

## LOTUS QUE DE SOTTISES ON PROFERE EN TON NOM !

### REMARQUES SUR LE CONCEPT DE SOUVERAINETE

#### DANS

### LA JURISPRUDENCE DE LA COUR MONDIALE

ALAIN PELLET\*

professeur à l'Université Paris X-Nanterre,  
membre et ancien Président de la C.D.I.

Même s'il y a une part de simplification académique dans cette distinction, qui n'est évidemment pas rigide, les arrêts de la Cour mondiale peuvent être répartis en deux grandes catégories : il y a ceux qui « collent » étroitement à la mission de la Cour et tranchent les différends soumis à celle-ci sur la base du droit applicable dans les strictes limites des faits de l'affaire et ceux dans lesquels, allant au-delà, la Haute Juridiction fait œuvre doctrinale ou même « quasi-législative »<sup>1</sup>. L'arrêt de la C.I.J. du 3 février 1994 dans l'affaire du *Différend territorial (Lybie/Tchad)*<sup>2</sup> constitue sans doute l'exemple le plus achevé de la première, celui de la C.P.J.I. du 7 septembre 1927 dans celle du « *Lotus* »<sup>3</sup>, le type même de la seconde<sup>4</sup>. Ce dernier est en outre l'un de ceux, voire celui qui a donné lieu aux controverses doctrinales les plus vives.

---

\* Je remercie très vivement Céline Folsché, doctorante à l'Université Robert Schuman, Strasbourg, LL.M. in International Legal Studies, New York University, qui s'est plongée avec ardeur dans les « recherches lotusiennes » lors de son stage durant la session de la Commission du Droit international (2007).

<sup>1</sup> V. Alain Pellet, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », Académie de Droit international, conférence inaugurale, 23 juillet 2007, à paraître in *R.C.A.D.I.* 2007.

<sup>2</sup> *Rec.* 1994, p. 6.

<sup>3</sup> Série A, n° 10, p. 3 ; on peut inclure aussi dans cette catégorie, par exemples, l'arrêt de la C.I.J. du 20 février 1969 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.* 1969, p. 3, ou les avis consultatifs du 11 avril 1949, relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.* 1949, p. 174, ou du 28 mai 1951, sur les *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du génocide*, *Rec.* 1951, p. 15.

<sup>4</sup> Les commentateurs contemporains ont insisté sur le fait qu'il s'est agi de la première affaire soumise à la Cour soulevant des problèmes de droit international général (v. par exemples : W.E. Beckett, « Criminal Jurisdiction over Foreigners – The *Franconia* and the *Lotus*, *B.Y.B.I.L.* 1927, p. 109 ; J.L. Briery, « The '*Lotus*' Case », *The Law Quarterly Review* 1928, p. 154, ou G. Wendell Berge, « The Case of the S.S. '*Lotus*' », *Michigan L. Rev.* 1927-1928, p. 361) ; avec le recul du temps, ceci apparaît assez discutable : les affaires du *Vapeur Wimbledon* ou des *Concessions Mavrommatis* ont exercé une influence autrement plus grande sur l'évolution du droit international « réel » et « général ».

Rendu grâce à la voix prépondérante du Président Max Huber<sup>5</sup>, l'arrêt de 1927 repose sur une conception de la souveraineté dont on a souvent exagéré la portée « absolutiste » (I) et qui, en tout état de cause, se prête à des interprétations divergentes comme le montrent les analyses qui en ont été faites ultérieurement<sup>6</sup> (II).

## I. UNE CONCEPTION

### QUI N'EST QU'EN APPARENCE « ABSOLUTISTE » DE LA SOUVERAINETE

Comme nombre de « grands arrêts », celui de 1927 a été rendu à propos de faits assez anodins. Il s'agit sans doute en l'occurrence de l'une des affaires dont l'enjeu concret est le plus insignifiant<sup>7</sup> parmi toutes celles soumises à la Cour : une collision survenue en haute mer entre le vapeur français *Lotus* et le navire turc *Boz-Court* avait entraîné la mort de huit marins et passagers turcs ; après l'arrivée du *Lotus* à Istanbul (« Stamboul »), la Turquie avait exercé « en même temps que contre le capitaine du vapeur turc, des poursuites pénales connexes en vertu de la législation turque, contre le sieur Demons, officier de quart à bord du *Lotus* au moment de la collision »<sup>8</sup>. Cette prétention avait entraîné des protestations de la part de la France qui estimait que « les faits accomplis en haute mer à bord d'un navire de commerce ne sont, en principe, justiciables, au point de vue pénal, que des tribunaux de l'Etat dont le navire porte le pavillon »<sup>9</sup>.

Pour résoudre ce problème, la Cour aurait pu s'en tenir à l'examen des règles techniques applicables<sup>10</sup>. Sous l'impulsion probable d'Anzilotti<sup>11</sup>, elle fait un crochet doctrinal considérable qui lui permet d'explicitier, au détour d'un paragraphe qui a fait couler beaucoup d'encre, sa conception, presque caricaturalement « positiviste », de la souveraineté :

« Le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci,

<sup>5</sup> L'opinion « dissidente » du Juge américain, J.B. Moore, concourt cependant avec celle de la majorité en ce qui concerne l'inexistence d'une règle de droit international réservant la compétence pénale en cas de collision en haute mer à l'Etat du pavillon (série A, n° 10, pp. 65-94, en particulier, p. 65).

<sup>6</sup> La littérature consacrée au *Lotus* est extrêmement abondante ; la présente étude se bornera à l'étude des opinions personnelles des Juges de la Cour mondiale. Quant à la Cour elle-même, elle s'est, d'une manière générale, prudemment abstenue de se référer aux prétendus « principes du *Lotus* »

<sup>7</sup> Cette « insignifiance » ne tient évidemment pas aux pertes humaines entraînées par la collision (qui n'étaient que très indirectement en cause dans l'affaire), mais à l'objet de la contestation, qui portait sur les quarante jours de prison et une amende modérée, infligés au lieutenant français de quart par les tribunaux turcs.

<sup>8</sup> Compromis du 12 octobre 1926, article 1<sup>er</sup>, point (1), reproduit dans l'arrêt, p. 5 et dans C.P.J.I., série C, n° 13/2, p. 25.

<sup>9</sup> Conclusions du contre-mémoire français reproduite à la page 7 de l'arrêt.

<sup>10</sup> Elle le fait du reste dans toute la seconde moitié de l'arrêt et arrive à sa conclusion sur la base d'arguments discutables ou, aujourd'hui, en tout cas obsolètes, comme la vieille thèse de la « territorialité » des navires (v. p. 23 ou p. 25 – v. *infra*, note 27 et p. [7]). En ce sens : A.P. Fachiri, « The Case of the *Lotus* », *B.Y.B.I.L.* 1928, pp. 131-134.

<sup>11</sup> Dont on sait qu'il a rédigé l'essentiel de l'arrêt (cf. Max Huber, « Tagbuch », 18 août 1927, cité in Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice – The Rise of the International Judiciary*, Cambridge U.P., 2005

volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas »<sup>12</sup>.

Ces trois phrases, dont les auteurs qui se réclament du positivisme volontariste font leurs choux gras, sont inégalement critiquables et n'ont, au surplus, pas la portée rigidement « souverainiste » que ceux-ci leur attribuent.

Il ne paraît guère contestable que « [I]es limitations de l'indépendance des Etats (...) ne se présument pas »<sup>13</sup>, sauf à vider le concept même d'indépendance-souveraineté de toute portée<sup>14</sup>. Encore faut-il en avoir de celui-ci une vision raisonnable, compatible avec l'existence même d'une société internationale telle qu'on peut l'observer, et à laquelle s'applique un droit digne de ce nom. Or, d'une part, la société internationale contemporaine à laquelle s'applique le droit international n'est pas constituée seulement d'Etats indépendants (même si, n'en déplaît à certains, ils en sont encore la composante essentielle) et, d'autre part, il n'est pas exact que les règles de droit liant les Etats procèdent exclusivement de la volonté de ceux-ci (même si une part largement prépondérante de ces normes en résulte effectivement).

Au demeurant, ce n'est pas ce que dit la Cour permanente : elle considère assurément que le droit international régit les rapports entre Etats – mais elle ne limite pas son emprise à ceux-ci<sup>15</sup> ; et si elle indique que les règles de droit international proviennent de la volonté des Etats, elle ne dit pas qu'il en va exclusivement ainsi. C'est cependant sur ce point que ses *dicta* sont le plus critiquables car, faute d'adverbe, elle recourt à l'article « les » (« Les règles de droit liant les Etats... »), qui pourrait faire penser qu'il n'en est point d'autre. Le mot « donc » inclus dans la deuxième phrase renforce cette impression : il semble impliquer que *puisque* le droit international régit les rapports entre Etats souverains, il ne peut être fondé que sur leur volonté<sup>16</sup>. C'est dans cette

<sup>12</sup> C.P.J.I., série A, n° 10, p. 18.

<sup>13</sup> Il n'est pas sans intérêt de relever qu'Anzilotti et Max Huber – très probablement les deux principaux inspirateurs de l'arrêt *Lotus*, aient utilisé une formule très voisine dans l'opinion dissidente commune qu'ils ont jointe à l'arrêt de la Cour permanente du 17 août 1923 dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* (série A, n° 1, p. 37).

<sup>14</sup> Conformément à la formule célèbre de Max Huber (qui présidait la C.P.J.I. en 1927 et grâce à la voix prépondérante duquel l'arrêt a été rendu) : « [I]a souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance » (C.P.A., sentence arbitrale du 4 avril 1928, affaire de *l'Île des Palmes*, R.S.A., vol. II, p. 838 ; v. aussi la sentence de Max Huber du 1<sup>er</sup> mai 1925 dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, R.S.A.N.U. II, p. 642).

<sup>15</sup> Il en va de même lorsque, un peu plus haut dans l'arrêt, « la Cour estime que le sens des mots 'principes du droit international' ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale » (pp. 16-17).

<sup>16</sup> Pour une position plus nuancée (et plus exacte), v. l'opinion dissidente de Loder pour lequel le droit international « repose sur des convictions générales » dont les « règles peuvent être modifiées, changées, développées suivant les vues d'une majorité considérable de ces Etats, au fur et à mesure de l'évolution de ces convictions générales » (p. 34).

brèche malencontreuse que la doctrine positiviste s'est triomphalement engouffrée.

Le cadre inévitablement limité de la présente contribution ne permet pas de s'appesantir sur ce que cette vision a de réducteur et d'artificiel. Et même si le dédicataire de ces lignes a longtemps porté la parole du Quai d'Orsay, souvent tenté par un positivisme faisant la part trop belle au nationalisme juridique, je suis convaincu qu'en la confrontant aux réalités de la vie internationale ou communautaire, il n'a pu manquer de constater qu'entre le « je veux » et le « je peux » (en droit comme en fait), il y a un pas que seule une doctrine trop bardée de certitudes souverainistes peut nier.

Qu'il suffise de dire – mais ce ne sont que les plus évidents des arguments qui vont à l'encontre d'une approche exclusivement volontariste de la règle de droit<sup>17</sup> – que celle-ci :

- explique (superficiellement) le fondement des règles conventionnelles mais pas la raison pour laquelle les traités constituent des « pièges à volonté », dont les Parties ne peuvent se dégager unilatéralement une fois qu'ils sont entrés en vigueur ;

- ne permet pas de justifier le caractère obligatoire des règles coutumières pour les Etats qui n'ont pas participé à leur formation (et l'explique de manière très artificielle pour ceux qui y ont participé en réduisant l'*opinio juris* à un « accord tacite ») ni celle des principes généraux de droit, dont l'obligatorité au plan international ne doit, à l'évidence, rien à la volonté des Etats ;

- ne peut être conciliée avec l'existence de normes impératives du droit international général s'imposant aux Etats même contre leur volonté, et qu'ils ne peuvent écarter par un traité contraire ;

- ne rend pas compte des conditions réelles de formation des règles juridiques internationales, qui résultent d'un *processus* ; et

- traduit une approche tristement cynique du droit international en exaltant une souveraineté dont la conception absolutiste a donné lieu dans le passé – et continue de donner lieu, aux abus les plus graves.

Cette conception peut trouver quelque confort dans une lecture textuelle de l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire du *Lotus*. Mais celle-ci ne s'impose pas et d'autres interprétations sont possibles. Comme l'a écrit Sir Hersch Lauterpacht, « [o]n closer investigation, (...) the principle enunciated by the Court is less dogmatic and more flexible than a first reading makes it appear »<sup>18</sup>. L'illustre auteur en veut pour preuve que, dans le passage précité, la Haute Juridiction a fait

---

<sup>17</sup> Pour une critique plus systématique, v. A. Pellet, « Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, pp. 465-493 ; « Contre la tyrannie de la ligne droite - Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », in *Thesaurus Acroasium* (Thessalonique), vol. XIX, 1992, pp. 287-355 ; ou « Cours général : le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 12-74.

<sup>18</sup> *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, London, 1958, p. 360.

référence à la volonté<sup>19</sup> des Etats « as expressed not only by conventions but also by 'usages generally accepted'. A 'usage generally accepted' is one accepted by the generality of States, not necessarily by every single State »<sup>20</sup>.

En tout état de cause, on ne saurait trouver dans l'arrêt de 1927 l'énoncé d'une règle générale et absolue de liberté. Même en admettant qu'il en résulte que « tout ce qui n'est pas interdit est permis » – ce qu'il n'énonce pas sous cette forme<sup>21</sup>, ce principe ne vaudrait que pour les activités menées par l'Etat sur son propre territoire<sup>22</sup>. Bien que ceci ne soit pas précisé dans le *dictum* précité, le paragraphe qui le suit immédiatement ne laisse aucun doute :

« Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance *sur le territoire d'un autre Etat*. Dans ce sens, *la juridiction est certainement territoriale* ; elle ne pourrait être exercée *hors du territoire*, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention »<sup>23</sup>.

Waldock, qui se montre infiniment moins critique que Lauterpacht à l'égard de l'arrêt de 1927, convient du reste que la question était de savoir si la Turquie « was entitled to exercise *her territorial jurisdiction* unless France could point to a rule restricting its exercise... »<sup>24</sup>.

Ceci ne fait que confirmer que les compétences de l'Etat sur son propre territoire sont particulièrement étendues et ne cèdent que face à une règle expresse les limitant, ce que traduit l'expression « souveraineté territoriale » ; comme l'écrit Weiss dans son opinion dissidente – mais, sur ce point, compatible avec la position de la Cour<sup>25</sup>, ce qui était en cause, « [c]'est d'abord le principe de la souveraineté des Etats en matière répressive, non pas de cette souveraineté universelle, indéfinie, illimitée, dont la Turquie avait entendu se prévaloir, mais de la souveraineté qui a son fondement et sa limite dans le territoire sur lequel l'Etat exerce son autorité, *c'est-à-dire la souveraineté territoriale* »<sup>26</sup>. Les autres Juges dissidents ne raisonnent pas différemment<sup>27</sup>. Mais, à l'inverse, il ne saurait

<sup>19</sup> « Free will » selon le texte anglais.

<sup>20</sup> *Op. cit.* note 17, p. 360 ; dans le même sens : Maurice Travers, « *L'affaire du 'Lotus'* », *R.D.I.L.C.* 1928, pp. 405-406 et p. 415.

<sup>21</sup> Comme on l'a écrit, « Literally, the *Lotus* statement did not give expression to a presumption of freedom : it rejected a presumption against freedom » (O. Spiermann, *op. cit.* note 11, p. 254).

<sup>22</sup> En ce sens, v. Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Grotius Publics., vol. 1, 1986, p. 147.

<sup>23</sup> Série A, n° 10, pp. 18-19 – italiques ajoutées.

<sup>24</sup> « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.* 1962-II, vol. 106, p. 165 – italiques ajoutées.

<sup>25</sup> De son côté, la Cour précise que : « La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale. » (Série A, n° 10, p. 20) ; elle ne se borne pas moins « à relever que, dans l'espèce, les poursuites pénales peuvent être justifiées aussi au point de vue du principe dit de la territorialité » (p. 23).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 49 – italiques ajoutées.

<sup>27</sup> V. J.B. Moore : « [c]'est un principe admis du droit international qu'un Etat possède et exerce, dans son propre territoire, une juridiction absolue et exclusive, et que toute exception à ce droit doit provenir du consentement de l'Etat, soit exprès, soit implicite (*Schooner Exchange c/ McFaddon*, 1812 - 7 Cranch 116, 136) » (Série A, n° 10, p. 67 – italiques ajoutées) ; comme la « majorité » (*ibid.*,

en aller ainsi hors du territoire de l'Etat : il n'existe pas de « souveraineté personnelle » ou « extra-territoriale ».

La position de Max Huber (qui présidait la Cour permanente en 1927 et dont la voix prépondérante a permis l'adoption de l'arrêt) est intéressante à cet égard. Dans ses observations de 1931 sur le rapport de Louis Le Fur à l'Institut de Droit international sur la détermination par le droit international du domaine laissé à la compétence exclusive de chaque Etat, il écrit continuer « de penser que le principe proclamé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du 'Lotus' est exact; mais », ajoute-t-il, « il a été quelquefois mal interprété par les critiques du dit arrêt. L'absence d'une règle qui départagerait les droits des Etats et la liberté qui en résulte pour chaque Etat de faire ce qui n'est pas défendu ne signifie pas un état d'anarchie où chacun aurait le droit de passer outre à la situation créée par un autre Etat. Là où les libertés font une collision *réelle*, le droit *doit* fournir la solution, car le droit international, comme tout droit, repose sur l'idée de la *coexistence* de volontés de la même valeur »<sup>28</sup>.

Le problème a été admirablement posé par le Juge Shahabuddeen dans son opinion dissidente jointe à l'avis consultatif de la Cour dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* :

« Aucun argument convaincant ne permet de soutenir que dans l'affaire du *Lotus* la Cour serait partie de l'idée que les Etats ont une souveraineté absolue les habilitant à entreprendre n'importe quelle action, si horrible et détestable puisse-t-elle paraître aux yeux de la communauté internationale, dès lors qu'il n'est pas prouvé que cette action est interdite en droit international. L'idée de la suprématie interne associée à la notion de souveraineté en droit interne n'est pas applicable comme telle lorsqu'on transpose cette notion sur le plan international. La coexistence d'un certain nombre de souverainetés assigne des limites à la liberté de chaque Etat d'agir comme si les autres Etats n'existaient pas. Ces limites définissent un cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister ; le cadre ainsi que les limites qui le définissent sont implicites dans la référence faite dans l'affaire du *Lotus* à la 'coexistence de ... communautés indépendantes' (*C.P.J.I. série A no 10*, p. 18)... »<sup>29</sup>.

Là est le nœud de la question : la souveraineté ne saurait présenter, dans la sphère internationale, les caractères absolu, inconditionné et illimité que l'on

---

p. 25), le Juge américain admet sans sourciller qu'« [i]l est universellement admis qu'un navire en haute mer doit, au point de vue de la compétence judiciaire, être considéré comme une partie du territoire du pays duquel il ressortit » (p. 68), ce qui ne saurait être accepté aujourd'hui (v. d'ailleurs l'opinion dissidente de Lord Finlay, p. 53) ; v. aussi Nyholm, *ibid.*, p. 59 ou Altamira, qui admet cependant des exceptions « dans des cas extrêmes et absolument nécessaires ou inévitables » (p. 95). Lord Finlay se place sur le terrain plus limité de la protection des nationaux à l'étranger et considère que « [t]out Etat qui estime nécessaire d'acquérir ce pouvoir devrait, par convention, s'assurer du consentement des autres Etats touchés » (p. 56).

<sup>28</sup> *Ann. I.D.I.*, Session de Cambridge 1931, vol. 1, p. 79 – italiques dans le texte ; v. aussi à ce sujet : Ole Spiermann, « Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice », *E.J.I.L.* 2007, pp. 129-132.

<sup>29</sup> Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 393.

peut lui prêter dans l'ordre interne. Alors que, dans ce dernier, son titulaire est unique – qu'il s'agisse du Prince, de la nation, du peuple ou de l'Etat, au plan international, elle n'appartient *qu'à* l'Etat, mais *également à tous* les Etats. Dès lors, les compétences de chacun sont nécessairement limitées par celles, égales, appartenant à tous les autres ; et la fonction première, fondamentale, du droit international est d'organiser la coexistence de ces entités, également souveraines, également capables d'exprimer une volonté les engageant<sup>30</sup>, mais, nécessairement, dans les limites imposées, en fait et logiquement, par cette coexistence d'entités égales : « le droit de souveraineté permet tout acte qui ne porte pas atteinte à d'autres souverainetés »<sup>31</sup>. Et c'est très exactement ce qui ressort du passage précité de l'arrêt – et que la doctrine positiviste se garde de relever : « Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat... » : le droit international impose des limites à l'Etat – à sa souveraineté, à son indépendance, à son action dans la sphère internationale<sup>32</sup>. Et Anzilotti lui-même ne disait pas autre chose lorsque, quelques années plus tard, il estimait dans son opinion individuelle jointe à l'avis consultatif sur la *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, que : « L'indépendance ainsi comprise n'est, au fond, que la condition normale des Etats d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté (suprema potestas)* ou *souveraineté extérieure*, si l'on entend par cela que l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, *si ce n'est celle du droit international* »<sup>33</sup>.

Et c'est l'immense mérite de la « théorie des compétences » telle que l'a développée Basdevant<sup>34</sup> dans la ligne de ses plaidoiries – dans l'affaire du *Lotus* justement – de rendre compte de cette situation : « A l'intérieur de son cercle de compétence, dans son domaine, l'Etat peut invoquer sa souveraineté ; mais pour élargir sa compétence, il lui faut un titre reconnu par le droit international, il lui faut s'appuyer sur une règle du droit international »<sup>35</sup>.

Ainsi conçue, la théorie des compétences signifie que l'Etat, tout souverain qu'il soit, ne tire sa faculté d'agir au plan international que du droit international et que, pour agir, il doit pouvoir se prévaloir d'un titre – c'est-à-dire d'une habilitation résultant de celui-ci. Dans la doctrine traditionnelle, ce titre est lié à chacun des éléments constitutifs de l'Etat : il s'agit de la territorialité, de la

<sup>30</sup> Cf. C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon*, série A, n° 1, p. 25.

<sup>31</sup> M. Travers, *op. cit.* note 20, p. 415.

<sup>32</sup> Et ces limitations peuvent résulter de principes assez généraux – cf. C.I.J., arrêt du 18 décembre 1951, *Pêcheries*, *Rec.* 1951, p. 252 : « Il n'en résulte aucunement qu'à défaut de règles offrant le caractère de précision technique affirmé par le Gouvernement du Royaume-Uni, la délimitation à laquelle a procédé le Gouvernement norvégien en 1935 ne soit pas soumise à certains principes qui permettent d'en apprécier la validité selon le droit international ».

<sup>33</sup> C.P.J.I. du 5 septembre 1931, série A/B n° 41, p. 57 – italiques dans le texte ; souligné par moi.

<sup>34</sup> V. en particulier son cours sur les « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1936-IV, vol. 58, pp. 471-692. V. aussi, not. Charles Rousseau, *Droit international public*, Tome II, *Les sujets*, Sirey, Paris, 1974, pp. 68-93 ; Tome III, *Les compétences*, Sirey, Paris, 1977, 635 p. ; « L'aménagement des compétences en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1930, pp. 420-460 ; Marcel Sibert, *Traité de droit international public, Le droit de la paix*, Tome I, pp. 647 et s. ; Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., Springer Verlag, Wien, 1964, pp. 240-242.

<sup>35</sup> C.P.J.I., série C, n° 13/2, Réplique de M. Basdevant, 9 août 1927, pp. 150-151 ; v. plus généralement, pp. 149-151 ; v. aussi le discours de M. Basdevant, 2 août 1927, pp. 38-39.

nationalité, et du lien de service public. Toutefois, pour éclairant que cela soit, ceci n'est pas tout à fait suffisant : en l'absence de règle impérative en sens contraire, rien en effet, n'empêche les Etats de se reconnaître mutuellement des compétences allant au-delà des titres de droit commun ; on pourrait appeler ceci la « conventionalité ». Mais, en aucun cas, celle-ci ne saurait tenir lieu d'alpha et d'oméga comme les interprétations étroitement positivistes de l'arrêt *Lotus* voudraient le faire croire.

En définitive ce n'est pas celui-ci, mais celles-là qui sont critiquables : en dépit d'une formulation malheureuse de l'origine des règles du droit international, dont on ne peut raisonnablement soutenir qu'elles procèdent *toutes* de la volonté de l'Etat – même si la plupart en résultent, l'arrêt *Lotus* ne cadre pas avec les thèses des auteurs positivistes (volontaristes) qui en ont cependant fait un manifeste emblématique de la position dont ils se réclament :

- à côté des conventions, il fait place à « des usages acceptés *généralement* comme consacrant des principes de droit » (et généralité n'est pas unanimité) ;

- il concède que ceux-ci sont « établis en vue de régler *la co-existence* de ces communautés indépendantes » (et la coexistence des souverainetés implique d'inévitables contraintes) ;

- il admet expressément que « le droit international impose » des limitations à la souveraineté (qui ne peut donc avoir le caractère absolu et illimité que la doctrine positiviste voudrait lui conférer) ;

- il limite la présomption de régularité des actes étatiques<sup>36</sup> au seul *territoire* de l'Etat (et, ce faisant, il se borne à refléter le principe de la « souveraineté territoriale ») ;

- il commet ainsi ce qui nous paraît constituer une erreur de raisonnement puisque celui-ci repose sur l'idée, aujourd'hui abandonnée mais communément admise à l'époque, selon laquelle « en vertu du principe de la liberté de la mer, un navire est placé dans la même situation que le territoire de l'Etat »<sup>37</sup>.

Sur le plan des principes, ce postulat est sans doute tout ce que l'on peut reprocher à la majorité (comme à la plupart des Juges dissidents)<sup>38</sup> – encore ce reproche n'est-il peut-être pas fondé dans une perspective intertemporelle. Pour le reste, l'arrêt *Lotus* doit davantage sa mauvaise réputation à l'interprétation détestable que la doctrine positiviste en a donnée qu'à ses défauts intrinsèques.

---

<sup>36</sup> Sur la distinction entre « présomption » et « principe résiduel », v. O. Spiermann, *op. cit.* note 11, pp. 254-255 et *op. cit.* note 28, pp. 132-136.

<sup>37</sup> Série A, n° 10, p. 25.

<sup>38</sup> V. *supra*, notes 10 et 27.



## II. UNE CONCEPTION AMBIGUË DE LA SOUVERAINETE QUI A JUSTIFIE PAR LA SUITE DES POSITIONS DIVERGENTES ET INCONCILIABLES

Du reste, si on l'interprète comme une ode à la souveraineté de l'Etat entendue de cette manière absolue, l'arrêt de 1927 apparaît comme relativement isolé dans la jurisprudence de la Cour mondiale. Sans doute, est-il exact que, de temps à autre, ressurgissent, avec les « fantômes controversés du *Lotus* »<sup>39</sup>, des décisions dont le « relent » volontariste est évident<sup>40</sup>; toutefois, il s'agit d'exceptions limitées cadrant mal avec l'approche générale beaucoup plus ouverte et « moderne » de la souveraineté véhiculée par la jurisprudence dominante, qui, d'une manière générale, s'abstient d'exalter la souveraineté de l'Etat au détriment de la supériorité du droit international<sup>41</sup>.

D'une manière générale, la Cour ne manifeste pas, pour la jurisprudence du *Lotus*, le même engouement que la doctrine positiviste. Elle cite peu l'arrêt de 1927 et, lorsqu'elle le fait, elle vise de préférence le principe *jura novit curia*<sup>42</sup>, ou les conditions de formation de la coutume<sup>43</sup>, questions qui, bien que non dénuées de tout lien avec le problème qui nous occupe, ne s'y rattachent qu'indirectement. Et c'est, en définitive, dans les opinions individuelles ou dissidentes des Juges que la conception de la souveraineté véhiculée par l'arrêt de la C.P.J.I. est le plus souvent invoquée – et dans des sens fort différents, chaque Juge en donnant l'interprétation qui cadre le mieux avec ses conceptions doctrinales, voire idéologiques<sup>44</sup>. Cette diversité confirme, s'il en est besoin, le caractère malléable et incertain de la position que la Cour permanente a prise dans l'arrêt du *Lotus* quant à la définition et aux conséquences du concept de souveraineté.

L'opposition entre ces analyses est tout particulièrement frappante dans les opinions personnelles annexées d'une part à l'avis consultatif du 8 juillet 1996 dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et, d'autre part, à l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Dans

<sup>39</sup> M.-P. Lanfranchi et Th. Christakis, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice – Analyse et documents*, Economica, Paris, p. 48.

<sup>40</sup> L'exemple le plus remarquable (et le plus regrettable) en est sans doute fourni par l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *Rec.* 2002, p. 3.

<sup>41</sup> Pour des exemples de décisions plus attentives aux contraintes de l'interdépendance, v. (parmi d'autres) les arrêts de la C.P.J.I. dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* (arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1) et de la C.I.J. dans celle du *Détroit de Corfou* (arrêt du 9 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 4), ou les avis consultatifs relatifs à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (11 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 174), aux *Réserves à la Convention sur le génocide* (28 mai 1951, *Rec.* 1951, p. 496) ou à la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* (*Rec.* 1996, p. 226).

<sup>42</sup> Cf. l'arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), *fond*, C.I.J. *Recueil* 1986, p. 24, par. 29.

<sup>43</sup> Cf. l'arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (Allemagne/Danemark ; Allemagne/Pays-Bas)*, pp. 44-45, par. 78.

<sup>44</sup> Cette diversité serait très probablement encore plus frappante si l'on entreprenait une étude des positions de la doctrine à l'égard des « principes du *Lotus* »; les dimensions de la présente étude ne le permettent pas.

les deux cas, elles reflètent les mêmes incertitudes et les mêmes divergences d'opinions quant à la portée de la jurisprudence du *Lotus*.

Dans l'avis de 1996 lui-même, l'arrêt de 1927 n'est mentionné que par référence aux plaidoiries des Etats et à propos de la seule interprétation de la question posée<sup>45</sup>, dans laquelle on pouvait voir une allusion à l'idée que « tout ce qui n'est pas interdit est permis » – ce qu'une vision caricaturale de la jurisprudence *Lotus* lui fait dire souvent<sup>46</sup>. Il n'en est pas moins intéressant de relever que « [l]a Cour prend note du fait que les Etats dotés d'armes nucléaires qui se sont présentés devant elle soit ont reconnu soit n'ont pas nié que leur liberté d'agir était effectivement restreinte par les principes et règles du droit international et plus particulièrement du droit humanitaire »<sup>47</sup>, penchant ainsi, apparemment (mais prudemment), en faveur d'une interprétation « internationaliste » du *Lotus*.

Les opinions personnelles des Juges sont plus fermes et fort contrastées puisque, pratiquement « à égalité », certains tentent de s'approprier les *dicta* de la Cour permanente à l'appui d'une conception extensive de la souveraineté, tandis que d'autres insistent sur leur caractère dépassé ou inacceptable.

Le Président Bedjaoui, dont la voix prépondérante a permis d'arriver à une solution (qui se traduit par une absence de réponse lorsque la question se pose « dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause »<sup>48</sup>), se range très nettement parmi ces derniers :

« La jurisprudence de l'affaire du *Lotus*, que certains ne manqueront pas de ressusciter, mérite d'être très fortement relativisée dans le contexte particulier de la question faisant l'objet du présent avis consultatif. On exagérerait l'importance et on déformerait la portée de cette décision de la Cour permanente si on l'isolait du contexte particulier, à la fois judiciaire et temporel, dans lequel elle est intervenue. La décision en question exprimait sans aucun doute l'air du temps, celui d'une société internationale encore très peu institutionnalisée et régie par un droit international de stricte coexistence, lui-même reflet de la vigueur du principe de la souveraineté de l'Etat.

« Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du 'supranationalisme', on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la 'mondialisation', de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l'émergence du concept de 'communauté

<sup>45</sup> Qui était fort mal formulée (« Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance? ») – v. *Rec.* 1996, pp. 238-239, n° 20-22.

<sup>46</sup> V. *supra*, p.[4].

<sup>47</sup> *Rec.* 1996, p. 239, par. 22.

<sup>48</sup> Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 266, par. 105.E ; v. aussi p. 263, par. 97.

internationale' et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière »<sup>49</sup>.

Dans le même esprit, le Juge Weeramantry a rappelé qu'« [a]u cours du demi-siècle qui s'est écoulé depuis l'affaire du *Lotus*, le droit international et le droit relatif au comportement humanitaire en temps de guerre se sont, à l'évidence, considérablement développés, en ajoutant de nouvelles restrictions à la souveraineté des Etats qui existaient à l'époque de l'affaire en question. (...). La Cour ne peut pas en 1996 faire sienne une interprétation de l'arrêt du *Lotus* tellement étroite qu'elle ramènerait le droit au stade où il se trouvait avant la clause de Martens »<sup>50</sup>.

C'est confirmer la formule frappante d'un commentateur : « Grâce aux '*principes cardinaux*'<sup>51</sup> (...), le droit humanitaire est incontestablement un 'droit-anti Lotus' »<sup>52</sup> et c'est aussi ce qu'a confirmé M. Bedjaoui lui-même lorsqu'il a, curieusement, déclaré – à l'occasion d'un colloque universitaire – que « le fameux § E qui nous a divisés, n'est, si l'on veut, qu'une porte en trompe-l'œil destinée à donner le change. Mais cette porte en trompe-l'œil a été dessinée sur une muraille infranchissable, puisqu'elle est faite en particulier de normes impératives du droit international général »<sup>53</sup>. C'est enterrer le *Lotus* (en tout cas si l'on accepte l'idée que l'arrêt de 1927 relève d'une « approche résolument positiviste »<sup>54</sup>).

Mais cette « muraille » n'a pas semblé suffisamment « infranchissable » au Juge Shahabuddeen qui, dans son opinion dissidente, fait remarquer, non sans rigueur ni raison, que « lorsqu'on rapproche cette conclusion de l'opinion formulée dans l'affaire du *Lotus*, on pourrait être amené à conclure que, selon la Cour, il existe une possibilité que l'emploi d'armes nucléaires soit licite dans certaines circonstances et qu'il appartient aux Etats de décider si cette possibilité existe dans des circonstances données »<sup>55</sup>. Toutefois, en se plaçant dans le cadre de quatre interprétations possibles (et différentes) de l'arrêt de 1927, l'éminent Juge estime que, dans tous les cas, celui-ci ne permettait pas de donner une réponse affirmative ou même dubitative à la question posée<sup>56</sup> :

<sup>49</sup> Déclaration du Président Bedjaoui, *ibid.*, p. 270, pars. 12 et 13.

<sup>50</sup> Opinion dissidente du Juge Weeramantry, *ibid.*, pp. 495-496.

<sup>51</sup> V. *Rec.* 1996, p. 257, par. 78.

<sup>52</sup> Vincent Coussirat-Coustière, « La licéité des armes nucléaires en question » in S.F.D.I., *Journée d'études, Le droit international des armes nucléaires*, Pedone, Paris, p. 101.

<sup>53</sup> Débats, *ibid.*, p. 103.

<sup>54</sup> Déclaration du Président Bedjaoui, *Rec.* 1996, p. 270, par. 13.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 376 ; v. aussi p. 426 : « Ce que la Cour a ainsi entendu laisser dans le domaine du possible prend une consistance plus ferme à la lumière de l'affaire du *Lotus*, telle qu'elle est généralement interprétée. Lorsque la Cour dit qu'elle ne peut se prononcer de façon définitive, elle dit qu'elle ne peut se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive ». Dans sa déclaration, le Président Bedjaoui tente de désamorcer l'objection (*ibid.*, p. 271, par. 14, et p. 273, par. 22).

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 391-397.

- en admettant qu'« un Etat a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit », l'utilisation de l'arme nucléaire porterait inévitablement atteinte aux droits des Etats neutres<sup>57</sup> ;

- toute « action qui réduirait à néant la civilisation et l'humanité » est incompatible avec la Charte<sup>58</sup> ;

- l'arrêt du *Lotus* reconnaît que « la coexistence de ... communautés indépendantes » constitue le « cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister »<sup>59</sup> ; et,

- la question que les Juges de 1927 devaient résoudre est sans rapport et sans commune mesure avec celle posée à ceux de 1996 et

« [I]es notions de souveraineté et d'indépendance que la Cour avait à l'esprit en statuant dans l'affaire du *Lotus* ne s'inséraient pas dans un contexte où l'on entrevoyait la possibilité qu'un Etat aurait la capacité à lui seul de s'anéantir et d'anéantir avec lui tous les autres Etats. La Cour avait à examiner une affaire de collision en mer et la question de la compétence pénale des Etats à cet égard. On ne peut pas dire qu'il y avait là de quoi bouleverser les esprits. Si elle avait pu imaginer la possibilité qu'une minorité d'Etats belligérants pût anéantir la planète, elle aurait vraisemblablement nuancé la position qu'elle a prise... »<sup>60</sup>.

On ne pouvait mieux dire que la jurisprudence *Lotus*, même en lui donnant le sens, absolu et discutable que les auteurs positivistes veulent lui conférer, n'a pas une valeur générale et que le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis », acceptable lorsqu'il s'agit d'exercer la compétence pénale conformément au principe de la territorialité ne peut être brandi dans des contextes complètement différents.

Voici qui, en apparence au moins, contraste de manière frappante avec la position du Juge Guillaume, qui, affirme, en se calant sur une interprétation strictement positiviste du *Lotus* à laquelle il se tient rigoureusement, sans égard pour les évolutions que le droit international a connues depuis lors :

« Le droit international repose en effet sur le principe de la souveraineté des Etats et procède par suite du consentement de ces derniers. En d'autres termes, comme l'a dit excellemment la Cour permanente, 'le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci' (*Lotus, arrêt no 9, 1927, C.P.J.I. série A, no 10, p. 18.*) ».

Et d'ajouter, sans doute pour mieux « enfoncer le clou », mais en réalité en nuancant le caractère très catégorique de son propos :

« La Cour elle-même a eu l'occasion de tirer sous diverses formes les conséquences de ce principe dans l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis d'Amérique. Elle a rappelé que 'le principe de souveraineté des Etats

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 391.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 392 ; v. *supra*, pp. [5-6].

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 395.

permet à chacun d'entre eux de se décider librement' pour ce qui est 'du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures' (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 108). Elle a surtout précisé 'qu'il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation de niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction' (*ibid.*, p. 135) ».

Ces précisions doivent sans doute être nuancées à la lumière des principes « intransgressibles » du droit international contemporain (qui excluent la licéité de régimes sanguinaires ne respectant pas les principes protecteurs des droits fondamentaux de la personne humaine). Mais, en tout état de cause, elles ne font rien de plus que confirmer les droits extrêmement étendus de tout Etat de se comporter comme il l'entend *sur son territoire* – ce qui constitue l'aspect le moins discutable de l'arrêt de 1927, sans pour autant justifier une conception étroitement positiviste du droit international.

Il reste que, même si leurs certitudes sont inégalement fermes et leurs conclusions différentes, tous les Juges qui, dans l'affaire de la *Licéité*, se sont positionnés par rapport à la jurisprudence du *Lotus*, l'interprètent finalement dans une perspective « territorialiste » : ils admettent qu'il en découle que « charbonnier est maître chez soi » mais hésitent à en tirer des conséquences trop générales.

L'analyse des positions prises par plusieurs Juges dans les opinions personnelles qu'ils ont jointes à l'arrêt de la Cour du 14 février 2002 dans l'affaire *Yerodia* conduit à des constatations comparables.

C'est sans doute dans cette affaire que le problème de la validité continue des « principes du *Lotus* » s'est posé avec le plus d'acuité : vus de Sirius, les faits des deux affaires présentent une certaine similitude et posent des problèmes juridiques voisins puisque, dans les deux cas, il s'agissait de déterminer les limites à la compétence d'un Etat pour juger les crimes commis par un étranger. La Cour ayant décidé, pour une raison fort discutable, de ne se prononcer que sur l'autre moyen invoqué par la Belgique (et tiré des immunités dont bénéficierait la personne en cause)<sup>61</sup>, n'a finalement pas abordé la question dans ces termes. Mais plusieurs opinions personnelles l'ont fait et leurs auteurs ont, à juste titre, effectué des rapprochements avec l'arrêt de 1927 – que les deux Parties avaient invoqué en plaidoiries à l'appui de leur thèse<sup>62</sup>.

Les Juges qui ont pris parti sur ce point reconnaissent tous la pertinence du *Lotus* soit pour s'en écarter en mettant l'accent sur son caractère dépassé, soit pour s'en prévaloir.

<sup>61</sup> Arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 14 février 2002*, Rec. 2002, p. 19, par. 45.

<sup>62</sup> V. notamment Contre-mémoire de la Belgique, pp. 89-90, pars. 3.3.29-3.3.32 ; CR 2001/6, 16 octobre 2001, pp. 3-34 (M. Chemillier-Gendreau) ; CR 2001/9, 18 octobre 2001, pp. 10-11, par. 10 (6) (E. David).

Les opinions individuelles des Juges Guillaume, Ranjeva ou Rezek sont plutôt en ce dernier sens : ils soulignent la conception strictement territoriale mais, dans ce cadre, extensive, de la souveraineté que traduit l'arrêt de 1927. Dans la déclaration qu'il a jointe à l'arrêt, le Président Guillaume admet que « le droit international classique n'exclut pas que l'Etat puisse dans certains cas exercer sa compétence juridictionnelle sur des infractions commises à l'étranger. Mais comme l'avait (...) rappelé la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*, un tel exercice n'est pas sans limites »<sup>63</sup>. Ce sont donc les *limites* à l'exercice de la compétence extra-territoriale qui retiennent l'attention de l'illustre Juge<sup>64</sup>. Pour sa part, le Juge Ranjeva, reconnaît que l'« on peut analyser l'évolution des idées et des conditions politiques dans le monde contemporain comme favorable à une atténuation de la conception territorialiste de la compétence et à l'émergence d'une approche plus fonctionnaliste dans le sens d'un service au profit des fins supérieures communes » ; mais, ajoute-t-il, « [l]e caractère territorial de la base du titre de compétence reste encore une des valeurs sûres, le noyau dur du droit international positif contemporain »<sup>65</sup>.

L'opinion individuelle commune que les Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont jointe à l'arrêt pousse l'analyse plus loin et manifeste une certaine méfiance à l'encontre de l'approche de la Cour permanente. Après avoir cité « la célèbre observation incidente » de celle-ci<sup>66</sup>, ils ajoutent :

« L'application de ce *dictum* célèbre serait manifestement dangereuse dans certains domaines du droit international. (Voir, sur ce point, l'opinion dissidente de M. Shahabuddeen dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 394-396.*) Elle reste néanmoins toujours possible dans le contexte de la compétence à l'égard des crimes internationaux.

« Cela dit, cette observation incidente correspond à l'apogée du laissez-faire dans les relations internationales, et à une époque qui a été sensiblement dépassée par d'autres tendances »,

notamment, la prise de conscience de la nécessité d'agir de concert face aux atrocités. « Ce concept vertical du pouvoir d'agir est sensiblement différent du système horizontal de droit international envisagé dans l'affaire du *Lotus* »<sup>67</sup>.

De son côté enfin, Mme. Van den Wyngaert, Juge *ad hoc* de la Belgique, examine attentivement la question de savoir si « la compétence universelle pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité est compatible avec le critère du

<sup>63</sup> *Rec. 2002*, p. 37, n° 4 ; v. aussi, p. 42, n° 13.

<sup>64</sup> V. aussi l'opinion individuelle du Juge Rezek, qui se réfère implicitement à la théorie des compétences (*ibid.*, p. 92, pars. 5-6). Dans la requête introduite le 11 avril 2003 à propos de *Certaines procédures pénales engagées en France*, le Congo invoque l'opinion de M. Guillaume (p. 4).

<sup>65</sup> Déclaration, *ibid.*, pp. 57-58, n° 9.

<sup>66</sup> V. *supra* p. [4] (série A, n° 10, pp. 18-19).

<sup>67</sup> *Rec. 2002*, p. 78, pars. 50-51 ; dans le même sens, v. les observations du Juge Alvarez dans ses opinions individuelle dans l'affaire des *Pêcheries* à propos du prétendu « droit pour les Etats de faire tout ce qui n'est pas expressément défendu par le droit international » (arrêt du 18 décembre 1951, *Rec. 1951*, p. 152), et dissidente dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* au sujet de l'évolution du domaine réservé (arrêt du 22 juillet 1952, *Rec. 1952*, pp. 127-128).

*Lotus* »<sup>68</sup>, et conclut à une réponse affirmative après avoir rappelé que, conformément à la formule de l'arrêt de 1927<sup>69</sup>, « la limitation primordiale qu'impose le droit international [aux Etats] » est que ceux-ci ne bénéficient d'aucune compétence d'exécution sur le territoire d'un autre Etat en l'absence d'autorisation de celui-ci<sup>70</sup>.

De manière significative, chacun met l'accent sur les aspects de la jurisprudence *Lotus*, qui correspondent à sa « sensibilité » doctrinale ou idéologique. Mais en isolant certains éléments au détriment d'autres, tous en mésestiment la complexité et les nuances.

On a décrit l'arrêt de 1927 comme « a mine of valuable material upon the subject of jurisdiction »<sup>71</sup>. C'est certainement exact – à condition de ne pas partir de l'idée préconçue et fautive qu'il donne une réponse définitive et générale aux questions fondamentales, qu'il a le mérite de soulever, mais qu'il applique exclusivement aux faits, assez anodins, de l'espèce.

En réalité, il n'y a pas de « principes du *Lotus* », plutôt un ensemble de considérations très vastes et très diverses, dont la Cour permanente a fait une application particulière dans le contexte spécifique dans lequel elle a rendu son arrêt :

- le droit international régit les relations entre Etats indépendants ? oui – mais pas entre eux seulement ; et l'extension de son application à d'autres sujets, marginale et difficile à détecter en 1927, a, depuis lors, pris une ampleur considérable ;

- les règles du droit international procèdent de la volonté des Etats ? Oui, dans leur plus grande partie, car les traités, émanations de celle-ci, sont à l'origine de la très grande majorité d'entre elles ; mais l'observation, objective et honnête de la réalité juridique internationale montre que la volonté étatique ne suffit pas à expliquer la formation de toutes les normes juridiques internationales (et pas seulement du fait de l'existence de rares règles de *jus cogens*) ;

- les limitations à la souveraineté ne se présument pas ? oui encore, mais la souveraineté est, dans l'ordre international, un concept « limité » par essence : la liberté d'agir de chaque Etat y est « limitée » par celle, égale, de tous les autres ;

- tout ce qui n'est pas interdit est permis ? peut-être que oui – mais ce n'est vrai que pour les actions menées par l'Etat sur son propre territoire et cela correspond à ce que l'on appelle couramment la « souveraineté territoriale », qui englobe les compétences, particulièrement étendues, que l'Etat exerce en vertu d'un titre territorial à l'exclusion de celles qui sont fondées sur un autre titre de compétence ;

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 167-175, pars. 48-62.

<sup>69</sup> *V. supra*, p. [2] (série A, n° 10, p. 18).

<sup>70</sup> *Rec.* 2002, p. 158, n° 49.

<sup>71</sup> *Oppenheim's International Law*, 5th ed. by Hersch Lauterpacht, vol. I, Londres, Longman, 1935, p. 270.

- celles-ci, au demeurant, ne sont pas illimitées car, dans toutes ses activités, l'Etat est soumis aux règles du droit international : même si le parallèle ne peut être poussé très loin, cela est le pendant international de la notion d'« Etat de droit » telle qu'elle s'est imposée, non sans peine, dans l'ordre interne.

Le chemin est encore long pour qu'elle prévale avec autant de force et toutes ses conséquences dans l'ordre international. Mais ce n'est sûrement pas un attachement forcené à une interprétation rigidement positiviste (et nullement inéluctable) de la jurisprudence du *Lotus* qui en facilitera la réalisation.



MELANGES EN L'HONNEUR  
DE JEAN-PIERRE PUISSOCHET

L'ETAT SOUVERAIN  
DANS LE MONDE D'AUJOURD'HUI

Editions A. PEDONE  
13, rue Soufflot  
Paris 75005  
2008