mais, du fait de leur caractère programmatique, au législateur. Il s'agit en effet de lignes directrices, qui ne fondent pas de droits subjectifs que les particuliers pourraient faire valoir en justice.

Malgré les critiques émanant d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a globalement maintenu cette position dans ses arrêts récents. Ces dernières années, les droits économiques, sociaux et culturels ont toutefois gagné en importance du fait qu'ils sont de plus en plus pris en considération dans le cadre de pesées des intérêts ou de l'interprétation de dispositions constitutionnelles ou législatives.²⁸ On constate en outre que la jurisprudence a plusieurs fois relativisé le principe selon lequel ces droits ne sont pas directement applicables. Sans pour autant reconnaître de droits justiciables dans les affaires en cause, le Tribunal fédéral a évoqué la possibilité, dans plusieurs jugements, que certains aspects de ces droits pourraient être invoqués devant les tribunaux.²⁹

Sur la base de cette pratique, le Conseil fédéral a plusieurs fois confirmé devant des organes internationaux ces dernières années que, sauf exceptions, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas justiciables en Suisse.³⁰

b. Justiciabilité des garanties de la convention

²⁵ Le titre 2 de la Constitution (RS 101), consacré aux droits fondamentaux, établit par exemple une distinction entre droits justiciables et dispositions-programme: il contient d'une part une série de droits, qui correspondent en grande partie aux droits civils et politiques et qui peuvent en principe être invoqués en justice, et d'autre part une série de buts sociaux (article 41) à l'intention de la Confédération et des cantons, qui ne sont pas justiciables.

²⁶ Voir la note 20.

²⁷ RS 0.101.

²⁸ Voir ATF 130 I 113, c.3.3 [RDAF 2005, 1e partie, p. 741]; 135 I 153, c.2.2.2 [RDAF 2010, 1e partie, p. 351].

²⁹ Voir ATF 120 Ia 1, c.5 [JdT 1996 I 627] et 130 I 113, c.3.3, augmentation des taxes universitaires.

³⁰ Voir le Rapport de la Suisse d'avril 2008 sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [du 16 décembre 1966, RS 0.103.1], pp. 16 et ss; et la réponse du Conseil fédéral concernant les recommandations de l'Examen périodique universel (recommandations d'octobre 2012).

Dans son Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, le Conseil fédéral a estimé que les dispositions de la convention qui octroient aux enfants des 'droits' ne sont pas toutes directement applicables.³¹

Le Tribunal fédéral a reconnu la justiciabilité de certaines garanties de la convention, comme l'article 12 (l'enfant capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant)³² et l'article 7, paragraphe premier (droit à un nom, droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux).³³

L'applicabilité directe a en revanche été niée en ce qui concerne l'article 23 (droit des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux)³⁴ et l'article 26 (droit de bénéficier de la sécurité sociale).³⁵ En matière d'autorisations relevant du droit des étrangers, la convention n'accorde en principe pas de droits qui peuvent être invoqués en justice.³⁶ Toutefois, depuis 2009, les garanties de la convention ont acquis plus de poids dans ce type d'affaires ; elles sont ainsi prises en compte lorsqu'une pesée des intérêts doit être effectuée.³⁷

Message du Cons. féd. à l'Ass. féd., du 11 décembre 2015, portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communication.

FF 2016, p. 179 (188–189).

3. Les sujets du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 3.4 et 5.1)

3.1 Immunité de juridiction des Etats : actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*

La Banque Nationale Suisse avait fait l'objet d'un arrêt d'un tribunal viennois la condamnant à verser une certaine somme à la demanderesse pour réparer le dommage qu'elle était censée avoir causé à celle-ci à la suite d'indications illégales fournies par elle sur le taux de change de l'euro et du franc suisse. Cet arrêt avait été rendu par défaut. Le texte qui suit parvient à la conclusion que la Banque Nationale doit faire opposition à l'arrêt en se prévalant de son immunité.

[Traduction]

«Se fondant sur l'article 27, paragraphe 2, de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, du 16 mai 1972, entrée en vigueur pour l'Autriche le 11 juin 1976 et pour la Suisse le 7 octobre 1982,³⁸ ainsi que sur le droit international coutumier, la Suisse jouit de l'immunité vis-à-vis des tribunaux autrichiens pour les actes accomplis par elle dans l'exercice de fonctions publiques. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, du 2 décembre 2004, ratifiée par l'Autriche le 14 septembre 2006 et par la Suisse le 16 avril 2010 (CNUJCE ; pas encore en vigueur),³⁹ distingue elle aussi entre les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique, pour lesquels l'Etat jouit en principe de l'immunité devant les juridictions étrangères, et ceux relevant de la sphère privée, qui ne font en règle générale l'objet d'aucune immunité.

Pour ce qui est de la distinction entre actes qui relèvent de la puissance publique (*acta jure imperii*) et actes qui n'entrent pas dans cette catégorie, la Cour internationale de Justice a dit ceci dans l'arrêt rendu [le 3] février 2012 et portant sur les Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; intervention de la Grèce) :⁴⁰

«La Cour considère que les expressions «*jure imperii*» et «*jure gestionis*» ... indiquent ... si [les actes visés] doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou du droit régissant les activités non souveraines de l'Etat, en particulier celles d'ordre privé et commercial (*jus gestionis*)» (p. 125, par. 60).

La Banque Nationale Suisse est la banque centrale de la Confédération suisse qui conduit la politique monétaire du pays dans l'intérêt de celui-ci. Elle est une entité indépendante constituée selon le droit suisse qui, cependant, exerce une activité relevant de la puissance publique de la Confédération. Selon l'article 7, alinéa 3, de la Loi fédérale sur la Banque Nationale, du 3 octobre 2003 (Loi sur la Banque Nationale, LBN),⁴¹ elle doit régulièrement informer le public sur sa politique monétaire et sur ses intentions en la matière. En accomplissant cette tâche d'information, la Banque accomplit un mandat qui lui est conféré par le droit public ; de plus, elle le fait dans une position qui ne saurait être celle

³¹ FF 1994 V 21.

³² ATF 124 III 90, c.3a [JdT 1998 I 272].

³³ ATF 125 I 257, c.3.c.bb [RDAF 2004, 1e partie, p. 704]; 128 I 71, c.3.2.2 [RDAF 2003, 1e partie, p. 399].

³⁴ ATF 137 V 175, c.4.8 [Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle 2011, p. 514].

³⁵ Arrêt I 267/04 du 18 mars 2005, c.2.5 [P. MEIER, «Résumé de jurisprudence avril 2005 à septembre 2005», Revue du droit de tutelle 2005, p. 249].

³⁶ ATF 126 II 377, c.5.d, avec renvois [RDAF 2001, 1e partie, p. 690].

³⁷ ATF 135 I 153, c.2.2.2 [RDAF 2010, 1e partie, p. 351]; ATF 136 I 285, c.5.2 [RDAF 2011, 1e partie, p. 494]; ATF 137 I 247, c. 4.2.1 [RDAF 2012, 1e partie, p. 409]; ATF 139 I 315.

³⁸ RS 0.273.1.

³⁹ FF 2009, p. 1481.

⁴⁰ Cour internationale de Justice, arrêt du 3 février 2012, CIJ, Recueil 2012, p. 99.

⁴¹ RS 951.11.

d'un particulier agissant à titre privé. Il est évident – particulièrement en raison du fait que la demande se rapporte à des informations données par la Banque Nationale dans l'exercice de ses fonctions les plus centrales – que ces informations résultent d'actes de puissance publique de la Suisse. La Banque est ainsi soustraite à la juridiction des tribunaux autrichiens pour les informations données par elle et mises en cause par la demanderesse.

Le défaut de la Banque Nationale devant [le tribunal viennois concerné] ne préjuge en aucune manière le droit de la Suisse à voir son immunité internationale respectée. En principe, les tribunaux internes examinent d'office d'éventuels obstacles procéduraux qui résultent des règles du droit international sur l'immunité de juridiction. Ce principe est reconnu à l'article 6, paragraphe premier, de la CNUJCE, disposition aux termes de laquelle les tribunaux d'un Etat doivent constater d'office que les tribunaux reconnaissent l'immunité des Etats étrangers.

Selon les informations dont vous disposez, la Banque Nationale Suisse est contrainte, vu le cours suivi par la procédure, de faire valoir son immunité par la voie d'opposition. Cela étant, il va de soi qu'une telle opposition ne saurait être interprétée comme constituant une renonciation à l'immunité de juridiction.»

Communication de la DDIP au Service juridique de la Banque Nationale Suisse, du 1er février 2016.

Document inédit.

3.2 Immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers. Immunité des missions diplomatiques et des institutions spécialisées des Nations Unies établies en Suisse. Notification de documents judiciaires

Interrogé par l'Ambassade du Pakistan en Suisse, le Département fédéral des affaires étrangères décrit la pratique suisse dans les domaines indiqués ci-dessus.

[Traduction]

«La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (ci-après : CV)⁴² définit les privilèges et immunités des missions diplomatiques ainsi que de leur personnel en Suisse. La Suisse a en outre ratifié la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.⁴³ Bien que ce dernier instrument ne soit pas encore en vigueur, la Suisse considère que la plupart de ses dispositions reflètent le droit international coutumier.

Depuis le début du 20e siècle, le Tribunal fédéral a, constamment, interprété de façon restrictive l'immunité des Etats : celle-ci n'est pas absolue. Le Tribunal établit une distinction entre actes accomplis par un Etat étranger «à titre de souverain» (actes *jure imperii*) et actes de nature privée (actes *jure gestionis*). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction que pour les actes accomplis *jure imperii*. Le Tribunal applique le même principe lorsqu'il s'agit de l'immunité d'exécution, ce qui signifie qu'un Etat ne peut revendiquer l'immunité d'exécution que s'il s'agit de propriété et de biens affectés à des activités relevant de l'exercice de la puissance publique. Pour des activités *jure gestionis*, un Etat peut être traduit devant un tribunal suisse s'il existe un lien suffisant entre l'activité en cause et le territoire suisse.

Conformément à la jurisprudence et à la doctrine suisses, de même qu'au droit international coutumier, certains biens de l'Etat sont présumés être affectés à l'exercice de la puissance publique, notamment ceux destinés au financement des activités des représentations diplomatiques et consulaires.

Un Etat peut toutefois renoncer à son immunité de juridiction et d'exécution. Une telle renonciation peut intervenir avant ou pendant la procédure judiciaire ou le litige.

Pour ce qui est de l'immunité des Nations Unies et des institutions spécialisées, la Suisse a adhéré à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946⁴⁴ aussi bien qu'à la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées du 21 novembre 1947.⁴⁵ La Suisse étant un pays moniste, ces instruments se sont appliqués à elle depuis la date de son adhésion, sans qu'il ait été nécessaire de transformer leurs dispositions en droit national. De plus, la Suisse a conclu des accords de siège avec les Nations Unies et les institutions spécialisées établies sur son territoire.

Conformément aux deux conventions précitées et aux accords de siège pertinents, l'Organisation des Nations Unies ou l'institution spécialisée concernée est exemptée de toute espèce de procédure judiciaire, sauf si l'Organisation ou institution a expressément renoncé à son immunité. La propriété et les biens des Nations Unies et des institutions spécialisées sont soustraits à toute mesure d'exécution, et aucune renonciation à l'immunité n'est possible. De plus, les locaux de ces organisations sont inviolables.

Les citations et ordonnances judiciaires adressées à un Etat, aux Nations Unies ou à une institution spécialisée doivent passer par les canaux diplomatiques appropriés, sauf si l'Etat ou l'organisation en cause a expressément indiqué une adresse en Suisse (habituellement celle de son représentant légal) pour la notification de citations et ordonnances judiciaires.»

Note du DFAE à l'Ambassade du Pakistan en Suisse, du 5 juillet 2016.

⁴² Convention du 18 avril 1961 (RS 0.191.01).

⁴³ Convention du 2 décembre 2004 (FF 2009, p. 1481).

⁴⁴ RS 0.192.110.02.

⁴⁵ RS 0.192.110.03.

Document inédit.

3.3 Immunité des biens d'un Etat étranger ou d'une banque centrale étrangère lorsque ces biens sont affectés à des fins relevant de l'exercice de la puissance publique

Le bref texte qui suit a trait à l'insaisissabilité et à l'immunité des biens appartenant à l'Etat Y.

[Traduction]

«Selon l'article 92, alinéa premier, chiffre 11, lu conjointement avec l'article 275 de la Loi fédérale [du 18 avril 1889] sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1), les biens d'un Etat étranger ou d'une banque centrale étrangère affectés à une tâche leur incombant comme détenteurs de la puissance publique ne peuvent être saisis ni faire l'objet de séquestres. Les comptes bancaires destinés à couvrir les frais et dépenses encourus par une représentation étrangère relèvent de l'exercice de la puissance publique ; ils sont ainsi soustraits à toute mesure d'exécution forcée (voir ATF 111 Ia 62, c.7b ;⁴⁶ 108 III 107, c.1⁴⁷). Il découle également de l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD ; RS 0.191.01), applicable par analogie aux missions permanentes auprès d'organisations internationales, que de tels comptes ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. L'article 30a de la LP réserve expressément les traités internationaux.

Par une note verbale ... la Mission permanente [de l'Etat Y.] a informé le DFAE que les comptes séquestrés sont établis au nom de la Mission et jouissent de l'immunité grâce à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Pour ces raisons, la Mission exige la levée des séquestres.»

Communication de la DDIP à l'Office des poursuites de Zurich 1, du 20 juillet 2016.

Document inédit.

3.4 Immunité des biens culturels prêtés appartenant à un Etat. Droit international et droit interne

Voici la réponse de la DDIP à un questionnaire portant sur ce sujet et émanant du Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe.

«Base légale

1. Votre Etat est-il Partie à des instruments juridiques internationaux garantissant l'immunité des biens culturels prêtés appartenant à un Etat (y compris des accords bilatéraux) tels que la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (2004)⁴⁸ ?

La Suisse a signé la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (ci-après : la convention) le 19 septembre 2006 et l'a ratifiée le 16 avril 2010.

La Suisse a également signé la Convention européenne sur l'immunité des Etats (ci-après : ECSI) du 16 mai 1972⁴⁹ et l'a ratifiée le 18 décembre 1981.

Par ailleurs, en application de la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels,⁵⁰ la Suisse a conclu avec plusieurs pays (Chine, Chypre, Colombie, Egypte, Grèce et Italie⁵¹) des accords bilatéraux concernant l'importation et le retour de biens culturels.

2. Votre Etat reconnaît-il la nature de droit international coutumier de la Quatrième partie de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (2004) ? Plus particulièrement votre Etat considère-t-il qu'en vertu d'une règle de droit international coutumier, les biens culturels appartenant à un Etat étranger prêtés à titre temporaire ne sont pas considérés comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales ?

Selon la Suisse, la question de la nature de droit international coutumier de la Quatrième partie de la convention n'est pas encore tranchée pour toutes ses dispositions. La Suisse se rallie à l'avis de la Cour internationale de Justice exposé dans l'arrêt Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), CIJ Recueil 2012, p. 99, 148 [par.] 188, selon lequel au moins une partie de l'article 19 de la convention relève du droit international coutumier. Comme la Cour l'a souligné,

«il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse être prise à l'égard d'un bien appartenant à un Etat étranger : que le bien en cause soit utilisé pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales, ou que l'Etat propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte, ou encore que cet Etat ait réservé le bien en cause à la satisfaction d'une demande en justice.»

⁴⁶ Sem. jud. 1986, p. 33; Pratique suisse 1985, n° 3.3, ASDI, vol. XLII, 1986, p. 64.

⁴⁷ *Pratique suisse* 1983, n° 7.2, ASDI, vol. XL, 1984, p. 178.

⁴⁸ Voir la note 30.

⁴⁹ Convention du 16 mai 1972 (RS 0.273.1).

⁵⁰ RS 0.444.1.

⁵¹ Accord du 16 août 2013 avec la Chine (RS 0.444.124.9); Accord du 11 janvier 2013 avec Chypre (RS 0.444.125.81); Accord avec la Colombie du 1^{er} février 2010 (RS 0.444.126.31); Accord avec l'Egypte du 14 avril 2010 (RS 0.444.132.11); Accord avec la Grèce du 15 mai 2007 (RS 0.444.187.21); Accord du 20 octobre 2006 avec l'Italie (RS 0.444.145.41).

La question de savoir si des biens appartenant à un Etat sont utilisés à des fins de puissance publique doit être analysée au cas par cas, y compris pour les biens culturels appartenant à un Etat étranger prêtés à titre temporaire.

3. Votre Etat a-t-il adopté une législation nationale en matière d'immunité concernant :

- a. spécifiquement les objets culturels des Etats étrangers ; ou
- b. plus généralement la propriété des Etats étrangers destinés à un usage officiel/public ; ou
- c. plus généralement des objets culturels, qu'ils appartiennent à un Etat étranger ou à des particuliers ?

Dans l'affirmative, veuillez fournir des informations concernant la/les législations nationales (en particulier ses titre, source et contenu ; si possible, veuillez fournir des traductions officielles en français ou en anglais et/ou les références renvoyant à des sources Internet).

La Suisse a adopté [le 20 juin 2003] une loi sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC ; RS 444.1), qui règle l'importation en Suisse des biens culturels, leur transit et leur exportation, ainsi que le retour des biens culturels qui se trouvent en Suisse. Elle concerne donc tous les biens culturels provenant de l'étranger, appartenant à un Etat ou à des individus. Cette loi a été complétée par l'Ordonnance [du 13 avril 2005] sur le transfert international des biens culturels (Ordonnance sur le transfert des biens culturels, OTBC ; RS 444.11). Ces deux textes prévoient la délivrance, à certaines conditions, d'une garantie de restitution (voir chiffre 7 ci-dessous).

La Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1), prévoit en son article 92, alinéa 11, que les biens appartenant à un Etat étranger (...) qui sont affectés à des tâches leur incombant comme détenteurs de la puissance publique sont insaisissables.

4. Votre Etat considère-t-il qu'il existe des limitations à la règle de l'immunité des biens culturels prêtés appartenant à un Etat, notamment en cas de conflit armé ou lorsqu'il existe des obligations de restitution dérivant du droit international ou européen ?

Au niveau international, la Suisse a adopté le 15 août 1962 la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 0.520.3). Elle a également adopté le Règlement d'exécution du 14 mai 1954 (RS 0.520.31) (en date du 15 août 1962), le Premier Protocole du 14 mai 1954 (RS 0.520.32) et le Deuxième Protocole du 26 mars 1999 (0.520.33) (en date du 9 octobre 2004) relatifs à cette convention. Ces instruments internationaux contiennent certaines dispositions permettant de limiter les règles de l'immunité des biens culturels prêtés appartenant à un Etat. L'article premier, paragraphes premier et 2, du premier protocole à la convention de La Haye notamment, qui prévoit que chacune des Hautes Parties Contractantes s'engage à mettre sous séquestre les biens culturels importés sur son territoire et provenant directement ou indirectement d'un quelconque territoire occupé. La Suisse étant un Etat moniste, ces textes légaux sont directement applicables en Suisse.

5. Votre Etat considère-t-il que la règle de l'immunité des biens culturels s'étend à d'autres catégories de biens autres que ceux appartenant à un Etat, à savoir par exemple des biens en possession ou sous le contrôle de l'Etat (comme les biens appartenant à un musée national) ?

La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens ainsi que la convention européenne sur l'immunité des Etats reconnaissant une immunité pour les biens culturels qui sont propriété de l'Etat étranger. Il y a lieu de déterminer dans chaque cas si l'Etat est propriétaire.

Pratique nationale et procédure

6. Existe-t-il des jurisprudences nationales en matière d'immunité des biens culturels prêtés appartenant à un Etat ? Dans l'affirmative, veuillez fournir des informations sur ces décisions (date du jugement, autorité ayant rendu le jugement, noms des parties, principaux points de droit, traduction française ou anglaise du jugement ou résumé en français ou en anglais du jugement).

En 2005, la Société Noga, faisant valoir une créance à l'égard de la Fédération de Russie, a requis, dans le cadre d'une poursuite pour dettes, la saisie de la collection de tableaux du Musée national des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou exposés au Musée Gianadda à Martigny. Dans une communication du 14 novembre 2005 adressée à l'Office des poursuites et faillites du district de Martigny, la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères a rappelé « le principe de la non-saisissabilité des biens qui font partie du patrimoine culturel de l'Etat et de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ».⁵² Le cas n'a toutefois pas fait l'objet d'une décision judiciaire. Le 16 novembre 2005, le Conseil fédéral suisse a en effet décidé « que les biens culturels faisant partie de la collection du Musée national russe des Beaux-Arts Pouchkine de Moscou qui ont été saisis par les autorités du Canton du Valais peuvent quitter le territoire suisse ».⁵³ Le Conseil fédéral a pris cette décision sur la base de l'article 184, alinéa 3, de la Constitution fédérale, selon lequel le Conseil fédéral peut prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts du pays. Le communiqué de presse y relatif souligne que, « conformément au droit international public, les biens culturels d'un Etat font partie du patrimoine public, qui est par principe insaisissable ».⁵⁴ La décision du Conseil fédéral n'était pas sujette à recours. Elle n'est pas publiée.

⁵² Communication publiée dans LUCIUS CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public 2005 », *Revue suisse de droit international et européen*, [16^e année, 2006,] pp. 615 et ss.

⁵³ Communiqué de presse du Département fédéral des affaires étrangères du 16 novembre 2005, disponible sous https://www.admin.ch/cp/f/437b71c6_1@fwsrvq.html.

⁵⁴ Ibid.

7. Votre Etat a-t-il recours à des «lettres de confort» ou autre pratique garantissant la reconnaissance de l'immunité de saisie des biens culturels prêtés appartenant à un Etat étranger ?

La Suisse recourt au mécanisme de garanties de restitution au sens des articles 10 et ss de la LTBC. Ces garanties de restitutions ne prévoient pas expressément des immunités pour les biens culturels appartenant aux Etats mais prévoient que les particuliers et les autorités ne peuvent faire valoir aucune prétention sur le bien culturel tant qu'il se trouve en Suisse. Ce mécanisme est volontaire et facultatif, le processus et les conditions sont expliqués aux articles 10 et ss de la LTBC, respectivement à l'article 7 de l'OTBC.

8. L'immunité garantie au bien culturel prêté appartenant à un Etat étranger est-elle automatique ou sujette à approbation par une autorité étatique ?

Les garanties de restitution sont sujettes à approbation par une autorité étatique.»

Document intitulé : « Réponse au questionnaire sur les immunités des biens culturels prêtés appartenant à un Etat », du 9 septembre 2016.

Document inédit.

3.5 Statut juridique en Suisse de l'Union postale universelle

Se fondant sur l'article 4, alinéa 2, lettre b, de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme (LBA ; RS 955.0), Postfinance S.A. avait demandé à ses clients – dont l'Union postale universelle – de remplir de façon complète et de signer un formulaire donnant des renseignements sur ses cocontractants, faute de quoi ses comptes seraient bloqués. Cette demande a incité la Direction du droit international public à clarifier le statut juridique de l'Union postale universelle en Suisse.

[Traduction]

«L'Union postale universelle est une organisation intergouvernementale dont le statut juridique en Suisse est régi par un échange de lettres des 5 février/22 avril 1948 entre la Suisse et l'Union (RS 0.192.120.278.3). Aux termes de cet Echange, l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies du 1er juillet 1948 (Accord de siège ONU, RS 0.192.120.1) s'applique par analogie. La Convention du 21 novembre 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées des Nations Unies est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 septembre 2012 (RS 0.192.110.03). Cette convention s'applique elle aussi à l'Union postale universelle.

L'accord de siège ONU dispose que les locaux de l'Union postale universelle sont inviolables. Les biens et avoirs de l'Union ne peuvent faire l'objet de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte. De même l'Union ne peut-elle, selon l'accord de siège et les [autres] règles du droit international, être traduite devant les tribunaux suisses sans son consentement exprès ; elle doit toutefois prévoir une procédure appropriée de règlement des litiges auxquels elle est partie. Pour la plupart des cas, c'est une procédure d'arbitrage qui est prévue. L'accord de siège ONU prévoit également qu'en ce qui concerne l'exercice de leurs fonctions, y compris leurs paroles et écrits, les fonctionnaires de l'Organisation sont soustraits à la juridiction locale. De plus, les hauts fonctionnaires de l'Organisation jouissent d'un statut diplomatique. La convention de 1947 prévoit elle aussi de tels privilèges et immunités.

L'immunité des locaux et des biens ainsi que l'immunité des fonctionnaires de l'Organisation assurent à l'Union postale universelle le fonctionnement indépendant indispensable à toute organisation intergouvernementale. Ces privilèges et immunités sont accordés aux fonctionnaires uniquement dans l'intérêt de l'Organisation et non à leur avantage personnel. Le Directeur général pourra et devra lever cette immunité dans tous les cas où elle entraverait, à son avis, l'action de la justice et où elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Union.

De même les privilèges et immunités ne libèrent ni l'Union ni ses fonctionnaires de l'obligation de se conformer aux lois et aux prescriptions suisses. La loi sur le blanchiment d'argent oblige des intermédiaires financiers comme Postfinance SA d'identifier les ayants droit économiques de leurs cocontractants. Il en découle que l'obligation des contractants de Postfinance SA de remplir le formulaire [en cause] repose sur une base légale. L'Union postale universelle et ses fonctionnaires peuvent donc être astreints à remplir et à signer de formulaire ...

Le formulaire remis à Postfinance SA indique que le fait de donner sciemment de fausses informations est punissable selon l'article 251 du Code pénal suisse.⁵⁵ Vu l'immunité dont jouissent l'Union et ses fonctionnaires, la signature du formulaire ... ne saurait en aucune manière être interprétée comme constituant une renonciation à l'immunité de l'Union ou de ses fonctionnaires dans le sens des articles premier, respectivement de l'accord de siège ONU, même si le formulaire ... précise que la communication de fausses informations est punissable. La levée de l'immunité doit, selon les règles du droit international, être expresse.»

Communication faite le 23 décembre 2016 à Postfinance SA.

Document inédit.

⁵⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

3.6 Immunité de juridiction des organisations intergouvernementales. Notification de documents de caractère judiciaire à des organisations internationales établies en Suisse

L'inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI) accusa l'Union postale universelle d'avoir contrevenu à l'article 65 de la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0), à l'article 56, alinéa premier, de la Loi fédérale [du 24 juin 1902] (LIE ; RS 734.0) concernant les installations électriques à faible et à fort courant, ainsi qu'à la décision prise le 2 décembre 2013 à son encontre par l'ESTI. Le texte qui suit et qui est tiré d'une communication de la Direction du droit international public adressée à l'Office fédéral de l'énergie [du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication] porte sur le statut juridique de l'Union postale universelle.

[Traduction]

«Le 12 août 2015, l'ESTI a déposé auprès de votre Office une plainte pénale contre l'Union postale universelle : celle-ci aurait contrevenu à une demande du 2 décembre 2013 de certifier la sécurité des installations électriques de l'immeuble situé à la Weltpostrasse 4 à 3015 Berne. Par lettre du 24 août 2015, la Mission permanente de la Suisse près l'Office des Nations Unies et les autres organisations à Genève s'est alors adressée à l'ESTI et a attiré son attention sur le fait que l'Union postale universelle est une organisation intergouvernementale qui, comme telle, jouit en Suisse de privilèges, d'immunités et de facilités (...). En même temps, l'ESTI a reçu des copies de certifications de sécurité de février 2011, décembre 2012, de décembre 2014 et de mai 2015 pour les installations en cause.

Vu le statut particulier de l'Union postale universelle, la décision du 2 décembre 2013 aussi bien que la plainte consécutive sont contraires au droit international. Etant donné que la lettre de la Mission suisse du 24 août 2015 n'est mentionnée en aucune manière dans la décision du 4 février 2016 [qui fait l'objet de la présente communication], nous présumons que vous n'en avez pas eu connaissance. Nous nous permettons donc de vous en rappeler [sic] les points principaux.

Le statut juridique de l'Union postale universelle fait l'objet de l'Echange de lettres des 5 février/22 avril 1948 entre la Suisse et l'Union concernant le statut juridique en Suisse de cette Organisation (Echange de lettres... ; RS 0.192.120.278.3), échange qui déclare applicable à l'Union, par analogie, l'Accord entre le Secrétaire général des Nations Unies et la Suisse des 11 juin/1er juillet 1948 sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies (accord de siège ONU ; RS 0.192.120.1). Depuis la date de son entrée en vigueur pour la Suisse le 25 septembre 2012, la Convention sur les privilèges et immunités des organisations spécialisées des Nations Unies, du 21 novembre 1947 (Convention sur les organisations spécialisées des Nations Unies ; RS 0.192.110.03) s'applique aussi à l'Union postale universelle.

La décision du 4 février 2016, de même que la demande du 2 décembre 2013 qui en forme la base, ont été communiquées de manière incorrecte. Les locaux officiels de l'Union postale universelle sont inviolables selon l'échange de lettres des 5 février/22 avril 1948 lu conjointement avec l'article II, section 2, de l'accord de siège avec les Nations Unies et l'article III, section 5, de la convention sur les organisations spécialisées des Nations Unies. Il en ressort que toutes les catégories d'actes relevant de l'exercice de la puissance publique par l'Etat du siège sont inadmissibles, en particulier la transmission directe de documents officiels qui produisent un effet juridique à l'égard de leur destinataire, de même que celle de documents qui menacent d'une sanction ou d'une peine. Ce type de documents doivent être transmis et notifiés par la voie diplomatique, ce qui signifie qu'ils doivent être envoyés au DFAE pour qu'il puisse les faire parvenir et les notifier, par la voie du courrier diplomatique, à l'Union postale universelle. La notification directe par la voie postale, à laquelle il a été procédé pour la plainte pénale en cause et la demande du 2 décembre 2013, est ainsi interdite par le droit international et, partant, invalide.

Qui plus est, l'Union postale universelle jouit, selon l'échange de lettres des 5 février/22 avril 1948, lu conjointement avec l'article III de la section 4 de la convention sur les organisations spécialisées des Nations Unies, de l'immunité de juridiction vis-à-vis des tribunaux suisses, à moins d'y avoir renoncé expressément dans un cas particulier. L'immunité en question comprend, en particulier, l'immunité par rapport aux tribunaux pénaux et administratifs. Etant donné que l'Union postale universelle n'y a pas renoncé expressément, la plainte en question est irrecevable et de nul effet selon le droit international. L'affaire ne peut pas davantage être traitée par la voie ordinaire prévue à l'article 64 de la DPA.⁵⁶

Cela ne signifie aucunement que l'Union postale universelle serait dispensée de l'observation du droit suisse en général. Comme le montre la lettre adressée par elle à l'ESTI le 24 août 2015, l'Union est prête à coopérer avec les autorités suisses pour assurer la sécurité des installations. Par l'intermédiaire de la Mission suisse près l'Office des Nations et les autres organisations internationales, les certifications pertinentes en matière de sécurité des dernières années ont déjà été transmises à l'ESTI. Nous vous prions d'examiner, d'entente avec l'ESTI, s'il y a d'autres mesures à prendre et d'il y a lieu, le cas échéant, d'entrer à nouveau en contact avec l'Union postale universelle par la voie diplomatique décrite ci-dessus.»

Communication de la DDIP à l'Office fédéral de l'énergie du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et des communications, du 18 février 2016.

Document inédit.

3.7 Responsabilité pénale des fonctionnaires et experts en mission des Nations Unies

⁵⁶ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

Saisie d'un rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la responsabilité pénale des fonctionnaires et experts en mission de l'Organisation, la Sixième Commission de l'Assemblée générale engagea un débat sur cette question. Ayant constaté que les informations sur le traitement de tels cas sont fragmentées et lacunaires, que la coordination manque entre les entités concernées et que la coordination entre Etats membres est insuffisante, la délégation suisse constate qu'il est difficile, en fin de compte, de garantir un véritable suivi aux différentes allégations de crimes. La délégation estime que ce n'est pas une fatalité et suggère de prendre sans tarder les mesures suivantes :

«1. Premièrement, le prochain Rapport du Secrétaire général devrait contenir des informations sur les cas qui ont été transmis non seulement à l'Etat de nationalité de l'auteur présumé, mais aussi à l'Etat hôte ou à d'autres Etats, ainsi que sur les critères utilisés pour déterminer si un cas doit ou non être déféré à un Etat. Pour que le Rapport soit complet, il importe que les fonds et programmes rapportent systématiquement au Secrétaire général l'information dont ils disposent au sujet des crimes qui auraient été commis par leur personnel.

2. Deuxièmement, il convient de renforcer le suivi donné aux cas transmis aux Etats. Si ces derniers doivent eux-mêmes assurer un suivi, il nous semble également que le Secrétaire général a un rôle essentiel à jouer pour garantir la coordination et donner les impulsions nécessaires. Nous l'encourageons donc à se montrer proactif et nous l'invitons à s'enquérir plus régulièrement du traitement de ces cas qu'il a renvoyés aux Etats membres.

3. Troisièmement, il y a lieu d'apporter une réponse cohérente et globale, qui vise tous les types de crimes et l'ensemble du personnel de l'ONU.

Si nous saluons la création du poste de Coordinatrice spéciale pour l'amélioration de la réponse de l'ONU à l'exploitation et aux abus sexuels et l'adoption de la Résolution 2272 du Conseil de sécurité (S/RES/2272 (2016)), l'accent est pour l'instant mis sur l'exploitation et les abus sexuels ainsi que sur le personnel militaire. Or, il importe que ces mesures s'appliquent également aux autres types de crimes, comme les crimes financiers, ainsi qu'au personnel civil de l'ONU, non seulement au sein du Secrétariat mais aussi dans les fonds et programmes. Il nous semble dès lors fondamental que des procédures et des mécanismes soient mis en place pour assurer un traitement uniforme et professionnel de l'ensemble des crimes commis par le personnel de l'ONU.

4. Enfin, les Etats membres ont un rôle déterminant à jouer. En effet, la lutte contre l'impunité des crimes commis par le personnel des Nations Unies ne pourra pas avancer sans un engagement actif des Etats, qui ont le devoir de faire toute la lumière sur les cas dont ils ont connaissance et de renseigner le Secrétaire général sur ce qu'ils ont entrepris. La Résolution devrait cette année appeler explicitement les Etats membres à rapporter sur l'avancement des enquêtes, des poursuites et des mesures disciplinaires dans leur juridiction, y compris sur les cas des années précédentes, et à informer sur les mesures prises pour éviter que de tels actes ne se reproduisent. Cet effort ne devrait pas concerner que l'Etat de nationalité de la personne visée par les allégations, mais également l'Etat sur le territoire duquel elle est découverte ou son Etat de résidence, ainsi que les Etats hôtes des missions de l'ONU ou les Etats hôtes des différentes entités de l'Organisation.»

Intervention de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 7 octobre 2016, sur le thème « Responsabilité pénale des fonctionnaires et des experts en mission des Nations Unies ».

Version écrite.

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

(Voir aussi les nos 1.7 et 10.1)

4.1 Protection consulaire des ressortissants étrangers en Suisse

Les textes qui suivent sont extraits d'une notice émanant de la Direction du droit international public et adressée aux autorités judiciaires pénales et d'exécution en Suisse. Cette note vise à informer les autorités en question de leurs droits et obligations découlant du droit international, c'est-à-dire des articles 36 et 37, lettre a, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

«Dans le cadre des fonctions consulaires, les ambassades et consulats étrangers ont, notamment, pour tâche de protéger, en Suisse, les intérêts de leur Etat et leurs ressortissants (article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, CVRC ; ...). Dans ce contexte, les articles 36 et 37, lettre a, de la convention précitée prévoient des règles spécifiques concernant la communication entre les représentations diplomatiques et consulaires et leurs ressortissants, particulièrement en cas de détention ou de décès.

Chaque personne détenue dans un pays étranger peut faire appel à l'aide de son ambassade ou de son consulat. Le cas échéant, les fonctionnaires consulaires peuvent rendre visite à leurs concitoyens détenus et prendre des mesures de protection en leur faveur. Ce contact entre la personne détenue et le fonctionnaire consulaire est garanti afin, notamment, de permettre à l'Etat d'origine de veiller à ce que les droits du prévenu soient respectés, que les conditions de détention soient conformes à la dignité humaine, ainsi que de l'aider à organiser sa défense. Conformément à l'article 36 de la CVRC, le poste consulaire ne peut être informé d'une arrestation ou détention que si la personne

détenue en fait expressément la demande. Enfin, en cas de décès d'un ressortissant étranger, les autorités de l'Etat de résidence doivent tenir informées les autorités de l'Etat dont la personne décédée a la nationalité.

Les articles 36 et 37, lettre a, de la CVRC constituent le fondement de ces droits, mais ne s'appliquent pas seulement aux 177 Etats liés par la CVRC. En tant que partie intégrante du droit international coutumier, leur contenu s'applique à tous les Etats.

...

L'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires crée des obligations à l'égard des Etats. En Suisse, ces obligations sont mises en œuvre par les autorités judiciaires pénales et d'exécution. Bien qu'exécutées par les autorités cantonales, il s'agit d'obligations de la Suisse vis-à-vis des autres Etats. Toute violation pourrait engager la responsabilité internationale de la Suisse.

2.2.1 L'article 36 de la CVRC oblige les autorités à :

- informer sans retard toute personne détenue de son droit à entrer en contact avec sa représentation consulaire compétente ;
- si le détenu en fait la demande, avertir, sans retard, le poste consulaire de l'Etat d'envoi dont il est ressortissant au sujet de sa situation ;
- transmettre sans retard toute communication du détenu adressée au poste consulaire de l'Etat d'envoi dont il est ressortissant ;
- permettre aux fonctionnaires consulaires de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice lorsque le détenu en a fait la demande.

2.2.2 Précisions concernant la notion de «sans retard» :

L'article 36 de la CVRC prévoit que les autorités doivent remplir leurs obligations «sans retard», sans toutefois préciser ce qu'il faut entendre par cette notion. La jurisprudence internationale et la pratique suisse ont établi quelques principes :

- Lorsqu'il s'agit d'informer le détenu de ses droits, la notion «sans retard» doit être comprise comme «immédiatement». «Immédiatement» implique que l'information doit avoir lieu dès que la nationalité étrangère a pu être établie ou qu'il existe des raisons de croire que la personne est un ressortissant étranger. Afin de garantir le respect des obligations de l'article 36 de la CVRC, il est également possible d'informer toute personne arrêtée – avant même d'établir la nationalité – de ses droits liés à la protection consulaire. Cette démarche permettrait également de déceler rapidement tout cas de double nationalité (voir ci-dessous, point 2.4.1).
- Lorsqu'il s'agit d'avertir le poste consulaire et de transmettre les communications du détenu au poste consulaire, les autorités pénales ont un peu plus de latitude. En effet, lorsque les intérêts de l'instruction pénale le justifient, l'arrestation peut être tenue secrète pendant quelque temps. La durée n'est pas clairement définie et doit être justifiée par la situation spécifique tout en permettant de garantir les droits du détenu. En tout état de cause, un délai maximum de 48 heures serait trop court et un délai maximum d'un mois serait trop long. Toutefois, si rien ne justifie d'attendre, l'information doit être faite le plus rapidement possible.

2.2.3 Rapport à la législation nationale (article 36, paragraphe 2, de la CVRC)

Au sens de l'article 36, paragraphe 2, de la CVRC, les dispositions légales internes de l'Etat de résidence sont réservées, mais cela uniquement à condition que ces dispositions légales internes permettent néanmoins l'entière réalisation des buts de la protection consulaire. En effet, certaines contingences de la procédure pénale peuvent amener à autoriser les visites consulaires avec une certaine retenue. Cependant, l'obligation d'informer le détenu doit être respectée strictement.

La CVRC n'interdit pas aux autorités, lorsqu'un fort risque de collusion existe :

- de reporter les visites (le fonctionnaire consulaire peut avoir besoin de plusieurs visites afin d'exercer efficacement ses fonctions consulaires, le nombre de ces visites ne peut donc pas être limité) et/ou :
- d'imposer la présence d'une tierce personne lors de la visite consulaire (p.ex. la présence d'un gardien) et/ou :
- d'exiger que la rencontre entre le détenu et le fonctionnaire consulaire se déroule dans une langue déterminée, à condition que les personnes concernées maîtrisent suffisamment cette langue ou qu'un interprète soit présent.

N.B. Les fonctionnaires consulaires sont soumis à des limites dans l'exercice de la protection consulaire. Ils ne peuvent pas exercer d'influence sur la procédure judiciaire en cours (tant que les droits fondamentaux du détenu sont respectés) et ne doivent pas s'immiscer dans les affaires internes de l'Etat de résidence.⁵⁷ Les autorités pénales sont encouragées à contacter le Département fédéral des affaires étrangères (...) en cas de question.

...

2.4 Cas particuliers

⁵⁷ Le DFAE ne réalise pas d'observations de procès dans le cadre de la protection consulaire des Suisses à l'étranger. Par souci de réciprocité, cela ne serait donc pas accepté en Suisse. Il convient toutefois de préciser qu'en cas de procès public, les fonctionnaires consulaires peuvent librement se rendre aux audiences.

2.4.1 Les détenus bi/multi-nationaux

La question des détenus bi/multi-nationaux n'est pas envisagée dans la CVRC. En Suisse, lorsqu'une personne détenue est titulaire de la nationalité suisse et d'une ou plusieurs autres nationalités, elle est considérée comme ayant principalement la nationalité suisse. Toutefois, si la personne fait valoir une autre nationalité, la possibilité d'entrer en contact avec le poste consulaire de l'Etat dont elle a aussi la nationalité peut lui être accordée.

2.4.2 Les détenus réfugiés

Lorsqu'une personne a obtenu l'asile dans un pays tiers, elle peut, lorsqu'elle est détenue en Suisse, contacter le poste consulaire de son Etat d'accueil afin que celui-ci exerce la protection consulaire.

2.4.3 Protection consulaire assurée par un Etat dont le détenu n'a pas la nationalité

Certains Etats n'ont pas d'ambassade ni de poste consulaire dans tous les Etats. Dans ces situations, ils ont parfois pour pratique de conclure des accords, ou des délégations de pouvoir ad hoc, avec d'autres Etats pour leur déléguer l'exercice de leurs fonctions consulaires.

Tel est, par exemple, le cas entre la Suisse et le Liechtenstein qui ont conclu un accord consulaire. Il s'agit d'instaurer un rapport de suppléance entre les deux Etats afin que les fonctions consulaires, et donc la protection consulaire, puissent être exercées dans toutes les situations. Lorsque de tels accords ont été conclus (il appartient à l'Etat intervenant d'en informer les autorités concernées), il y a lieu d'autoriser le fonctionnaire consulaire qui agit en représentation de l'Etat dont le détenu est ressortissant à exercer les fonctions consulaires comme s'il agissait pour son propre ressortissant. Un tel accord a également été conclu entre la Suisse et l'Autriche le 3 décembre 2015 (RS 0.191.111.631).⁵⁸

Note de la DDIP du 9 novembre 2016.

Document inédit.

4.2 Droit international pénal : crimes contre l'humanité (différentes formes de commission de tels crimes ; compétence nationale en matière de crimes contre l'humanité ; aut dedere aut judicare)

A l'occasion de la discussion consacrée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au Projet d'articles sur les crimes contre l'humanité (Rapport de la Commission du droit international, 68^e session, 2 mai – 10 juin et 4 juillet – 12 août 2016, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 71^e session, Supplément n° 10 (A/71/10, p. 252), la délégation suisse a fait les commentaires suivants sur les articles 5, 6, paragraphe premier, et 9 du Projet :

«La Suisse tient à remercier la Commission du droit international et le Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité pour leur travail. Les points traités au cours de la 68^e session de la Commission portent sur des dispositions clés de la future convention, en particulier l'incrimination en droit interne et l'établissement de la compétence nationale et ils se fondent à juste titre sur le cadre juridique international existant.

Nous saluons le fait que le projet d'article 5 appelle les Etats à définir dans leur législation interne les différentes formes de commission des crimes contre l'humanité, y compris la tentative, et les diverses formes d'assistance, ainsi que la responsabilité du supérieur hiérarchique, tout en soulignant que l'obéissance aux ordres ne constitue pas un motif d'exonération de responsabilité. Nous sommes également favorables à ce que cette disposition mentionne expressément l'imprescriptibilité de tels crimes.

La manière dont l'article 6, paragraphe premier, définit la compétence nationale mérite également d'être saluée. En effet, une définition large de cette compétence, incluant non seulement la compétence territoriale, mais aussi la compétence personnelle active et passive, permet d'éviter autant que possible des lacunes dans la poursuite des crimes contre l'humanité. Les paragraphes 2 et 3 du projet d'article vont dans le même sens, dès lors qu'ils prévoient également la compétence fondée sur la présence de l'auteur présumé sur le territoire tout en réservant des compétences éventuellement plus larges du droit interne.

Enfin, l'introduction d'une clause «aut dedere aut judicare» à l'article 9 du projet est également une bonne chose, et le fait que cette clause prévoit aussi la remise à un tribunal pénal international compétent prend dûment en compte les développements intervenus ces dernières années.»

Intervention de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 31 octobre 2016, relative au Projet d'articles relatif aux crimes contre l'humanité.

Version écrite.

Pour un autre extrait de cette intervention, voir le n° 1.1.

4.3 Justice pénale internationale : le mandat de la Cour pénale internationale

Voici de larges extraits des commentaires consacrés par la Suisse au Rapport de la Cour pénale internationale (CPI) mise en place par le Statut de Rome du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1) :

⁵⁸ Accord entre la Suisse et l'Autriche, du 3 décembre 2015, sur la coopération en matière d'affaires consulaires.

«La Cour pénale internationale a été créée pour les victimes des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Elle ne travaille ni en faveur de certains pays ou régions ni à leur détriment.

La CPI est la clé de voûte de la lutte contre l'impunité. Même si la responsabilité de cette lutte incombe en premier lieu aux États, la Cour intervient lorsque les autorités nationales sont dans l'incapacité ou n'ont pas la volonté de traduire en justice les auteurs de crimes. Elle contribue à rendre justice aux victimes lorsqu'aucun autre tribunal n'est en mesure de le faire.

Certes, le système du Statut de Rome est un système volontaire. Chaque État a le droit souverain d'adhérer ou non à cet instrument. Mais cette décision – comme toute autre décision – a ses conséquences. Dans le cas présent, ces conséquences sont supportées non pas par les dirigeants politiques de ce monde mais par les personnes touchées par les conflits, c'est-à-dire les victimes de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocides.

La décision prise par l'Afrique du Sud, le Burundi et la Gambie de se retirer du statut de Rome constitue donc un signal troublant. La multiplication des atrocités commises à travers le monde devrait tous nous inciter à intensifier encore la lutte contre l'impunité plutôt qu'à réduire notre engagement.

La plupart des critiques adressées à la CPI n'ont rien à voir avec les prétendus défauts de l'institution. C'est même le contraire : la Cour est rejetée par certains précisément parce qu'elle accomplit son mandat avec succès.

Au cours de l'année écoulée, ce succès s'est traduit par des jugements primordiaux, qui rendent justice aux victimes, veillent à ce que les auteurs des crimes répondent de leurs actes et font prévaloir le droit. Dans l'affaire Bemba,⁵⁹ par exemple, la Cour a établi que les supérieurs sont responsables des actes de leurs subordonnés. Dans le jugement Al-Mahdi,⁶⁰ elle a démontré que la destruction du patrimoine culturel sera punie. Et il y a seulement quelques jours, elle a donné son feu vert aux mesures de réparations collectives à caractère symbolique pour les victimes, dans l'affaire Lubanga.⁶¹

La CPI peut sanctionner et prévenir non seulement des crimes mais aussi des guerres – ce qui est l'un des principaux objectifs de l'Organisation des Nations Unies. L'amendement au statut de Rome sur le crime d'agression a été ratifié par plus de 30 États Parties et l'Assemblée des États Parties peut activer la compétence de la Cour à l'égard de ce crime dès l'an prochain. La Suisse, qui a ratifié cet amendement l'an dernier, appelle tous les autres États Parties à faire de même.

...

Sachant que presque deux tiers des États représentés dans cette Assemblée ont déjà adhéré au statut de Rome, nous leur demandons spécifiquement de soutenir les principes clés qui constituent une condition préalable aux activités de la Cour : tout d'abord, il est important que les États Parties respectent strictement l'indépendance de la CPI. La politique n'a rien à faire dans une cour de justice, que celle-ci soit nationale ou internationale. Ensuite, les États Parties doivent rappeler sans relâche que même les plus hautes autorités d'un État peuvent être poursuivies devant la CPI. Ce sont ceux qui planifient et ordonnent la commission de crimes graves qui en portent la plus lourde responsabilité. Enfin, les États Parties doivent coopérer pleinement avec la CPI, notamment en répondant aux demandes formulées par le procureur et en exécutant les mandats d'arrêt. Les États sont les rouages du système international de justice pénale.

...

La Suisse déplore l'inaction du Conseil de sécurité face à l'impunité complète qui règne en Syrie. En 2014, un projet de résolution visant à déférer la situation à la CPI n'a pas été adopté, alors qu'il avait été approuvé par 13 membres du Conseil de sécurité et co-parrainé par 65 États. Aujourd'hui, nous continuons d'être les témoins de crimes graves, commis de façon répétée et systématique par toutes les parties au conflit, comme le bombardement d'hôpitaux, de convois humanitaires et de villes assiégées où la population civile vit dans des conditions épouvantables. C'est pourquoi ma délégation réitère son appel au Conseil de sécurité pour qu'il défère la situation en Syrie à la CPI. Un veto ne devrait jamais être utilisé dans les cas de crimes internationaux, que ce soit en Syrie ou ailleurs.

En conclusion, ma délégation rappelle que le Secrétaire général des Nations Unies sortant a déclaré que la CPI avait inauguré [une] «ère de responsabilité», l'expérience ayant montré qu'il ne peut y avoir de paix durable sans justice. Il s'est efforcé de traduire dans les faits la reddition des comptes et nous lui en sommes reconnaissants. Nous encourageons le nouveau Secrétaire général à poursuivre sur cette voie, car il reste encore beaucoup à faire, et nous avons tous un rôle à jouer.»

Intervention de la Suisse devant l'Assemblée générale des Nations Unies, du 31 octobre 2016, sur le thème « Rapport de la Cour pénale internationale ».

Version écrite.

5. Le territoire étatique

(Voir aussi les nos 1.2, 3.2 et 7.1)

⁵⁹ *Procureur c. Bemba*, ICC-01/05-01/08.

⁶⁰ *Procureur c. Al-Mahdi*, ICC-01/12-01/15.

⁶¹ *Procureur c. Lubanga*, ICC-01/12-01/15.

5.1 Actes d'état civil et autres documents officiels émanant d'un Etat non reconnu ou en cas d'annexion

Le texte ci-après cherche à répondre aux questions suivantes :

«1) Les représentations suisses à l'étranger doivent-elles catégoriquement refuser la transmission à l'autorité d'état civil compétente en Suisse des actes d'état civil établis par les autorités non reconnues par la Suisse (c'est-à-dire des actes non légalisés) ?

2) Est-ce que le fait d'accepter la transmission de ces documents tout comme le fait d'une éventuelle décision d'inscription de l'autorité d'état civil compétente en Suisse pourrait implicitement être interprété comme une reconnaissance des autorités non reconnues ?

3) Existe-t-il des bases juridiques en lien avec ces questions ?

4) Une décision de retrait d'autorité parentale établie par un tribunal ukrainien en Crimée le 11 septembre 2013 mais doté d'une Apostille russe peut-elle être reconnue ?»

Voici l'avis de la Direction du droit international public :

«Les questions que vous soulevez peuvent se poser dans différents cas de figure, notamment s'agissant d'actes et documents émis par les autorités d'un Etat non reconnu par la Suisse ou dans le cas d'une annexion d'une partie du territoire d'un Etat par un autre Etat. Ces questions sont pertinentes dès lors que la façon d'y répondre peut avoir des conséquences sur la perception de la position de la Suisse en ce qui concerne la reconnaissance de l'Etat concerné, respectivement la reconnaissance de l'annexion, une telle reconnaissance pouvant être explicite ou implicite.

Chaque cas doit toutefois être analysé pour lui-même. Nous nous limiterons ici à un examen à la lumière de la situation qui prévaut actuellement en Crimée. La solution préconisée ne peut être transposée automatiquement à toutes les situations de non-reconnaissance d'un Etat ou d'une annexion, mais peut être envisagée comme une base de réflexion pour des circonstances semblables.

Il y a lieu de noter que tout contact avec une autorité ne constitue pas en soi une reconnaissance implicite. Il s'agit donc de s'interroger dans chaque situation s'il est opportun d'établir un contact avec l'autorité ayant le contrôle de facto d'un territoire et de quelle façon il doit être établi, le cas échéant. En tout état de cause, si des contacts sont établis, il y a lieu de régulièrement rappeler que l'on ne reconnaît pas l'autorité de l'Etat, respectivement, l'annexion illégale du territoire en question afin d'éviter tout malentendu.

– Le droit international interdit toute annexion qui n'est pas le résultat d'un traité de paix. In casu, l'annexion de la Crimée constitue une violation grave de la souveraineté de l'Ukraine. Il en découle que les Etats tiers doivent s'abstenir de reconnaître l'annexion et ne doivent pas aider le Gouvernement russe à la maintenir.

– Depuis l'annexion illégale de la Crimée en 2014, la Suisse rappelle régulièrement que la Crimée fait toujours partie de l'Ukraine même si de facto la Fédération de Russie en contrôle le territoire. Dès lors, les documents officiels émis en Crimée ne sont, en principe, pas reconnus par la Suisse car admettre leur validité pourrait implicitement être interprété comme une reconnaissance de la légitimité de l'annexion.

– Cette problématique spécifique a été abordée dans une étude publiée par le Parlement européen en juin 2015.⁶² Elle affirme que «(c)omme l'autorité d'une puissance occupante est limitée, les Etats tiers devraient considérer les actes juridiques entérinés par la puissance occupante comme nuls et non avenus, sauf s'ils se justifient en vertu du droit humanitaire international, du droit international applicable aux droits de l'homme ou de «l'exception namibienne». « En effet, la Cour internationale de Justice (ci-après : CIJ), dans son avis consultatif sur la Namibie de 1971, a défendu l'idée que les droits des habitants du territoire occupé ne doivent pas être préteritis par les effets d'une non-reconnaissance. Elle a, en particulier, affirmé que

«l'illégalité ou la nullité des mesures prises par (l'autorité occupante depuis l'établissement de la situation illégale) ne saurait s'étendre à des actes comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du (territoire)».⁶³

L'étude mentionnée ci-dessus demande de ne pas reconnaître les actes juridiques qui procèdent de nouvelles lois introduites par une puissance occupante illégale. Elle recommande toutefois de prévoir des exceptions notamment pour protéger les intérêts légitimes de la population locale. Il en découle que l'effet juridique des actes quotidiens devrait en règle générale être reconnu, notamment dans le cas des certificats de naissance et des contrats qui n'ont aucune incidence sur la souveraineté permanente du peuple occupé sur ses ressources naturelles et qui n'affectent pas les dispositions existantes concernant le droit de propriété et les autres droits protégés de la population autochtone.

– Nous considérons que cette solution propose une approche pragmatique qui garantit une protection efficace des droits des individus tout en respectant les devoirs des Etats découlant de l'annexion illégale d'un territoire par un autre Etat. Nous préconisons que la Suisse suive la même approche. La transmission des actes d'état civil établis en Crimée par les autorités russes peut donc, à notre sens, être en principe autorisée et leur validité reconnue par les bureaux

⁶² Occupation/annexion d'un territoire: Respect du droit humanitaire international et des droits de l'homme et politique cohérente de l'Union Européenne dans ce domaine. Département thématique.

[http://europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EXPO_STU\(2015\)534995](http://europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=EXPO_STU(2015)534995).

⁶³ Affaire de la Namibie, avis consultatif du 21 juin 1971, CIJ, Recueil 1971, p. 16, par. 125.

d'état civil en Suisse. Il peut toutefois être opportun de rappeler régulièrement que l'on ne reconnaît pas l'annexion illégale de la Crimée.

Pour conclure cette prise de position, et par souci de clarté, il convient de répondre spécifiquement à chacune des questions qui nous ont été transmises :

1. Les représentations suisses à l'étranger peuvent en principe et sous réserve d'un examen de chaque situation régionale concrète transmettre les actes d'état civil établis par des autorités d'Etats non reconnus ou des autorités ayant de facto le contrôle d'un territoire annexé aux autorités d'état civil compétentes en Suisse. Nous considérons que cela peut être appliqué à la situation en Crimée.

2. La transmission de tels documents n'implique pas automatiquement une reconnaissance implicite des autorités qui ont établi ces actes. Cela étant, il y a lieu, pour éviter tout malentendu, de rappeler régulièrement que l'on ne reconnaît pas la légitimité de ces autorités, respectivement la légitimité des autorités russes en Crimée.

3. La jurisprudence de la CIJ (l'exception namibienne) règle spécifiquement la question des actes d'état civil établis par des autorités exerçant leurs activités sur un territoire annexé. En affirmant que la non-reconnaissance des documents officiels ne saurait s'étendre automatiquement aux actes d'état civil, elle adopte une solution pragmatique permettant de garantir efficacement la protection des droits des individus.

4. La décision de retrait d'autorité parentale pour laquelle nous avons été consultés est une décision judiciaire et non un acte d'état civil. Cependant, elle traite une question de droit civil n'ayant des effets que sur les parents et l'enfant concernés par la décision. Seuls ces individus seraient préjudicés par une non-reconnaissance de ce jugement. Nous considérons donc que l'exception namibienne trouve également application dans ce cas d'espèce et le jugement devrait être accepté par les autorités suisses, d'autant plus qu'il a été rendu par un tribunal ukrainien avant l'annexion de la Crimée par la Russie.

Comme mentionné préalablement, l'analyse ci-dessus concerne le cas spécifique de l'annexion de la Crimée. Bien qu'il puisse servir de base de réflexion pour des situations semblables, ce raisonnement ne peut pas être appliqué automatiquement à tous cas similaires, en particulier lorsque le risque de reconnaissance implicite existe. Il serait donc opportun de consulter la DDIP pour toute question liée à la problématique de la non-reconnaissance des actes d'état civil et autres documents officiels émis, dans d'autres situations que la Crimée, par des autorités d'un Etat non reconnu par la Suisse ou dans le cas d'une annexion. S'il s'agit d'actes émis en Crimée, une consultation de la DDIP est opportune dans tous les cas concrets où un doute subsiste quant à l'opportunité d'accepter tel ou tel document.»

Etude de la DDIP du 16 août 2016.

Document inédit.

5.2 Souveraineté et inviolabilité des archives

Aux termes de l'article 4 de l'Accord entre la Suisse et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), du 19 mars 1993, en vue de déterminer le statut juridique du CICR en Suisse (RS 0.192.122.50), les archives du Comité, ses documents ainsi que les supports de données qui lui appartiennent ou qui sont en sa possession, sont inviolables à tout moment, quel que soit l'endroit où ils se trouvent. Le texte qui suit examine quelle serait la situation si ces documents et données étaient conservés à l'étranger au moyen de la technique de « cloud stocking », c'est-à-dire de « stockage en nuage ». L'« information en nuage » peut être définie comme étant « l'exploitation de la puissance de calcul ou de stockage de serveurs informatiques distants par l'intermédiaire d'un réseau, généralement internet ».

«A la lumière de la souveraineté des Etats, lorsque des documents sont situés sur un territoire étranger, la législation suisse ne trouve pas à s'appliquer. Ainsi, la Suisse peut veiller à l'inviolabilité des archives du CICR tant et aussi longtemps que celles-ci se trouvent en Suisse.

Le cloud computing est aujourd'hui très utilisé mais sa compatibilité avec certains concepts juridiques traditionnels soulève des questions. Cela est notamment le cas avec la question de l'inviolabilité de documents. En effet, comment la Suisse peut-elle garantir l'inviolabilité de documents qui ne sont pas physiquement sur son territoire ? Certains hébergeurs stockent les documents dans des serveurs disséminés dans le monde entier, soulevant la question de savoir quelle législation est applicable à ces documents. Pour parer à cette problématique, plusieurs hébergeurs cloud se spécialisent désormais dans des cloud dont les serveurs sont exclusivement situés en Suisse. Les documents qui y sont stockés sont donc exclusivement soumis à la législation suisse. Ces spécificités permettent à la Suisse d'assurer une protection juridique des documents stockés car il n'y a pas d'incertitude juridique liée à l'application d'une législation étrangère.

Si l'hébergeur cloud peut garantir que les archives stockées seront exclusivement soumises à la législation suisse, nous considérons que l'article 4 de l'Accord de siège susmentionné peut être respecté et la Suisse pourra assurer l'inviolabilité des archives du CICR.

Lorsqu'il s'agit toutefois de serveurs utilisés également par d'autres utilisateurs que le CICR (cloud public, par exemple), il importe que les archives du CICR stockées sur ces installations informatiques soient suffisamment clairement identifiables et séparées des documents des autres utilisateurs. En effet, seuls les documents du CICR sont inviolables et non l'entier des documents sur le serveur ou le serveur lui-même. Dans ce contexte, nous pouvons, par analogie, faire référence à la situation du fonctionnaire consulaire honoraire, respectivement à l'article 61 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (CVRC ; RS 0.191.02) qui prévoit que «les archives et documents

consulaires d'un poste consulaire dirigé par un fonctionnaire consulaire honoraire sont inviolables à tout moment et en quelque lieu qu'ils se trouvent, à condition qu'ils soient séparés des autres papiers et documents (...)».

Etude de la DDIP du 30 décembre 2016.

Document inédit.

6. Identité, continuité et succession d'Etats

7. Les organes du droit international

(Voir aussi les n^{os} 3.2, 3.5, 3.7, 4.1 et 5.2)

7.1 Sécurité de l'aviation civile internationale : contrôles dans les aéroports suisses (passagers et bagages bénéficiant de l'immunité diplomatique)

Texte d'une note circulaire adressée aux missions diplomatiques et postes consulaires en Suisse :

«Dans le cadre de ses compétences découlant de la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago⁶⁴) et en particulier en exécution de son objectif visant à promouvoir la sécurité de vol dans la navigation aérienne internationale, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) détermine les normes minimales et mesures relatives à la sûreté de l'aviation civile et émet des recommandations à l'intention des autorités nationales compétentes. En Suisse, c'est l'Office fédéral de l'aviation civile [du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication] qui assure la mise en œuvre des recommandations de l'OACI par le biais de directives aux aéroports concernés. Font, entre autres, partie du programme national de sûreté les contrôles de sûreté des passagers et de leurs bagages avant l'embarquement. Ceux-ci ont pour but d'empêcher toute intrusion d'objets susceptibles de mettre en danger la sécurité des passagers et du personnel de navigation en vol. Ils sont effectués au moyen d'appareils radioscopiques, de portiques magnétiques et de magnétomètres de détection d'objets. Les aéroports suisses – dans l'intérêt de la sécurité de tous les voyageurs et à la lumière de la situation sécuritaire internationale – respectent les directives en la matière et les appliquent, à l'instar des autres aéroports. Par ailleurs, conformément aux règles de l'OACI, le pilote a la responsabilité en dernier ressort de la sécurité à bord de son avion.

La question de la compatibilité des mesures prévues par l'OACI avec les règles du droit international public relatives aux privilèges et immunités dont certains voyageurs bénéficient peut se poser, en particulier pour les passagers jouissant de l'inviolabilité personnelle et l'inviolabilité de leurs bagages. Tenant compte du fait que le but des privilèges et immunités n'est pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions officielles des personnes bénéficiant de privilèges et immunités, et étant souligné que, sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire, le Département souhaite rappeler les modalités concernant les contrôles de sûreté opérés aux aéroports suisses à l'égard des personnes bénéficiaires de privilèges et immunités.

Conformément aux règles pertinentes du droit international public, l'inviolabilité personnelle empêche l'Etat accréditaire de soumettre la personne concernée à des mesures d'arrestation ou de détention. L'Etat accréditaire la traite avec le respect qui lui est dû et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité. Conformément à la pratique internationale, le fait de soumettre une personne bénéficiant de l'inviolabilité au détecteur de métaux (notamment le passage par des portiques magnétiques et des magnétomètres de détection) ne porte pas atteinte à l'inviolabilité personnelle. Le contrôle doit cependant être effectué avec les égards dus à la personne concernée. En revanche, une fouille corporelle peut être refusée. Il y a toutefois lieu de souligner que l'accès à la zone d'embarquement peut être refusé par les autorités compétentes de l'aéroport si elles estiment que la personne peut constituer un risque pour la sécurité. Elles peuvent par exemple parvenir à une telle conclusion si le système de détecteurs de métaux réagit et si les services de sécurité ne sont pas en mesure d'en déterminer la raison. De même, le pilote serait en droit de refuser à cette personne l'entrée dans l'avion. Un tel refus des autorités aéroportuaires ou du pilote ne serait pas incompatible avec l'inviolabilité personnelle garantie par le droit international.

En ce qui concerne le contrôle des bagages, comme le prévoit notamment l'article 36, paragraphe 2, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁶⁵ l'agent diplomatique est exempté de l'inspection de son bagage personnel, à moins qu'il n'existe des motifs sérieux de croire qu'il contient des objets dont l'importation ou l'exportation est interdite. En pareil cas, le bagage peut être inspecté en présence de l'agent diplomatique ou de son représentant autorisé. Le contrôle des bagages au moyen de détecteurs de métaux ou par rayons X lors d'un contrôle de sécurité ordinaire avant l'embarquement est conforme à la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Si ce contrôle fait ressortir des doutes concernant la question de savoir si les bagages personnels contiennent des objets interdits, notamment pour des raisons de sécurité, les services de sécurité compétents peuvent demander à inspecter les bagages concernés en présence de l'agent diplomatique ou de son représentant autorisé. Conformément à l'article 30 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les biens de l'agent diplomatique sont inviolables. S'il ressort des contrôles des bagages effectués que certains objets sont interdits notamment pour des raisons de

⁶⁴ RS 0.748.0.

⁶⁵ Voir la note 29.

sécurité, l'agent diplomatique pourrait en principe s'opposer à ce qu'ils soient saisis. Toutefois, dans un tel cas ou si la personne s'oppose à tout contrôle de ses bagages personnels, l'accès à la zone d'embarquement ou à l'avion peut lui être refusé et un tel refus ne serait pas incompatible avec le droit international public.»

Note adressée le 14 juin 2016 par le DFAE aux missions diplomatiques et postes consulaires en Suisse.

Document inédit.

7.2 Acquisition d'immeubles à Genève par des organisations intergouvernementales, des missions diplomatiques et des personnes physiques

L'arrêt du Tribunal fédéral partiellement reproduit ci-après concerne l'article 5 de la Loi genevoise sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD ; Recueil systématique des lois genevoises L 135). Cette disposition prescrit notamment que les logements en zone de développement destinés à la location ou à la vente doivent répondre à un « besoin d'intérêt général ». En 2013, le Conseil d'Etat proposa de compléter cette disposition par l'exigence que les logements en zone destinés à la vente soient occupés par leurs propriétaires. En 2014, le Grand Conseil genevois adopta une modification de la LGZD prévoyant de remplacer l'obligation d'habiter par une disposition permettant l'acquisition de logements aux seules personnes non encore propriétaires dans le canton de Genève. Cette modification fut annulée par le Tribunal fédéral en 2015.

Entre-temps, le Conseil d'Etat genevois déclara valide une initiative législative cantonale prévoyant que l'octroi d'autorisations de construire dans des zones de développement affectées à l'habitat était conditionné par l'obligation d'habiter. Cette initiative fit l'objet d'un recours auprès de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice du canton de Genève. Le recours fut partiellement admis. La Chambre estima en effet que, bien que le texte de l'initiative ne fût pas des plus clairs, l'obligation d'habiter le logement (de même que l'interdiction, en cas de location, de l'aliéner sans justes motifs) était limitée à une période de contrôle de dix ans et qu'elle impliquait que des personnes morales ne pouvaient acquérir des logements en zone de développement, à l'exception d'entités du type société coopérative pour autant qu'elles garantissaient l'occupation personnelle par les sociétaires. De plus, les bénéficiaires institutionnels pouvaient acquérir dans la zone, avec l'autorisation du Département fédéral des affaires étrangères, des immeubles pour leurs besoins officiels, conformément à la Loi fédérale [du 22 juin 2007] sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (LEH ; RS 192.12) ; une occupation personnelle par le chef de la mission pouvait satisfaire aux exigences posées par l'initiative.

Le 12 octobre 2015, M. Claudio Sauro Graziano forma un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral demandant à celui-ci d'annuler l'arrêt de la Chambre constitutionnelle et de constater que l'article 5, alinéa premier, lettre b, de la LGZD était contraire, en particulier, à la LEH. Voici les considérations du Tribunal fédéral sur ce point :

«2.3 Selon l'article 2 de la LEH, la Confédération peut accorder des privilèges, immunités et facilités à divers bénéficiaires institutionnels (organisations et institutions intergouvernementales et internationales, missions diplomatiques) ou personnes physiques. Les privilèges, immunités et facilités sont déterminés à l'article 3 de la LEH. Selon l'article 16 de la LEH, les bénéficiaires institutionnels peuvent acquérir des immeubles pour leurs besoins officiels. La surface ne doit pas être supérieure à ce qu'exige l'affectation de l'immeuble (alinéa premier). L'acquéreur adresse sa requête au Département fédéral des affaires étrangères (...), avec copie à l'autorité compétente du canton intéressé (alinéa 2). Après avoir consulté l'autorité compétente du canton intéressé, le Département vérifie si l'acquéreur est un bénéficiaire institutionnel visé à l'article 2, alinéa premier, et si l'acquisition est effectuée à des fins officielles, puis rend une décision. Une décision positive présuppose que les autorisations nécessaires ont été accordées par les autorités compétentes, notamment les autorisations de construire et celles requises en matière de sécurité (alinéa 3).

Il résulte de ce qui précède que le bénéficiaire institutionnel ne dispose nullement d'un droit inconditionnel à une autorisation d'acquérir. Dans le cadre de la procédure d'autorisation, le DFAE s'assure en effet du besoin en tenant compte des immeubles déjà à disposition, de la surface nécessaire et du but de l'acquisition (résidence du chef de mission, chancellerie de la représentation, bureaux officiels de l'organisation, etc.) ; il peut en outre fixer des conditions (cf. article 25, alinéas 2 à 4, de l'Ordonnance sur l'Etat hôte – OLEH, RS 192.121). Par ailleurs, le droit de décision du Département fédéral laisse subsister l'ensemble des compétences cantonales en matière d'aménagement du territoire et de droit des constructions. Ainsi, l'article 16, alinéa 3, de la LEH réserve expressément les autorisations cantonales nécessaires, notamment les autorisations de construire et celles requises en matière de sécurité. Les dispositions cantonales sur l'affectation des bâtiments doivent ainsi être respectées, y compris l'obligation de résidence découlant de l'article 5 de la LGZD. Il appartient dès lors à l'autorité cantonale de décider si et dans quelle mesure la vocation de la zone de développement permet l'acquisition d'immeubles à des fins officielles. Le droit fédéral ne saurait ainsi faire obstacle à l'article 5, alinéa premier, lettre b, de la LGZD.

2.4 La cour cantonale évoque le cas spécifique de la résidence du chef de mission (article 5, alinéa 2, lettre b, de l'OLEH). Elle n'exclut pas qu'une autorisation puisse être accordée à un bénéficiaire institutionnel pour les besoins d'une telle résidence. A supposer que le droit fédéral impose dans ces cas la délivrance d'une autorisation, il est possible qu'une dérogation, prévue par le texte de l'initiative, puisse alors être accordée. En effet, dans le cas d'un

usage en tant que résidence, en soi compatible avec une affectation en tant que logement, l'autorité pourrait tenir compte du fait que l'acquisition ne peut, selon le droit fédéral, être faite que par un bénéficiaire institutionnel et non à titre individuel (article 16, alinéa premier, de la LEH ; article 9 de l'OLEH) ; dans la mesure où le logement est effectivement occupé par l'une des personnes mentionnées à l'article 11 de l'OLEH, une exception est certes envisageable pour tenir compte des modalités d'acquisition fixées par le droit fédéral. Comme le relève la cour cantonale, de tels cas seraient suffisamment rares et spécifiques pour faire l'objet d'une dérogation sans ouvrir la porte à des abus.

Le grief relatif à la LEH doit ainsi être écarté.»

Arrêt du TF du 5 avril 2016 (1C_529/2015) dans la cause Claudio Sauro Graziano c. Comité d'initiative « Halte aux magouilles immobilières » et Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (c.2.3 et 2.4).

Arrêt non publié.

7.3 Statut des bâtiments hébergeant des ambassades étrangères : inscription à l'inventaire des monuments historiques

Voici quelques passages d'un texte qui a pour objet le point de savoir si un Etat hôte peut inscrire les immeubles utilisés par une ambassade étrangère à l'inventaire des monuments historiques protégés.

«1. En 2011, l'Ambassade de Suisse [dans l'Etat P.] avait reçu de la [capitale de P.] un questionnaire à remplir concernant l'éventualité de l'inscription du bâtiment de la résidence de l'Ambassadeur de Suisse à l'inventaire des monuments historiques protégés. Une telle inscription aurait impliqué des conséquences sur les possibilités de procéder à des travaux sur l'enveloppe du bâtiment selon le règlement local applicable à l'époque, ce qui n'excluait pas que ce règlement puisse être modifié par la suite et impliquer des contraintes également lors de travaux exécutés à l'intérieur du bâtiment. Nous avons conseillé à l'Ambassade de Suisse de s'opposer à cette inscription.

Nous avons relevé à cette occasion les arguments suivants :

– L'inscription de la résidence à l'inventaire des monuments historiques protégés limiterait la liberté de l'utilisation des locaux aux fins officielles de la mission, en raison des restrictions applicables aux monuments historiques protégés prévues par la loi locale (procédure d'autorisation préalable à toute modification ultérieure du bâtiment susceptible d'empêcher les aménagements nécessaires à l'accomplissement des fonctions officielles de la mission, notamment des travaux nécessaires d'agrandissement ou des mesures de sécurité du bâtiment). De telles restrictions, imposées après que la Suisse soit devenue propriétaire et ait affecté l'immeuble à son usage officiel, constitueraient une expropriation matérielle.

– L'inscription de la résidence à l'inventaire des monuments historiques protégés contreviendrait à l'inviolabilité des locaux de la mission garantie par la Convention de Vienne sur les relations consulaires,⁶⁶ en lien avec l'obligation de l'Etat accréditaire/Etat de résidence de faciliter l'accomplissement des fonctions de la mission. L'inviolabilité des locaux ferait également obstacle à toute mesure d'exécution forcée.

2. Si [l'on vous a] bien compris, l'inscription au patrimoine [national] de l'immeuble dont la Suisse est propriétaire [dans l'Etat F.] remonte à trois ans. ... si [l'on vous a] bien compris, la Suisse a pu continuer à utiliser ledit immeuble à des fins officielles, il n'y a apparemment plus eu d'interventions de la Suisse auprès du MAE [Ministère des affaires étrangères] à ce sujet depuis trois ans et la question de la validité au regard du droit diplomatique de l'inscription du bâtiment au patrimoine est remise aujourd'hui en question non pas en raison d'un problème d'utilisation à des fins officielles (travaux impératifs à effectuer interdits par les règles locales sur la protection des bâtiments historiques), mais au motif que cette inscription rend la vente du bâtiment plus difficile, respectivement que le bâtiment a perdu sa valeur.

Invoquer une perte de valeur du bâtiment uniquement au moment où il s'agit de vendre le bâtiment et, donc, au moment de renoncer à l'utiliser à des fins officielles, peut s'avérer difficile à argumenter à la lumière de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,⁶⁷ dès lors que l'on a pu faire de cet immeuble un usage officiel pendant trois ans, apparemment sans difficultés majeures pour le libre fonctionnement de la mission diplomatique.»

Note de la DDIP du 25 juin 2016.

Document inédit.

7.4 Application de règles de droit interne sur la consommation d'énergie aux bâtiments des missions diplomatiques et des organisations internationales

L'extrait d'un avis de la Direction du droit international public qui va suivre traite du point de savoir si la Loi bernoise sur l'énergie du 15 mai 2011 (LEn ; Recueil systématique des lois bernoises 741.1), qui dispose que la Direction bernoise des travaux publics, des transports et de l'énergie peut exiger des gros

⁶⁶ Convention du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

⁶⁷ Voir la note 29.

consommateurs d'énergie de prendre des mesures pour optimiser la consommation et de réduire les nuisances, peut être appliquée à l'Ambassade de X. à Berne.

«Selon l'article 41, alinéa premier, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques,⁶⁸ toute personne bénéficiant de privilèges et immunités a le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. La législation cantonale et communale fait partie intégrante des lois et règlements de l'Etat accréditaire. L'obligation pour les grands consommateurs d'optimiser leur consommation énergétique prévue par la législation cantonale est donc applicable aux organisations internationales et aux missions diplomatiques.

L'article 53, alinéa premier, de la Loi cantonale bernoise sur l'énergie (...) prévoit que la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie [du canton] peut obliger les gros consommateurs à analyser leur consommation d'énergie et à prendre les mesures pouvant raisonnablement être exigées d'optimisation de la consommation ainsi que de réduction des nuisances à l'environnement et de réduction des émissions de gaz à effet de serre. L'article 14, alinéa premier, de l'Ordonnance cantonale sur l'énergie (OCEn ; Recueil systématique des lois bernoises 741.111) précise que la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie peut convenir d'objectifs en termes de consommation à moyen ou à long terme avec des gros consommateurs ou avec des groupes de gros consommateurs dans le cadre des buts fixés par le Conseil exécutif.

Il est néanmoins important de souligner que le statut privilégié des missions diplomatiques doit être respecté lors de la mise en œuvre des obligations légales découlant du droit interne. Au vu des bases légales cantonales susmentionnées il apparaît que la mise en œuvre de la procédure d'optimisation énergétique n'est pas déterminée. Il pourrait donc, par exemple, être envisagé de proposer à l'Ambassade de mandater elle-même une entreprise pouvant effectuer l'analyse énergétique, respectivement les autres étapes nécessaires. Cela permettrait de respecter les privilèges et immunités dont l'Ambassade jouit tout en atteignant les buts visés par la loi cantonale sur l'énergie.»

Avis de la DDIP du 12 octobre 2016.

Document inédit.

7.5 Entrée en Suisse d'objets destinés à une représentation diplomatique étrangère

De nouvelles dispositions, applicables dès le 1^{er} avril 2016, interdisent la présence de batteries de lithium – utilisées dans les ordinateurs portables – dans des avions transportant des passagers et prescrivent qu'elles doivent être identifiées. Le texte qui suit porte sur l'entrée en Suisse de telles batteries par la voie du courrier diplomatique.

[Traduction]

«La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁶⁹ renferme des dispositions particulières sur l'entrée d'objets en Suisse par la voie du courrier diplomatique (article 27), y compris celle d'objets destinés à l'usage personnel d'un agent diplomatique ou à l'usage officiel de la mission (article 36). Pour ce qui est des deux dernières catégories, leur entrée est autorisée suivant les dispositions législatives et réglementaires de l'Etat accréditaire (article 36, paragraphe premier). Lors de l'entrée de ces objets, les prescriptions relatives à la sécurité et celles concernant la déclaration des objets en cause doivent évidemment être observées. Pour ce qui est de l'entrée de la valise diplomatique, cette dernière doit être identifiée en tant que telle et ne peut contenir que des documents et des objets destinés à un usage officiel. Ici la convention prévoit une restriction particulière : l'Etat accréditaire ne peut ni inspecter ni retenir le courrier diplomatique. En principe, l'Etat accréditant doit, ici aussi, se conformer aux prescriptions relatives à la sécurité ; mais il est difficile d'en assurer le respect, car aucune vérification n'est possible. Cela signifie que, s'agissant de batteries de lithium présentes dans la valise diplomatique, les autorités suisses ne peuvent contrôler si elles ont été correctement emballées et identifiées. Les entreprises de transport ont toutefois la possibilité ... de ne pas les accepter là où les règles en cause n'ont pas été observées.»

Avis de droit de la DDIP du 14 juin 2016.

Texte inédit.

7.6 Inviolabilité des biens, des documents et de la correspondance officielle des missions diplomatiques ; facilités à accorder à la mission pour l'accomplissement de ses fonctions

Voici un avis de la Direction du droit international public concernant le séquestre pratiqué sur des biens de la Mission permanente de l'Etat M. à Genève :

«1. Inviolabilité des biens, des documents et de la correspondance officielle

Selon l'article 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (CVRD),⁷⁰ qui est applicable aux missions permanentes, les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent ainsi que les moyens de transport de la mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Il est incontesté que les comptes bancaires qui sont utilisés pour les besoins officiels d'une mission

⁶⁸ Voir la note 29.

⁶⁹ Voir la note 29.

⁷⁰ Voir la note 29

permanente ou d'une mission diplomatique sont également exempts, sur la base de cette disposition et du droit international coutumier, de toute mesure d'exécution forcée.

L'inviolabilité reconnue aux locaux et aux documents d'une mission permanente a pour but de lui permettre d'exercer ses fonctions sans ingérence ou limitation non justifiée de l'Etat accréditaire. La correspondance officielle de la mission, c'est-à-dire toute correspondance relative à la mission et à ses fonctions, est, pour la même raison, inviolable (article 27, paragraphes premier et 2, de la CVRD). Il en découle qu'un Etat étranger a généralement le droit de refuser de produire des relevés de comptes bancaires ouverts au nom de sa mission permanente. La Suisse, quant à elle, n'accepterait pas de présenter des relevés de comptes bancaires ouverts au nom de ses représentations à l'étranger pour justifier l'utilisation qui en est faite, car cela serait considéré comme une ingérence dans les affaires confidentielles de la représentation. La confidentialité de la correspondance officielle doit être respectée même dans une procédure de séquestre lorsque l'utilisation des comptes bancaires ouverts au nom de la mission permanente est contestée. Ces éléments doivent à notre avis être pris en compte, notamment s'il n'y a aucune indication que les informations quant à l'utilisation des comptes bancaires pourraient être inexacts.

2. Facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission

La Suisse a d'ailleurs l'obligation, selon l'article 25 de la CVRD, d'accorder toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission. Cette disposition, qui se lit en lien avec l'article 22 de la CVRD, signifie que l'Etat accréditaire doit non seulement faciliter l'accomplissement des fonctions des missions diplomatiques officiellement accréditées, mais également ne pas prendre des mesures qui entravent ou empêchent l'accomplissement de ces fonctions. Comme indiqué plus haut, le fonctionnement de la Mission permanente [de M.] est empêché par le maintien du blocage de tous ses comptes bancaires depuis mi-juillet 2016.»

Avis de la DDPI adressé le 13 octobre 2016 à la Cour de justice du canton de Genève.

Document inédit.

7.7 Obligations des organisations intergouvernementales en Suisse : taxe pour l'épuration des micropolluants

Le texte ci-après a pour auteur la Direction du droit international public :

«Selon l'article 8 de l'Accord du 11 juin 1955 entre le Conseil fédéral suisse et l'Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire pour déterminer le statut juridique de cette Organisation en Suisse (RS 0.192.122.42), l'Organisation est exonérée des impôts directs et indirects, fédéraux, cantonaux et communaux, sur les immeubles dont elle est propriétaire et qui sont occupés par ses services, à l'exception des taxes qui ne représenteraient en fait que la simple rémunération de services publics. Les taxes pour services particuliers rendus sont, au sens du droit international public, des contributions prélevées en contrepartie d'une prestation précise et spéciale de l'administration à la personne ou l'institution qui paie.

La taxe fédérale pour l'épuration des micropolluants vise à financer l'élimination des composés traces organiques des eaux usées conformément au principe du pollueur-payeur (*voir le Message concernant la modification de la loi fédérale sur la protection des eaux*, 13.059),⁷¹ cela dans le but d'améliorer la qualité des eaux traitées pour la flore et la faune aquatique et les ressources en eau potable. Certaines stations d'épuration (ci-après : STEP), environ 100 des 700 STEP suisses, sélectionnées en fonction de leur taille et de leur situation géographique, devront être dotées d'installations et d'équipements pour éliminer les composés traces organiques. La taxe servira ainsi exclusivement à contribuer au financement de l'optimisation ciblée de certaines STEP et, donc, à prendre en charge l'augmentation des frais d'exploitation. Néanmoins, en application du principe de pollueur-payeur, il a fallu régler le financement de cette mesure à l'échelle nationale car *chaque habitant de Suisse, respectivement chaque bâtiment déversant des eaux polluées dans le réseau public, contribue à la présence de composés traces organiques dans leurs eaux usées.*

Il en découle que cette taxe est directement liée à un service particulier rendu, à savoir la prise en charge des conséquences du déversement de composés traces organiques en vue d'améliorer le système de nettoyage des eaux. Au sens des *articles 3, alinéas premier et 3A, du Règlement genevois relatif aux taxes d'assainissement des eaux* (RTAss ; RSGe [*Recueil systématique genevois*] L 2 05.21), la taxe se calcule proportionnellement au service rendu ; en effet, un utilisateur du réseau va payer plus ou moins de taxe en fonction de la quantité d'eau qu'il rejette dans le réseau public. Quand bien même le CERN [Organisation européenne pour la recherche nucléaire] est au bénéfice d'une taxation forfaitaire de ses rejets d'eaux usées au réseau public genevois, le calcul du forfait se base sur la quantité des eaux usées du CERN rejetée sur le réseau public. Cette nouvelle taxe est en fait calquée sur la taxe cantonale sur les eaux usées qui existe déjà.»

Avis de la DDIP du 21 novembre 2016.

Document inédit.

7.8 Privilèges et immunités des fonctionnaires internationaux en matière fiscale

⁷¹ Pour le texte en question, voir FF 2013, p. 4969, à la p. 4974. La Loi fédérale sur la protection des eaux, du 24 janvier 1991 (RS 814.20) a fait l'objet d'une révision partielle le 26 juin 2019, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. La disposition ici en cause est l'article 60B de la loi.

La communication qui suit porte sur la situation fiscale de D., employée de nationalité suisse et habitant la Suisse de la Banque internationale de reconstruction et de développement (BIRD). D. avait demandé à être exemptée de l'impôt sur le revenu versé par la Banque.

[Traduction]

«Les autorités suisses compétentes, dont l'Administration fédérale des contributions [du Département fédéral des finances], ont soigneusement examiné la présente affaire. Elles sont parvenues à la conclusion qu'il n'était pas possible, malheureusement, de donner suite à la requête de [D.], cela pour les raisons suivantes :

– Selon les informations disponibles, [D.] est une ressortissante suisse résidant en Suisse et travaillant pour la BIRD à Washington, dans le cadre d'un accord de télétravail. Cela étant, la Convention du 21 novembre 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées,⁷² à laquelle la Suisse a accédé, est en principe applicable (Annexe VI à la convention). Selon l'article VI, section 19(b), de la convention, les fonctionnaires des institutions spécialisées jouissent en principe, en ce qui concerne les traitements et émoluments qui leur sont versés par ces institutions, des mêmes exonérations d'impôt que celles qui sont accordées aux fonctionnaires des Nations Unies. Ces derniers, quelle que soit leur nationalité, sont exempts des impôts sur les revenus et émoluments reçus de l'Organisation (Convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies,⁷³ article V, section 18(b)).

Si les ressortissants suisses fonctionnaires de la BIRD sont ainsi exonérés, en principe, de l'impôt sur le revenu, *il en va ainsi que dans les mêmes conditions que celles applicables aux fonctionnaires des Nations Unies*. En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un «Barème des contributions» visant «à imposer aux membres de l'Organisation des Nations Unies une contribution directe correspondant aux impôts nationaux sur le revenu» (Nations Unies, Assemblée générale ; Résolution 239 III A [18 novembre 1948]). Selon une pratique suisse longue et constante, l'existence d'un mécanisme d'imposition interne [de l'organisation concernée] est une exigence incontournable pour accorder une exemption aux fonctionnaires de nationalité suisse ou résidant en Suisse. Sur ce point, la Suisse accorde le même traitement à toutes les organisations intergouvernementales avec lesquelles elle a conclu un accord relatif aux privilèges et immunités.

Selon l'article VII, section 9(b), de l'Accord conclu par la Suisse avec la BIRD, dans sa version modifiée du 16 février 1989,⁷⁴ «aucun impôt ne sera perçu sur les traitements et émoluments payés par la Banque à ses Administrateurs, suppléants, dirigeants ou employés, s'ils ne sont pas des citoyens, des sujets ou des ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions» (italiques de l'auteur). Selon la lettre que vous avez adressée à l'Administration des contributions du canton de Genève, le Groupe BIRD/Banque Mondiale ne dispose pas, à l'heure actuelle, de mécanisme interne d'imposition. C'est pourquoi les autorités fédérales estiment qu'elles ne peuvent intervenir auprès des autorités cantonales pour appuyer la requête de [D.].

– En examinant le présent cas, on a également noté que la simple inclusion d'une personne dans la liste des «membres du personnel» de la BIRD ne signifie pas nécessairement que celle-ci est «fonctionnaire» dans le sens de l'article VI, section 19, de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées. Selon le «Manuel du personnel» de la Banque Mondiale, même des consultants engagés pour une courte durée sont qualifiés de «membres du personnel» : <http://siteresources.worldbank.org/HR/Resources/328634-1420631346603/StaffManual.pdf>, Règle (4)(2)(1)(j). Conformément à la pratique constante, seules des personnes au bénéfice d'une relation employeur-employé avec l'organisation internationale concernée peuvent être qualifiées de «fonctionnaires internationaux».

Communication adressée le 9 juin 2016 par la DDIP à la Banque Mondiale.

Document inédit.

7.9 Statut en Suisse des réunions internationales et des participants à celles-ci

Le Traité sur le commerce des armes (TCA) a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 avril 2013 ; il est entré en vigueur le 24 décembre 2014 (RS 0.518.61). Les Etats Parties à cet instrument ont décidé d'établir le Secrétariat permanent du traité à Genève. Au moment où le texte ci-après était rédigé, les modalités de l'installation de cet organe étaient en cours de discussion, s'agissant notamment de son statut juridique en Suisse et de celui de son personnel, ainsi que du statut des réunions des Etats Parties et de leurs participants. Une réunion extraordinaire de la Conférence des Etats Parties était prévue pour le 29 février 2016 à Genève. Le texte qui suit porte sur le statut de cette Conférence et de ses participants. A ce moment, aucun accord de siège réglant le statut juridique en Suisse du Secrétariat du traité n'avait encore été conclu.⁷⁵

«En application de l'article 2, alinéa premier, lettre h, de la Loi sur l'Etat hôte du 22 juin 2007 (LEH, RS 192.12), ainsi que de l'article 23, alinéa 2, lettre b, et l'article 24, alinéa 3, lettre b, de l'Ordonnance sur l'Etat hôte du 7 décembre 2007 (OLEH, RS 192.121), et enfin de l'article 2, alinéa premier, lettre b, et de l'article 2, alinéa 2, de la Directive du

⁷² RS 0.192.110.03.

⁷³ RS 0.192.110.01.

⁷⁴ Statut de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, du 22 juillet 1944 (RS 0.979.2).

⁷⁵ Un tel accord est intervenu entre-temps: Accord du 13 juin 2016 entre le Cons. féd. suisse et le Secrétariat du Traité sur le commerce des armes en vue de déterminer le statut juridique du Secrétariat en Suisse (RS 0.192.122.54).

DFAE sur le règlement des compétences de signature dans le domaine de la politique d'Etat hôte, la réunion extraordinaire mentionnée ... et ses participants jouissent en Suisse du statut juridique suivant :

– La réunion extraordinaire de la Conférence des Etats Parties sur le TCA est une conférence internationale au sens de l'article 2, alinéa premier, lettre h, de la loi sur l'Etat hôte du 22 juin 2007. Elle se voit dès lors attribuer les privilèges et immunités habituellement conférés aux conférences internationales.

– En conséquence, les délégations officielles des Etats se verront appliquer, par analogie, la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2) et bénéficieront des privilèges et immunités afférents à leur rang. Toutefois, les membres des délégations officielles qui sont membres des ambassades à Berne ou des missions permanentes auprès des organisations internationales à Genève resteront au bénéfice des privilèges et immunités qui leur sont conférés en tant que membres de missions diplomatiques, respectivement de missions permanentes, à savoir l'application de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.⁷⁶

– Les délégations officielles des organisations intergouvernementales se verront appliquer, par analogie, la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales⁷⁷ et bénéficieront des privilèges et immunités afférents à leur rang. Toutefois, les membres des délégations officielles des organisations intergouvernementales avec lesquelles la Suisse a conclu un accord sur les privilèges et immunités resteront au bénéfice des privilèges et immunités prévus par lesdits accords.

– Les locaux occupés par la réunion extraordinaire ou dans d'autres lieux occupés pour les besoins de la réunion, ainsi que les archives et documents de la réunion, sont inviolables. Les articles 25 et 26 de la convention sur les missions spéciales sont, à cet égard, applicables par analogie.

– Les délégués des organisations non gouvernementales, de la société civile et de l'industrie ne sont pas mis au bénéfice de privilèges et immunités.

La présente décision est valable pour la durée de la réunion mentionnée en titre et couvre également le séjour en Suisse des participants pour les jours qui précèdent et qui suivent la réunion.»

Etude de la DDIP datée du 5 février 2016.

Document inédit.

8. La responsabilité internationale

(Voir les n^{os} 1.2 et 10.1)

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

(Voir les n^{os} 1.7 et 10.1)

10. Droit des conflits armés

10.1 Droit international humanitaire et systèmes d'armes létaux autonomes. Clause Martens. Responsabilité des Etats et responsabilité pénale des individus. Droits de l'homme

Dès 2014, des préoccupations avaient été exprimées par des organisations non gouvernementales et par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) au sujet de ce qu'on appelle « Systèmes d'armes létaux autonomes » (SALA) (« Lethal Autonomous Weapons Systems », LAWS).⁷⁸ A partir de 2014, ce problème a été examiné par un groupe d'experts officiels lors de réunions officielles dans le cadre de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatisants ou comme frappant sans discrimination (CAAC ; RS 0.515.091). Cela amena le groupe officiel à considérer le problème en avril 2016. Lors d'une réunion de ce groupe, la Suisse présenta un document de travail intitulé : « Vers une conception des SALA fondée sur la conformité » (« Towards a 'Compliance-based' Approach to LAWS »). En décembre 2016, la Cinquième Conférence de révision de la Convention du 10 octobre 1980 a formellement établi ce groupe en tant que Groupe d'experts gouvernementaux ayant pour mandat de poursuivre l'étude de ce problème.

Le document qui va suivre comprend trois parties : 1) la présentation de considérations concernant une possible définition des SALA ; 2) l'identification des exigences en matière de conformité avec le droit international humanitaire (DIH) ; et, sur cette base, 3) l'identification des éléments pour une « approche fondée sur la conformité », dont l'objet serait de faire avancer le débat, ce qui permettrait de leur consacrer une discussion complète dans le cadre de la CAAC et de faire avancer celle-ci de façon inclusive et constructive .

[Traduction]

⁷⁶ Voir la note 29.

⁷⁷ RS 0.191.2.

⁷⁸ Voir le document CCW/MSP/2014/3 du 11 juin 2014.

«7. Le terme «DIH» désigne l'ensemble des règles du droit international les plus importantes régissant la conception de systèmes d'armes autonomes (SAA) et leur utilisation dans les conflits armés. Le DIH forme ainsi le sujet principal de la présente subdivision. Cela dit, il existe d'autres règles du droit international, notamment celles protégeant les droits de l'homme, qui peuvent elles aussi limiter le recours à la force dans le cadre de conflits armés, et celles du droit international pénal relatives à la responsabilité individuelle en cas de violation. Par ailleurs, tout recours des Etats à la menace ou à l'emploi de la force est assujéti à la Charte des Nations Unies.

8. On admet généralement que le développement et l'utilisation de SAA doivent être conformes aux règles du droit international public et, en temps de conflit armé, aux règles du DIH en particulier. Dans son avis consultatif de 1996, la Cour internationale de Justice a clairement indiqué que les principes et règles du droit humanitaire imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir.⁷⁹ Bien que les règles conventionnelles relatives à la conduite des hostilités ne mentionnent pas explicitement les nouvelles techniques de conduite de la guerre comme telles, le développement et l'utilisation de ces techniques doivent être conformes au DIH. Les règles coutumières de ce droit, notamment celles relatives à la conduite des hostilités, s'appliquent à tous les moyens et méthodes de guerre. En effet, selon un principe bien établi, la liberté des parties à un conflit armé de choisir les méthodes et moyens de guerre n'est pas illimitée.

9. Dans ce contexte, trois questions distinctes devraient être étudiées : 1) les règles de fond du DIH relatives à l'utilisation des SAA dans le cadre de conflits armés ; 2) la règle procédurale pertinente du DIH qui exige un examen de la licéité des nouvelles armes pour s'assurer de leur conformité au droit international ; et 3) les questions de responsabilité.

Règles de fond du DIH

10. Il est important de distinguer, pour commencer, entre la licéité d'un type particulier d'armes (loi relative aux armes) et celle de leur utilisation (loi relative au ciblage). Si toute arme peut être utilisée de manière illégale, les caractéristiques intrinsèques de certaines armes peuvent rendre leur utilisation – dans certaines ou dans toutes circonstances – illicite en soi. La licéité de toutes les autres armes dépend de leur utilisation conforme au DIH.

11. Selon le DIH, toute arme ayant une ou plusieurs des caractéristiques suivantes est illicite en soi : 1) si elle est de nature à causer des maux superflus ; 2) si elle a des effets indiscriminés de par sa nature parce qu'elle ne peut pas être dirigée contre un objectif licite ou parce que ses effets ne peuvent pas être limités de la manière prescrite par le DIH ; 3) si elle est conçue pour causer, ou susceptible de causer, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ; 4) si elle est interdite par une règle conventionnelle ou coutumière spécifique. Ces conditions valent pour toutes les armes, y compris les nouvelles techniques telles que les SAA.

12. L'interdiction des armes à effets indiscriminés revêt une importance particulière dans le cas des SAA. Un tel système devrait être considéré comme ayant des effets indiscriminés s'il ne peut pas être dirigé contre un objectif militaire spécifique ou si ses effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le DIH et, dans les deux hypothèses, s'il est propre à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil. Autrement dit, pour qu'un SAA soit conforme à cette règle, il faut pouvoir s'assurer que son utilisation n'aura pas de résultat illicite en contrevenant au principe de distinction.

13. En ce qui concerne l'utilisation légale d'un système d'armement, les principes régissant la conduite des hostilités doivent être pris en compte. Pour faire un usage légitime d'un SAA en lançant une attaque, les belligérants doivent, en particulier : (1 – distinction) distinguer entre objectifs militaires et personnes ou objets de nature civile et, en cas de doute, présumer que la personne ou l'objet en cause est de nature civile ; (2 – proportionnalité) examiner si le dommage collatéral qui risque d'affecter la population civile ou des objets civils serait excessif par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque en cause ; (3 – précaution) prendre toutes les précautions pratiquement possibles afin d'éviter ou, en tout cas, réduire au minimum le dommage collatéral frappant les personnes et objets civils, et renoncer à l'attaque ou la suspendre s'il apparaît qu'elle ne vise pas un objectif militaire ou qu'elle risque de provoquer un dommage collatéral excessif.

14. Le recours à des SAA dans la conduite des hostilités présente des problèmes particuliers également lorsqu'il s'agit de l'interdiction de refuser quartier et de la protection des personnes mises hors de combat, c'est-à-dire de la protection des blessés et des malades ainsi que des combattants désireux de se rendre.⁸⁰ Toute utilisation de SAA devrait offrir à l'adversaire une chance raisonnable de se rendre. L'exclusion complète d'une telle chance irait à l'encontre de l'interdiction d'ordonner qu'il n'y ait pas de survivants ou de conduire les hostilités en fonction de cette décision (refus de quartier).⁸¹

15. Cependant, l'exigence du plein respect du DHI ne se limite pas à l'observation des règles relatives à la conduite des hostilités. En plus de leur utilisation comme armes dans le cadre d'une attaque, il est également concevable que les SAA servent à d'autres fins régies elles aussi par le DIH, telles que la surveillance et le transport de personnes privées de liberté ou des tâches concernant le contrôle des foules et le maintien de la sécurité dans les territoires occupés. Des règles supplémentaires spécifiques doivent être prises en considération si l'on entend utiliser des SAA pour exécuter ces tâches.

⁷⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Cour internationale de Justice, avis consultatif du 8 juillet 1996 [CIJ, Recueil 1996, p. 66], par. 86.

⁸⁰ Article 41 du Protocol additionnel I [du 8 juin 1977, RS 0.518.521] aux Conventions de Genève [du 12 août 1949, RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.51].

⁸¹ Article 40 du Protocol additionnel I aux Conventions de Genève.

16. L'application aux SAA des règles relatives à l'utilisation légale n'est pas exempte de difficultés. Les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977⁸² ont sans doute été élaborés avec l'idée que ce seraient les Etats et les individus qui exerceraient et mettraient en œuvre les droits et devoirs prévus par ces instruments. De plus, de nombreuses règles essentielles du DIH impliquent des évaluations et des jugements de valeur, par exemple la présomption du caractère civil d'une personne ou d'un objet en cas de «doute»,⁸³ l'évaluation à laquelle qu'il s'agit de procéder sur le point de savoir si un dommage collatéral attendu est «excessif» par rapport à l'avantage militaire attendu, la trahison de la «bonne foi» d'un adversaire par rapport à l'interdiction de la perfidie, et l'interdiction de détruire la propriété privée, sauf là où cette destruction est «impérieusement commandée» pour les opérations militaires.⁸⁴ Le principe de précaution se réfère même expressément à «ceux qui préparent ou décident» une attaque,⁸⁵ et les dispositions établissant la responsabilité pénale pour des violations graves du DIH sont elles aussi manifestement fondées sur la présomption qu'il s'agit d'actions et de volonté humaines.⁸⁶

17. De plus, l'obligation fondamentale imposée aux belligérants de «respecter et faire respecter» le DIH «dans toutes les circonstances» semble impliquer le devoir d'exercer un contrôle et une surveillance suffisants du développement et/ou de l'utilisation de SAA pour assurer que le DIH soit pleinement respecté et pour éviter des situations qui seraient en contradiction avec le droit international existant. Au vu de ces obligations, il est incontestable que des mesures préparatoires doivent intervenir pour permettre la mise en œuvre du DIH qui, elle aussi, devrait être surveillée.⁸⁷

18. Ainsi, vu l'état d'avancement actuel de la robotique et de l'intelligence artificielle, il est difficile d'imaginer aujourd'hui des SAA qui seraient capables de fonctionner de manière fiable, tout en respectant l'intégralité des obligations existantes du DIH, sans le moindre contrôle humain sur leur utilisation de la force, notamment dans le cycle de ciblage.

19. Dès lors, la question n'est pas de savoir si les Etats sont tenus de contrôler et de surveiller le développement et/ou l'utilisation de SAA, mais d'établir comment le contrôle ou la supervision peut être utilement défini ou exercé. Suffirait-il, par exemple, de procéder à une programmation de qualité et à un contrôle strict de fiabilité pour obtenir qu'un SAA se conforme au DIH dans l'accomplissement de ses opérations planifiées ? S'il en allait ainsi, serait-il possible de limiter l'intervention humaine à l'activation du système ? Le présent document ne cherche pas à préjuger ces questions.

20. Il est toutefois utile de reconnaître que le contrôle peut être exercé de différentes manières, soit de façon indépendante, soit en combinant les moyens. On peut estimer qu'à l'avenir un important niveau de contrôle pourra être atteint déjà au cours du développement et de la programmation. La prévisibilité et la fiabilité des systèmes peuvent également être améliorées par des essais et des évaluations lors de l'examen des armes. De plus, la prévisibilité et la fiabilité peuvent être renforcées en limitant les paramètres d'intervention en fonction de la capacité du système de se conformer au droit international. Compte tenu des nécessités opérationnelles et des capacités du système, un contrôle additionnel peut être exercé au moyen d'une supervision en temps réel ou d'un mécanisme automatique ou contrôlé par l'homme dont l'objectif est de garantir la sécurité en cas de défaillance. Examiner ces exigences notamment à la lumière de systèmes d'armement existants peut contribuer à une meilleure compréhension des moyens appropriés pour assurer leur conformité avec le DIH lorsqu'il s'agit de développer et d'utiliser des SAA à des fins militaires. A titre d'illustration, les systèmes d'armes actuels appelés à fonctionner sous un contrôle humain limité, comme c'est le cas de certains pièges, sont généralement soumis à de sévères restrictions quant à leur emplacement et leur emploi. L'application de ces restrictions à des systèmes dont l'autonomie serait plus étendue et plus sophistiquée pourrait être examinée afin de mesurer leur importance lorsqu'il s'agit d'assurer le respect du DIH.

21. L'étude des règles pertinentes du DIH serait incomplète sans une mention de la clause Martens. Cette clause, règle du droit international coutumier, offre une importante protection supplémentaire en disposant que, dans les cas où le DIH ne serait pas suffisamment précis ou rigoureux, il faut faire appel aux «principes de l'humanité et [aux] exigences de la conscience publique».⁸⁸ Dès lors on ne saurait affirmer que tout ce qui n'est pas explicitement interdit est permis, car cela contredirait la clause Martens. On peut en effet conclure que cette dernière comporte des obligations positives là où une action militaire envisagée risque d'entraîner des conséquences indéfendables sur le plan humanitaire.

Examen juridique

22. Selon le DIH, les règles de fond ci-dessus exposées sont complétées par une règle procédurale. Comme c'est le cas pour les autres armes, moyens ou méthodes de guerre, les Etats ont l'obligation positive de déterminer, lors de l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption de tout SAA, si son emploi violerait, dans certaines ou dans toutes les circonstances, le droit international existant. Dans ce contexte, le devoir de procéder aux examens juridiques tels que prévus à l'article 36 du protocole additionnel I constitue un élément important pour empêcher ou limiter le

⁸² Conventions du 12 août 1949 (RS 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42 et 0.518.57) et Protocoles additionnels des 8 juin 1977 et 8 décembre 2005 (RS 0.518.521, 0.518.522 et 0.518.523).

⁸³ Article 50(3) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève.

⁸⁴ Article 23(g) du Règlement de La Haye [du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, RS 0.515.112]; article 53 de la Quatrième Convention de Genève [relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, RS 0.518.51].

⁸⁵ Article 57(2)(a) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève.

⁸⁶ Articles 49/50/129/146 des Conventions [I à IV] de Genève; section III du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève.

⁸⁷ Cf. YVES SANDOZ/CHRISTOPHE SWINARSKI/BRUNO ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* [Genève 1949]; article premier du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève qui dispose que les Hautes Parties Contractantes et les parties au conflit «prendront sans délai toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations qui leur incombent en vertu des Conventions et du présent Protocole».

⁸⁸ La formule «principes de l'humanité et exigences de la conscience publique» est contenue dans ce qui s'appelle la clause Martens. Celle-ci est répétée notamment dans le préambule de la CAAC et à l'article 1(2) du Protocole additionnel I. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'utilisation des armes nucléaires* [voir la note [19]], la Cour internationale de Justice a indiqué que la clause «s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires» (par. 78).

développement et l'emploi de nouvelles armes qui ne seraient pas conformes aux conditions énoncées ci-dessus.⁸⁹ Par ailleurs, la qualité des essais et examens peut entraîner des conséquences au niveau de la responsabilité de l'Etat ; il en irait de même pour le dysfonctionnement d'un SAA approuvé.

23. L'examen juridique des SAA peut présenter une série de problèmes qui diffèrent de ceux soulevés par les examens traditionnels de nouvelles armes. La question qui se pose est celle de savoir comment de tels systèmes et leurs caractéristiques peuvent être testés de façon effective. En plus du point purement technique de savoir comment s'assurer qu'un système autonome fonctionne conformément au DIH, il y a également un défi conceptuel lié au fait qu'un tel système va adopter de plus en plus de décisions relatives au cycle de ciblage qui sont traditionnellement prises par un opérateur humain. Ainsi, dans les systèmes traditionnels, l'opérateur devait se conformer au principe de proportionnalité. Ce point ne fait donc pas partie des examens juridiques selon l'article 36 [du protocole additionnel I de 1977]. Or, si un SAA est censé procéder lui-même à cette opération, cet aspect devra être ajouté à l'examen juridique de tels systèmes. De nouvelles procédures d'évaluation et de vérification pourraient devenir nécessaires et devraient être développées pour relever ce défi.

24. Vu les caractéristiques spécifiques des SAA, une série d'autres mesures pourraient être recommandées et intégrées aux procédures nationales d'examen de nouvelles armes. On pourrait par exemple recommander que, dans certains cas, des mesures de sauvegarde particulières soient prévues pour parer aux dysfonctionnements, telles que la possibilité pour les humains de contourner les SAA. Une autre possibilité serait de favoriser la bonne compréhension de la prévisibilité du système, particulièrement lorsque ce dernier est appelé à fonctionner de concert avec d'autres SAA. Même si les examens juridiques nationaux pourraient nécessiter des adaptations procédurales et techniques pour permettre d'apprécier pleinement la complexité des SAA, ces examens, s'ils sont mis en œuvre de façon rigoureuse, ont le potentiel de garantir que toutes les nouvelles armes et les nouveaux moyens et méthodes de guerre ont été développés et acquis de manière conforme au droit international.

Responsabilité

25. D'autres questions importantes soulevées par les SAA se rapportent à la responsabilité pénale des individus et à la responsabilité des Etats. Puisque les SAA n'ont pas la qualité d'agents et ne sont pas dotés d'une personnalité juridique propre, la question de la responsabilité pénale individuelle se limite entièrement à la responsabilité des humains qui exercent une fonction pertinente en lien avec les SAA, incluant les opérateurs, officiers commandants, programmeurs, ingénieurs, techniciens et autres. Si le recours aux SAA entraîne des violations graves du DIH et si ces dernières résultent de fautes commises par des individus, ceux-ci peuvent être poursuivis pénalement pour crimes de guerre ou également, selon les circonstances, pour crimes contre l'humanité ou génocide.

26. Clairement la responsabilité pénale est engagée en cas de comportements délibérés et prémédités. Elle est moins évidente quand il s'agit de comportements inconsidérés ou négligents, ou de l'acceptation de la possibilité que des violations pourraient se produire. Pour ce qui est des crimes de guerre, l'article 85, paragraphe 3, du protocole additionnel I exige une « intention » ; les pratiques nationales ont divergé quant au sens à donner à cet élément. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie affirme qu'en droit coutumier une intention indirecte suffit pour remplir cette exigence (élément psychologique ou mens rea).⁹⁰ Inversement, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁹¹ ne prévoit pas de responsabilité pénale en cas d'intention indirecte,⁹² sauf lorsqu'il s'agit de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour le comportement de ses subordonnés.⁹³ Du point de vue conceptuel, la responsabilité du supérieur n'entraîne pas sa responsabilité directe pour le comportement de ses subordonnés, mais pour son manquement fautif à son obligation de prévenir, d'empêcher ou de punir les crimes commis par ses subordonnés (et non par des machines) sous son commandement et contrôle. Ainsi, strictement parlant, le manquement d'un commandant au devoir de contrôle des SAA placés sous son autorité n'est pas un comportement qui entraîne la responsabilité du supérieur dans le sens actuellement attribué à ce terme, mais peut constituer une violation directe des devoirs de précaution, de distinction, de proportionnalité ou de toute autre obligation imposée par le DIH. Si les fonctions des soldats humains sont de plus en plus « déléguées » à des SAA, il n'est pas exclu qu'il devienne approprié, de lege ferenda, d'étendre les fonctions de superviseur, mutatis mutandis et par analogie, aux SAA qui opèrent sous son commandement direct et sous son contrôle.

27. Que le droit international existant comporte ou non une « lacune » dans le domaine de la responsabilité des opérateurs, commandants et autres individus participant au maniement de SAA dépend du degré de mens rea qui est requis. En règle générale, plus la participation humaine dans des opérations spécifiques de SAA est importante (...), plus il sera facile d'admettre une responsabilité individuelle. Cela peut être pertinent dans le cadre de l'obligation générale des Etats de respecter et faire respecter le DIH.

28. Le second aspect de la question de la responsabilité découle du droit international régissant la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites. Les Etats sont juridiquement responsables des actes illicites commis et du dommage causé par les SAA qu'ils utilisent, y compris des actes et dommages consécutifs à des dysfonctionnements ou à d'autres situations non désirées ou inattendues. Les règles relatives à l'attribution de comportements à des Etats valent pour les SAA comme pour tout autre moyen ou toute autre méthode de combat.

⁸⁹ CICR, « *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* », https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_0902.pdf.

⁹⁰ TPIY [Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie], *Procureur c. Tihomir Blaskić* [, IT-95-14], décision du 29 juillet 2004, Chambre d'appel, par. 42.

⁹¹ Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, du 18 juillet 1998 (RS 0.312.1).

⁹² Article 30 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale.

⁹³ Article 28 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale.

Etant donné que les SAA n'ont pas de personnalité juridique qui leur est propre, ils ne peuvent avoir la qualité d'agents, étatiques ou non, dans le sens où le peuvent les individus. La réponse à la question de la responsabilité de l'Etat ne dépend donc pas de la nature et des capacités de ses SAA, mais de la condition, juridique et factuelle, de la personne ou entité qui s'en sert. La décision d'une personne, entité ou autorité gouvernementale (par exemple les forces armées) exerçant la puissance publique pour décider d'utiliser un SAA serait certainement imputable à l'Etat.⁹⁴ Il s'ensuit que les Etats ne peuvent se soustraire à leur responsabilité en « déléguant » certaines tâches aux SAA.

Vers une approche fondée sur le respect du droit international humanitaire

29. Le présent document de travail a tenté de décrire les obligations essentielles du DIH en matière de développement et d'utilisation de SAA en partant d'une définition de travail large et complète qui permet la discussion de différents types de SAA. A l'un des deux extrêmes de la définition proposée se situent les SAA qui seraient déjà illicites selon le DIH existant ; à l'autre bout, l'on trouverait les systèmes qui pourraient être qualifiés de non problématiques.

30. Puisqu'il est admis que le droit international s'applique à tous les systèmes d'armement, y compris les SAA, et que ce droit doit être respecté en toute circonstance, une approche fondée sur l'idée du respect du DIH pourrait être suivie. Elle permettrait de faire progresser la discussion au sein de la CAAC. Cette approche comporte trois aspects principaux.

31. Premièrement, pour mieux comprendre la notion d'autonomie et sa relation avec le DIH, les Etats pourraient évaluer les SAA existants et les systèmes à autonomie limitée dans le cadre du cycle de ciblage sur la base de la définition de travail proposée. Les éléments spécifiques qui permettent de rendre un système conforme au DIH pourraient être identifiés et examinés. Ensuite ces éléments pourraient être transposés à de futurs systèmes dotés d'une plus grande autonomie afin de permettre d'identifier les éléments qui contribuent à assurer – ou, au contraire, à affaiblir – la conformité du système avec le DIH.

32. En deuxième lieu, il faudrait réaffirmer et préciser le droit international applicable, en particulier le DIH. Même si de nombreuses règles de DIH sont en principe bien connues, il semble utile de rassembler et de clarifier les règles pertinentes existantes qui s'appliquent aux SAA. Un tel exercice engloberait les trois aspects traités dans le présent document, soit les règles de fond du DIH, les examens juridiques et la responsabilité. Le présent document de travail a également souligné qu'au stade actuel de la robotique et de l'intelligence artificielle, la question pertinente n'est pas celle de savoir s'il faut instituer un certain niveau de contrôle, mais celle d'établir le genre et le niveau de participation humaine qui doit être présent dans chaque phase, allant de la conception, du développement et de l'essai à la programmation, à l'utilisation et au processus de ciblage. Au cœur de cet examen se trouve la question de savoir quel doit être le niveau d'interaction entre l'homme et la machine qui permettrait de garantir et de faciliter le respect du DIH.

33. Troisièmement, et toujours pour assurer et favoriser ce respect, il faudrait identifier les meilleures pratiques, standards techniques et mesures politiques qui, malgré l'absence de caractère obligatoire en droit international, permettent de compléter, promouvoir et renforcer le respect du DIH. Il pourrait être intéressant, par exemple, en relation avec les examens juridiques de nouvelles armes, d'identifier des méthodes et procédés pour tester les SAA qui prennent en compte leurs caractéristiques particulières. De même, les Etats pourraient vouloir débattre des mesures complémentaires ou additionnelles à prendre dans les cas où des lacunes apparaîtraient dans la chaîne des éléments relatifs à la responsabilité, afin d'assurer que la responsabilité individuelle persiste.

34. Ce qui précède n'est pas destiné à épuiser le débat et ne préjuge pas l'étude d'autres réponses réglementaires qui pourraient s'avérer nécessaires. En effet, plusieurs Etats et organisations de la société civile ont exprimé des inquiétudes en soulignant qu'un abandon du pouvoir décisionnel aux machines sur des questions de vie ou de mort serait inacceptable et contraire aux principes de l'humanité et aux exigences de la conscience publique. Cela montre l'importance de la dignité humaine, valeur fondamentale de la communauté internationale et élément-clé d'un large nombre d'instruments internationaux et notamment des sources du DIH. S'il est vrai que le problème des limites à poser à l'abandon de certaines fonctions aux SAA est légitime et justifie un débat substantiel, elle est très différente de la question de l'observation des règles existantes du DIH.

35. Dans ce sens, l'approche fondée sur le respect du DIH, objet du présent document, doit faire partie d'une construction plus large qui accorde une place à des considérations juridiques, militaires, éthiques ou autres afin de permettre une discussion des mesures régulatrices à prendre. Il y a, semble-t-il, un vif intérêt à examiner tous les aspects essentiels des problèmes relatifs aux SAA, notamment les définitions techniques, leur utilité militaire, ainsi que les aspects juridiques et éthiques, dans une variété de milieux concernés.

36. Pour ce qui est du processus lui-même, la Cinquième Conférence de révision fournirait une occasion bienvenue pour établir un groupe d'experts gouvernementaux (...) chargé de réfléchir aux progrès accomplis jusqu'à aujourd'hui, d'allouer un laps de temps suffisant à la discussion de ce sujet complexe et de suivre une approche fondée sur le respect du DIH.»

Etude de la DDIP, présentée le 30 mars 2016 à un groupe d'experts et intitulée « Towards a « Compliance-based Approach to LAWS » ».

<http://www.unog.ch/8025EE60058943/F400.HCAFB2?OpenDocument>.

10.2 Elimination du terrorisme international : activités internationales préventives. Droit international humanitaire

⁹⁴ Articles 4 et suivants des Articles sur la responsabilité des Etats (2001) [Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol II/2, p. 46]; voir également l'article 91 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève.

Voici un extrait de la déclaration faite par la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le thème « Mesures visant à éliminer le terrorisme international » :

« Dans cette perspective, la Suisse est satisfaite que la dimension préventive ait été renforcée dans la résolution adoptée à l'issue du dernier examen de la Stratégie antiterroriste mondiale. Nous aimerions à cet égard réitérer l'importance de deux défis, que cette solution a également pris en compte :

Premièrement : dans les situations de conflit armé, la Suisse est préoccupée par l'impact des mesures adoptées dans la lutte contre le terrorisme sur l'assistance humanitaire et médicale. Il est de notre responsabilité d'assurer que les mesures internationales ou nationales adoptées dans la lutte contre le terrorisme ne fassent pas obstacle aux efforts déployés au service du droit international humanitaire et des victimes de conflits armés. Cela concerne notamment l'action humanitaire – assistance et protection –, la diffusion du droit international humanitaire et la protection de la mission médicale. La Suisse se félicite que la résolution adoptée à l'occasion de l'examen de la Stratégie fasse référence à cette problématique et encourage à préserver l'action humanitaire des impacts négatifs des mesures législatives et autres mesures adoptées dans la lutte contre le terrorisme.

Deuxièmement : l'une des tendances récentes du terrorisme mondial est le nombre élevé d'enfants recrutés ou impliqués dans des activités liées au terrorisme. La Suisse œuvre dans ces cas pour une application correcte de la Convention relative aux droits de l'enfant⁹⁵ et des standards internationaux de la justice pour mineurs. Nous soutenons à cette fin un projet de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) qui vise à élaborer des stratégies et mesures pour prévenir et répondre à l'implication des enfants dans des groupes terroristes et à renforcer les capacités des acteurs de la justice pénale et de la protection des enfants.

Nous sommes donc particulièrement satisfaits que la justice juvénile trouve désormais une place importante dans le cadre des développements de la Stratégie. A cela s'ajoute l'adoption par le Forum mondial contre le terrorisme (GCTF) du « Mémoire de Neuchâtel sur les bonnes pratiques de justice pour mineurs dans le contexte de la lutte contre le terrorisme » le 21 septembre 2016. Il permettra de mettre davantage l'accent sur le cadre juridique existant et de renforcer notre engagement pour des systèmes judiciaires spécialement conçus pour les enfants. »

Intervention de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 3 octobre 2016, sur le thème « Mesures visant à éliminer le terrorisme international ».

Version écrite.

11. La neutralité

⁹⁵ Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

Abréviations

aCst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS, vol. 1, p. 3)
ASDI	Annuaire suisse de droit international
Ass. féd.	Assemblée fédérale
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
CE	Conseil des Etats
CN	Conseil National
Cons. féd.	Conseil fédéral
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
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
nCst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
Répertoire	Répertoire suisse de droit international (1914-1939), P. GUGGENHEIM (dir.), 5 vol., Bâle 1975
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse; Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral; Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947 (si le volume et la page sont indiqués)
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
SJ / Sem. jud.	Semaine judiciaire
TAF	Tribunal administratif fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
TF	Tribunal fédéral