



HAL
open science

De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des règles et des pratiques relatives à la dénonciation

Florian Couveinhes

► To cite this version:

Florian Couveinhes. De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des règles et des pratiques relatives à la dénonciation. Raphaëlle Nollez-Goldbach; Florian Couveinhes Matsumoto. La dénonciation des traités : techniques et politiques – Actes de la cinquième journée de droit international de l'École normale supérieure, Pédone, pp.3-71, 2022, 9782233010100. halshs-03891181

HAL Id: halshs-03891181

<https://shs.hal.science/halshs-03891181v1>

Submitted on 9 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DE QUOI LES DÉNONCIATIONS CONTEMPORAINES
SONT-ELLES LE NOM ?
UNE APPROCHE DÉMOCRATIQUE DES PRATIQUES
ET DES RÈGLES RELATIVES À LA DÉNONCIATION

FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO*

1. **Introduction** – Le thème du colloque du 9 novembre 2018, dont les actes suivent, a été choisi en réaction à l'importance du *Brexit*, décidé par la population britannique en juin 2016, et à la multiplication des dénonciations unilatérales de traités par l'Administration Trump, à partir de janvier 2017. La réflexion collective alors initiée n'avait pas vocation à réaliser un examen complet des formes prises par ces dénonciations, ou des règles nationales et internationales les régissant, mais à rechercher de quoi ces dénonciations contemporaines étaient le nom. Dans notre esprit tout du moins, il s'agissait de se demander, premièrement, quelles étaient les raisons de ces dénonciations et, partant, leur signification pour l'avenir du Droit international (I). Deuxièmement, il s'agissait de savoir comment y réagissaient les juges, les universitaires et surtout les États, et si ces réactions étaient adéquates (II).

I. LES RAISONS DES DÉNONCIATIONS CONTEMPORAINES

2. **Identification des dénonciations pertinentes : de la nécessité d'une approche matérielle et « politique » de la dénonciation** – Une approche non formelle ou « technique », mais matérielle ou « politique » de la dénonciation s'est immédiatement imposée à nous. Certes, d'un point de vue théorique, il est possible d'identifier les « dénonciations » à partir d'un critère formel, c'est-à-dire à partir des caractéristiques « techniques » de ce que les juristes entendent généralement par « dénonciation » quelle que soit la signification politique des désengagements conventionnels concernés. Toutefois, l'approche formaliste avait, dans le cadre de la réflexion collective entamée ici, deux défauts dirimants : premièrement, elle forçait à placer dans une même catégorie des actes de dénonciation revêtant des significations politiques irréductibles entre elles ; symétriquement, elle interdisait de rapprocher des

* Maître des conférences au Département de Sciences Sociales de l'École normale supérieure (Ulm), Université de recherche Paris Sciences et Lettres, membre du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit (UMR CNRS 7074) et chercheur associé à l'Institut de Hautes Études Internationales (Université Panthéon-Assas).

Pour accord le 15 mars 2022

actes formellement différents mais appartenant à une même politique juridique¹. Or, c'est cette politique juridique qui suscite un intérêt renouvelé pour la dénonciation, et qui nous a mené, avec nos collègues, à réfléchir à la dénonciation ; ce n'est pas la dénonciation elle-même, techniquement entendue, et ce n'est donc pas tant elle que cette politique juridique qu'il s'agit d'identifier dans son contenu et de distinguer du reste². Deuxièmement, une approche formaliste force à voir dans les dénonciations contemporaines de simples illustrations d'une pratique massive et continue : Laurence R. Helfer n'a-t-elle pas dénombré, entre 1945 et 2004, le nombre impressionnant de 1 547 dénonciations des traités multilatéraux enregistrés auprès du Secrétaire général des Nations Unies³ ? Sur cette base, on pourrait conclure que « la technique de la dénonciation est employée dans des circonstances très variées qui manifestement ne sont pas liées à une politique généralisée de désengagement ou à une hostilité de principe à tout lien conventionnel »⁴. Toutefois, outre que cette conclusion est en réalité contenue dans le choix initial d'une approche formaliste (et dans celui de jeter un voile pudique sur les intentions qui président à ce choix méthodologique), la continuité apparente de l'activité dénonciatrice, de même que le caractère anecdotique des dénonciations contemporaines, sont précisément ce que bat en brèche l'actualité internationale que nous entendons éclairer : une actualité largement marquée par une apparente « politique généralisée de désengagement », voire une « hostilité de principe à tout lien conventionnel » de la part de certains États, certains partis politiques, certains mouvements de pensée.

Voici donc ce à quoi l'internationaliste doit faire face en 2022 : au fait que les dénonciations du milieu des années 2010 marquent une rupture, qu'elles revêtent une signification propre, témoignant de l'évolution rapide du lien spécifique et très ancien qui relie le Droit international aux États-Unis, au Royaume-Uni et à l'Europe. Jeter dans un même sac des dénonciations qui

¹ Par exemple, dans un article récent et par ailleurs très bien informé, FRÉDÉRIC DOPAGNE adopte une approche exclusivement formelle. Celle-ci le mène, d'un côté à exclure de son objet d'étude les retraits d'actes unilatéraux, les sorties d'un organe de contrôle, les retraits de signature, les suspensions, etc. (« Observations sur la pratique récente de la dénonciation des traités », *AFDI*, 2018, vol. LXIV, pp. 132 et 138-139) et de l'autre à étudier au même titre – celui de leur forme – des actes consistant formellement en des dénonciations mais ayant des portées politiques complètement différentes (*Ibid.*, pp. 133-137). Pour un exemple de dénonciation relativement peu significative d'un point de vue politique, v. par ex. le décret n°2011-942 du 10 août 2011 portant publication de la lettre française relative à la dénonciation – convenue avec les autres parties – du traité de collaboration en matière économique, sociale et culturelle et de légitime défense collective (dit « traité de Bruxelles »), signé le 17 mars 1948 et modifié par les accords de Paris du 23 octobre 1954 (*JORF* n°0186 du 12 août 2011).

² Toutefois, il nous a paru utile de rappeler les distinctions techniques qui séparent la dénonciation d'autres notions qu'on en rapproche souvent. V. à ce sujet la contribution qui suit, sous la plume de NATHALIE CLARENC-BICUDO.

³ LAURENCE R. HELFER, « Exiting Treaties », *Virginia Law Review*, 2005, vol. 91, pp. 1579-1648, spéc. p. 1602.

⁴ FRÉDÉRIC DOPAGNE, *op. cit.* (note 1), p. 140.

renseignent sur l'évolution de ce lien, ou plus simplement celles qui sont motivées par de nets revirements politiques ou géopolitiques d'un côté, et de l'autre des dénonciations uniquement adoptées en raison de la naissance de nouveaux États étrangers ou de l'établissement de nouveaux rapports conventionnels⁵, relève de la politique de l'autruche. Elle noie les vagues de dénonciations éthico-politiques émises par de grandes puissances occidentales dans la période la plus récente – et d'autres vagues de dénonciations plus localisées, comme celle d'accords relatifs à l'investissement en Amérique latine –, dans l'océan des dénonciations émises depuis longtemps par tous les États du monde pour des raisons technico-juridiques⁶. Or, c'est le parti inverse qu'il faut prendre. Il faut considérer ensemble ce qui est relié en pratique, à savoir une partie des dénonciations formellement entendues, et d'autres actes qui participent de la même politique juridique, menée par les mêmes États durant la même période, et singulièrement par les États-Unis de l'Administration Trump : des actes de retrait d'organisations internationales (UNESCO par exemple), de retrait d'organes d'organisations internationales (Conseil des droits de l'homme par exemple), de retrait de bases de compétence de juridictions internationales (cf. *infra* § 4 *in fine*), de retrait de signature (Statut de Rome par exemple), de retrait du financement de programmes d'organisations internationales (Fonds des Nations unies pour la population par exemple), de non-reconduction de traités arrivant à expiration (non-reconduction initialement envisagée, par exemple, pour le traité *New Start*)⁷, des décisions de ne finalement pas ratifier certains traités multilatéraux (Traité transpacifique par exemple) et ainsi de suite.

S'il faut considérer tous ces actes comme un ensemble, et s'il faut séparer cet ensemble d'autres actes de dénonciation, c'est parce qu'il convient de prendre à bras le corps le fait que *la dénonciation au sens large* du Droit international et européen provient *de l'Occident* : de ses « têtes de pont » en premier lieu, les États-Unis et le Royaume-Uni, en deuxième lieu de l'Europe continentale, et enfin dans une certaine mesure, de l'Australie, la Nouvelle-

⁵ Et ce sont nettement les principaux motifs des dénonciations, du moins jusqu'à 2004. V. LAURENCE R. HELFER, *op. cit.* (note 3), spéc. pp. 1606 et 1603-1604. Sur la critique de l'amalgame des deux types de dénonciation, v. *Ibid.*, pp. 1608 et s. À propos de dénonciations notifiées pour des raisons technico-juridiques propres aux rapports entre l'Union européenne et ses États membres, v. *infra* la deuxième partie de la contribution d'ARNAUD DE NANTEUIL, pp. 131 et s.

⁶ D'une manière générale, on peut d'ailleurs remarquer que les termes « dénonciation » et « dénoncer » sont incomparablement plus souvent employés, par les acteurs « internationaux » et notamment par les États, dans leur sens éthico-politique que dans leur sens strictement juridique. Sur ce point, v. notre contribution au *Dictionnaire de l'actualité internationale*, à l'entrée « Accuser/Dénoncer » (VALÈRE NDIOR (dir), Pedone, 2021, pp. 35-37).

⁷ Ce qui ne doit pas aboutir, comme c'est parfois le cas (v. par ex. TANIA VOON, ANDREW D. MITCHELL, « Ending international investment agreements: Russia's withdrawal from participation in the Energy Charter Treaty », *AJIL Unbound*, 2018 (« Symposium on Treaty Exit at the Interface of Domestic and International Law »), p. 461) à une confusion pure et simple entre cette non-reconduction et la dénonciation d'un traité.

Zélande, la République de Corée, etc. *Tel est le sujet central* dont tous les internationalistes doivent se soucier aujourd'hui, et y faire face implique de rapprocher des actes juridiques techniquement ou formellement distincts, et de distinguer des actes qui, d'un point de vue technique, sont similaires ou proches⁸. Dès que nous le faisons, dès que nous prenons pour point de départ la dénonciation *politique* du Droit international et européen *en général*, et que nous considérons la dénonciation *des traités* comme symbole et surtout comme mise en œuvre de cette dénonciation politique, nous découvrons le double contexte dans lequel prennent place ces deux types de dénonciation : celui d'un « retrait », par une partie de l'Occident, des institutions internationales et du jeu multilatéral, et celui d'une critique croissante d'un Droit international et d'un Droit européen insuffisamment démocratiques.

Le mouvement de désengagement des États-Unis, du Royaume-Uni, et de plusieurs États européens à l'égard des institutions internationales et européennes et plus généralement des « sphères » internationales et européennes (B) ne tient ni à un plan concerté de longue date, ni à un déclin inéluctable de la puissance de ces États. Manifestement, « l'incessant tourbillon de remises en cause systémiques »⁹ auquel on assiste est concomitant à l'émergence de la question que les médias de masse et certains commentateurs appellent, depuis la fin de la Guerre froide et plus encore ces toutes dernières années (depuis le début du *Brexit* en juin 2016, l'élection de Donald Trump en janvier 2017, et l'arrivée au pouvoir de certains partis ou personnalités dans des États comme la Hongrie ou la Pologne) le populisme¹⁰.

⁸ C'est par exemple ce que fait DELPHINE BURRIEZ dans « Le retrait des États des organisations internationales : actualité récente (UNESCO, OEA, CPI...) » (*AFDI*, 2018, vol. 64, pp. 373-382). Prenant acte du fait que c'est une actualité récente particulièrement chargée et politiquement significative qui l'amène à traiter du retrait des États des organisations internationales en 2018 (pp. 373-375), elle adopte un point de vue « courant » plutôt qu'immédiatement formaliste. Ce faisant, elle commence par rapprocher, sur un plan politique, retraits d'une organisation, menaces de retrait d'une organisation et retraits d'une institution spécialisée de la famille de l'Organisation des Nations Unies (p. 373) pour souligner plus loin que la combinaison, dans le chef des États-Unis, de retraits d'organisations et de dénonciations de traités multilatéraux « s'inscrit plus largement dans une politique de désengagement international et de retour à l'unilatéralisme » (p. 374).

⁹ Pour reprendre l'expression d'OLIVIER ZAJEC à propos des remises en cause émanant de l'administration Trump (« Les cabotages diplomatiques de Donald Trump », *Le Monde diplomatique*, janv. 2018, pp. 10-11).

¹⁰ Sur le rapport entre désengagement international et « populisme », v. par ex. dans la doctrine de Droit international : HANNAH WOOLAVER, « From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal », *EJIL*, 2019, vol. 30, n°1, p. 74 ; et dans un ouvrage de vulgarisation historique : PIERRE ROSANVALLON, *Le siècle du populisme – Histoire, théorie, critique*, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2020, spéc. le chap. 4, pp. 55-62. Peu de chose ont été écrites sur les rapports entre le populisme et le Droit international. V. néanmoins les récents : DIRE TLADI, « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *Chinese Journal of International Law*, 2020, vol. 19, n°3, pp. 369-391 (le populisme n'est pas une menace pour le Droit international, mais le reflet de ses limites intrinsèques) ; TAMAR HOSTOVSKY BRANDES, « International Law in Domestic Courts in an Era of Populism (Symposium: Public Law and the New Populism) », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17,

Incontestablement, le terme est mal choisi puisqu'il renvoie à des personnalités, des partis, des pensées à peu près sans rapport, et même largement opposés à ceux qui se revendiquaient et se revendiquent expressément du populisme, c'est-à-dire d'un idéal de Démocratie et d'équité réelles. Il est également très idéologique dans la mesure où il impute à un « peuple » diffus des maux caractéristiques des régimes autoritaires et oligarchiques, qui sont défendus et mis en œuvre par des oligarchies bien établies davantage que par un « peuple » censé être un et homogène, sans même parler des penseurs se revendiquant du populisme qui rejettent naturellement ces gouvernants autoritaires¹¹. Néanmoins, tant cet usage nouveau du terme « populisme/te » par les médias de masse et par des dirigeants économiques et politiques des sociétés occidentales, que le succès des politiques démagogiques et autoritaires concordent, dans le temps, l'espace et le champ politique, avec l'attrance de hauts dirigeants et de nombreux citoyens d'États occidentaux, pour « une politique généralisée de désengagement », voire dans certains cas « une hostilité de principe à tout lien

n°2, pp. 576-596 (qui regrette que le « populisme » contemporain puisse pousser les juges nationaux à conférer aux règles internationales une portée limitée dans les Droits « internes », alors que ces règles peuvent être employés par les juges pour augmenter le pluralisme et améliorer la protection des droits de l'homme) ; FREDERICK V. PERRY, « The Assault on International Law: Populism and Entropy on the March », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2018-2019, vol. 46, n°1, pp. 59-114 (qui n'apprend cependant à peu près rien sur le populisme – traité par *a priori* et amalgames – ni sur le Droit international – examiné à la lueur de très grandes généralités) ; et NIKOLAY MARIN, BILYANA MANOVA, « The Rise of Nationalism and Populism in Liberal Democracies as a Challenge for Public International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, 2015, vol. 25, pp. 175-214 (qui essaie de décrire l'impact que pourrait avoir le « populisme » et le nationalisme contemporains sur le niveau de coopération multilatérale et sur le fond des règles internationales).

¹¹ Le choix d'employer le terme « populisme » pour désigner l'autoritarisme, la démagogie ou le rejet du Droit international est en effet indéfendable et dépourvu de toute rigueur. Pendant plus d'un siècle, les mots « populisme » et « populiste » ont servi à désigner les mouvements, à la fois passés et contemporains, *qui se sont revendiqués ou se revendiquent du populisme*, soit les *narodniki* russes, le mouvement états-unien qui déboucha sur le *People's party*, aujourd'hui des partis comme *Podemos*, et enfin mais dans une mesure relative, les populismes latino-américains qui sont les seuls à ressembler par quelques traits aux « populistes » actuels. Dans la période contemporaine, le mot est en revanche couramment employé pour *qualifier et disqualifier en même temps* des mouvements, partis, personnalités, etc., d'un côté en les assimilant à l'extrême-droite et à des maux politiques classiques comme l'autoritarisme, la démagogie ou la xénophobie (auxquels les mouvements, partis, personnalités, etc. se revendiquant du populisme ont pourtant été, et restent, *moins* sujets que les autres), et de l'autre en les imputant au « peuple ». Une telle évolution sémantique traduit une évolution des préjugés des classes les plus riches, puissantes et diplômées, et leur refus de plus en plus radical de reconnaître une légitimité à une voix populaire ne s'accordant pas à leurs projets et à leurs intérêts. Autrement dit, elle traduit l'abandon de l'idéal démocratique par les classes riches, puissantes et diplômées, et leur capacité de plus en plus réduite à admettre la légitimité des intérêts et visions du monde des personnes ordinaires, et à leur faire une place dans les règles qu'elles adoptent et les institutions qu'elles établissent. V. en particulier sur le sens à attribuer à ces usages du terme : ALBERT OGIEN, SANDRA LAUGIER, « L'antidémocratie et le qualificatif "populiste" », *Multitudes*, 2016, vol. 65, n°4, pp. 13-21 et de manière plus développée leur ouvrage *Antidémocratie*, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2017 ou tout aussi pertinent, FRÉDÉRIC TARRAGONI, *L'esprit démocratique du populisme – Une nouvelle analyse sociologique*, La découverte, coll. « L'horizon des possibles », 2019, spéc. l'introduction et le début du chapitre 1.

conventionnel ». Les cascades de dénonciation des traités auxquelles nous avons assisté ces dernières années, et le désengagement international et européen des États à l'origine de ces dénonciations, tiennent manifestement à l'arrivée au pouvoir de personnalités et de partis jouant sur le fait difficilement contestable que ces traités et institutions sont peu démocratiques, et ont largement été captés par des classes sociales fortunées et diplômées afin de garantir leurs intérêts au détriment de ceux des autres. Finalement, elles résultent d'un déficit démocratique de plus en plus intenable (A).

A. Un déficit démocratique de plus en plus intenable

3. La principale raison de la multiplication contemporaine des dénonciations de traités : la combinaison de l'accroissement de leur importance, et du maintien de leur caractère autoritaire – L'accroissement considérable de l'influence prise par les Droits internationaux universels et régionaux, conventionnels et dérivés, sur la vie des personnes privées, en particulier en Europe, n'a pas été accompagné ou même suivi de la démocratisation qui aurait dû lui être concomitante. On n'a assisté à la démocratisation de ce Droit ni au niveau mondial ni, surtout, au niveau national, dans la détermination par chaque État ou par l'Union européenne de ses positions politiques et juridiques sur la scène internationale, notamment à l'égard des traités : dans leur négociation, conclusion, ratification, dénonciation, interprétation, dans l'émission de réserves, etc. Alors que les Droits international et régionaux jouent aujourd'hui en Europe un rôle d'orientation politique comparable à celui des Droits constitutionnels, et en tous les cas un rôle beaucoup plus grand que les législations nationales, ces Droits international et européens restent pour l'essentiel l'œuvre opaque d'acteurs publics non-élus, en général inconnus et sans responsabilité politique directe, et au moins d'un point de vue matériel, celle d'acteurs privés puissants encore moins identifiables, et encore moins responsables politiquement.

Du point de vue démocratique comme du point de vue des conséquences directes de ces procédures – l'accroissement des réglementations inéquitables, la disparition des marges de manœuvre politique nationales – et de leurs conséquences indirectes – l'augmentation des inégalités –, cette situation est clairement ressentie comme inacceptable par la majorité des populations occidentales. On ne s'avance donc pas trop¹² en soulignant que l'avalanche de dénonciations ou d'actes assimilés, ou que l'arrivée au pouvoir de gouvernants dénonçant la « mondialisation » ou certains traités internationaux ou

¹² On peut comparer à ce lien, celui effectué par exemple par JOSEPH H. H. WEILER entre le caractère non-démocratique de l'Union européenne et les velléités sécessionnistes croissantes des États membres, dans « Secessionism and Its Discontents » in CARLOS CLOSA (Ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union – Troubled Membership*, CUP, 2017, spéc. pp. 19-26.

européens, sont en très grande partie – et peut-être principalement – la résultante de ce déficit démocratique massif constaté à de multiples reprises par les universitaires et les parlementaires¹³. Plus précisément, ces réactions politiques viennent du fait que, si les citoyens, la société civile et les parlementaires contestent la toute-puissance de l'exécutif en la matière, l'exécutif lui-même refuse presque toujours de partager son pouvoir de déterminer le contenu des traités et d'engager l'État, donc sa population, à le respecter. C'est uniquement dans les États où le Parlement et les citoyens jouent déjà un rôle central, comme en Suisse ou dans une certaine mesure au Royaume-Uni, que de tels acteurs sont parvenus à obtenir – dans la période la plus récente pour le Royaume-Uni, à la suite d'une réforme de 2010 – des concessions substantielles de la part de l'exécutif. Dans les autres États, c'est à travers l'alternance politique, donc les élections, que se manifeste la volonté populaire de « reprendre le contrôle ». Dans ce dernier cas cependant, le problème du caractère non-démocratique de la prise de décision en matière internationale n'est pas réglé, et les élections permettent seulement un changement temporaire de direction de la politique étrangère, lui-même souvent désapprouvé par une partie importante de la population. La question d'une réglementation et d'institutions internationales largement inaccessibles aux capacités d'action des citoyens ordinaires, persiste donc.

Que le malaise résultant des caractères inéquitable et autoritaire des règles inscrites dans un grand nombre de traités ait été et reste fréquemment exploité de manière démagogique, électoraliste ou hypocrite est exact mais ne change rien au fond du problème. Il est difficilement contestable que ce contexte de dénonciation politique pousse de plus en plus de gouvernements occidentaux à dénoncer des traités, et de citoyens, d'associations, de décideurs publics et

¹³ V. par ex., d'une manière générale : CAMPBELL MCLACHLAN, *Foreign Relations Law*, Cambridge UP, 2014, pp. 156-157 §§ 5.22-§ 5.25, p. 165 § 5.49 et les références ; ou ROBERT SCHÜTZE, « Parliamentary Democracy and International Treaties », *Global Policy*, oct. 2017, vol. 8, n°6, pp. 7-13. V. également par ex., pour l'Union européenne : STUART TREW, « Correcting the democratic deficit in the CETA negotiations: Civil society engagement in the provinces, municipalities and Europe », *International Law Journal*, 2012-2013, vol. 68, n°4, pp. 568-575 ; pour le Canada : JOANNA HARRINGTON, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament », *Revue de droit de McGill*, 2005, vol. 50, pp. 465-509 (l'article fait alors la même remarque pour l'Australie ou le Royaume-Uni tout en notant les réformes en cours) ; HUGO CYR et ARMAND DE MESTRAL, « Chapter 28 – International Treaty-Making and Treaty Implementation », in PETER OLIVER, PATRICK MACKLEM ET NATHALIE DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University UP, 2017, pp. 599 et 612 ; pour la Nouvelle-Zélande : Law Commission, « The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament », décembre 1997, l'Australie : ANN CAPLING, KIM RICHARD NOSSAL, « Parliament and the democratization of foreign policy: the case of Australia's Joint Standing Committee on Treaties », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 2003, vol. 36, n°4, p. 835 ; SENATE, LEGAL AND CONSTITUTIONAL REFERENCES COMMITTEE (Australie), « Australia, Trick or treaty? Commonwealth power to make and implement treaties », novembre 1995 », entièrement consacré à ce problème du déficit démocratique et disponible sur : https://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/senate/legal_and_constitutional_affairs/completed_inquiries/pre1996/treaty/report/c14, etc.

d'universitaires à s'interroger sur les modalités et les règles relatives à la dénonciation des traités. Ce contexte de rejet touche de nombreux pans du Droit international. Il concerne au premier chef les traités déréglementant le commerce ou protégeant les investisseurs étrangers (on pense aux PTCI/TAFTA, à l'AECG/CETA, à l'ALENA/NAFTA, etc.), mais touche également – pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres – les instruments prétendant solder, superficiellement et par le haut, des contentieux issus de violations graves et massives des droits de l'homme¹⁴ ; il porte sur des traités en bonne et due forme mais tout aussi bien sur des textes non-formellement obligatoires (qu'on pense aux remous provoqués, à la fin de l'année 2018, par l'adoption d'un Pacte mondial sur les migrations – texte assez flou, général et pas extrêmement protecteur des migrants, mais certainement négocié hors de tout débat public connu) ; il porte aussi sur le fonctionnement d'organisations internationales (l'Union européenne, l'UNESCO, l'Union postale universelle, l'OMS...), sur des juridictions internationales (singulièrement la Cour pénale internationale (CPI), la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), les tribunaux arbitraux d'investissement, le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), mais encore, notamment dans les Amériques, la Cour internationale de Justice et la Cour interaméricaine des droits de l'homme), des organes spécifiques d'organisations internationales (le Conseil des droits de l'homme notamment), des procédures arbitrales (notamment celles prévues par la Convention de Washington établissant le Centre international sur le règlement des différends relatifs aux investissements ou

¹⁴ On pense à la situation de l'accord relatif à l'esclavage sexuel en Corée, conclu le 28 décembre 2015 entre le Japon et la République de Corée. En effet, l'accord a immédiatement été critiqué par d'anciennes esclaves sexuelles, les associations les représentant, des ONG et des citoyens coréens. Sur le fond, il était reproché à l'accord de ne pas reconnaître explicitement des violations graves des droits humains sur la personne des femmes coréennes, de rester silencieux sur la responsabilité japonaise (au sens juridique du terme), et de ne pas considérer les sommes versées comme des réparations des préjudices découlant des crimes commis, mais plutôt comme une forme d'accompagnement des victimes réalisé par un fond non-étatique. Ces défauts de la substance de l'accord étaient dus, selon les critiques, au fait qu'il avait été négocié sans participation ni consultation des victimes, des associations et des familles de victimes. La conclusion de l'accord fût fermement reprochée à la présidente sud-coréenne Park Geun-hye, à l'origine de l'accord. Principalement pour des raisons de corruption – mais l'impression de surdité et de distance à l'égard de sa population, donnée par la conclusion de l'accord ne l'aida naturellement pas –, la présidente fut destituée le 10 mars 2017. En 2017, le nouveau chef de l'État Moon Jae-in dénonça à plusieurs reprises l'accord comme « injuste ». Il demanda un rapport d'enquête (*Report on the Review of the Korea-Japan Agreement of December 28, 2015 on the Issue of "Comfort Women" Victims*, 27 décembre 2017, disponible sur www.mofa.go.kr) qui révéla que l'accord avait été « finalisé essentiellement sur la base des points de vue du gouvernement, sans prendre en compte l'opinion des victimes dans le processus de négociations ». Le Président se fendit d'un communiqué qui jugea l'accord « très imparfait » et indiqua que « [b]ien qu'il s'agisse d'un accord officiel approuvé par les dirigeants des deux pays », il tenait « à souligner que l'accord ne règle pas le problème des femmes de réconfort ». Début 2018, la Corée estima, devant le refus du Japon de rouvrir les négociations, qu'elle ne chercherait plus à renégocier l'accord et indemniserait elle-même les victimes.

CIRDI). Des distinctions doivent être opérées dans cet ensemble afin de bien comprendre ce qui est en train de se jouer (v. en particulier *infra* le § 6), mais ainsi que nous l'avons souligné, il est certainement inutile et même contre-productif de prétendre étudier la dénonciation en elle-même sans se référer en premier lieu à ce contexte de dénonciation politique globale.

4. Le lien explicitement fait, aux États-Unis et au Royaume-Uni, entre dénonciation politique du Droit international et des Droits européens, et dénonciation « juridique » des traités – Le lien entre dénonciation de certains traités, et dénonciation globale d'un Droit international arbitrairement imposé par certaines classes sociales à d'autres, et/ou fondamentalement injuste envers certains États (par exemple les États débiteurs comme la Grèce, ou les États d'accueil en matière d'investissement) ou certaines classes sociales (les « personnes ordinaires » en général, et les « perdants de la mondialisation » en particulier) saute aux yeux. Premièrement, ce lien est visible dans les deux États qui ont, de la manière la plus fracassante, recouru à la dénonciation unilatérale dans la période contemporaine. C'est d'abord le cas des États-Unis vis-à-vis de ce qu'ils appellent parfois « l'ordre international libéral » : alors que les administrations antérieures tendaient à penser que cet ensemble normatif et institutionnel était le meilleur allié des États-Unis, le Donald Trump nouvellement élu estimait apparemment sincèrement qu'il était son pire ennemi. Ensuite, ce lien est également très apparent dans l'attitude adoptée par le Royaume-Uni vis-à-vis du Droit international¹⁵ et des deux Droits européens, que l'on s'intéresse au *Brexit* ou

¹⁵ Parmi d'autres signes, on peut mentionner la décision, passée largement inaperçue en France, du gouvernement Cameron, de supprimer la référence au Droit international et aux obligations conventionnelles faite par le paragraphe 1.2 du Code ministériel anglais (aujourd'hui le paragraphe 1.3, v. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/672633/2018-01-08_MINISTERIAL_CODE_JANUARY_2018_FINAL_3.pdf). Ce paragraphe, qui précise les devoirs généraux au regard desquels le Code doit être interprété, était en effet formulé comme suit jusqu'en 2015 : « The Ministerial Code should be read [against] the background of the overarching duty on Ministers to comply with the law *including international law and treaty obligations and to uphold the administration of justice and to protect the integrity of public life* ». La décision du Premier Ministre de supprimer la partie que nous avons placée en italique a été attaquée en justice par le *Gulf Centre for Human Rights*. Le recours a néanmoins été rejeté par deux fois, essentiellement aux motifs que cette disposition n'impose pas d'obligation spécifique (Court of Appeal (Civil Division), on appeal of the High Court of Justice, Mitting J, Case No. 2016/1314, 1^{er} août 2018, *Gulf Centre for Human Rights, Regina (on the application of) v. The Prime Minister and another*, [2018] EWCA Civ. 1855, disponible sur : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1855.html>, § 19), que le devoir général de respecter le Droit implique le respect du Droit international (§§ 20, 22), et qu'au regard d'autres textes (§ 21) et de déclarations répétées de membres du gouvernement (§§ 23-25), la suppression effectuée n'implique aucun changement quant aux obligations des ministres. Ce raisonnement n'était pas évident (v. not. E. Mitchell, « Do Ministers have to comply with international law? », 13/02/17, <https://lawofnationsblog.com/2017/02/13/ministers-comply-international-law/>) et certains commentateurs ont souligné que le Sous-secrétaire d'État à la Justice du gouvernement avait déclaré, à la suite de cette modification réalisée sans débat public préalable, que le Royaume-Uni maintenait un système dualiste strict (REMI REICHHOLD, « Do Ministers have to comply with international law? Court of Appeal looks at legal challenge », 20/11/18, <https://lawofnationsblog.com/2018/11/20/do-ministers-have-to-comply-with-international->

aux menaces de cet État à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶.

Deuxièmement, le lien entre dénonciation des traités et dénonciation de la mondialisation en général apparaît de manière objective si l'on met en rapport les intérêts et opinions des électeurs des hommes politiques au pouvoir, et la dénonciation des traités par les États qu'ils dirigent. Ainsi, les électeurs de Donald Trump ont été particulièrement nombreux dans les comtés les plus exposés aux chocs issus de la déréglementation internationale du commerce (*i.e.* à la « mondialisation »), et dont on a pu montrer, notamment, qu'à la suite de l'entrée de la Chine dans l'OMC, la détérioration du marché du travail avait

law-court-of-appeal-looks-at-legal-challenge/). Or, ce « système » signifie que sans référence juridique britannique expresse aux règles internationales, le juge ne saurait les appliquer directement à des personnes privées bien qu'il ait la possibilité de les prendre en considération dans l'interprétation de la *common law*. (v. encore récemment Supreme Court, 17/01/17, *Belhaj and another (Respondents) v. Straw and others (Appellants), Rahmatullah (No. 1) (Respondent) v. Ministry of Defence and another (Appellants)*, Case No. UKSC 2014/0264, [2017] UKSC 3, disponible sur : <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2014-0264.html>, p. 199 § 252 : « English law has always held to the dualist theory of international law. In principle, judges applying the common law are not at liberty to create, abrogate or modify municipal law rights or obligations in accordance with unincorporated norms derived from international law, whether customary or treaty-based. But, as Lord Bingham pointed out in *R v Lyons* [2003] 1 AC 976, at para 13, international law may none the less affect the interpretation of ambiguous statutory provisions, guide the exercise of judicial or executive discretions and influence the development of the common law. Although the courts are not bound, even in these contexts, to take account of international law, they are entitled to do so if it is appropriate and relevant: see, in the context of discretions *R (Hurst) v London Northern District Coroner* [2007] 2 AC 189, paras 53-59 (Lord Brown), and *R (Wang Yam) v Central Criminal Court* [2015] UKSC 76, at paras 35-36 (Lord Mance) »). Même si on admet, avec la Cour suprême britannique, les ONG de défense des droits de l'homme, le gouvernement britannique et logiquement l'essentiel de la doctrine, que les obligations des ministres britanniques restent formellement inchangées, le contexte de la rature ministérielle témoigne du souci du Gouvernement, d'une part de mettre visiblement leurs devoirs d'origine internationale à distance, et d'autre part et surtout, puisque la finalité du Code de conduite est de permettre aux citoyens d'inviter les décideurs à répondre de l'exercice de leurs fonctions sur le terrain de l'*accountability*, de limiter les possibilités pratiques, pour les citoyens, d'interroger les ministres sur le respect de leurs obligations de source internationale. À côté des éléments de contexte mentionnés par la Cour suprême, la déclaration du Premier Ministre conservateur doit en effet être lue à la lueur du projet du *Conservative Manifesto* de 2015 de « ferrailler contre le *Human Rights Act* [de 1998, qui intègre la Convention européenne des droits de l'homme au Droit britannique] et [de] limiter le rôle de Cour européenne des droits de l'homme, afin de pouvoir expulser plus aisément les criminels étrangers loin de la Grande-Bretagne » (<http://ucrel.lancs.ac.uk/wmatrix/ukmanifestos2015/localpdf/Conservative.pdf>, p. 58, notre trad.). De manière plus claire encore, dans une lettre ouverte envoyée au *Guardian*, l'ancien directeur du service juridique du Gouvernement britannique Sir Paul Jenkins QC (Hon.) a souligné que la modification opérée ne relève pas d'un dépoussiérage du texte mais résulte de « l'irritation intense que [l]es mots [biffés] causaient au Premier Ministre parce qu'il cherchait à éviter d'observer nos obligations juridiques internationales, par exemple sur le vote des prisonniers » (<https://www.theguardian.com/law/2015/oct/25/international-law-and-the-ministerial-code>, notre trad.).

¹⁶ V. sur ces sujets les contributions de PHILIPPE FRUMER et d'EMMANUEL CASTELLARIN dans cet ouvrage, respectivement pp. 181 et s. et 203 et s. V. également la contribution de MOULOU BOUMGHAR dans nos actes précédents : « Londres et Moscou : deux exemples de fragilisation du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, RAPHAËLLE NOLLEZ-GOLDBACH (dir.), *Les États face aux juridictions internationales – Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux (Actes de la deuxième Journée de droit international de l'École normale supérieure)*, Pedone, 2019, pp. 167-190.

fait exploser le nombre de morts par suicide et par overdose¹⁷. Il en va exactement de même du *Brexit* : les classes et régions des Britanniques les plus favorables au *Brexit* étaient les plus pauvres, les plus excentrées, les moins qualifiées, les plus sujettes à l'émigration des États d'Europe de l'est, les régions industrielles en déclin économique, etc., et d'ailleurs aussi celles aux plus hauts taux de suicide et d'addiction. Symétriquement, les plus favorables au *Remain* étaient les habitants de grandes villes, les classes sociales les plus fortunées, les plus diplômés, en meilleure santé, travaillant dans le secteur financier et le commerce transnational, etc.¹⁸ On retrouve en France les mêmes

¹⁷ En effet, dans leur article « Trade Liberalization and Mortality: Evidence from US Counties » (*American Economic Review: Insights*, 2020, vol. 2, n°1, pp. 47-64 – l'article est également disponible dans deux versions différentes de 2017 et dans une troisième, moins aboutie, de 2016), JUSTIN R. PIECE et PETER K. SCHOTT montrent que « counties more exposed to a plausibly exogenous trade liberalization exhibit relative increases in drug overdoses and suicide, specifically among whites. [They] show that these results are not driven by pre-existing trends in mortality rates, that the estimated relationships are robust to controls for state-level legislation pertaining to opioid availability and health care, and that the impact of the policy change on mortality coincides with a deterioration in labor market conditions » (résumé de l'article de 2020). Or, les régions des États-Unis qui, à l'inverse du pays pris dans son ensemble, ont vu leur espérance de vie stagner ou décliner entre 1980 et 2014, se sont montrés bien plus favorables à Donald Trump qu'à Hillary Clinton aux élections présidentielles (JACOB BOR, « Diverging Life Expectancies and Voting Patterns in the 2016 US Presidential Election », *American Journal of Public Health*, Octobre 2017, vol. 107, n°10, pp. 1560-1562 ; ou LEE GOLDMAN, MARIBEL P. LIM, QIXUAN CHEN, PENG JIN, PETER MUENNIG, ANDREW VAGELOS, « Independent Relationship of Changes in Death Rates with Changes in US Presidential Voting », *Journal of General Internal Medicine*, Mars 2019, vol. 34, n°3, pp. 363-371). Cela serait dû au désespoir et au sentiment d'abandon de nombre d'habitants de ces régions, et au fait que Donald Trump soit habilement parvenu à exploiter ces sentiments. Le graphique montrant la corrélation entre la baisse de l'espérance de vie et le vote en faveur de Donald Trump, disponible sur le blog *An Economic Sense* est éloquent : <https://aneconomicsense.org/2021/03/12/lower-life-expectancy-in-a-state-is-correlated-with-a-higher-share-voting-for-trump/>. Étant donné qu'une baisse de l'espérance de vie dans un *county* mène à voter davantage Républicains, et que l'espérance de vie des Américains en général a baissé chaque année de 2016 à 2019, on pourrait s'attendre à ce que les Républicains gagnent mécaniquement des voix dans les années à venir. Les politiques républicaines, comme la réduction de l'accès des pauvres à l'assurance-maladie, diminuant par ailleurs l'espérance de vie, on voit le risque qui existe pour l'espérance de vie à long terme des Américains ! L'élection de Joe Biden montre néanmoins que ce risque n'est pas inéluctable et peut être conjuré dès lors que les Républicains parviennent moins, ou les Démocrates davantage, à répondre aux attentes des franges les plus fragiles et désespérées des électeurs.

¹⁸ Ainsi, Manchester, Leeds et surtout le grand centre d'affaires qu'est Londres étaient majoritairement pour le *Remain*, tandis que c'était l'inverse à l'est dans l'Angleterre, et que « [d]ans les régions industrielles du nord, les scores pour le *Brexit* ont dépassé par endroits 60% » (MATHILDE STRAUD, « Brexit : qui a voté pour, qui a voté contre ? », *LeFigaro.fr*, 24 juin 2016). Les personnes diplômées du supérieur étaient favorables au *Remain* à 70% alors que les ouvriers n'y étaient favorables qu'à 36%, et que 50% d'entre eux étaient clairement pour le *Brexit* (CATHERINE GOUËSET, « Brexit : le portrait robot des partisans du "in", et de ceux du "out" », *L'express.fr*, 22 juin 2016). Comme le dit l'auteur de l'article précité, « la perspective d'une sortie de l'UE inquiète les traders de la City » mais « les couches populaires le sont moins ». Au sujet d'un tel clivage, on peut rappeler les trois principales explications proposées par les universitaires aux votes aux référendums sur l'Union européenne (dont, sur une centaine, un seul portait précisément sur la fin de l'appartenance à l'Union) : l'explication « identitaire » axée sur le souci de la souveraineté nationale, l'explication fondée sur les consignes nationales de vote, et l'explication dite « utilitariste ». Selon cette dernière, « since European trade liberalization favours citizens with higher levels of human capital (education and occupational skills)

clivages lors des référendums sur le Traité établissant une constitution pour l'Europe¹⁹, comme auparavant sur le Traité de Maastricht.

Troisièmement, le lien objectif entre dénonciation des traités et dénonciation relativement générale des Droits international et européens est également apparent dans les discours mêmes qui accompagnent ou annoncent les actes formels de dénonciation. La chose est frappante dans le cas des traités internationaux et européens organisant la déréglementation des flux des capitaux, des produits et des services, mais également dans d'autres cas. Par exemple, Alexis Marie indique plus loin dans cet ouvrage que le retrait « juridique » des États-Unis de l'UNESCO fût officiellement justifié par une dénonciation « politique » « d'un défaut de compétence de l'organisation et d'un détournement de pouvoirs » de sa part²⁰. De manière encore plus illustrative de ce point, le jour même où la Cour internationale de Justice rendit son ordonnance en indication de mesures conservatoire dans l'affaire des *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires*

and income, such individuals will be more supportive of European integration (GABEL 1998 ; GABEL AND PALMER 1995; TUCKER et al. 2002). Moreover, a growing literature has shown that a divide has emerged between the so-called winners and losers of globalization and that these groups have coherent and distinct attitudinal positions towards issues such as international co-operation, European integration and immigration (e.g., AZMANOVA 2011 ; EVANS AND MELLON 2016 ; KRIESI et al. 2012 ; TENNEY et al. 2014). In a nutshell, the 'winners' of globalization – the young, well-educated professionals in urban centres – favour more open borders, immigration and international co-operation, whereas the 'left behind' – the working class, less educated and the older – oppose such openness » (SARA B. HOBOLT, « The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent », *Journal of European Public Policy*, 2016, vol. 23, n°9, pp. 1265). Dans le cas du *Brexit*, cette dernière explication des votes est très pertinente. Elle n'est cependant pas propre au Royaume-Uni et on constate les mêmes clivages entre riches et pauvres, et diplômés et non-diplômés, dans les autres États membres (v. antérieurement : SARA B. HOBOLT, CATHERINE DE VRIES, « Turning against the union? The impact of the crisis on the Eurosceptic vote in the 2014 European Parliament elections », *Electoral Studies*, 2016 ou SARA B. HOBOLT, JAMES TILLEY, « Fleeing the centre: the rise of challenger parties in the aftermath of the Euro crisis », *West European Politics*, 2016, vol. 39, n°5, pp. 971-991, not. la conclusion). Comme le montre la note suivante, c'est également le cas de la France. Avant de caractériser le Royaume-Uni comme particulièrement eurosceptique (même s'il est vrai qu'il l'a globalement été davantage que les autres États membres, cf. SARA B. HOBOLT, « The Brexit vote », *op. cit.* dans cette note, p. 1272), le *Brexit* singularise donc surtout cet État par le fait que la majorité de la population a été à même de se prononcer sur son appartenance à l'Union européenne, et que son choix a été respecté par les dirigeants politiques.

¹⁹ En France, l'unique catégorie socio-professionnelle ayant voté majoritairement « oui » au projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe a été (logiquement serions-nous tentés de dire) celle des « professions libérales et cadres supérieurs », qui étaient déjà les plus nombreux à avoir voté « oui » au Traité de Maastricht ; de même, du point de vue du salaire, seules les personnes ayant un revenu supérieur à 3 000 euros ont voté majoritairement « oui » ; du point de vue du lieu de vie, seuls les habitants de l'agglomération parisienne ont voté majoritairement « oui ». V. Sondage IPSOS, « Le référendum 29 mai 2005 : le sondage sorti des urnes », <https://www.ipsos.com/fr-fr/referendum-29-mai-2005-le-sondage-sorti-des-urnes#06>. Le décalage des opinions populaires d'un côté, et de l'autre des opinions des gouvernements économiques et politiques et des médias de masse (généralement possédés par les premiers) ressort par exemple du fait que plus de 70% des interventions télévisées étaient consacrées, entre le 1^{er} janvier et le 31 mars, aux partisans du « oui » au référendum, alors que ces partisans se sont avérés nettement minoritaires parmi les votants (v. « "L'Europe, L'Europe..." – Comptage des intervenants à la télé de janvier à mars 2005 ("Arrêt sur images", F5) », *Acrimed*, 11 avril 2005).

²⁰ V. *infra* p. 163.

de 1955²¹ (un traité conclu avec l'Iran), les États-Unis annonçaient la dénonciation de cet instrument, en même temps qu'ils dénonçaient l'usage « hypocrite » et « abusif » de la Cour pour « attaquer les États-Unis », allant même jusqu'à suggérer que le recours à l'action contentieuse pouvait être un aspect de la « campagne de terreur et de destruction » menée par l'Iran « dans le monde »²². Le même jour, ils annonçaient, par la voix du conseiller à la sécurité John Bolton, leur intention de dénoncer le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques concernant le règlement obligatoire des différends (18 avril 1961)²³, à l'origine d'une autre action contentieuse contre les États-Unis, de la part cette fois de la Palestine²⁴.

5. Le lien explicitement fait, en Europe et en Amérique latine, entre dénonciation politique du Droit international et des Droits européens, et dénonciation « juridique » des traités – À cette mutation considérable du rôle des États-Unis et du Royaume-Uni dans la crédibilité du Droit international, il faut ajouter la situation particulière des régions qui, traditionnellement, sont spécialement attentives et réceptives aux règles internationales : l'Europe et dans une certaine mesure l'Amérique latine. Alors que, surtout en Europe mais également en Amérique latine²⁵, les gouvernements et les cours suprêmes se sont

²¹ CIJ, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique) (mesures conservatoires)*, ordonnance du 3 octobre 2018, *C.I.J. Recueil 2018*, p. 623.

²² C'est du moins une interprétation possible des phrases suivantes : « In light of how Iran has hypocritically and groundlessly abused the ICJ as a forum for attacking the United States, I am therefore announcing today that the United States is terminating the Treaty of Amity with Iran. I hope that Iran's leaders will come to recognize that the only way to secure a bright future for its country is by ceasing their campaign of terror and destruction around the world » (U.S. Department of State Press Briefing, Remarks to the Media, 3 oct. 2018, <https://www.state.gov/remarks-to-the-media-3/>). On remarquera que ce sont les États-Unis qui critiquent le recours à la Cour alors qu'elle compte en permanence un juge de leur nationalité, et que c'est l'Iran qui la défend alors qu'aucun juge permanent de la Cour n'a la nationalité iranienne, et qu'aucun ne l'a jamais eu. Cet exemple confirme le fait que « [l]a capacité des grandes puissances d'influencer les juridictions internationales n'entraîne pas leur soumission à ces juridictions » mais a souvent, de manière à première vue paradoxale, plutôt l'effet inverse. V. notre contribution « Les politiques des États à l'égard des juridictions internationales : ni pour, ni contre, bien au contraire », dans FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, RAPHAËLE NOLLEZ-GOLDBACH (dir.), *op. cit.* (note 16), pp. 48-49 § 35.

²³ White House Press Release, Press Briefing by Press Secretary SARAH SANDERS, Small Business Administrator LINDA MCMAHON, and National Security Advisor, 3 oct. 2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/press-briefing-press-secretary-sarah-sanders-small-business-administrator-linda-mcmahon-national-security-advisor-100318/>. On remarquera qu'à cette occasion, JOHN BOLTON se prononce également sur l'ordonnance de la CIJ dans l'affaire iranienne et qu'il ne l'a manifestement pas comprise.

²⁴ Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 28 septembre 2018, *Transfert de l'ambassade des États-Unis à Jérusalem (Palestine c. États-Unis d'Amérique)*.

²⁵ V. not. Le *Symposium on the Constitutionnalization of International Law in Latin America* dans le volume 89 de l'*AJIL Unbound* (2015). En introduction, ALEXANDRA HUNEEUS souligne par exemple l'accroissement considérable du recours au Droit international par le juge des États latino-américains depuis les années 1980. Elle indique que l'Amérique latine s'éloigne par là des États-Unis pour se

servis de manière croissante des règles universelles ou régionales pour atteindre leurs objectifs politiques (selon une logique plus utilitariste que légaliste), ils ont également choisi que ces règles et surtout les institutions chargées de leur respect, puissent les contourner et finalement les dominer.

Dans les années 2010 néanmoins, le vent a tourné en Amérique latine, et il l'a également fait quelques années plus tard en Europe (tout comme, ainsi que nous venons de le voir, aux États-Unis et au Royaume-Uni). Au centre et dans le cône sud du continent américain, de nombreux partis de gauche plus favorables aux citoyens autochtones sont arrivés au pouvoir. Leur élection fut rendue possible par le retrait du soutien des États-Unis aux partis et régimes « amis », souvent autoritaires et anti-communistes, en Amérique centrale et latine, et par l'effritement consécutif de la « lutte » de ces partis et régimes contre les revendications des peuples autochtones sur leurs terres et leurs ressources. Or, ces terres et ces ressources faisaient de longue date l'objet de l'exploitation des investisseurs étrangers – occidentaux puis chinois, surtout – et ceux-ci avaient obtenu la protection interétatique de leurs intérêts financiers par des instruments internationaux situés, dans l'esprit des investisseurs et des États dont ils avaient la nationalité, « au-dessus » des États où ils opéraient. Aussi, la fin des ingérences états-uniennes en Amérique latine consécutive à la fin de la Guerre froide, et donc à la disparition subite du « péril communiste », ne rendit pas uniquement possible l'arrivée démocratique au pouvoir de chefs d'États « indigènes » et/ou plus favorables aux revendications autochtones ; elle entraîna aussi la remise en cause des traités et mécanismes de protection des investisseurs étrangers (d'ailleurs fréquemment conclus aux États-Unis, avec les États-Unis, ou établissant des organes siégeant aux États-Unis) acceptés par les régimes antérieurs, souvent autoritaires et corrompus²⁶.

rapprocher de l'Europe : « [t]oday, while those in the United States are barred from suing under human rights treaties, many Latin Americans have standing to directly challenge laws under treaty-based human rights in domestic court. As in Europe, the meaning of the American Convention on Human Rights (ACHR), the Indigenous and Tribal Peoples Convention, the Rome Statute and other treaties are being worked out, and their influence felt, through myriad local disputes around the region, regardless of whether these disputes ever reach an international body. And as in Europe, courts around the region cite to each other and to the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in their rulings, creating a shared transnational jurisprudence on human rights law » (pp. 89-90).

²⁶ À propos des dénonciations de la Convention CIRDI par la Bolivie en 2007, l'Équateur en 2009 et le Venezuela en 2012, v. not. *infra* la contribution d'ARNAUD DE NANTEUIL, pp. 125, 127 et 128 et s. mais également, du même auteur : « Fuir ou rester ? Ambiguïtés et mérites de la politique des États à l'égard de l'arbitrage d'investissement », in FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, RAPHAËLLE NOLLEZ-GOLDBACH (dir.), *op. cit.* (note 16), pp. 213-238 ; *Id.*, « Réflexions sur le positionnement des États à l'égard de l'arbitrage d'investissement – De la distinction entre l'opportunité et l'opportunisme », *AFRI*, 2017, vol. 18, pp. 585-598, spéc. pp. 596 et s. V. également plus anciennement : JULIEN CAZALA, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, vol. 58, pp. 551-565.

On peut faire plusieurs remarques au sujet de cette évolution partie d'Amérique latine et qui s'est assez vite répandue en Occident : premièrement, il est remarquable qu'autant en Amérique latine que plus tard aux États-Unis, au Canada et en Europe, cela ait été *les accords ou chapitres d'accords relatifs à la protection des investisseurs transnationaux, qui aient sonné l'heure de la remise en cause*²⁷. Deuxièmement, tout comme en Australie²⁸ et en République de Corée²⁹, la remise en cause latino-américaine puis occidentale des traités *portait sur leur substance, mais tout autant sur les modalités opaques et autoritaires de négociation, conclusion et ratification*, modalités qui, en définitive, expliquaient leur contenu³⁰. Troisièmement, la dénonciation politique et parfois juridique de traités de commerce, d'investissement, de sécurité, de réparation, demandée *par des citoyens, des associations et des syndicats* et motivée *par un souci démocratique et une attention aux plus faibles, a été concomitante à, ou suivie de la dénonciation politique ou juridique d'instruments de protection des droits de l'homme*, mais cette fois *sur la pression de partis politiques d'un bord politique opposé* (les Conservateurs en Royaume-Uni, les Républicains aux États-Unis) et parfois *de juges nationaux*, ceci à raison du penchant spontané des pouvoirs exécutifs

²⁷ Leur forte remise en cause n'eut lieu en Europe, au Canada et aux États-Unis, que dans les années 2010. La principale raison pour laquelle le rejet populaire de ces traités eût lieu plus tard qu'en Amérique latine, est que ce n'est qu'à cette époque que de grands accords d'investissement furent conclus *entre États occidentaux*, et non (essentiellement) au profit d'acteurs privés occidentaux investissant dans d'autres régions du monde. C'est en effet après l'échec du cycle de négociations *multilatérales* de Doha, au milieu des années 2000, que les gouvernements des États occidentaux et surtout la Commission européenne décidèrent de négocier entre eux des accords reprenant les dispositions qu'ils imposaient jusque-là surtout aux *autres* États, en général plus faibles et non-occidentaux, et notamment aux États latino-américains. Dès que les négociations des plus grands de ces traités, en particulier avec les États-Unis – TAFTA ou PTCl/TTIP – et avec le Canada – AECG/CETA – (l'accord UE-Colombie-Pérou, conclu en 2012, avait moins attiré l'attention) ont commencé à aboutir, ils ont fait l'objet d'un rejet massif de la part des citoyens européens (manifestations à répétition, 1 800 villes se déclarant « hors-TTIP », plus grande initiative citoyenne européenne jamais déposée, soit 3,4 millions de citoyens), de leurs syndicats (déclarations communes des fédérations américaines et européennes de syndicats par exemple, pour le PTCl) et des associations de part et d'autre de l'Atlantique.

²⁸ Où la question fût soulevée à propos d'un accord de sécurité conclu avec une Indonésie occupant toujours illégalement le Timor. Le scandale vint notamment du fait que cet accord bilatéral de sécurité avait été conclu par le Gouvernement australien sans même que le Parlement en ait été informé. Sur les réactions politiques à ce traité secrètement négocié, v. GARY BROWN, FRANK FROST AND STEPHEN SHERLOCK (FOREIGN AFFAIRS, DEFENCE AND TRADE GROUP), « The Australian-Indonesian Security Agreement - Issues and Implications », Research Paper 25 1995-96, disponible sur le site du Parlement australien : <https://www.aph.gov.au/>.

²⁹ Où elle l'a été avec l'accord déjà évoqué sur les esclaves sexuelles. V. *supra* note 14.

³⁰ Comme on l'a déjà suggéré, ces processus sont caractérisés par le fait qu'un groupe de négociateurs non-élus, non-responsables et inconnus des citoyens, ainsi que des « experts » et des *lobbies* jouent un rôle concret essentiel alors que les citoyens, la société civile et même les parlementaires nationaux sont fondamentalement exclus du jeu. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre contribution, « Les parlements et les traités internationaux », in FRÉDÉRIQUE COULÉE, *Le droit des traités entre États – pratiques et mutations 1969-2019 / The Law of Treaties between States – Practices and changes 1969-2019*, à paraître chez Pedone en 2022.

et juridictionnels nationaux à mettre à l'écart les contrôles extérieurs de l'exercice de leurs fonctions³¹.

6. La distinction décisive entre dénonciation « populaire » de la toute-puissance des exécutifs et des juges en matière internationale (notamment conventionnelle), et dénonciation « illibérale », par les chefs d'État, les gouvernements et les juges, des limites internationales (notamment conventionnelles) à leur pouvoir – Ce second type de dénonciation (par les partis politiques « conservateurs » et les juges nationaux), politiquement distincte du premier type de dénonciation (par les citoyens, les associations et les syndicats), a commencé dès les années 1990 en Amérique latine³². Il s'est notamment poursuivi dans les années 2010 sur ce continent. Durant cette décennie, les cours suprêmes de plusieurs États ont invité à des dénonciations (par exemple la Cour suprême du Venezuela en 2012 à l'égard de la Convention américaine des droits de l'homme), reconnu l'inconstitutionnalité de l'acte par lequel un État acceptait la compétence de la CIJ (par exemple la Cour constitutionnelle colombienne en 2013), ou encore décidé de leur propre chef de cette inconstitutionnalité (par exemple la Cour de la République dominicaine à propos de l'admission par cet État de la compétence de la Cour interaméricaine)³³.

En Europe, où les exécutifs ont admis depuis longtemps que des institutions européennes non-élues leur imposent des obligations (la Commission européenne mais aussi la Cour de Luxembourg, par des interprétations extensives des traités), on a assisté, de la part des cours suprêmes nationales, à des tentatives de résistance dans les années 1970-1980 (on pense par exemple à la fameuse jurisprudence des *Semoules*, maintenue par le Conseil d'État français jusqu'à l'arrêt *Nicolo* de 1989), puis de composition et de compromis à partir de la toute fin des années 1980 (l'arrêt *Solange II*, la notion d'« identité constitutionnelle », l'arrêt *Arcelor*) et dans la période la plus récente, chamboulée par le *Brexit* et un rejet populaire de plus en plus assumé de l'Union européenne et de ses politiques, d'un refus plus ou

³¹ V. en particulier, au sujet de ce type de dénonciation, la contribution de PHILIPPE FRUMER à cet ouvrage, *infra* pp. 192 et s. qui insiste en II A et B sur l'origine de ce mouvement dans les souhaits de l'exécutif – souvent de droite – et des juridictions suprêmes, en particulier en réactions à des arrêts de cours régionales des droits de l'homme. Inversement, la partie II C de la même contribution montre bien que ces initiatives de mise à l'écart, lorsqu'elles sont soumises au vote parlementaire ou populaire, sont elles-mêmes écartées de manière radicale. De ce point de vue, on notera que les parlements et populations sont beaucoup plus en faveur du Droit international que les exécutifs et les juridictions suprêmes.

³² C'est ce que montre PHILIPPE FRUMER dans « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle – À propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2000, vol. 104, n°4, pp. 939-963. Il indique notamment (p. 962, note 90) qu'« [e]n janvier 1999, les *Attorneys general* de 12 États des Caraïbes avaient conseillé à leurs gouvernements respectifs d'envisager de se retirer de la Convention américaine [des droits de l'homme] et du Protocole facultatif au Pacte ».

³³ Au sujet de ces affaires, v. *infra* le II A de la contribution de PHILIPPE FRUMER, pp. 192 et s.

moins ouvert de se plier à certaines décisions européennes. On pense, concernant cette dernière phase, à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur la politique de la BCE – qui s'appuie sur l'obligation de la Cour allemande elle-même de faire respecter les choix démocratiques de la nation allemande, pour vérifier le respect, par les institutions européennes, de la répartition des compétences inscrite dans les traités européens³⁴ – ou à l'arrêt du Conseil d'État sur la jurisprudence européenne relative à la protection des données personnelles³⁵.

³⁴ V. Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats), 5 mai 2020 - 2 BvR 859/15 -, Rn. 1-237, affaire dite *PSPP* disponible sur : [https://blog.leclubdesjuristes.com/](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen_spc. §§ 101 (la légitimation démocratique des dirigeants publics fait partie du contenu de la souveraineté populaire et, à ce titre, de l'identité constitutionnelle allemande), 115 (lorsque les actes des institutions européennes portent atteinte à l'identité constitutionnelle allemande, ils violent la Constitution allemande), 116 (en décidant que la BCE n'empiétait pas sur les pouvoirs du Bundestag alors que tel est le cas, la CJUE a porté atteinte à l'identité constitutionnelle allemande, et le Gouvernement et le Bundestag ont la responsabilité d'entamer des démarches pour faire respecter les dispositions des traités par les institutions européennes), 118 (le renvoi à l'autorité de la CJUE pour évaluer le respect de l'identité constitutionnelle de l'État cesse lorsque l'interprétation des traités par la Cour européenne est « objectivement arbitraire »). Pour une explication et une justification de cette position, v. C. GRABENWARTER, P. M. HUBER, R. KNEZ, I. ZIEMELE, « The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network », <i>European Public Law</i>, 2021, vol. 27, n°1, pp. 43-62. Pour des analyses de l'arrêt en français, v. not. FRANCESCO MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande » et « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », <a href=), 11 mai 2020, ou RUTH WEBER, « L'arrêt BCE : tention dans la relation de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l'Union européenne », <https://blog.juspoliticum.com/>, 13 mai 2020.

³⁵ Dans l'affaire qui l'opposait à plusieurs associations – et notamment à *La quadrature du Net* – et à un opérateur de télécom, le Gouvernement français invoquait « l'identité constitutionnelle de la France » pour justifier la conservation généralisée des données de connexion. Selon le Gouvernement (sur cette argumentation, v. l'article de GUÉNAËL PÉPIN, « Le gouvernement français refuse d'appliquer les arrêts de la CJUE sur la conservation des données » sur <https://www.contexte.com/>, 3 mars 2021 ou celui de LAURA KAYALI, « France seeks to bypass EU top court on data retention » sur <https://www.politico.eu/>, 3 mars 2021), la sécurité nationale faisait partie des compétences exclusives des États que l'Union doit respecter au titre de l'identité constitutionnelle des États membres. Incontestablement, l'article 4, alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne prévoit que « [l']Union respecte (...) [l']identité nationale [des États membres], inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...). Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet (...) de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ». Malgré l'affirmation, particulièrement soulignée par le redondance du texte conventionnel, que le domaine de la sécurité est exclu des compétences de l'Union, les institutions les plus intégrées de celles-ci, à savoir la Commission et la Cour européennes, ont souhaité édicter ou interpréter des règles dans des domaines où l'Union dispose de compétences exclusives ou partagées, même lorsque ces règles, telles qu'elles sont interprétées et appliquées, touchent indéniablement à des questions de sécurité. Cette interprétation, compréhensible mais extensive, a entraîné des désaccords (et non un « dialogue ») entre, d'un côté les gouvernements et juges nationaux et de l'autre les Commission et Cour européennes. Ces dernières décennies, ce type de conflit se concluait inexorablement par la victoire des secondes institutions, *in fine* à partir de la conviction vague que ce qui est décidé à un niveau européen est nécessairement meilleur que ce qui l'est à un niveau national. Ce n'est cependant pas exactement ce qui s'est passé ici : certes, la réaction du Conseil d'État français a été plus déférente à l'égard de la cour de Luxembourg que celle de la cour de Karlsruhe. Dans son arrêt d'assemblée du 21 avril 2021 (n°s 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718), le Conseil d'État a en effet refusé de jouer un rôle de gardien du respect de l'identité

Parce que ces « dénonciations » conservatrices et/ou judiciaires du Droit international et du Droit européen ont parfois lieu en même temps et dans les mêmes États que les « dénonciations » populaires, associatives et syndicales, elles sont souvent confondues. Certains arguments sont également employés à la fois par les uns et par les autres, et comme le note Philippe Frumer plus loin dans cet ouvrage, ils manifestent tous deux une méfiance à l'égard des règles adoptées dans les cénacles internationaux³⁶. Enfin, les juges nationaux et surtout les exécutifs concernés, en général marqués à droite, n'hésitent pas à se prévaloir de l'aspiration citoyenne, associative et syndicale à une prise de décision plus démocratique dans les sphères internationale et européennes. Cette récupération est à la fois inadmissible et particulièrement trompeuse. En effet, les exécutifs et tribunaux se prévalent d'une aspiration populaire à la Démocratie pour décider unilatéralement et en dehors d'à peu près tout contrôle démocratique, de réduire les garanties internationales et européennes

constitutionnelle de la France, donc de la souveraineté populaire, par les institutions européennes, comme ont pu le faire la cour suprême allemande ou, par exemple, celle du Danemark (v. Cour suprême, 1^{ère} ch., 6 décembre 2016, *Ajos*, n°15/2014, spéc. § 9.6). Le Conseil d'État a préféré avoir recours à la technique de l'acceptation conditionnelle, d'ailleurs assez classique en matière de contrôle juridictionnel de la surveillance de masse (comp. not. les récents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet : *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 septembre 2018, n°58170/13, 62322/14, 24960/15, spéc. §§ 306-307, 315, et dans la même affaire, arrêt du 25 mai 2021, §§ 322-323, 334-335 ; *Centrum För Rättvisa c. Suède*, 25 mai 2021, n°35252/08, §§ 236-237). L'approche du Conseil d'État est toutefois clairement moins exigeante que celle de la cour de Strasbourg, et surtout moins libérale que la position (pourtant très raisonnable) de la cour de Luxembourg selon laquelle la conservation ciblée, et *a fortiori* généralisée et indifférenciée des métadonnées doit être une exception au droit à la vie privée, et non un principe. Cette approche avait notamment été adoptée par la Cour de Luxembourg dans trois décisions du 6 octobre 2020 (CJUE, *Privacy International*, aff. n°C-623/17 ; *La Quadrature du Net e.a., French Data Network e.a.*, aff. C-511/18 et C-512/18 ; *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, aff. C-520/18) à la demande de plusieurs juridictions nationales dont le Conseil d'État (CE, 26 juillet 2018, *Quadrature du Net et autres et Igwan.net*, n°s 394922, 394925, 397844, 397851, T). Dans son arrêt du 21 avril 2021, le Conseil d'État s'en sépare en estimant avec le gouvernement français « que la conservation généralisée des données est aujourd'hui justifiée par la menace existante pour la sécurité nationale » (Conseil d'État, communiqué de presse du 21 avril 2021 ; cf. le § 44 de l'arrêt). Tenant néanmoins compte du fait que la marge nationale d'appréciation (reconnue en matière d'interception massive des données par la CourEDH dans le premier arrêt *Big Brother watch*, § 308, ou le second § 340) a des limites et que son usage sera évalué au niveau européen, le Conseil d'État a estimé (§ 46 de son arrêt) que ces inquiétantes pratiques sécuritaires doivent être régulièrement évaluées et toujours limitées dans le temps, comme le requièrent la CourEDH (cf. par ex. le premier arrêt *Big Brother watch* aux §§ 361-362, 433) et la CJUE (v. spéc. les §§ 134 à 139 des motifs et le point 2 du dispositif de la décision rendue dans l'affaire *La quadrature du net* précitée. L'interprétation que la Cour retient en l'espèce de l'article 15 § 1 de la directive 2002/58 lu à la lumière des articles 7, 8, 11 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, était d'ailleurs prévisible puisqu'elle n'est que la reprise et le prolongement d'une interprétation déjà retenue par la Cour, par exemple dans les affaires jointes C-203/15 et C-698/15). Dans cet esprit, le Conseil d'État « ordonne au Gouvernement de réévaluer régulièrement la menace qui pèse sur le territoire pour justifier la conservation généralisée des données et de subordonner l'exploitation de ces données par les services de renseignement à l'autorisation d'une autorité indépendante » dont l'avis soit contraignant, ou d'une juridiction (Conseil d'État, communiqué de presse du 21 avril 2021 ; cf. les §§ 45-46, 74, 77, 80, 83 et 97 de l'arrêt, ainsi que les articles 1 et 3 du dispositif).

³⁶ V. *infra* la conclusion de la contribution de PHILIPPE FRUMER, p. 201.

du droit à la vie privée, de limiter la capacité des citoyens à exercer leurs droits sans contrainte étatique excessive, et ainsi d'éroder les pouvoirs et solidarités concrètes par lesquels les personnes privées se constituent comme public (au sens que John Dewey donne à ce terme) et agissent en mouvements citoyens. En d'autres termes, la récupération rhétorique de l'exigence démocratique est employée pour justifier une prise de décision qui non contente d'être elle-même autoritaire, vise en outre à neutraliser les libertés concrètement indispensables au bon fonctionnement de la Démocratie.

Précisément pour cette raison toutefois, il faut se garder de suivre le discours des démagogues et des oligarques, et de confondre comme ils le souhaitent leur dérive autoritaire et l'aspiration démocratique réelle des citoyens, des associations et des syndicats. L'erreur théorique, qui mène à une impasse pratique, consiste justement à rejeter en bloc ces deux mouvements comme autoritaires ou « illibéraux ». En réalité, ce sont les caractères globalement opaque et autoritaire des décisions étatiques en matière internationale qui expliquent *d'un côté* la conclusion et la ratification, par les exécutifs, de traités contraires aux intérêts et opinions éclairées du grand nombre, et donc leur dénonciation populaire et parfois (par répercussion) juridique, *et d'un autre côté* la dénonciation, par ces mêmes exécutifs, de traités opportuns, contre les intérêts et opinions éclairées du grand nombre. Même si en bons internationalistes, nous tendons spontanément à sous-estimer le problème de la conclusion autoritaire de traités inopportuns, et à surestimer celui de la dénonciation autoritaire de traités opportuns, la racine des deux problèmes est la même : l'action autoritaire de l'exécutif dans la sphère internationale, plus précisément le non-alignement des procédures nationales d'engagement et de désengagement international de l'État, sur la légitime revendication par les peuples d'une maîtrise réelle des engagements et désengagements internationaux de l'État, engagements et désengagements qui les concernent désormais souvent de manière très concrète. Sous cet angle, nous voyons que la démocratisation des procédures de prise de décision internationale est la seule réponse adéquate aux traités inopportuns comme aux dénonciations inopportunes. Plus fondamentalement, un tel effort de démocratisation est un élément incontournable de la nécessaire réaction à l'abandon de l'idéal et des habitudes démocratiques par les classes les plus fortunées, influentes ou diplômées de l'Occident, et plus largement à l'affaiblissement et à la perte de confiance des sociétés occidentales en elles-mêmes, et dans leurs idéaux fondateurs de philosophie (ou de science) et de Démocratie. Face à l'oscillation des sociétés occidentales entre un renfermement inquiet, défensif, désorganisé, à tendance autoritaire et antilibérale d'un côté, et de l'autre un autoritarisme oligarchique prétendument ouvert et libéral mais réellement vague, inégalitaire et de culture social-darwiniste (« survivaliste »), la seule voie opportune et praticable est une

société équitable et conviviale, démocratiquement façonnée et choisie, y compris dans son entrouverture à l'extérieur. S'engager en faveur de son établissement nécessite cependant de s'appuyer sur l'aspiration à la démocratisation de la politique extérieure des États comme de l'UE, et donc à distinguer les manifestations de rejet des Droits international et européens suivant qu'elles s'enracinent dans des aspirations autoritaires ou, au contraire, démocratiques.

Ce souci qui, en tant qu'internationalistes français et européens, doit nous préoccuper plus que tout autre, ne doit cependant pas nous faire perdre de vue qu'au plan mondial, les différents rejets occidentaux du Droit international sont largement compris comme un seul et même mouvement. En particulier, les multiples « déclarations d'amour » faites récemment par la Chine aux règles et institutions internationales (d'autant plus frappant qu'il provient d'une ancienne dénonciatrice infatigable de leur injustice et leur impérialisme) doivent être mises en regard, et opposées à ce mouvement global et tout particulièrement au retrait des États-Unis et du Royaume-Uni du « jeu » multilatéral.

B. Le retrait des États-Unis et du Royaume-Uni du « jeu » multilatéral

7. Le désengagement des États-Unis et du Royaume-Uni et la fragilisation globale du Droit international – La principale raison pour laquelle les juristes internationalistes s'intéressent à la dénonciation des traités depuis quatre ans est que les États-Unis – l'État qui constitue encore la plus grande puissance du monde et qui est largement à l'origine des grandes orientations du Droit international en vigueur et des principales institutions multilatérales – se sont lancés dans un grand mouvement de retrait du multilatéralisme qui s'est notamment traduit par une impressionnante série de dénonciations³⁷. Cette série de fragilisations de liens conventionnels particuliers ne peut pas être considérée isolément ou abstraction faite du caractère particulier des États-Unis comme puissance économique et militaire. En effet, la puissance de cet État peut être mise au service du Droit

³⁷ En ce sens, v. not. PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG, « Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty withdrawal – A Global Survey », in CURTIS A. BRADLEY (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford UP, 2019, p. 135 et surtout JACK GOLDSMITH, « Book Review: The Trump Administration and International Law », *AJIL*, 2019, vol. 113, n°2, p. 415 (« Trump has announced that the United States will withdraw from at least six international agreements, including a major arms control agreement and Obama's two signature agreements (Paris and Iran). He has refused to conclude, or stopped negotiating over, two important international trade agreements. He has upended the international trade system and publicly trashed the North Atlantic Treaty Organization, the G7, the G20, the United Nations, and most of the United States' traditional allies. He has withdrawn from two important human rights bodies, reversed the United States' historic position on human rights leadership, taken an aggressive initiative against the International Criminal Court, stopped cooperating with human rights rapporteurs, and possibly violated international law with his travel ban »).

international et des institutions internationales, ou au contraire engendrer leur remise en cause³⁸. L'importance de cette dimension idiosyncrasique de la position états-unienne doit d'autant plus être soulignée que cette dernière est radicale : l'administration Trump semble bien, non seulement avoir exacerbé la méfiance ancienne des États-Unis pour les traités et les institutions internationales à l'origine desquels ils sont pourtant largement, mais encore avoir explicitement contesté le rôle que le Droit international doit jouer dans l'orientation des comportements étatiques³⁹.

Ils sont également allés loin en ce sens en ce qui concerne les organisations internationales et les tribunaux internationaux, qui ont presque tous été critiqués. Il est connu que le mécanisme qui a sans doute le plus condamné les États-Unis, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, a fait l'objet d'une critique structurelle de leur part, ainsi que d'un blocage durable du processus de nomination des membres de son Organe d'appel⁴⁰. Comme nous l'avons vu plus haut, les États-Unis ont aussi systématiquement réagi au dépôt de requêtes les concernant devant la Cour internationale de Justice, par la

³⁸ Les implications immédiates de ce repositionnement ont été remarquées et soulignées dès les premiers mois de la présidence Trump par le Secrétaire général des Nations Unies, ANTÓNIO GUTERRES. Il déclarait ainsi en juin 2017 : « If the United States disengage in relation to many aspects of foreign policy and many aspects of international relations, it will be unavoidable that other actors will occupy that space » ; « And I don't think this is good for the United States, and I don't think this is good for the world ».

³⁹ V. en particulier la Déclaration de presse du 18 novembre 2019 du Secrétaire d'État MIKE POMPEO (<https://www.state.gov/secretary-michael-r-pompeo-remarks-to-the-press/>): « Les administrations [états-unien] suivant [celle de Ronald Reagan] (...) ont reconnu avec sagesse et prudence que *le fait de s'attarder sur des positions juridiques ne faisait pas progresser la paix*. (...) la conclusion selon laquelle nous ne reconnaissons plus les colonies de peuplement israéliennes comme étant en elles-mêmes incompatibles avec le droit international est fondée *uniquement sur les faits, l'histoire et les circonstances liés à la création de colonies civiles en Cisjordanie*. Notre décision d'aujourd'hui ne préjuge ni ne décide de conclusions juridiques relatives à des situations dans quelque autres parties du monde. (...) *qualifier l'établissement de peuplement civils d'incompatible avec le droit international n'a pas fonctionné*. Cela n'a pas fait avancer la cause de la paix. La dure vérité, c'est qu'il n'y aura jamais de règlement judiciaire de ce conflit, et les arguments sur la question de savoir qui a raison et qui a tort en vertu du droit international n'apporteront pas la paix. Il s'agit d'un problème politique complexe qui ne peut être résolu que par des négociations entre Israéliens et Palestiniens » (trad. de DENIS ALLAND en annexe de son analyse : « Audacieuse analyse étatsunienne des « implantations » israéliennes en Cisjordanie », 20 janv. 2020, www.les-crises.fr) (les italiques sont ajoutés).

⁴⁰ S'interrogeant sur les causes internes (à l'OMC) et externes (situation politique internationale, situation politique états-unienne) de cette critique et de ce blocage, v. par ex. : FRANK ALTEMOLLER, « WTO Appellate Body without legitimacy? The criticism of the Dispute Settlement System and the response of the WTO Member States », *Global Trade and Customs Journal*, 2021, vol. 16, n°4, pp. 139-148, ou BATYAH SIERPINSKI, HÉLÈNE TOURARD, « Mise à l'épreuve du système de règlement des différends de l'OMC – Est-ce un rejet du multilatéralisme ou une mise en cause de l'ordre économique actuel ? », *Revue internationale de droit économique*, 2019, vol. 33, n°4, pp. 423-447. Comp. MATTEO FIORINI, BERNARD M. HOEKMAN, PETROS C. MAVROIDIS, MAARJA SALUSTE, ROBERT WOLFE, « WTO Dispute Settlement and the Appellate Body: Insider perceptions and Members revealed preferences », *Journal of World Trade*, 2020, vol. 54, n°5, pp. 667-698, qui montre à la fois que les gouvernements des États membres soutiennent le fonctionnement global de l'Organe d'appel, et que certains d'entre eux considèrent néanmoins, comme les États-Unis, que celui-ci est allé au-delà de son mandat.

dénonciation de la base juridique conventionnelle de sa compétence. Lors de la dernière de ces dénonciations, John Bolton a expressément relié celle-ci à des dénonciations effectuées par la Maison blanche par le passé, et à celles qu'elle envisage, les réunissant sous une même doctrine. Il a souligné la cohérence des dénonciations décidées par le Président Trump, d'un côté avec celles effectuées par Ronald Reagan à la suite du recours du Nicaragua contre les États-Unis (dénonciation d'un traité bilatéral états-uno-nicaraguayen, et « dénonciation » de la déclaration facultative de juridiction obligatoire de la CIJ⁴¹) et par George W. Bush à la suite des arrêts *Avena* et *LaGrand* (dénonciation du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends du 24 avril 1963), et d'un autre côté avec « l'examen de tous les traités internationaux qui pourraient encore exposer les États-Unis à l'allégation d'un règlement obligatoire des différends devant la Cour internationale de Justice »⁴². Surtout, il a précisé que ces décisions n'étaient pas conjoncturelles : « Ceci, voyez-vous, a moins à voir avec l'Iran ou les Palestiniens qu'avec une position continue et cohérente de la part des États-Unis consistant à rejeter la compétence de la Cour internationale de Justice (...). C'est évidemment à mettre en rapport, pour une part, (...) avec la nature de la soi-disant capacité des tribunaux internationaux à être capables de lier les États-Unis » (*the nature of so-called purported international courts to be able to bind the United States*)⁴³. Ces dénonciations d'octobre 2018 prolongent également, et de manière cohérente, la décision annoncée par les États-Unis le 19 juin 2018 de quitter le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies au motif qu'il serait « biaisé » et « anti-israélien ». On notera d'ailleurs que dans ce cas comme dans ceux des deux dénonciations annoncées en octobre 2018, il s'agissait de soustraire au jugement d'organes internationaux, des relations entretenues par les États-Unis avec l'Iran ou la Palestine ou des agissements imputables à l'État d'Israël. Ces mesures apparaissent ainsi également comme un aspect juridique de la politique extérieure des États-Unis à l'égard du Moyen-Orient. Cette politique est en effet devenue, avec l'arrivée de Donald

⁴¹ Sur l'applicabilité, initialement incertaine mais admise ensuite par la pratique, des règles relatives à la dénonciation au système « quasi-conventionnel » de relations bilatérales constituées par les différentes déclarations, v. spéc. ROBERT KOLB, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », in MARCELO KOHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Brill, Nijhoff, 2006, en particulier pp. 875-880. V. également du même auteur : « Les réserves temporelles et les clauses de dénonciation aux déclarations facultatives de compétence de la Cour internationale de Justice et la bonne administration de la justice », en particulier la partie III (article à paraître dans les *Mélanges offerts à Linos-Alexandre Sicilianos*. Nous remercions Robert Kolb de nous avoir gracieusement transmis cet article avant sa parution). *Contra*, v. *infra* PHILIPPE FRUMER, p. 193.

⁴² Déclaration précitée, *op. cit.* (note 23) (notre trad.).

⁴³ *Ibid.*

Trump à la présidence des États-Unis, encore plus favorable à Israël, à l'Arabie Saoudite et aux Émirats arabes unis, et conséquemment encore plus défavorable à la Palestine, à l'Iran et au Qatar (avant que son administration rappelle à Donald Trump que les États-Unis disposent au Qatar de leur plus grande base militaire dans la région...). Par un effet de symétrie remarquable, ces États montrent, à travers la saisine de la Cour internationale de Justice (CIJ), le rôle persistant et peut-être croissant que la Cour peut jouer en faveur des plus faibles⁴⁴.

⁴⁴ Sur la stratégie de « judiciarisation de sa cause » par la Palestine, stratégie passant notamment par des tentatives de reconnaissance de sa personnalité internationale par des organisations et juridictions internationales, v. INSAF REZAGUI, « La judiciarisation de la stratégie palestinienne de reconnaissance d'un État de Palestine : l'exemple de la Cour pénale internationale », *Thucyblog*, 20 février 2020. Comme on l'a dit cependant, il ne s'agit pas uniquement de la Palestine et de l'Iran. De manière notable, le Qatar s'est saisi des possibilités institutionnelles qui étaient les siennes pour résister au blocus aérien et économique et à l'isolement diplomatique que lui ont imposés à partir du 5 juin 2017 l'Arabie saoudite de Mohammed Ben Salman (dit MBS), les Émirats arabes unis de Mohammed ben Zayed (dit MBZ), le Bahreïn de Hamed ben Issa et l'Égypte passée aux mains de l'armée en 2013 à la suite d'un coup d'État largement financé et soutenu par l'Arabie saoudite. Ces États monarchiques ou dictatoriaux ont officiellement accusé le Qatar, sur la base d'informations qui s'avèreront être des faux, de financer le terrorisme, en particulier d'abonder l'Iran, les Frères musulmans égyptiens et les Houtis yéménites. En réalité, ils reprochent surtout au Qatar d'avoir soutenu les révolutions arabes de 2011 à travers le libéralisme de sa chaîne Al-Jazeera, d'avoir obtenu l'organisation de la coupe du monde de football en 2022 et d'être insuffisamment dur à l'égard de l'Iran et donc insuffisamment en faveur de l'offensive saoudienne contre les Houtis du Yémen (les Houtis étant fortement soutenus par l'Iran, le Qatar est effectivement prudent. Il est dans la nécessité de coopérer avec l'Iran afin d'exploiter un champ gazier, celui de North Dome/South Pars, situé à cheval sur leurs mers territoriales). Le 8 juin 2017, « le Qatar a prié le Conseil de l'OACI de bien vouloir convoquer une séance spéciale, en vertu de l'alinéa n) de l'article 54 de la convention de Chicago, afin d'examiner "la question des mesures prises par la République arabe d'Égypte, le Royaume de Bahreïn, le Royaume d'Arabie saoudite et les Émirats arabes unis en vue de fermer leur espace aérien aux aéronefs immatriculés dans l'État du Qatar". » (requête introductive d'instance conjointe enregistrée le 4 juillet 2018 au Greffe de la CIJ, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar*, p. 9 § 10). Les procédures qui s'en sont suivies (à la fois sur la base de l'article 84 de la convention de Chicago – requête A – et sur celle de la section 2 de l'article II de l'accord de transit et du paragraphe b) de l'article 1 du Règlement pour la solution des différends adopté par le Conseil de l'OACI – requête B –) se sont trouvées entravées par des exceptions préliminaires que les États défendeurs ont estimé indûment rejetées par le Conseil. Les décisions du Conseil en date du 29 juin 2018 ont donc fait l'objet d'un appel des États défendeurs devant la CIJ (requêtes introductives d'instance conjointe enregistrées au greffe le 4 juillet 2018, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* et *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*). Le 14 juillet 2020, la Cour a très nettement donné raison au Qatar et reconnu la compétence du Conseil de l'OACI pour statuer sur sa requête (*C.I.J. Recueil 2020*, p. 172-210, spéc. p. 209). Loin de rejeter l'autorité de la Cour pour trancher le litige, le Qatar avait déposé peu de temps avant ses contradicteurs, le 11 juin 2018, une requête introductive d'instance devant elle. Selon cette requête, « [l]es Émirats arabes unis ont promulgué et mis en œuvre un ensemble de mesures discriminatoires, toujours en vigueur à ce jour, qui ciblent les Qatariens au motif exprès de leur origine nationale », violant ainsi la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La Cour rejettera sa compétence dans son arrêt du 4 février 2021 – arrêt cependant disputé puisqu'il fait l'objet de trois opinions dissidentes, d'une opinion individuelle, et d'une déclaration du président qui est également largement dissidente.

Du point de vue plus général de la stratégie employée, Donald Trump transpose au plan international « le principe » sur lequel il « a bâti toute sa carrière », et qu'il a défendu dans ses différents ouvrages, « à savoir celui selon lequel tout est renégociable »⁴⁵ tant que c'est dans le cadre d'un bras de fer où il est en position de force. Dans le cadre états-unien, ses accointances avec le « diabolique » Roy Cohn lui permettaient de refuser d'exécuter une partie de ses obligations en renvoyant à un système judiciaire où, sinon tous les coups, du moins beaucoup d'entre eux sont permis, et où l'inégalité économique des parties détermine largement l'issue des procès⁴⁶. Dans le cadre international en revanche, les juridictions et tout particulièrement la Cour internationale de Justice – malgré la présence continue d'un juge de nationalité états-unienne – reflètent aujourd'hui l'isolement du positionnement des États-Unis davantage que sa domination militaire ou économique. Elles n'hésitent donc pas à les condamner et on sait le traumatisme qu'a constitué l'arrêt *Nicaragua* – pourtant mesuré et non-exécuté par la partie perdante – pour les dirigeants et universitaires états-uniens. Plus largement encore, la domination des États-Unis n'est aujourd'hui clairement plus suffisante dans les institutions internationales – organisations comme juridictions – pour qu'ils parviennent à donner l'illusion que leur position se confond avec une position unanime de la « communauté internationale », du « monde libre » ou même de l'Occident. En dehors de rares sujets – en particulier en ce qui concerne la Chine –, les différentes composantes de l'Occident – États-Unis, Europe, Canada, Australie et Nouvelle-Zélande auxquels on peut ajouter le Japon, voire la Corée du sud – sont en effet largement en désaccord sur tous les grands sujets internationaux – écologie, monnaie, commerce, investissements, Droit humanitaire... – même si le retour de Joe Biden a permis une forme de convergence de principe sur le discours relatif aux droits de l'homme. Au vu de cette fragmentation du « camp occidental » et de la montée en puissance internationale de la Chine, il est compréhensible que le Président Trump et son administration aient considéré les règles et institutions internationales multilatérales exclusivement comme des contraintes, et non à la fois comme des contraintes et comme des sources de profit, ainsi que comme un véhicule utile à la projection et à l'exportation de la vision du monde états-unienne.

C'est à la lumière de cette nouvelle compréhension, aux États-Unis, de leur rapport au Droit international – motif pris des conséquences négatives que ces accords et institutions internationaux avaient à court terme sur les intérêts des

⁴⁵ IBRAHIM WARDE, « Au mépris du droit international – Le diktat de Donald Trump », *Le Monde diplomatique*, juin 2018, p. 1. CHARLOTTE BEAUCILLON montre néanmoins dans sa contribution à cet ouvrage (*infra* p. 98 et s.) qu'il était sans doute irréaliste d'envisager, à la suite du « retrait » états-unien, la renégociation de l'« accord sur le nucléaire iranien ».

⁴⁶ Dans le cas de ROY COHN, l'issue des procès semble également avoir été largement déterminée par les moyens de pression divers et considérables dont il disposait. D'où sa fameuse maxime : « I don't want to know what the law is, I want to know who the judge is ».

États-Unis étroitement entendus – qu’il faut probablement comprendre l’annonce de cet État d’envisager de dénoncer l’Accord de Paris le 1^{er} juin 2017⁴⁷, ou le 17 octobre 2018 de se retirer de l’Union postale universelle⁴⁸, ou encore, trois jours plus tard, de dénoncer le traité bilatéral sur les forces nucléaires à portée intermédiaires (traité FNI ou, en anglais, INF) le 20 octobre 2018.

Il serait déraisonnable et même scandaleux de reprocher à des dirigeants qui, somme toute, ont principalement été élus ou choisis à cette fin, de défendre et promouvoir les intérêts de leur État. Mais il y a différentes manières de concevoir les intérêts d’un État et, d’abord, un accent mis sur ces intérêts entendus de manière étroite ou large (dépendant ou indépendant des intérêts des autres États), et à court ou à long termes. En outre et peut-être surtout, l’explication par John Bolton de certaines des dénonciations mentionnées, ainsi que la succession cohérente ou du moins homogène de décisions de dénonciation ou de retrait laissent parfois à penser que les États-Unis n’acceptent désormais d’être liés par un instrument juridique qu’à la condition d’être les seuls à interpréter ce qu’il exige, donc à rejeter toute élévation du Droit international non seulement par rapport à leur interprétation subjective et intéressée des textes et pratiques jugés pertinents par l’ensemble des États, mais encore par rapport à leur interprétation subjective et intéressée de leurs *intérêts*. De ce point de vue, on peut se demander s’il n’était pas contradictoire que John Bolton, *dans la même déclaration*, « souligne » que les États-Unis « attendent de la part de toutes les parties à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qu’elles respectent leurs obligations ». Ne risquent-elles pas justement de le faire à la manière des États-Unis ? Par exemple, l’application uniquement « sélective » du traité FNI par la Russie, dénoncée par les États-Unis, n’est-elle pas précisément l’attitude que les États-Unis déclarent adopter sur un plan général ?

⁴⁷ Sur les effets différés dans le temps de cette annonce, v. *infra* la contribution de NATHALIE CLARENCO-BICUDO un peu plus loin dans cet ouvrage, p. 79. Même si Donald Trump l’a porté à son paroxysme (v. par ex. « Donald Trump “annule avec effet immédiat” l’accord avec Cuba mais... Cette annonce fracassante ne concerne en réalité que certains secteurs très précis », <https://www.huffingtonpost.fr/>, 16 juin 2017), la prétention états-unienne de dénoncer « avec effet immédiat » même lorsque le traité prévoit des délais est une vieille tradition de cet État. V. par ex. GEORGES FISCHER, « L’interdiction partielle des essais nucléaires », *AFDI*, 1963, vol. 9, p. 30 (cf. *Nuclear test ban Treaty, Hearings before the Committee on foreign relations, U. S. Senate, on Executive M*, 88th Congress, 1st session, Washington, 1963, p. 18). Comp. la « quinzaine [d]e déclarations facultatives au sens de l’article 36, § 2, du Statut de la Cour internationale de Justice, qui réservent dans leur texte à l’État déclarant la faculté de dénoncer la déclaration à tout moment et avec effet immédiat » (ROBERT KOLB, « La dénonciation avec effet immédiat », *op. cit.* (note 41), p. 875) et notamment le cas de l’ancienne déclaration des États-Unis : *Ibid.*, pp. 881 et s.

⁴⁸ Un peu moins d’un an plus tard, le 25 septembre 2019, les États-Unis déclareront finalement rester dans l’Union. La pression qu’ils ont exercée a permis une révision des règles relatives à la compensation à payer, par l’État d’expédition, au pays de destination lors de l’expédition des lettres et petits paquets. Ces règles étaient en pratique très favorables à l’expédition de Chine des lettres et paquets vers les États-Unis, de telle manière que, dans bien des cas, leur expédition de Chine vers les États-Unis était moins chère que leur expédition des États-Unis eux-mêmes.

Même si elle est nettement moins extrême, la prise de distance du Royaume-Uni vis-à-vis de certains traités et institutions, en particulier des institutions européennes est également frappante. Certes, d'ailleurs à l'instar des États-Unis à propos de divers organes et organisations internationales (UNESCO, Conseil des droits de l'homme...), le Royaume-Uni a souvent eu « un pied dedans, un pied dehors » dans sa relation avec l'Union européenne, et de ce point de vue, le *Brexit* est en quelque sorte un aboutissement⁴⁹. Néanmoins, ses attaques répétées contre la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁰ rappellent, plutôt qu'ils ne font oublier, que cet État a largement été à son origine⁵¹ et qu'il fut le premier État à signer ce texte.

8. Le contexte géopolitique de dénonciation occidentale des Droits international et européens – Les réponses aux interrogations que les comportements des États occidentaux font naître chez les internationalistes (sur l'avenir du Droit international, l'évolution de son contenu, la capacité des États occidentaux à en fixer les grandes orientations, ou le degré d'influence de ce Droit sur les citoyens), ne dépendent pas que des Occidentaux mais d'autres puissances. Or, la géopolitique ayant horreur du vide, le Droit international et les institutions internationales sont en train d'être partiellement refaçonnés – à travers l'obtention de postes-clefs, de leviers d'influence, de financements par projets, de la promotion d'un nouveau langage, de l'établissement de nouvelles institutions, procédures et pratiques – par des États et des entreprises ravis de prendre le relais des États-Unis, du Royaume-Uni et d'une Europe continentale qui, tétanisée par ses dogmes et tabous néolibéraux et surtout paralysée par son déficit démocratique, manque de crédibilité et de puissance.

Inversement, sur la base de sa croissance économique pluri-décennale, de sa confiance en son avenir et de sa conviction que l'Occident est en déclin, le Parti communiste chinois tente avec entrain d'exporter son modèle politico-économique autoritaire : il a doublé son budget diplomatique entre 2011 et 2018⁵² ainsi que le nombre de ses représentants au sein de la cinquième commission (celle du budget) de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il a mis en place en 2015 un *UN peace and development Trust Fund* et la Chine est désormais le membre permanent du Conseil de sécurité qui déploie le plus de troupes dans les opérations de maintien de la paix. Les gains que le Parti a retirés de son investissement en la matière sont déjà substantiels. Même si son « rattrapage » n'en est probablement qu'à son début, la Chine obtient

⁴⁹ V. plus loin la contribution d'EMMANUEL CASTELLARIN, pp. 203 et s.

⁵⁰ V. *supra* la note 16.

⁵¹ Qu'on songe au discours de WINSTON CHURCHILL à Zürich, affirmant le 19 septembre 1946 que « le premier pas [vers le rétablissement de la famille européenne] est le Conseil de l'Europe ».

⁵² V. « La Chine dans le monde – Entretien [d'Ivan Sand] avec ALICE EKMAN », *La Revue géopolitique*, 13 janv. 2019, www.diploweb.com.

davantage de postes opérationnels et de postes-clefs (elle est le seul État dont un ressortissant dirige plus d'une – et en l'occurrence quatre – agence(s) spécialisée(s) de l'ONU), elle initie davantage de textes, et elle a montré sa capacité à concurrencer les institutions multilatérales existantes en établissant des alternatives crédibles fonctionnant en tout ou en partie sous son égide (la Banque de développement des BRICS, la Banque asiatique d'investissements pour les infrastructures, d'une certaine manière l'Initiative Ceinture et routes)⁵³. Cette influence croissante va de pair, naturellement, avec une promotion de plus en plus efficace des intérêts chinois, mais également avec celle de ses représentations et hiérarchies, qui font craindre à certains l'émergence d'un Droit international anti-libéral⁵⁴.

Au moins autant qu'à la Chine elle-même, cette réussite de l'Empire du Milieu en tant que nouvel « entrepreneur de normes » tient au démantèlement méthodique du Droit international par les États-Unis, et dans une certaine mesure par le Royaume-Uni. Le remodelage du Droit international et des institutions internationales par la Chine est encore facilité et accru par le fait que les États-Unis – et dans une certaine mesure le Royaume-Uni – non seulement affaiblissent de nombreuses règles et institutions et favorisent ainsi leur remplacement par des options chinoises, ou plébiscitées par la Chine, mais comme on l'a vu, lient leur nouvelle position au choix d'affaiblir plus généralement l'idée même que les grandes puissances doivent respecter les règles et institutions internationales. Penser qu'un tel positionnement est favorable à la relation entre les États-Unis et la Chine parce qu'il confère de nouvelles marges de manœuvre politiques aux « premiers de cordée » occidentaux, c'est naturellement ne pas voir qu'ils s'interdisent par là-même d'opposer la moindre règle juridique internationale à la Chine, sans même parler d'engager sa responsabilité internationale. Comme la crise de la COVID le montre avec éclat, les États-Unis et plus largement les Occidentaux vont pourtant inévitablement vouloir le faire de plus en plus, tant l'activité de la Chine influe désormais sur leur vie⁵⁵. De ce fait, alors que l'Occident avait ce

⁵³ V. en particulier sur cette question, pour un point de vue chinois : ZINPENG HE, LU SUN, *A Chinese Theory of International Law*, Springer, 2020, et pour un point de vue occidental : ROBERT D. WILLIAMS, « International Law with Chinese characteristics: Beijing and the “rule-based” global order », Octobre 2020, disponible sur : https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/10/FP_20201012_international_law_china_williams.pdf; ou l'article de MATTHIEU BURNAY qu'on espère bientôt publié : « China and Global Governance: Towards a Low-Cost Global Legal Order? », *The Hague Yearbook of International Law*, Vol. 31 (2018), 2020 (nous remercions l'auteur de nous avoir transmis une version préliminaire de cet article).

⁵⁴ V. spéc. TOM GINSBURG, « Authoritarian International Law? », *AJIL*, 2020, vol. 14, n°2, pp. 221-260.
⁵⁵ De ce point de vue, les tentatives ou propositions de poursuite de la Chine au début de la crise de la COVID sont tout à fait remarquables. V. FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « *Lawyers are coming !* (1) – Les limites des recours internationaux envisagés contre la Chine pour sa gestion du COVID-19 », et « *Lawyers are coming !* (2) – Les projets de recours internationaux contre la Chine, révélateurs de l'intérêt des États-Unis à redécouvrir les vertus du Droit international », *Thucyblog*, www.afri-ct.org/category/thucyblog/, juin 2020.

formidable avantage d'être largement compris comme le grand régulateur, voire législateur de la planète (ce qui lui permettait d'assumer effectivement une grande partie de ce rôle), il est de plus en plus souvent perçu comme le fauteur de troubles ou au moins un facteur d'instabilité, ce qui rend plus crédible le discours officiel de la Chine, selon lequel elle est *le* nouveau facteur de stabilité et de développement économique.

Comment convient-il d'aborder la question de la dénonciation et de sa réglementation au regard de ce double contexte de retrait de l'Occident des affaires mondiales, et d'abandon par l'Occident de l'idéal démocratique ? Notre diagnostic, on l'a dit, est que le retrait occidental est consécutif à un affaissement de la puissance occidentale, qui est lui-même dû à l'abandon par ses « élites » de l'idéal démocratique, au profit, principalement, d'un idéal oligarchique et inégalitaire, frileux et court-termiste vaguement dissimulé derrière des oripeaux libéraux. Le remède ne peut donc être ni le *business as usual* de pratiques internationales et transnationales dépassées qui ne feront qu'accroître le recul international de l'Occident et le ressentiment de ses classes moyennes et populaires, ni l'exploitation démagogique, autoritaire et « fermée » de ce ressentiment, ni une alternance chaotique entre les deux, qui est malheureusement l'horizon qui se dessine sous nos yeux. Il ne peut être qu'une révision, autour de l'idéal démocratique, de pratiques diplomatiques dépassées (qu'on songe au fait que la manière dont on mène les négociations internationales est, du point de vue de la légitimité politique, relativement similaire à celle dont on les menait à l'époque des monarchies absolues d'Europe), d'instruments juridiques dont les clauses et modèles sont reproduits par mimétisme de manière irresponsable (qu'on songe par exemple aux accords de commerce et d'investissement, ou aux accords environnementaux, dont il est de plus en plus absurde qu'ils ne soient pas remplacés, à l'heure où se déroule une catastrophe économique-écologique mondiale, par des accords *à la fois* économiques et écologiques), d'institutions internationales obnubilées par un objectif de croissance économique de plus en plus intenable, et même de nos représentations des branches du Droit international, et finalement de ce Droit et du Droit lui-même.

Si l'on endosse cette approche réflexive et démocratique, quels sont les points saillants de la réglementation nationale et internationale de la dénonciation unilatérale des traités ? Faut-il conserver, remplacer ou amender cette réglementation, approfondir certaines tendances à l'œuvre et dans quels sens ?

II. LA RÉGLEMENTATION DES DÉNONCIATIONS
ET LES RÉACTIONS À CELLES-CI : UNE ÉVALUATION
DE QUELQUES TENDANCES CONTEMPORAINES

9. L'adoption d'un angle démocratique dans l'examen du sujet et ses implications : la question du moment de la notification de la dénonciation et celle de ses effets juridiques – L'adoption d'un angle démocratique dans l'examen de la dénonciation détermine les contours du sujet mais également les questions les plus fondamentales qu'il soulève et la ou les manières de les résoudre. De ce point de vue, les problématiques du moment de la dénonciation et celle du début de ses effets sont secondaires. C'est même pour cette raison qu'elles sont assez systématiquement confiées à des juristes. Toutefois, leur traitement selon un angle démocratique, et non seulement axé sur la sécurité juridique, impose de les comprendre d'une manière spécifique, dont nous dirons un mot à l'orée de cette seconde partie.

Pour des raisons de sécurité juridique, il faut certes d'abord s'en remettre à ce que prévoit le traité pour fixer le moment où la dénonciation est autorisée et celui où ses effets débutent. Toutefois, une approche démocratique implique d'interpréter avec souplesse les dispositions qui rendent en pratique la dénonciation très difficile, ou décalent ou modulent fortement ses effets dans le temps. On ne pense pas ici aux dispositions bien légitimes qui prévoient qu'une dénonciation ne peut pas avoir lieu dans une période de quelques années après l'entrée en vigueur de l'instrument (encore que cette disposition peut être problématique si l'entrée en vigueur a lieu de nombreuses années après l'expression par un État de son engagement à respecter le traité, par exemple du fait du conditionnement de son entrée en vigueur à un seuil minimum de ratifications), ou encore que les effets d'une dénonciation ne peuvent pas être immédiats (et par exemple neutraliser un contentieux imminent ou en cours) mais uniquement décalés d'un ou deux ans. Ces dispositions sont légitimes et permettent utilement aux États parties au traité de défendre leurs intérêts et d'organiser de nouvelles relations, face à des États dénonciateurs déclarant souvent dénoncer « avec effet immédiat »⁵⁶. En revanche, il nous semble que les « clauses de survie » ou « clauses zombie »⁵⁷

⁵⁶ V. *supra* dans cet article les notes 41 et 47. V. également *infra* la contribution de PHILIPPE FRUMER, p. 186, à confronter au souhait de la Gambie et de l'Afrique du Sud que leur « retrait de retrait » ait « un effet immédiat » (RAPHAËLLE NOLLEZ-GOLDBACH, p. 152).

⁵⁷ Les clauses zombie « permettent aux investisseurs étrangers auxquels [un] accord [les protégeant] était applicable de continuer à bénéficier du régime juridique qu'il met en place et ce très longtemps après que l'accord a été dénoncé par l'une ou l'autre partie. Un rapide survol des traités d'investissement conclus avec d'autres États par la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela montre que les "clauses de survie" s'échelonnent de cinq à vingt ans » (JULIEN CAZALA, *op. cit.* (note 26), p. 555). Si on peut discuter de la légitimité de la pratique même des clauses zombie, surtout lorsque la dénonciation elle-même ne peut produire d'effet qu'après un certain délai, il est assez évident qu'un

couramment insérées dans les traités de protection des investisseurs, ou dans le chapitre relatif à la protection des investisseurs des méga-accords de commerce et d'investissement, sont des pratiques contestables, à interpréter de manière restrictive⁵⁸, surtout lorsqu'elles jouent alors que le traité n'est entré

délai de 20 ans ou même de 15 ans (qui semble être le délai le plus courant dans les accords conclus par ces États, v. *infra* la contribution d'ARNAUD DE NANTEUIL, p. 129), sans même parler de la durée illimitée parfois envisagée, est tout à fait déraisonnable.

⁵⁸ Dans le domaine de l'arbitrage CIRDI, c'est en partie le cas. Certes, la jurisprudence a rejeté l'idée raisonnable défendue par une partie de la doctrine (v. par ex. le § 4 du commentaire de l'article 72 par CHRISTOPH H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge UP, 2009, ou encore JULIEN FOURET, « Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID arbitration ? », *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25, n°1, pp. 80 et s.), de l'impossibilité pour un investisseur de consentir à l'arbitrage « offert » par l'État après que ce dernier ait notifié sa dénonciation de la Convention CIRDI, mais avant l'entrée en vigueur de cette dénonciation six mois plus tard (conformément au délai prévu par la seconde phrase de l'article 71 de la Convention instituant le CIRDI). Toutefois, comme le rappelle ARNAUD DE NANTEUIL un peu plus loin dans cet ouvrage (p. 137 ; v. également, PATRICK JACOB, FRANCK LATTY, ARNAUD DE NANTEUIL, « Arbitrage d'investissement et droit international général », *AFDI*, 2017, vol. 63, p. 684 ou DIANA MARIE WICK, « The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change », *Journal of International Business and Law*, 2012, vol. 11, n°2, pp. 260-261), les arbitres de protection des investisseurs ont estimé que ce n'est pas le consentement de l'État à l'arbitrage qui est protégé par l'article 72 de la Convention de Washington instituant le CIRDI, mais uniquement la *rencontre* des consentements de l'État et de l'investisseur – donc un consentement juridique « parfait » (cf. not. SA (CIRDI), 13 novembre 2017, *Fabrica de Vidrios c. Venezuela*, §§ 268-269, 279, 282) – de sorte que la requête déposée par un investisseur n'est protégée que si elle a été déposée avant que la dénonciation de la Convention de Washington ait pris effet, soit six mois après sa notification. Cette interprétation de l'article 72 est à la fois conforme à son sens courant, à ses travaux préparatoires et à l'économie générale de la Convention ; elle est également cohérente avec la conception dominante du « consentement » dans la jurisprudence CIRDI antérieure. Il reste que si l'État a dénoncé la Convention CIRDI sans dénoncer par ailleurs des traités de protection des investisseurs qui comportent des clauses d'arbitrage CIRDI, la doctrine et les arbitres considèrent d'ordinaire – sur la base d'un raisonnement compréhensible mais où la sécurité juridique est tout et l'exigence démocratique rien (v. par ex. MARIANA DUNEY, « Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: A Perspective from Latin American Cases », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 2013, vol. 17, n°1, p. 273 ; cf. OSCAR M. GARIBALDI, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction and the Limits of the Contract Analogy », in CHRISTINA BINDER, URSULA KRIEBAUM, AUGUST REINISCH, AND STEPHAN WITTICH (Eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, p. 39) – que ces clauses sont toujours valables. Symétriquement, un État qui dénonce un traité de protection des investisseurs sans par ailleurs – et de manière autrement plus radicale – dénoncer la Convention instituant le CIRDI elle-même, doit généralement faire face, en tout état de cause, à une « clause zombie » qui le met à la merci des investisseurs pendant une période très longue, même pour les mesures prises par lui après la dénonciation si elles ont un effet sur les investissements constitués auparavant (v. par ex. CNUCED, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement – Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, « Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2 », Cinquième session, Genève, 9-11 octobre 2017, TD/B/C.II/MEM.4/14, p. 4, note 6). Il arrive que les arbitres de protection des investisseurs retiennent des interprétations des « clauses de survie » encore plus défavorables aux États défendeurs. Ainsi par exemple, alors que l'article 45.1 du Traité sur la Charte de l'énergie dispose que l'application provisoire du traité ne vaut que « dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur constitution ou leurs lois et règlements », les arbitres ont considéré dans l'affaire *Yukos* qu'« éviter l'application provisoire du traité (...) sur la base de la contrariété de l'une ou de plusieurs des

en vigueur que de manière provisoire, ou pour une partie seulement de ses dispositions⁵⁹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains États parties à des traités bilatéraux de protection des investisseurs ont décidé, afin de substituer ces traités par d'autres plus favorables au « développement durable », de neutraliser la « clause de survie » présents dans les premiers⁶⁰. D'autres, afin de mieux préserver leurs marges de manœuvres, ont choisi de développer de nouveaux modèles nationaux de traités⁶¹. Dérisoires, la plupart des modifications envisagées ne parviennent cependant pas à masquer l'absence de prise en compte ou de compréhension, par les hommes politiques, de la gravité du problème démocratique posé par ces clauses. Globalement, tenter de se dégager ou même de réviser les régimes juridiques traditionnels de protection des investisseurs est un chemin long, difficile et risqué⁶², surtout si la négociation des accords d'investissement n'inclut sérieusement ni les parlementaires, ni les citoyens, ni la « société civile », ce qui, à notre connaissance, est le cas pour *tous* les traités d'investissement. Ces modalités de négociation expliquent également, pour une grande partie, les critiques dont ces instruments font l'objet et le fait qu'ils sont, malgré ces critiques, maintenus pratiquement inchangés depuis des décennies par les exécutifs étatiques et européen, derrière le grimage du moment (« droit de l'État de réglementer », chapitre « développement durable », etc.).

dispositions du traité » avec la constitution, les lois et règlements – soit précisément ce que prévoit l'article 45.1 du traité – serait contraire au principe *pacta sunt servanda* (CPA, 30 novembre 2009, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) contre Russie*, aff. n°AA 227, Sentence provisoire sur la compétence et la recevabilité, §248 (c)). En refusant de donner effet à une disposition conventionnelle explicite, donc *d'appliquer* le principe *pacta sunt servanda* au prétexte de *garantir son respect*, les arbitres ont, à partir d'une interprétation très contestable, mis de côté l'expression explicite de la volonté des parties au traité. Sur ce point, ils ont donc agi en dépit du principe de légalité, voire *ultra vires*. On comprend donc que la sentence ait été annulée par une décision d'un tribunal de La Haye (Tribunal de district de La Haye, ch. des affaires commerciales (Pays-Bas), 20 avril 2016, aff. jointes n°C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 et C/09/481619 / HA ZA 15-112). Dans un arrêt du 18 février 2020 (Cour d'appel de La Haye, sect. de Droit civil, mêmes numéros d'affaires), la Cour d'appel de La Haye est cependant revenue sur cette décision pour rétablir la sentence de 2014. La Cour suprême des Pays-Bas, qui s'est reconnue compétente dans un arrêt du 25 septembre 2020 a rejeté quant à elle, le 4 décembre 2020, la demande russe de suspension de l'exécution de la sentence arbitrale en attendant une décision définitive sur le fond.

⁵⁹ Par exemple, le Traité sur la Charte de l'énergie contient deux dispositions distinctes, l'une applicable aux signataires à l'égard desquels le traité n'est entré en vigueur que de manière provisoire, et l'autre applicable aux parties.

⁶⁰ C'est par exemple le cas de l'Indonésie et de l'Argentine pour un traité de 1995. V. CNUCED, *op. cit.* (note 58), p. 17 §58.

⁶¹ V. par ex. la réaction de la Russie à l'affaire *Yukos* : JOEL DAHLQUIST, « Russia sets out new guidelines for contents of future investment treaties », *Investment Arbitration Reporter*, 26 octobre 2016. Plus généralement, v. *infra* la contribution d'ARNAUD DE NANTEUIL à ce volume, pp. 125 et s.

⁶² V. particulièrement en ce sens : ANNA T. KATSELAS, « Exit, Voice, and Loyalty in Investment Treaty Arbitration », *Nebraska Law Review*, 2014, vol. 93, n°2, pp. 313-369, spéc. pp. 335 et s. ou DIANA MARIE WICK, *op. cit.* (note 58), pp. 239-291 (dont la thèse est que la dénonciation de la Convention de Washington par les États défendeurs ne résoudra pas leurs difficultés, car la source de ces dernières est à rechercher dans les dispositions d'accords de protection des investisseurs, que ces États ne dénoncent ou ne révisent généralement pas, ou pas suffisamment).

10. L'adoption d'un angle démocratique dans l'examen du sujet et ses implications : les questions les plus importantes – Selon nous, une approche réflexive et démocratique de la dénonciation unilatérale et de ses règles mène à défendre trois propositions : premièrement, l'acte de dénonciation unilatérale d'un traité doit être réglementé par le Droit international, ce qu'il est effectivement quoique d'une manière qui reste vague (A) ; deuxièmement, en fait comme en Droit, les États manifestent globalement une grande tolérance à l'égard des dénonciations unilatérales des traités, et c'est là une attitude particulièrement sage (B) ; troisièmement, la dénonciation unilatérale des traités est une décision généralement prise de manière opaque et autoritaire par l'État, et il convient de la démocratiser, comme certains États l'ont fait de manière assez convaincante ces dernières années (C).

A. Dans une perspective démocratique, la dénonciation unilatérale des traités doit être réglementée par le Droit international

11. Une approche démocratique de la dénonciation implique sa réglementation par le Droit international : problématique – Les universitaires juristes de Droit international estiment généralement ne pas avoir à justifier la réglementation internationale de l'acte de dénonciation unilatérale d'un traité : les traités étant des instruments internationaux, ne faut-il pas que leur dénonciation, tout comme l'engagement à les respecter, soit encadrée par des règles internationales ? Pour logique ou pragmatique qu'il paraisse, cet argument ne suffit pas à répondre aux argumentations récurrentes de certains États, et derrière eux de certains mouvements politiques, selon lesquelles, pour des raisons de souveraineté, un État ne peut jamais être obligé de respecter un traité contre l'expression immédiate, informelle, de sa « volonté » contraire. Surtout, si l'on admet que l'idéal démocratique implique de reconnaître à un groupe d'hommes faisant société le droit de remettre en question et de modifier toute règle qui s'applique à lui, ne s'oppose-t-il pas à ce que ce droit soit réglementé par un ordre juridique sur lequel ce groupe n'a pas entièrement la main ?

12. Deux approches de la réglementation internationale de la dénonciation unilatérale : approche centrée sur la sécurité juridique et approche démocratique – La compréhension de l'acte juridique international de dénonciation, et celle de sa réglementation nationale et internationale varie suivant que l'on choisit, pour les appréhender, l'un des deux angles suivants : l'angle de l'impératif de maintenir des relations interétatiques *stables, prévisibles et pacifiques*, ou celui de l'impératif de déterminer la puissance, les limites, les politiques et la forme de chaque État *de manière démocratique*, donc en admettant la possibilité que les populations concernées les modifient assez librement même si elles résultent d'engagements internationaux, et

même si leur États est relativement faible sur la scène internationale⁶³. De manière prévisible, le premier impératif est surtout mis en valeur par ceux qui y ont directement intérêt : les États les plus puissants au plan international et, à l'intérieur des États et notamment des États puissants, les classes riches, puissantes et diplômées, y compris les juristes internationalistes⁶⁴. Ceux-ci insistent systématiquement sur l'objectif de la sécurité juridique, et cherchent à ce que le pouvoir, les limites, les politiques et la forme des États, en particulier les plus faibles, soient déterminés *par un grand nombre d'engagements internationaux* sur lesquels ces classes socio-économiques (ou des personnes y appartenant ou en étant sociologiquement proches) ont une emprise prépondérante. Inversement, le principe de la souveraineté populaire ou nationale, suivant lequel, sur le plan international, chaque État décide pour lui-même, est surtout invoqué par les plus États les faibles contre les plus forts⁶⁵ ; et au plan interne, le principe suivant lequel *c'est le grand nombre des personnes concernées* qui doivent fixer les engagements de l'État est de plus en plus invoqué, d'un côté pour exprimer une rancœur à l'égard d'engagements internationaux accusés – parfois avec de mauvaises raisons mais souvent avec au moins quelques bonnes raisons – d'être à la fois concrètement favorables aux riches, aux puissants et aux diplômés, et imposés de manière autoritaire aux autres par cette petite minorité, et d'un autre côté dans l'idée naïve qu'hors de tels engagements internationaux ou européens, la souveraineté citoyenne et donc la Démocratie règnent et règnent nécessairement en maître.

Entre ces deux pôles, des positions intermédiaires ou « compatibilistes » existent et c'est finalement celles sur lesquelles les États s'entendent plus ou moins, et celles qui sont les plus opportunes. En effet, il faut éviter, d'un côté, que les conventions sans clause de dénonciation soient considérées comme « des sortes de prisons dans lesquelles une fois entré, il ne serait plus possible

⁶³ Comp. l'intervention de M. MARTINEZ-CARO (Espagne) à ce sujet à la *Conférence des Nations Unies sur le Droit des traités* (Première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents officiels – Documents de la Conférence*, 58^{ème} séance, p. 367 § 29) qui souligne que le régime de la dénonciation unilatérale doit « maintenir un juste équilibre entre les intérêts objectifs de la justice et de la stabilité des traités et les intérêts subjectifs des États qui ont besoin d'une protection particulière », c'est-à-dire des « États moins puissants » qui ne peuvent être obligés « d'assumer indéfiniment des obligations découlant de traités qui leur ont été imposés injustement ».

⁶⁴ De manière archétypale, la possibilité de dénoncer unilatéralement les traités était présentée, dans les travaux universitaires états-uniens des deux premiers tiers du XX^{ème} siècle, comme un résidu de l'ancien monde, voué à disparaître à mesure que s'étend la compétence des juges internationaux. V. par ex. The HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, « III – Law of Treaties », *AJIL, Supplement: Research in International Law*, 1935, vol. 29, Supplement, dont il est tout à fait remarquable qu'il prenne systématiquement (pp. 1171 et s.) le contrepied de l'article 14 de la Convention de la Havane sur les traités du 20 février 1928, entrée en vigueur pour le Brésil, Haïti, le Nicaragua, le Panama et la République dominicaine (*Ibid.*, Appendix 1, p. 1205, note 1), et qu'il repousse sans argument, sinon d'autorité (pp. 1172, et s.) la vue réaliste et très semblable de Dionisio Anzilotti, selon laquelle les traités dont toutes les obligations ont été complètement remplies sont éteints.

⁶⁵ V. *infra* le § 20 et la note 149.

de sortir », et, d'un autre côté, qu'« un État partie à ces conventions [puisse] s'en retirer, de sa propre volonté, par un acte de répudiation unilatérale », « simplement parce qu'elles ne lui paraissent plus suffisamment avantageuses » à court terme⁶⁶. Ainsi, d'un côté, il n'est pas impossible d'être « internationaliste » – au sens idéologique du terme – tout en essayant d'être démocrate, et on peut estimer en bon « internationaliste » qu'il n'est de relations internationales durablement équitables et pacifiques que si celles-ci sont organisées par des traités qui sont librement consentis, d'un point de vue formel, par des États selon ce qui est coutumièrement tenu pour un consentement « juridique », mais encore, en bon démocrate, que s'ils sont consentis substantiellement – à un niveau ou à un autre, disons pour simplifier à un niveau « politique » – par l'essentiel de la population de ces États. D'un autre côté et de manière en quelque sorte symétrique, les démocrates et en particulier la plupart des personnes ordinaires sont parfaitement à même de comprendre qu'à côté de l'idéal de relations nationales et internationales *équitables*, obéissant à des règles *délibérément et démocratiquement* formulées et adoptées, il est un idéal de relations sociales *stables, prévisibles et pacifiques*, qui ne lui est pas antagoniste mais complémentaire.

13. L'idéal démocratique lui-même impose la réglementation internationale de la dénonciation des traités – Mais il n'est même pas besoin de recourir à un idéal distinct de l'idéal démocratique (par exemple un idéal « pur » de relations internationales stables, prévisibles et pacifiques) pour justifier la réglementation de la dénonciation unilatérale des traités par le Droit international coutumier. D'au moins trois manières différentes, l'idéal démocratique l'impose lui-même.

Premièrement, adopter une perspective démocratique, donc qui fait de la souveraineté d'une assemblée de citoyens le point de départ de la vie politique légitime, ne signifie pas adopter, au plan international, une vue « individualiste » qui considérerait chaque nation et ses intérêts de manière isolée. De même qu'il n'est pas (contrairement à ce que prétend le mythe de l'état de nature) d'individu isolé ayant des besoins exclusivement individuels et que d'autres personnes empêchent plutôt qu'elles ne l'aident à devenir pleinement humain, il n'est pas (contrairement à ce que prétend le mythe de l'état de nature « international ») de nation isolée dont les intérêts peuvent être intégralement identifiés sans se soucier de ceux de ses voisins, et être

⁶⁶ DANIEL BARDONNET, « La dénonciation par le Gouvernement sénégalais de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en date du 29 avril 1958 à Genève », *AFDI*, 1972, vol. 18, p. 141. Daniel Bardonnnet cite ici les expressions d'ÉMILE GIRAUD dans « Modification et terminaison des traités collectifs » (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1961, t. I, p. 75) et d'André Gros dans son intervention, le 29 mai 1963 à la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du Droit international*, 1963, vol. I, p. 115, §71). L'article de Daniel Bardonnnet est, malgré l'objet spécifique qu'il examine, une mine d'informations sur la dénonciation en général.

entièrement réalisés sans règle et institution de Droit international. Pour cette raison, si la « clôture » territoriale et personnelle d'un État repose sur la juste conviction que les conséquences sociales des actions de ses membres sont mieux contrôlées et mieux gérées, lorsque leur sont conventionnellement conférées une unité et des limites personnelles et géographiques déterminées, cette unité et ces limites ne sont et ne peuvent être que relatives⁶⁷ : les activités des hommes ont également des effets au-delà des frontières et de la population à laquelle ils appartiennent, et le principe démocratique de « ceux qui sont affectés » n'implique donc pas uniquement ce que soit *principalement* le groupe d'hommes *le plus affecté* par certains comportements ou certaines règles qui décident de ces règles et de ces comportements, mais encore que, certes dans une moindre mesure, les autres groupes humains affectés co-décident. Comme Axel Gosseries l'a souligné dans une veine rousseauiste, « l'idée de souveraineté n'est qu'une *approximation* des exigences du principe de "ceux qui sont affectés" [*i.e.* du principe selon lequel tous ceux mais seulement ceux qui sont affectés par une règle doivent en fixer le contenu et la valeur⁶⁸]. Avoir son mot à dire sur les décisions et politiques qui nous affectent de manière significative peut [ainsi] impliquer avoir son mot à dire sur des décisions qui sont également prises par d'autres nations ou d'autres générations. [Ce principe] est donc compatible avec un multilatéralisme important sur le plan international »⁶⁹. La souveraineté d'une assemblée citoyenne et donc d'un État doit ainsi se déployer dans un contexte d'interdépendance, relative et variable mais incontournable, des intérêts et des comportements des États et des nations. C'est la raison principale pour laquelle les États s'entendent pour accepter et affirmer que certains effets internationaux de l'exercice de leur pouvoir souverain sont régis par des règles d'un autre ordre que celui de la souveraineté d'une seule assemblée citoyenne et d'un seul État, autrement dit pour affirmer et accepter qu'ils soient régis par des règles *de Droit international*.

Cette première manière démocratique de fonder la réglementation internationale de la dénonciation, et d'ailleurs de fonder le Droit international tout entier, doit être prolongée par un deuxième motif. En effet, si c'est bien démocratiquement qu'une population décide de s'organiser de manière démocratique (selon un paradoxe au caractère tautologique bien connu), elle considère nécessairement, sur un plan philosophique, que le meilleur régime est le régime démocratique, et donc qu'il doit être universellement encouragé,

⁶⁷ Sur tous ces points, v. spéc. JOHN DEWEY, *Le public et ses problèmes*, trad. de Joëlle Zask, folio essais, 2010 [1^{ère} éd. en langue anglaise (américain) : 1915], pp. 81-159.

⁶⁸ On notera qu'il existe un décalage entre *ce* principe des affectés (tous ceux mais seulement ceux qui sont affectés par une *règle* doivent en fixer le contenu et la valeur), et celui défendu par John Dewey, qui veut plutôt que ceux qui sont affectés par un *comportement* doivent fixer le contenu et la valeur des règles qui s'y rapportent.

⁶⁹ ALEX GOSSERIES, « The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity », *Ratio Juris*, décembre 2014, vol. 27, n°4, p. 532 (notre trad.).

ou en tous les cas qu'il convient de tenir compte de l'aspiration légitime des autres nations à la Démocratie. Or, respecter ou encourager l'aspiration démocratique d'un autre État signifie respecter ou encourager son égale souveraineté, et donc le Droit qui exprime les exigences de l'égale souveraineté, c'est-à-dire par définition le Droit international. Dans le cas particulier de la dénonciation unilatérale des traités, cela signifie tenir compte du fait qu'une dénonciation peut affecter la situation internationale sur la base de laquelle un autre État a pris des décisions, donc s'est autodéterminé et a ainsi manifesté son caractère démocratique. L'idéal démocratique implique ainsi d'éviter d'affecter d'autres nations dans l'expression de leur souveraineté, ce qui ne peut se faire que par des accords à ce sujet reposant sur le principe de l'égale souveraineté, autrement dit des accords *de Droit international*.

Enfin, une troisième raison démocratique exigeant la reconnaissance du Droit international et notamment le fait qu'il régisse l'acte de dénonciation unilatérale, vient du fait qu'un grand nombre de règles internationales ont vocation à garantir la paix et la sécurité internationales, ou l'intégrité territoriale, c'est-à-dire des valeurs et des situations dont le respect est indispensable, comme le remarquait déjà Jean-Jacques Rousseau, à une autodétermination populaire réelle : que signifierait l'auto-détermination d'un peuple s'il était envahi ou dirigé de loin par une puissance étrangère ? Or, l'une des finalités principales de la réglementation internationale de la dénonciation unilatérale est très clairement d'empêcher que des désaccords mineurs se transforment en tensions plus graves, voire en conflits armés. Étant donné que ces tensions et ces conflits constitueraient des obstacles à l'exercice de la Démocratie, il convient encore de respecter la réglementation internationale de la dénonciation par souci pragmatique de préserver pour soi-même les conditions internationales permettant l'exercice de la Démocratie.

Finalement, même une perspective axée sur la défense et la promotion de la Démocratie (ou, d'un point de vue « mondial », sur le pluralisme politique) exige qu'outre des règles nationales, des règles *internationales* fondées sur les représentations des acteurs *internationaux* encadrent la dénonciation des traités.

B. Le maintien bienvenu de la tolérance globale à l'égard des dénonciations unilatérales

14. **Annonce du plan** – Dans une perspective démocratique, la question la plus importante relativement à la réglementation *internationale* de la dénonciation unilatérale est celle de savoir dans quelle mesure un État et, derrière lui une assemblée de citoyens, peut revenir sur un engagement antérieur. De ce dernier point de vue, les choses sont claires : les États tolèrent très largement la dénonciation unilatérale (1) et cette tolérance est particulièrement bien fondée (2).

1. Une indéniable tolérance globale de la part des États

15. **Constat général et exception** – D'une manière générale, le constat dressé en 1961 par Émile Giraud est toujours d'actualité : « Il ne semble pas que les dénonciations non prévues par les conventions dont elles faisaient l'objet aient donné lieu à beaucoup de difficultés »⁷⁰. Historiquement, les deux seuls types de traités dépourvus de durée ou de clause de dénonciation, à propos desquels des États ont tendu à refuser à un autre l'opposabilité d'une dénonciation de sa part, sont, d'un côté les traités inégaux imposés par les États occidentaux à la suite d'un recours à la force ou d'une forte pression dans un cadre colonial ou néocolonial (traités qui ne comportaient jamais ou pratiquement jamais une clause de dénonciation unilatérale au profit de l'État faible, et comportaient au contraire souvent une « clause d'éternité »), et d'un autre côté les traités de paix, de territoire et de frontières. Or, au moins depuis 1969, le rejet de la dénonciation du premier type de traité ne constitue plus une pratique pertinente⁷¹, et le second constitue une exception qui fait d'autant

⁷⁰ ÉMILE GIRAUD, *op. cit.* (note 66), p. 79.

⁷¹ En effet, il est désormais admis qu'en tant qu'ils sont contraires à des règles impératives (l'interdiction du recours à la force armée et, pour ceux qui le considèrent comme une règle impérative, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), les traités inégaux et imposés à proprement parler sont entachés de nullité absolue. En particulier, il est une rupture fondamentale entre la pratique des États antérieure à 1969, et celle qui est postérieure à cette date, dans le traitement du motif de nullité que constitue le recours à la contrainte armée contraire au Droit international de la paix et de la sécurité (v. spéc. sur ce point : ROMAIN LEBOEUF, *Le traité de paix : Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Pedone, 2018, pp. 313-355 §§ 325-382). Selon la Convention de Vienne sur le Droit des traités, « [e]st nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies » (a. 52), de même que « tout traité existant qui est en conflit avec » « une nouvelle norme impérative du droit international général » (a. 64). Cette nullité « libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter [ces] traité[s] » et, si elle « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin », « ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général » (a. 71, al. 2, a). Par conséquent, le rejet fréquent, par les États colonisateurs ou anciennement colonisateurs, de la dénonciation de tels traités par des États anciennement colonisés ou semi-colonisés, outre qu'il n'a globalement plus lieu et était contestable en opportunité, est désormais exclu en Droit. La prise en compte de cette pratique obsolète de refus doit être écartée pour définir la règle coutumière en vigueur actuellement. La question de savoir si de tels traités peuvent être dénoncés ne doit et n'est en pratique débattue que lorsque ces traités sont mixtes, c'est-à-dire d'un côté inégaux et/ou imposés, et de l'autre relatifs à la paix, aux frontières, à un titre de souveraineté, éventuellement au statut juridique international d'un espace. Ainsi, les traités de frontières ont été exclus du jeu du principe *rebus sic stantibus* dans l'article 62 § 2 (a) de la Convention de Vienne, mais cette exclusion a fait l'objet de réserves ou de protestations de la part de l'Afghanistan, du Maroc, de la Syrie, du Sultanat d'Oman et du Cameroun. Ceux-ci considéraient, confondant d'ailleurs quelque peu la terminaison et la nullité des traités, que les traités de frontières inégaux ou nuls, en particulier en tant qu'ils sont contraires au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (conçu ici comme impératif) peuvent être dénoncés. V. sur ce point : MALCOLM N. SHAW, CAROLINE FOURNET, « Convention de Vienne de 1969 – Article 62 – Changement fondamental de circonstances », in OLIVIER CORTEN, PIERRE KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités*, Bruylant, 2006, vol. III, p. 2245 § 17 et les références. Ces réserves ont néanmoins elles-mêmes fait l'objet d'objections par l'Argentine, l'Algérie et les États-Unis (*Ibid.*, p. 2247 § 19).

mieux ressortir le principe général de tolérance⁷². Elle le fait à au moins deux titres. Premièrement, *tous* les exemples de réactions étatiques à la dénonciation généralement avancés par la doctrine pour prétendre qu'il existe une interdiction de principe de cet acte concernent en réalité des traités de paix, des traités de territoire ou de frontière (ou parfois des traités portant sur le statut d'espaces particuliers)⁷³. L'absence de précédent majeur concernant d'autres types de traité (d'alliance, de commerce, de coopération, etc.), c'est-à-dire de précédent concernant l'immense majorité des types de traité, montre bien que le principe de l'interdiction coutumière de la dénonciation unilatérale ne vise en réalité que les traités de paix, de territoire et de frontière. Deuxièmement, la clarté et l'unanimité des positions générales des États, et subsidiairement de la Commission du Droit International⁷⁴, des juges internationaux⁷⁵ et des universitaires sur l'interdiction de principe de la

⁷² En dehors, peut-être, des cas particuliers des « traités qui règlent définitivement un différend international » et des « traités qui soumettent à un régime international spécial une zone, un territoire, un fleuve, une voie navigable ou un espace aérien déterminés », il semble que les traités qu'HUMPHREY WALDOCK disait être « présumés indénonçables » par les États soient bien plutôt jugés dénonçables par eux. Il s'agit notamment des « traités de désarmement » (dont plusieurs exemples récents – qui concernent il est vrai des traités pourvus de clauses de dénonciation – montrent nettement que les États admettent qu'ils soient dénoncés), « les traités qui ont pour but le maintien de la paix » (les réactions à la dénonciation de la Charte des Nations Unies par l'Indonésie, que nous évoquerons note 97, montrent assez bien la tolérance des États à cet égard ; en outre, il est souvent difficile de distinguer de tels traités des traités d'alliance ou de coopération militaires, dont HUMPHREY WALDOCK estime qu'ils sont « présumés dénonçables » par les États), « [l]es traités multilatéraux généraux qui intéressent la codification ou le développement progressif du droit international général » (sachant que certains de ces traités, comme les Conventions de Genève, comportent des clauses de dénonciation, ce qui montre une fois encore que les États les estiment susceptibles de dénonciation). Notons enfin que, selon HUMPHREY WALDOCK, tous ces traités ne sont présumés indénonçables par les États qu'à « condition, dans tous ces cas, que le traité ne soit pas dépourvu de validité substantielle, en vertu d'une des dispositions de la section II de la présente partie [sur les clauses de nullité des traités] et qu'il n'ait pas été conclu à seule fin d'établir un *modus vivendi* ». Or comme nous allons le voir, l'admission par les États que ces causes de nullité puissent être unilatéralement invoquées par un État partie pour remettre en question ces traités suggère que les États, tout au moins à certaines conditions, admettent qu'ils puissent faire l'objet de dénonciations. En tout état de cause, une présomption de dénonçabilité s'applique à l'immense majorité des traités, à savoir les traités de commerce, d'investissement, d'alliance, de coopération politique ou « technique portant sur des questions économiques, sociales, culturelles ou scientifiques, sur les communications ou sur toute autre question analogue », les traités établissant des organisations internationales, et les traités d'arbitrage, de conciliation ou de règlement judiciaire (second rapport d'HUMPHREY WALDOCK, Doc. A/CN. 4/156 et Add. 1-3, *Ann. CDI*, 1963, vol. II, pp. 66-67).

⁷³ Ainsi, le traité de Paris de 1856 est à la fois un traité de paix (il met fin à la Guerre de Crimée), un traité de frontière (il garantit l'intégrité de l'Empire ottoman, notamment) et un traité portant statut de territoire (en particulier, c'était le point le plus litigieux, la neutralité de la Mer Noire) ; les traités dénoncés ou plutôt violés par l'Allemagne nazie étaient des traités de paix et de territoire ; les accords interalliés portaient sur le statut de Berlin.

⁷⁴ V. en particulier le commentaire de l'article 53 du projet d'articles adopté par la Commission du Droit international à sa dix-huitième session (*Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 273) et soumis aux États réunis lors de la Conférence des Nations Unies sur le Droit des traités (*op. cit.* (note 63), A/CONF.39/11/Add.2, p. 76).

⁷⁵ V. *infra* note 77.

dénonciation unilatérale des traités de paix, de territoire et de frontière⁷⁶, ou plutôt sur la subsistance des règles consacrées par ces instruments indépendamment de leur durée ou de leur validité formelle⁷⁷, fait ressortir la tolérance de principe, tout aussi nette, de la dénonciation unilatérale des autres types de traité.

16. Preuves d'une tolérance générale de la dénonciation unilatérale par les États – Positivement, la tolérance générale de la dénonciation unilatérale par les États ressort premièrement de la présence *généralisée* de clauses de dénonciation dans les traités. Ces clauses, non seulement *autorisent* la dénonciation, mais encore, en dehors de *réquisits* temporels en général minimaux, ne fournissent aux autres parties quasiment aucun moyen de contester la licéité ou l'opposabilité de cet acte⁷⁸.

La tolérance générale de la dénonciation unilatérale par les États ressort deuxièmement du fait que, si l'on examine les négociations à l'origine des quelques traités ne contenant pas de clauses de dénonciation, dont les plus connues sont les Conventions de Genève sur le Droit de la mer, la Charte des Nations Unies, et les traités des Communautés et de l'Union européennes, on s'aperçoit que l'intention des États contractants n'était jamais d'interdire la dénonciation ou de s'en remettre à une interdiction coutumière, mais toujours, sur un plan diplomatique, de dissuader les États parties de dénoncer l'instrument. Il faut souligner que c'était le cas de la Charte des Nations Unies⁷⁹ et des traités européens, alors que tous deux avaient particulièrement

⁷⁶ Dont les contours exacts sont cependant rarement définis nettement ; l'inclusion des traités établissant des « baux » ou fixant le statut de bases militaires à l'étranger est par exemple fréquemment discutée par les États au territoire affecté, et par les universitaires ayant leur nationalité.

⁷⁷ V. spéc. CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad)*, arrêt du 4 février 1994, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 37 §§ 72-73. Cet arrêt a été confirmé sur ce point par CIJ, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 13 décembre 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 861 § 89. Cette position de la Cour était largement préfigurée par un passage de sa décision en l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie) (compétence de la Cour)*, arrêt du 19 décembre 1978, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 36 § 85 *in fine* (« Qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une limite de plateau continental, l'opération est essentiellement la même ; elle comporte le même élément inhérent de stabilité et de permanence et est soumise à la règle qui veut qu'un traité de limites ne soit pas affecté par un changement fondamental de circonstances ») et a parfois été rattachée à une remarque faite par la Cour dans l'arrêt relatif au *Temple de Préah Vihear (fond)* (arrêt du 15 juin 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 34 : « D'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive »).

⁷⁸ En effet, elles permettent fréquemment des dénonciation à n'importe quel moment ou seulement après un bref délai ; d'ordinaire, elles sont sans condition ou indiquent des conditions tellement vagues ou subjectives que n'importe quelle partie peut les invoquer dans tous les cas. Dans le même sens, avec diverses nuances et précisions, v. *infra* le II.A.1 de la contribution de NATHALIE CLARENC BICUDO ou le § 7 et la note 15 de celle d'EMMANUEL BOURDONCLE.

⁷⁹ Pour la Charte des Nations Unies, v. par ex. en ce sens : RUTH B. RUSSELL, *A History of the United Nations Charter – The Role of the United States, 1940-45*, Brookings Institution, 1958, p. 438 ou HANS KELSEN, *The Law of the United Nations – A critical analysis of its fundamental problems*, Stevens & Sons Ltd., 1950, pp. 129-133, ou encore, dans cet ouvrage, l'introduction de la contribution d'ALEXIS

vocation à établir une situation permanente. En ce qui concerne les seconds, on peut rappeler que lors de la négociation des deux traités de Rome, l'Allemagne fit savoir qu'elle reconsidérerait sa participation à la CEE et à l'EURATOM en cas d'unification allemande⁸⁰. Aucun État n'émit de protestation ou de critique à cet égard, et aucun ne considéra qu'il y avait là une incompatibilité avec l'article 240 du traité CEE, selon lequel ce dernier était conclu « pour une durée illimitée ». En fait, outre que la question de la dénonciation d'un instrument et celle de la durée prévue des règles qu'il édicte et des organes qu'il institue sont conceptuellement distinctes⁸¹, il existe des traités conclus pour une durée illimitée et qui n'en autorisent pas moins la dénonciation⁸². Surtout, de nombreuses organisations ont été établies pour une durée illimitée par des traités conclus pour une durée illimitée, et ces derniers n'en prévoient pas moins expressément leur dénonciation. C'est le cas de l'Organisation des États américains (a. 143⁸³), de l'ANZUS (a. 10 du traité de sécurité conclu entre les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁸⁴), de l'OIT (a. 1 § 5), de l'UNESCO (a. 2 § 6), de l'OTAN (a. 13), du Conseil de l'Europe (a. 7), de l'Accord établissant l'OMC (a. 15 § 1), etc. Interpelé par le Conseil de la République le 19 juillet 1957 à propos de la position allemande sur le traité CEE, le secrétaire d'État français aux affaires étrangères affirma

MARIE ainsi que sa note 3. La chose ressort de manière extrêmement nette des discussions à l'origine du choix de l'absence de clause, ainsi que du fait que plusieurs États, par exemple la Chine, les États-Unis et la France se déclaraient hostiles à l'insertion d'une clause de retrait, tout en estimant que « la faculté de se retirer est en quelque sorte naturelle », *i.e.* qu'elle existe sur la base du principe de souveraineté des États indépendamment de ce que prévoit le traité (Compte-rendu résumé de la 28^{ème} séance du Comité ½, 17 juin 1945, Doc. 1086 (FRENCH) 1/2/77, *Documents de la Conférence des Nations unies sur l'Organisation internationale, San Francisco, 1945*, vol. VII, pp. 271-272).

⁸⁰ Les minutes de la négociation indiquent ainsi, au 28 février 1957, que « [l]e gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne maintient l'interprétation selon laquelle en cas de réunification de l'Allemagne, un réexamen des traités du Marché commun et de l'Euratom aura lieu » (cité in HERMANN-JOSEF BLANKE, STELIO MANGIAMELLI, « Article 50 – Voluntary Withdrawal from the Union », in *Id.* (Eds.), *The Treaty on European Union: A Commentary*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, p. 1386, note 3, notre trad. de l'anglais).

⁸¹ V. not. ALEXIS VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », in VLAD CONSTANTINESCO, YVES GAUTIER, VALÉRIE MICHEL (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe – Analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, p. 266.

⁸² V. par ex. le traité sur le commerce des armes du 2 avril 2013, entré en vigueur le 24 décembre 2014, qui dispose dans son article 24 : « 1. Le présent Traité a une durée illimitée. 2. Chaque État partie a le droit, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, de dénoncer le présent Traité. (...) ». V. également par ex. le traité de non-prolifération nucléaire, dont l'article X.1 dispose que « [c]haque Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura le droit de se retirer du Traité si elle décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent Traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays (...) », et qui n'en a moins été prorogé « pour une durée indéfinie » par les États parties au traité (Décision 3, en annexe du Document final de la Conférence de 1995 des Parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, NPT/CONF.1995/32 (Part I)), conformément au paragraphe 2 de l'article X du Traité.

⁸³ « Cette Charte restera en vigueur indéfiniment, mais pourra être dénoncée par n'importe quel État membre (...) ».

⁸⁴ « Ce traité restera en vigueur indéfiniment. Toute partie peut cesser d'être un membre du Conseil établi par l'article VII (...) ».

explicitement que la position de la France à l'égard du traité était identique (il était juridiquement autorisé de le dénoncer)⁸⁵, ce qui là encore ne fit l'objet d'aucune protestation. Toujours dans le même sens, lorsqu'examinant le traité sur l'Union européenne, la Cour de Karlsruhe déclara plus tard que l'Allemagne, en tant que « maîtresse des traités », pouvait quitter l'Union européenne par un acte contraire⁸⁶, les États membres admirent ce raisonnement. Enfin, lors de la discussion du traité établissant une Constitution pour l'Europe, *aucun* membre de la convention pour l'avenir de l'Europe ne soutint qu'un État membre avait, en concluant les traités européens, perdu son droit à les dénoncer ou à se retirer de l'Union européenne⁸⁷, tandis qu'un grand nombre déclarèrent explicitement qu'un tel droit existait quoi que puisse en dire le traité⁸⁸. Dans le cadre de cette négociation, le Praesidium se dit lui-même en faveur d'« une disposition spécifique dans la Constitution sur le retrait volontaire de l'Union » afin, non d'ouvrir un droit nié jusqu'ici, mais d'envoyer un « signal politique important à quiconque tendrait à soutenir que l'Union est une entité rigide et impossible à quitter »⁸⁹. Autrement dit il s'agissait de rappeler que contrairement à ce que soutenaient les « experts » du Droit européen sur la base des prétendues intentions des États⁹⁰, mais également la Cour de Luxembourg⁹¹, les transferts de compétence des États

⁸⁵ V. ALEXIS VAHLAS, *op. cit.* (note 81), pp. 267-268.

⁸⁶ Bundesverfassungsgericht (Allemagne), 12 octobre 1993, *Maastricht*, aff. n°89/155, § 112. L'arrêt est en ligne, en langue allemande, sur le site de la Cour. Une version en langue anglaise peut être trouvée dans *Common Market Law Reports*, 1994, vol. 69, n°2, p. 57, et en langue française dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, n°7-8, p. 290.

⁸⁷ V. not. en ce sens HERMANN-JOSEF BLANKE, STELIO MANGIAMELI, *op. cit.* (note 80), p. 1404.

⁸⁸ V. les amendements ERNANI LOPES et MANUEL ANTUNES, et plus largement les amendements SANTER, FAYOT et SCHMIT.

⁸⁹ PRAESIDIUM DE LA CONVENTION POUR L'AVENIR DE L'EUROPE, *Draft Constitution Volume I – Revised text of Part One*, CONV 724/03 ANNEX 2, p. 134 (disponible en ligne sur : <http://european-convention.europa.eu> ; notre trad. de l'anglais). Dans le même sens, v. not. PHOEBUS ATHANASSIOU, « Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU – Some Reflections », *Legal Working Paper Series*, déc. 2009, n°10, Banque centrale européenne, p. 25, note 76 ; CHRISTOPHE HILLION, « Accession and Withdrawal in the Law of the European Union », in DAMIAN CHALMERS, ANTHONY ARNULL (Eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, 2015, p. 150. Sur cet intérêt de l'introduction d'une telle clause, v. déjà FLORENCE CHALTIEL, « Une Constitution pour l'Europe, An I de la République européenne », *Revue de l'Union européenne*, sept. 2003, n°471, p. 495, spéc. la fin du I.A.

⁹⁰ V. par ex. JOHN A. HILL, « The European Economic Community: The right of Member State withdrawal », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1982, vol. 12, n°3, pp. 346 in fine-347, 356 ; HERMANN-JOSEF BLANKE, STELIO MANGIAMELI, *op. cit.* (note 80), p. 1399.

⁹¹ V. spéc. JOHN A. HILL, *op. cit.* (note 90), pp. 339-341. Cf. CJCE, *Flamingo Costa c. ENEL*, arrêt du 15 juillet 1964, aff. n°6-64, *Rec.* p. 1141 (où sont évoquées des « limitations définitives de[s] droits souverains » des États en faveur d'une organisation « de durée illimitée » à la nature « spécifique originale »). Comp. ces termes avec ceux de l'arrêt *San Michele* (CJCE, 22 juin 1965, *Faillite des aciéries San Michele SpA contre Haute Autorité de la CEE*, aff. n°9/65, *Rec.* p. 37) : « tous les États ont adhéré au traité dans les mêmes conditions, définitivement et sans autre réserve que celles exprimées dans les protocoles additionnels » (les italiennes sont ajoutées). Malgré l'orgueilleuse présomption qu'elle exprime et les résonances totalitaires que d'aucuns lui trouveront peut-être, la prétention à « instituer une communauté de durée illimitée » et impossible à quitter sera maintenue par la Cour de Justice comme base de décisions favorables à une intégration « toujours plus grande ». Pour un

vers l'Union n'avaient jamais été irréversibles⁹². La dénonciation avait toujours été possible, et elle avait toujours pu être unilatérale plutôt que consensuelle⁹³. Les États avaient toujours eu la possibilité de la notifier unilatéralement et elle aurait tout à fait pu produire des effets *sans traité* conclu à cet égard entre l'Union européenne et l'État s'en retirant (ce que prévoit désormais l'article 50.3 du TUE), ou encore *sur la base* d'un traité conclu par le Conseil statuant à la *majorité* qualifiée plutôt qu'à l'unanimité de ses membres (ainsi qu'en dispose maintenant l'article 50.2 du TUE). Cette situation n'est pas sans rappeler celle de l'accord de base de l'UNESCO, dont la version initiale ne comportait pas de clause de dénonciation, mais qui fût rapidement révisé pour *permettre* une dénonciation jugée « inévitable dans certaines circonstances », ce que divers événements allaient d'ailleurs confirmer par la suite. Alexis Marie rappelle plus loin dans cet ouvrage « que le sens de cette modification ne semble pas avoir fait l'objet de discussions et qu'il était d'emblée acquis qu'un retrait unilatéral devait être autorisé (...) »⁹⁴. Finalement, une lecture attentive des débats à l'origine des traités multilatéraux dépourvus de durée et de clause de dénonciation, y compris en matière de droits de l'homme, montre qu'en dehors de rarissimes exceptions, loin de remettre en cause, pour ces traités, la tolérance coutumière que les États observent à l'égard de la dénonciation unilatérale, ces débats la confirment⁹⁵.

exemple parmi d'autres, v. l'arrêt du 14 décembre 1971, *Commission des Communautés européennes contre République Française, Agence d'approvisionnement*, aff. n°7-71, *Rec.* p. 01003, § 19.

⁹² C'est d'ailleurs ce qu'a bien noté par la suite la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt sur le Traité de Lisbonne : Cour constitutionnelle (Allemagne), 2nd ch., 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, 2 BvE 2/08 et al., § 233 (« (...) un retrait de l'union d'intégration [*Integrationsverband*] européenne (...) n'est pas une sécession d'une fédération d'États (*Staatsverband*), qui est problématique en Droit international (...) mais plutôt le retrait d'une association d'États souverains (*Staatenverbund*) qui est fondée sur le principe de l'engagement réversible ») (notre trad. ; comp. la trad. proposée dans la *Revue générale du droit* sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/bverfg-30-juin-2009-traite-de-lisbonne-decision-numero-2-bve-208/>). Dans le même sens, v. par ex. : Tribunal constitutionnel (Pologne), 24 novembre 2010, n° K 32/09, <http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Polonia-24novembre-2010.pdf>, pp. 42-43 § 3.8, qui rappelle pour le confirmer, le passage précité de la décision allemande. JOËL RIDEAU (*Droit institution de l'Union européenne*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 6^{ème} éd., p. 95 § 37) oppose également l'affirmation, dépourvue de base textuelle, du caractère irréversible des engagements des États, et le fait qu'il n'était pourtant « pas imaginable qu'un État désireux de se retirer de la Communauté européenne puisse se voir opposer le caractère définitif de ses engagements (...) ». Il note à juste titre que « [c]'est, en réalité, l'ampleur des effets concrets de la participation des États membres sur leur tissu économique et social qui apparaissait comme le véritable facteur de l'irréversibilité des engagements. Le traité de Lisbonne en prévoyant la possibilité de retrait a donc en fait officialisé une situation de fait ».

⁹³ PRAESIDIUM DE LA CONVENTION POUR L'AVENIR DE L'EUROPE, *Draft Constitution Volume I – Revised text of Part One*, CONV 724/03 ANNEX 2, p. 135 : « The Praesidium considers that, since many hold that the right of withdrawal exists even in the absence of an explicit provision to that effect, withdrawal of a Member State from the Union cannot be made conditional upon the conclusion of a withdrawal agreement ».

⁹⁴ V. *infra*, p. 160

⁹⁵ *Contra*, pour la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, mais à notre sens sans référence suffisante aux débats à l'origine de celle-ci, v. *infra* la contribution de PHILIPPE FRUMER, p. 188.

De manière peut-être encore plus importante, la tolérance coutumière des États à l'égard de la dénonciation unilatérale ressort, troisièmement, des pratiques des États lorsqu'ils réagissent à des dénonciations effectives. Dans l'écrasante majorité des cas, en fait dans la totalité d'entre eux à l'exception d'une ou deux affaires où la position de certains États s'est temporairement avérée plus ambiguë, la faculté de notifier la dénonciation d'un traité pour des motifs coutumiers a été admise, y compris lorsque le traité ne comportait ni durée ni clause de dénonciation. En particulier, aucun État n'a prétendu que l'absence d'une clause de dénonciation dans un traité signifie qu'il ne peut pas être dénoncé. La chose est nette dans les trois cas que nous avons mentionnés : celui de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, lorsqu'elles furent dénoncées par le Sénégal en 1971⁹⁶, celui de la Charte des Nations Unies lorsqu'elle fût dénoncée par l'Indonésie en 1965⁹⁷, et celui des dénonciations des traités européens envisagées par le Royaume-Uni⁹⁸ et le

⁹⁶ La notification de dénonciation a été enregistrée par le Gouvernement sénégalais à la date du 9 juin 1971, sous les numéros 7477 et 8164 (*RTNU*, vol. 781, p. 333). Lorsque le Secrétariat général déclara que la dénonciation de ces conventions devait être privée d'effet, qu'il fit connaître sa position aux États parties à ces conventions, et qu'il s'opposa à l'enregistrement de l'acte sénégalais, « le silence des États (...) a été (...) total. D'une part, le Secrétariat n'a reçu d'aucun Membre de l'Organisation des Nations Unies une quelconque réponse, ni à sa lettre du 5 janvier 1972 ni à sa lettre du 30 juin 1972, qui, l'une et l'autre, communiquaient les diverses pièces du dossier. D'autre part, lorsque M. Stavropoulos a déclaré, le 23 mars 1972, devant le Comité des fonds marins : "Quant à l'enregistrement, le Secrétariat serait reconnaissant au Gouvernement sénégalais de saisir l'Assemblée générale de cette question à sa prochaine session, car c'est à l'Assemblée qu'il incombe de donner des instructions au Secrétariat sur la façon dont il doit s'acquitter de l'enregistrement dans des cas analogues", non seulement le représentant permanent du Sénégal a immédiatement écarté cette éventualité, mais les autres États ne se sont pas manifestés » (DANIEL BARDONNET, *op. cit.* (note 66), p. 179).

⁹⁷ La décision indonésienne fût regrettée par des États et par l'ONU sur un plan politique, mais tant les premiers que la seconde prirent note de la décision et reconnurent implicitement le droit de l'Indonésie de se retirer, malgré l'absence de disposition de la Charte sur ce point. En ce qui concerne les États, v. not. les réactions de la Malaisie le 22 janvier (A/5861), la Grande-Bretagne le 8 mars (A/5910) et l'Italie le 13 mai 1965 (A/5914). Pour une interprétation de ces réactions en ce sens, v. YEHUDA Z. BLUM, « Indonesia's Return to the United Nations », *ICLQ*, 1976, vol. 16, n°2, p. 524. En ce qui concerne l'Organisation, celle-ci s'abstint prudemment de qualifier la situation (v. la lettre du Secrétaire Général au Ministère des Affaires étrangères d'Indonésie, en date du 26 février 1965, n°A/5899). Toutefois, ce n'est pas l'Organisation mais l'Indonésie elle-même qui requalifia rétroactivement, vingt mois plus tard, son retrait en simple cessation de coopération. V. le télégramme de son Ambassadeur, lu à la session plénière de l'Assemblée générale du 28 septembre 1966, in *Yearbook of the United Nations*, 1966, pp. 206 *in fine*-207. Cette requalification rétroactive fût acceptée par l'Organisation ainsi que par l'OIT (*Ibid.*, p. 977), par la FAO (où la dénonciation indonésienne n'avait de toute façon pas encore produit d'effet : *Ibid.*, p. 984) et par l'UNESCO (sous la forme d'une « annulation » de l'acte de dénonciation, par l'Indonésie elle-même : *Ibid.*, p. 990).

⁹⁸ En 1975, lorsque le Royaume-Uni demanda une renégociation des conditions de son appartenance aux Communautés, et menaça à cette fin de se retirer unilatéralement et inconditionnellement des Communautés, aucun État membre, même parmi les plus favorable à « l'intégration », ne mit en cause la régularité d'un tel retrait éventuel. V. par ex. en ce sens : ALEXIS VAHLAS, « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDPE*, 2005, n°6, pp. 1565 et s., spéc. le II.B.1 ; CLAUDE BLUMANN, LOUIS DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 2013, 5^{ème} éd., p. 54 § 68 ; PHILIPPE MANIN, *Les Communautés européennes, l'Union européenne*, Pedone, coll. « Études internationales », 1999, 5^{ème} éd., p. 80, § 126 *in fine*.

Danemark⁹⁹, respectivement en 1975 et 1992. Cette tolérance généralisée des États dans le cas où la convention dénoncée ne comporte ni durée ni clause de dénonciation est tout aussi claire, voire davantage, dans la pratique la plus récente. En effet, lorsque les États-Unis ont dénoncé, en 2005, le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et en 2018 le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ils n'ont invoqué ni le fait que ces textes ne comportent aucune disposition relative à leur dénonciation, ni le fait qu'ils aient une nature particulière, ni même un changement fondamental de circonstances (la règle codifiée à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités). Ces deux dénonciations, qui sont les deux précédents contemporains les plus marquants, ne semblent avoir connu ni objection ni critique d'un point de vue juridique de la part du dépositaire de ces instruments¹⁰⁰ (qui s'est pourtant reconnu cette possibilité par le passé) et surtout de la part des très nombreux États liés par ces instruments¹⁰¹.

Enfin et quatrième, les (rarissimes) contestations étatiques des *effets* d'une dénonciation unilatérale reposent systématiquement sur celles des *motifs* censés avoir présidé à la dénonciation, et non sur la faculté de dénoncer elle-même¹⁰². Coutumièrement, les États estiment qu'en dehors des traités de paix

⁹⁹ Le 9 octobre 1992, à la suite du référendum danois sur le traité de Maastricht qui s'avéra négatif, le Danemark publia un Livre blanc dans lequel l'une des options envisagées était le retrait du Danemark « sans qu'il soit précisé que cette solution nécessit[ait] l'accord des autres États membres ». Or, « [f]ace à cette position, et comme en 1975, il est significatif qu'aucun État membre ni aucun organe de l'Europe communautaire n'ait exclu cette option de retrait. (...) [U]ne fois de plus (...) la sortie unilatérale de l'Europe communautaire n'[était] pas perçue comme interdite » (ALEXIS VAHLAS, *op. cit.* (note 98), pp. 1565 et s., spéc. le II.B.1 *in fine*).

¹⁰⁰ V. la note 1 de la page internet https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3&clang=_fr et la note 5 de la page https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-5&chapter=3&clang=_fr#5.

¹⁰¹ V. les pages mentionnées à la note précédente.

¹⁰² C'est le cas, même dans les trois précédents ou séries de précédents ordinairement avancés par la doctrine pour soutenir le contraire (v. *supra* note 73). En vérité, la sélection et l'interprétation de ces trois ensembles de « précédents », qui sont les seuls systématiquement cités, sont particulièrement idéologiques : premièrement, on n'y trouve aucune dénonciation de traités par des États vainqueurs des deux conflits mondiaux et, en dehors de l'Allemagne aucun État occidental. Pourtant, les dénonciations de traités par les États occidentaux sont particulièrement nombreuses, et elles concernent non seulement des traités contenant des clauses de dénonciation et des traités dépourvus de telles clauses, mais encore des traités excluant toute dénonciation unilatérale (pour de telles répudiations ou affirmation qu'elles peuvent avoir lieu, v. par ex. dans la pratique française la lettre du 21 octobre 1895 de M. HANOTAUX, ministre des Affaires étrangères, à M. de Courcel, ambassadeur de France à Londres, *Documents diplomatiques français*, 1^{ère} série, t.XII, n° 180, p. 257 ; ou Sénat, séance du 10 février 1912, discours de M. R. POINCARÉ, président du Conseil, *JO, Débats parlementaires, Sénat*, 1912, p. 225), ou des traités autorisant leur dénonciation après un délai qui n'était pas expiré (on peut ainsi rappeler, pour en rester à la pratique française, que le Président Charles de Gaulle se paya le luxe de déclarer en 1963 que « les traités sont comme les roses et les jeunes filles : ça dure ce que ça dure », et de décider en 1966 que la France se retirerait du commandement intégré de l'OTAN, alors que le Traité de l'Atlantique Nord n'envisageait pas un retrait de ce type et que son article 13 conditionnait le retrait de l'organisation à l'expiration d'un délai de vingt ans après son entrée en vigueur, délai qui

ou des traités portant cession ou délimitation de territoires, les motifs de nullité du traité – en particulier l’usage de la contrainte armée en violation des règles internationales et la contrariété du traité avec une norme impérative – ou de terminaison du traité – en particulier l’exception d’inexécution et le changement fondamental de circonstances¹⁰³ – peuvent être invoqués à l’encontre de *tout* traité, et que les États parties à un traité peuvent *toujours* notifier une dénonciation sur leur base. Dans bien des cas, les États dénonçant un traité n’estiment pas nécessaire de justifier en Droit leur décision de dénoncer. Mais lorsqu’ils le font, ils invoquent des motifs de terminaison des traités, parfois des causes de nullité ; et les effets de la dénonciation dépendent, en l’absence de disposition conventionnelle, d’un jeu de prétentions et d’acceptations par les autres États parties. Mais que les effets de la dénonciation soient reconnus ou non, la possibilité de dénoncer un traité en invoquant de tels motifs est incontestablement reconnue par les États¹⁰⁴. Ceux-

n’était pas écoulé en 1966 puisque le traité était entré en vigueur en 1949). Deuxièmement, l’interprétation de ces trois précédents est biaisée parce qu’au moins les deux premiers concernent des traités de paix et/ou de frontière, qui font l’objet d’une exception universellement reconnue au principe de tolérance de la dénonciation. Elle l’est aussi parce que le cas de l’Allemagne des années 1930 est un cas de violation et non de dénonciation des traités, et également parce que les deux autres affaires, si on les étudie en allant au-delà des formules généralement citées, apparaissent comme des cas de contestation de la pertinence des motifs de dénonciation avancés et non de la faculté de dénoncer elle-même. La seule position étatique ambiguë dans ces deux affaires était, dans le premier cas, celle de l’Angleterre, à propos de la possibilité de dénoncer sur la base du changement fondamental de circonstances. Or, cet État ne contesta pas l’invocation de cet argument par la suite, notamment en 1886 de la part de la Russie...et il l’employa lui-même à peine quelques années plus tard. Les autres États admettaient clairement, dans les deux cas, la dénonciation unilatérale sur la base de motifs coutumiers comme *rebus sic stantibus*. Plus généralement, lorsqu’une dénonciation fait l’objet d’une contestation, ce qui encore une fois est une pratique rare et isolée, cette contestation porte en réalité sur l’applicabilité des motifs invoqués, et non sur la faculté de dénoncer pour des motifs coutumièrement reconnus. V. *infra* la note qui suit. Troisièmement, surtout, on trouve, face aux trois exemples traditionnellement avancés et interprétés de manière tendancieuse pour démontrer l’indénonciabilité des traités...la quasi-intégralité des dénonciations unilatérales notifiées depuis la fin du XVIII^{ème} siècle, dont il est remarquable qu’elles n’ont fait l’objet d’aucune contestation de principe, et dont les effets ont au contraire été implicitement ou explicitement reconnus. Aussi, l’impression superficielle produite par la combinaison, toujours la même, des mêmes extraits des deux déclarations occidentales offusquées par les dénonciations russes, s’évanouit dès que l’on se penche sur l’ensemble d’une pratique massive et parfaitement homogène...en sens contraire.

¹⁰³ V., symptomatique à ce sujet, la réponse de la Slovaquie à l’argument du changement fondamental de circonstances dans l’affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* : *Memorial submitted by the Slovak Republic*, 2 mai 1994, vol. I, pp. 334-339 ; *Counter-Memorial submitted by the Slovak Republic*, 5 décembre 1994, vol. I, pp. 303-305 (le motif est invocable mais il n’est pas opposable à la Slovaquie étant donné les faits). Plus anciennement mais exactement dans le même sens, v. ce que le mémoire belge dit à propos « du principe *rebus sic stantibus* », dans l’affaire de la *Dénonciation du Traité sino-belge du 2 novembre 1865 (Deuxième partie, Pièces de procédure, Série C, n°16/1, Section A, p. 22)* : « Ne s’agit-il pas, en effet, suivant la théorie la plus généralement admise, d’une clause tacite contenue dans les conventions internationales conclues sans limitation de durée (...) ? (...) Il est donc loisible au Gouvernement chinois de tenter devant la Cour permanente de Justice internationale la démonstration que les circonstances qui ont inspiré les clauses du Traité de 1865 relatives à l’exterritorialité ont subi une transformation tellement radicale qu’une abrogation complète s’impose ».

¹⁰⁴ Cela peut être vérifié dans la quasi-totalité des cas et d’abord dans ceux mentionnés plus haut ainsi qu’aux notes 96 à 103 ci-dessus.

ci estiment même, pour être précis, que la dénonciation constitue une faculté et non droit¹⁰⁵, autrement dit qu'un État partie à un traité est autorisé à notifier sa dénonciation, mais que la production des « effets » attendus de cette dénonciation ne sont pas garantis juridiquement¹⁰⁶. La première de ces deux caractéristiques – la faculté de notifier unilatéralement la dénonciation d'un traité – est impliquée par la Convention de Vienne elle-même. En effet, tout comme le faisait le projet de la Commission du Droit international, la Convention reconnaît explicitement la pertinence de motifs de terminaison des traités comme le changement fondamental de circonstances, l'impossibilité d'exécution et l'exception d'inexécution. Or, ces motifs sont par définition invoqués de manière unilatérale par l'État qui souhaite dénoncer le traité. Par conséquent et comme l'ont remarqué plusieurs représentants d'État à la Conférence de Vienne¹⁰⁷, la faculté d'un État partie de notifier sa dénonciation d'un traité silencieux sur les motifs invocables, est en vérité présumée.

Au moins depuis le XVIII^{ème} siècle¹⁰⁸, les États ont par exemple *toujours* considéré que, même lorsque le traité ne prévoit rien à cet égard, sa violation

¹⁰⁵ V. par ex., dans le cadre de la négociation de la Charte des Nations Unies, la position du délégué du Royaume-Uni : « le retrait est une faculté et non un droit » (Compte-rendu résumé de la 28^{ème} séance du Comité 1/2, *op. cit.* (note 79) vol. VII, p. 270 (p. 6 du document)).

¹⁰⁶ V. par exemple l'argumentation de l'Allemagne retracée par la CIJ dans son arrêt du 2 février 1973, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt du 2 février 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 65 § 44 : « Le demandeur a soutenu dans sa plaidoirie que le fait d'alléguer un changement de circonstances ne libère pas *ipso facto* l'État qui l'invoque de son obligation conventionnelle, à moins qu'il n'ait été établi, soit avec le consentement de l'autre partie, soit par un règlement judiciaire ou autre entre les parties, que le changement de circonstances est tel qu'il justifie que les parties soient relevées des obligations conventionnelles existantes ». Dans la doctrine, v. par ex. en ce sens : ANNALISA CIAMPI, « Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure », in ENZO CANNIZZARO (dir.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, OUP, 2011, p. 376 (« The general regime is one that allows a party to invoke a cause of invalidity or termination of treaty ») (les italiques sont d'origine) ou encore PATRICK DAILLIER, MATHIAS FORTEAU, ALAIN PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 340 § 199.

¹⁰⁷ V. les interventions de M. MARTINEZ-CARO (Espagne) et de M. SMALL (Nouvelle-Zélande) : *Conférence de Vienne sur le droit des traités*, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents officiels – Documents de la Conférence*, 58^{ème} séance, p. 368 § 39, et 59^{ème} séance, p. 369 § 7. V. également, plus loin dans cet ouvrage, la contribution d'EMMANUEL BOURDONCLE, §§ 9-10 et not. la note 21.

¹⁰⁸ Et le cas parfois jugé ambigu de la « Loi des États-Unis de l'Amérique » en date du 7 juillet 1798. Celle-ci, finalement pas si ambivalente, « déclare que les traités jusqu'ici conclus avec la France, ne sont plus obligatoires pour les États-Unis » au motif que « les traités conclus entre les États-Unis et la France, ont été maintes fois violés par le gouvernement français », et plus largement « que sous l'autorité du gouvernement français on poursuit encore un système de violence déprédatrice, infractions aux traités susdits et hostilité aux droits d'une nation libre et indépendante » (GEORG FRÉDÉRIC DE MARTENS, *Recueil des principaux traités*, t. VI (1795-1799), de Dieterich, 1829, p. 465). Dans le même ordre d'idée à la même époque, v. la note adressée par le Directoire helvétique au Directoire français, demandant la révision d'un traité d'alliance du 19 août 1798 (*IBID.*, p. 486 : « Le gouvernement helvétique se croit en droit de demander cette révision, fondé sur ce qu'ayant rempli avec la plus scrupuleuse fidélité toutes les choses du contrat, celles qui obligeaient le gouvernement français ont presque toutes été éludées ou hautement violées par ses agents (...) ») et suggérant qu'il est désormais nul (p. 486 : « Ce contrat, si mal observé par l'une de ses parties, ne peut être considéré

substantielle par une partie autorise sa dénonciation par la (ou les) autre(s) parties, en particulier mais pas uniquement lorsqu'il s'agit d'un traité bilatéral¹⁰⁹. Même si, avec quelques bonnes raisons, l'article 60 de la Convention de Vienne instaure « un régime extrêmement complexe de réactions conventionnelles »¹¹⁰ et paraît fermer la porte à une terminaison unilatérale d'un traité multilatéral pour ce motif, il reste qu'une pratique foisonnante confirme le principe de la faculté d'un État partie à un traité – quel qu'il soit – dépourvu de clause relative à sa durée ou sa dénonciation, à le dénoncer sur la base de l'exception d'inexécution¹¹¹. Comme pour la clause *rebus sic stantibus*¹¹², la disponibilité d'une telle justification à la dénonciation unilatérale est totale, et vaut en réalité faculté de dénoncer¹¹³, dans le respect des principes généraux du Droit et des règles coutumières, et à moins qu'il existe une règle prohibitive spécifique également de nature coutumière.

Cinquièmement, même si les États ne considèrent pas qu'une dénonciation (non-prévue par le traité qu'elle vise) emporte des effets du simple fait de sa notification, ils n'en reconnaissent pas moins l'immense majorité des effets de l'immense majorité des dénonciations unilatérales¹¹⁴. Dans la plupart des cas, cette reconnaissance a lieu immédiatement, de manière non-conditionnelle,

désormais par l'autre que comme une stipulation chancelante (...) » ; p. 487 : « [Le soussigné] doit déclarer [à la France] que l'opinion universelle de l'Helvétie a proscrit et tient pour nuls et non avenues tous les articles précités (...) »).

¹⁰⁹ Telle est notamment la conclusion à laquelle arrive BHEK PATI SINHA dans *Unilateral denunciation of treaty because of prior violations of obligations by other party* (Martinus Nijhoff, 1966, p. 193) au terme d'un examen systématique de la pratique des États. À la suite de cet examen et de celui de la doctrine et des jurisprudences internationales et nationale, il conclut qu'indéniablement (pp. XX, 206-216), il existe un droit coutumier à dénoncer unilatéralement un traité bilatéral sur la base de l'exception d'inexécution (même lorsque l'instrument ne prévoit pas ou même interdit la dénonciation en général ou une catégorie de dénonciation dans laquelle rentre celle qui est notifiée) et que l'exercice de ce droit doit produire des effets dans certaines circonstances.

¹¹⁰ BRUNO SIMMA, CHRISTIAN J. TAMS, « Convention de Vienne de 1969 – Article 60 – Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation », in OLIVIER CORTEN, PIERRE KLEIN (dir.), *op. cit.* (note 71), vol. III, p. 2134.

¹¹¹ V. spéc. BHEK PATI SINHA, *op. cit.* (note 109), pp. 104-193, qui concerne en très grande partie des traités dépourvus de clause de durée ou de dénonciation.

¹¹² Dans la doctrine, v. par ex. : LASSA OPPENHEIM (*International Law*, Longmans, Green & Co., 1920, 3rd Ed., t. I, p. 689 : « The vast majority of publicists, as well as the Governments of the civilized States, defend the principle *convention omnis intelligitur rebus sic stantibus*, and they agree, therefore, that all treaties are concluded under the tacit condition *rebus sic stantibus*. (...) this exceptional condition is as necessary for International Law and international intercourse as the very rule *pacta sunt servanda* ». En particulier, et contrairement à ce que soutenait GERAL FITZMAURICE dans son deuxième rapport sur le Droit des traités à la Commission du Droit international, A/CN.4/107, *Ann. CDI*, 1957, vol. II, p. 35 (présentation de l'article 21, § 1), p. 36 (présentation de l'article 22, § 3), p. 71 (observations sur les différents paragraphes de l'article 21, § 159)), les États parties à un traité peuvent « invoquer le principe *rebus sic stantibus* (...) quelle que soit la durée du traité en cause » (MALCOLM N. SHAW, CAROLINE FOURNET, *op. cit.* (note 71), pp. 2241-2242).

¹¹³ V. en ce sens JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 2012, 8th Ed., p. 391, ou JAN HENDRIK WILLEM VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, A. W. Sijthoff, 1973, t. VI, pp. 336 et 338.

¹¹⁴ Comme le souligne également NATHALIE CLARENC BICUDO un peu plus loin (dans le II.B. de sa contribution, p. 84), les objections sont ainsi rarissimes.

implicitement ou officiellement à travers des déclarations unilatérales ou la conclusion de nouveaux accords¹¹⁵. Il arrive cependant que certains États et organisations disent considérer, mais davantage sur un plan diplomatique ou opérationnel que strictement juridique, qu'ils ne reconnaîtront officiellement les effets de la dénonciation qu'à certaines conditions, qui font alors l'objet de négociations. Dans ce cas, les effets de la dénonciation unilatérale ne sont généralement pas reconnus explicitement, mais pris en compte dans les règles d'un ou plusieurs nouveaux traités qui « remplacent » le traité dénoncé¹¹⁶.

17. Tolérance globale, par les juridictions internationales, des dénonciations unilatérales et limitation de leurs effets – La tolérance globale de la dénonciation unilatérale par les États confrontés à des cas concrets de dénonciation se prolonge en quelque sorte, et depuis très longtemps, dans les décisions des juridictions nationales¹¹⁷ et internationales. Ainsi, même dans la décision *Gabčíkovo-Nagymaros* qui fût fortement critiquée pour la portée réduite qu'elle reconnaît à l'aménagement de l'exécution des traités pour des raisons écologiques, la Cour a estimé que la seule conséquence de l'absence de disposition d'un traité relativement à sa durée ou sa dénonciation n'est pas l'interdiction de cette dernière, mais simplement le fait que dans ce cas « le traité ne peut prendre fin que pour les motifs énumérés limitativement dans la convention de Vienne »¹¹⁸. Ainsi, tout comme les États face à ce type de cas, la jurisprudence internationale estime que la faculté de prétendre dénoncer ou suspendre est naturellement ou objectivement *toujours* ouverte sur la base de principes comme le changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*) ou l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*)¹¹⁹.

¹¹⁵ Comp. JEAN COMBACAU, SERGE SUR, *Droit international public*, LGDJ, coll. « Précis Domat Droit public », 2019, 13^{ème} éd., pp. 180-181.

¹¹⁶ Dans ce cas, les règles applicables peuvent ne pas être très claires, dans la mesure où les deux seuls cas prévus par la Convention de Vienne dans son article 30, alinéa 3, sont celui de la terminaison ou suspension du traité, et celui où il reste en vigueur.

¹¹⁷ V. par ex. une décision fameuse du Tribunal fédéral (Suisse), sect. de Droit public, 2 février 1923, *Lepeschkin c. Gossweiler et Cie*, in PAUL GUGGENHEIM (Ed.), *Répertoire suisse de droit international public – Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public 1914-1939*, vol. I, p. 263 n°2.16 (« (...) toutes ces diverses circonstances peuvent bien avoir donné aux autres États contractants, par l'effet de la disparition de l'état de choses en vue duquel, seul et moyennant sa perpétuation, la convention avait été conclue, le droit de se départir éventuellement de l'accord, en vertu du principe de droit public connu sous le nom de *clausula rebus sic stantibus* ») et sa nette confirmation quelques années après : Tribunal fédéral (Suisse), sect. de Droit public, 10 février 1928, *Conseil d'État de Thurgovie c. Conseil d'État de St-Gall*, in *Ibid.*, pp. 178-183 n°1.85.

¹¹⁸ CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63 § 100.

¹¹⁹ Dans la jurisprudence internationale, v. CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 47 § 96, ainsi que CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (fond), arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, pp. 95 § 178 (qui évoque le « droit

Cette position commune aux États et aux juridictions internationales a parfois été critiquée sur le plan de la logique, au motif que le changement fondamental de circonstances ou l'exception d'inexécution ne permettent pas de déterminer si, pour un motif ou pour un autre, un traité déterminé *peut* être dénoncé, mais constituent simplement des motifs *invocables* « pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer », une fois établie la possibilité de le faire¹²⁰. Toutefois, admettre la logique du changement fondamental de circonstances invite à l'appliquer d'une manière ou d'une autre à tout traité, donc à l'employer – parmi d'autres arguments et considérations à prendre en compte – pour déterminer si un traité est en situation d'être dénoncé¹²¹. Dans le même ordre d'idée, admettre la logique de l'exception d'inexécution (clause *inadimplenti non est adimplendum*, article 60 de la Convention de Vienne) signifie l'admettre au moins pour *tout* traité bilatéral quelle que soit sa « nature » (au sens de l'article 56, alinéa 1 *b*)), comme le fait l'alinéa 1 de l'article 60 de la Convention de Vienne, voire « pour *tous* les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (Convention de Vienne, art. 60, par. 5) »¹²². Le fait que, de toute évidence, toutes ces exceptions doivent être comprises de manière relativement restrictive pour ne pas constituer des boîtes à Pandore – ce qu'ont presque toujours affirmé les juridictions internationales¹²³ et les juridictions nationales statuant sur des

[d'un État] de suspendre l'exécution d'un traité ou d'y mettre fin parce que l'autre partie a violé (...) une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité ». La disponibilité systématique de l'exception est aussi ce que suggère la réserve de réciprocité émise à l'article 55 de la Constitution de la Vème République (« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ») (les italiques sont ajoutées), bien qu'elle concerne l'application interne du traité et non son respect sur le plan international.

¹²⁰ V. par ex. NATHAN FEINBERG, « Unilateral Withdrawal from an International Organization », *BYBIL*, 1963, vol. 39, p. 191.

¹²¹ Ce qui est par ex. montré dans V. JAMES W. GARNER, « Revision of treaties and the doctrine of rebus sic stantibus », *Iowa Law Review*, 1934, vol. 19, n°2, pp. 312-329 ou dans GYÖRGY HARASZTI, « Treaties and the Fundamental Change of Circumstances », *RCADI*, 1975-III, vol. 146, pp. 7-8.

¹²² Les italiques sont ajoutées. CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 47 § 96 (il existe un « principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire (convention de Vienne, art. 60, par. 5). Le silence d'un traité à ce sujet ne saurait être interprété comme impliquant l'exclusion d'un droit dont la source se trouve en dehors du traité, dans le droit international général »).

¹²³ V. en particulier, donnant presque toujours la préséance à (une conception extensive de) *pacta sunt servanda* sur (une conception restrictive de) *rebus sic stantibus* : SA (CPA), *Indemnité russe (Russie c. Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, *RSA*, vol. XI, p. 443 § 6 (rejet du motif – différent mais proche – tenant à la force majeure en matière de responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations conventionnelles) ; CPJI, *Emprunts serbes et brésiliens*, arrêt du 12 juillet 1929, *C.P.J.I. Série A*, n°20, pp. 39 *in fine*-40 (rejet du motif – là encore différent mais proche – tenant à la force majeure) ; CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, *C.P.J.I.*

Série A/B, n°46, p. 158 (le moyen tenant à un changement de circonstances entraînant « la caducité des anciennes stipulation » manque en fait, car les circonstances ayant changé ne sont pas celles « que les Hautes Parties contractantes avaient en vue lors de la création des zones franches ») ; CIJ, *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif du 11 juillet 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 133 (maintien des obligations issues l'article 22 du Pacte de la SdN et des articles 2 à 5 du Mandat de l'Union sud-africaine, malgré la disparition de la SdN) ; CIJ, arrêt du 2 février 1973, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt du 2 février 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 63, § 36 (insistance sur le caractère exceptionnel que doivent revêtir les circonstances ayant changé) ; CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) (compétence)*, arrêt du 2 février 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, pp. 18-19 §§ 37-38 (insistance sur la nécessité que le changement invoqué soit « fondamental »), p. 21 § 43 (le changement allégué « doit avoir entraîné une transformation radicale de la portée des obligations qui restent à exécuter. Il doit avoir rendu plus lourdes ces obligations, de sorte que leur exécution devienne essentiellement différente de celle à laquelle on s'était engagé primitivement. En ce qui concerne l'obligation dont la Cour s'occupe à présent, cette condition n'est nullement remplie ») et néanmoins p. 20 § 41, mais sans que cela change quoi que ce soit au fond (« l'exceptionnelle dépendance de l'Islande à l'égard de ses pêcheries pour sa subsistance et son développement économique est expressément reconnue dans l'échange de notes de 1961 et (...) dans [l']ordonnance [de la Cour] du 17 août 1972 ») ; CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, pp. 64-65 § 104 (« De l'avis de la Cour, les conditions politiques de l'époque n'étaient (...) pas liées à l'objet et au but du traité au point de constituer une base essentielle du consentement des parties et, en se modifiant, de transformer radicalement la portée des obligations qui restaient exécuter. Il en va de même [argument pourtant contestable] du système économique en vigueur au moment de la conclusion du traité de 1977. Par ailleurs, même si la rentabilité estimée du projet pouvait apparaître moins élevée en 1992 qu'en 1977, il ne ressort pas du dossier soumis à la Cour qu'elle était condamnée à chuter dans une proportion telle que les obligations conventionnelles des parties s'en fussent trouvées radicalement transformées. La Cour ne saurait considérer [exigence encore plus contestable] que les nouvelles connaissances acquises en matière d'environnement et les progrès du droit de l'environnement aient présenté un caractère complètement imprévu. Bien plus, le libellé des articles 15, 19 et 20, conçu dans une perspective d'évolution, a mis les parties en mesure de tenir compte de ces développements et de les appliquer lorsqu'elles exécuteraient ces dispositions conventionnelles. (...) le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels »). V. également opinion du commissaire états-unien Nielsen sous Commission générale des réparations États-Unis-Mexique, sentence du 3 octobre 1928, *The Oriental Navigation Company (USA) v. United Mexican States, RSA*, vol. IV, p. 352 (rejet ferme de la « dangereuse doctrine » *rebus sic stantibus*), et plus récemment la Déclaration de GILBERT GUILLAUME sous Tribunal arbitral, sentence du 12 mars 2004, *Apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 (Pays-Bas c. France)*, *RSA*, vol. XXV, pp. 342-344 (même si p. 342, l'auteur de la Déclaration « estime qu'en l'espèce les conditions fixées par l'article 62, § 1 [de la Convention de Vienne sur le Droit des traités] sont remplies », il considère p. 343 qu'elle n'a jamais mené à la résiliation d'un traité ou à sa révision *par le juge* « en droit international public », et p. 344 que son application « n[e] permet la révision [d'un traité] par le juge ou l'arbitre que dans l'hypothèse où ce dernier s'est vu reconnaître un tel pouvoir par les Parties », ce qui n'est « pas le cas en l'espèce »). Comp. le refus de l'arbitre d'appliquer le principe *rebus sic stantibus* dans la sentence du 4 septembre 1934, *Pensions of officials of the Saar Territory (Germany v. Governing Commission of the Saar Territory)*, *RSA*, vol. III, pp. 1565-1566 § 4. V. cependant, reconnaissant l'état de nécessité dans lequel se trouvait l'Argentine au regard d'une disposition (l'article XI) du traité concerné, et concernant l'exécution de ce dernier : TA (CIRDI), 3 octobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E Int., Inc. c. République argentine*, aff. CIRDI n°ARB/02/1, spéc. §§ 226-261 (à l'inverse de TA (CIRDI), 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. CIRDI n°ARB/01/8). Dans le même ordre d'idée, pour des exemples de décisions exigeant, pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution, des violations du traité particulièrement considérables, v. avant la Convention de Vienne : TA (Calvin Coolidge), 4 mars 1925, *Tacna-Arica, RSA*, vol. II, p. 943 (« The Arbitrator is far from approving the course of Chilean administration and codoning the acts committed against Peruvians to which reference has been made [expulsion de prêtres péruviens et de citoyens

dénonciations notifiées par d'autres États¹²⁴ – ne change pas grand-chose en pratique étant donné d'un côté la légitimité que les acteurs internationaux reconnaissent à ces motifs, et de l'autre les caractères subjectif et intéressé qui affectent nécessairement les opinions des différents États sur leur application¹²⁵. Ces exceptions restent ainsi *toujours* politiquement disponibles, et même si elles n'étaient pas reconnues par les États ou la jurisprudence internationale, il serait conforme à des exigences évidentes de Justice qu'elles le soient¹²⁶. Comme nous l'avons vu, elles sont d'ailleurs fréquemment

péruviens, boycott des entreprises péruviennes, obstacles à l'exercice du droit de réunion des Péruviens, suppression ou suspension de la presse péruvienne, éloignement des Péruviens de la région à travers la conscription, violence collective contre les Péruviens...], but finds no reason to conclude that a fair plebiscite should not be had [!] ») ; et après la Convention de Vienne : SA, *Différend territorial et maritime (Croatie c. Slovénie)*, sentence partielle du 30 juin 2016, disponible sur <https://pcacases.com/web/sendAttach/1787>, §§ 204-225. Cette orientation générale de la jurisprudence en faveur d'une conception formaliste et libérale de valeurs comme la sécurité juridique et la paix, et opposée à des valeurs comme l'équité, s'explique essentiellement par le fait que la jurisprudence internationale est rendue par des juridictions dominées par des citoyens de grandes puissances (donc ayant une influence prépondérante sur les formulations positives du Droit, et par conséquent attachées au respect de leur lettre), par des citoyens de grandes puissances au surplus souvent d'idéologie libérale, donc d'une idéologie plaçant la paix et la sécurité juridique tout en haut de leur hiérarchie des valeurs, tandis que comme le montrent les affaires précitées, *rebus sic stantibus* a généralement été invoqué par la partie la plus faible, ou la plus attachée à la Justice, à l'écologie, ou simplement à une politique idéologiquement minoritaire.

¹²⁴ V. en particulier : Staatsgerichtshof (Allemagne), *Brême (ville libre de la Hanse de) c. Prusse*, 29 juin 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-6, aff. n°266, pp. 352-354 (le principe *rebus sic stantibus* est bien reconnu en Droit international ; toutefois, il n'autorise pas la dénonciation par Brême du traité qui la lie à la Prusse, même au regard des changements de circonstances produits par la Première Guerre mondiale) ; Cour fédérale (Suisse), *Canton de Thurgau v. Canton of St. Gallen*, 10 février 1928, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-8, aff. n°289, pp. 420-423 (le principe *rebus sic stantibus* est applicable au litige qui, s'il n'est pas interstatique, lui est assimilable ; toutefois, les circonstances ayant changé en l'espèce ne constituaient pas une condition essentielle du consentement à être lié ; comme dans la décision *Lucerne c. Aargau* et pour la même raison, il ne peut donc trouver application) ; décision du Bundesfinanzhof (Allemagne), telle qu'elle est présentée dans CJUE, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, arrêt du 16 juin 1998, demande de décision préjudicielle, aff. n°C-162/96, § 20.

¹²⁵ Sur ce caractère souvent subjectif et intéressé de l'invocation de la maxime *rebus sic stantibus*, v. par ex. HERSCH LAUTERPACHT, *The function of law in the international community*, OUP, 2011 [1^{ère} éd. : 1933], p. 285 § 12 ou THOMAS F. MILLARD, *End of Exterritoriality in China*, A.B.C. Press., 1931, p. 242. Pour la même remarque concernant l'invocation de l'*exceptio non adimpleti contractus*, v. par ex. JESSUP, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, The Macmillan Company, 1948, p. 152 ou QUINCY WRIGHT, in *Proceedings of the ASIL*, 1921-1969, April 28-30, 1932, vol. 26, pp. 195-196.

¹²⁶ Ainsi par exemple, interdire à un État de dénoncer ou suspendre l'application d'un traité bilatéral violé par l'autre autre partie serait un manquement évident à la Justice du point de vue de l'État lésé. V. not. en ce sens l'avant-propos d'OLIVIER J. LISSITZYN, à l'ouvrage de BHEK PATI SINHA, *op. cit.* (note 109), p. XVI. Pour un raisonnement comparable à propos du principe *rebus sic stantibus* (quand bien même il ne serait pas reconnu en Droit, il est bien fondé en équité et en pragmatisme), v. par ex. la consultation du professeur WALTHER BURCKHARDT, adressée au Département politique fédéral (Suisse) le 1^{er} décembre 1923, in PAUL GUGGENHEIM (ed.), *op. cit.* (note 117), vol. III, p. 1386, n°6.39 ; JAMES W. GARNER, *op. cit.* (note 121), pp. 319 et 328, à rapprocher de l'argumentation chinoise dans l'affaire sino-belge, telle qu'elle est présentée par exemple dans L. H. WOOLSEY, « China's Termination of Unequal Treaties », *AJIL*, 1927, vol. 21, n°2, pp. 289-290.

admises, non seulement par les juridictions des États qui dénoncent¹²⁷, mais encore par les États parties au traité dénoncé, y compris dans la période contemporaine¹²⁸.

2. Une tolérance solidement fondée

18. Fondements de la tolérance coutumière de la dénonciation unilatérale (1) : généralités – Comme Nathalie Clarenc Bicudo le suggère un peu plus loin dans cet ouvrage¹²⁹, les États dédramatisent aisément la dénonciation. Cette attitude tolérante est cohérente avec les principes généraux du Droit international et conforme à une forme de sagesse pratique qui impose de prendre en compte, à côté de la sécurité juridique, d'une part les imperfections réelles des procédures et instruments conventionnels existants, et d'autre part des considérations générales de Justice et de « réalisme » qui sont loin de se réduire aux motifs de dénonciation coutumièrement reconnus.

Tout d'abord, en ce qui concerne les principes généraux, la justification de l'adoucissement des exigences de la sécurité juridique, et les interprétations souples du principe *pacta sunt servanda* retenues par les États s'expliquent essentiellement par le souci de préserver leur égale souveraineté. Elles se justifient cependant également par la combinaison du principe selon lequel l'idéologie ou le régime politique d'un État est une question « interne » à celui-ci, et du fait qu'un régime politique démocratique, ou même simplement sujet à l'alternance politique, exige que l'État soit en mesure de dénoncer tout traité, dans le respect de règles minimales protégeant les intérêts de ses autres parties, et éventuellement ceux des tiers.

19. Fondement de la tolérance coutumière de la dénonciation unilatérale (2) : l'admission de la légitimité de l'alternance politique au sein d'un État partie à un traité – En pratique, le choix politique des États d'admettre coutumièrement la dénonciation unilatérale de la plupart des traités signifie qu'ils envisagent de manière relativement tolérante – quoique sans les considérer en eux-mêmes comme des motifs de dénonciation – l'alternance politique, l'adhésion d'un État à une idéologie minoritaire, son refus de l'oppression extérieure (colonialisme, néo-colonialisme, impérialisme), ou le rejet par un peuple d'un régime autoritaire et des politiques qu'il a imposées à

¹²⁷ V. en particulier l'affaire *Racke* (*op. cit.* (note 124)), aux §§ 53-57, où la Cour de Luxembourg estime que l'exécution de l'accord de coopération conclu entre la CEE et la Yougoslavie pouvait être (certes, non pas dénoncé mais) suspendu par le Conseil en raison des conflits survenus chez le partenaire de la Communauté.

¹²⁸ Sur l'usage ou l'opportunité de recourir au changement fondamental de circonstances et à l'exception d'inexécution dans la période contemporaine, v. par ex. JEREMY WALDRON, « The Half-life of Treaties: Waitangi, Rebus Sic Stantibus (F. W. Guest Memorial Lecture 2005) », *Otago Law Review*, 2006, vol. 11, n°2, pp. 161-182, ou JULIAN KULAGA, « A Renaissance of the Doctrine of Rebus Sic Stantibus », *ICLQ*, 2020, vol. 69, n°2, pp. 477-498.

¹²⁹ V. *infra* pp. 73-74.

son peuple. Le fait que la tolérance de principe de la dénonciation unilatérale réponde à ces objectifs ressort clairement du type d'États qui ont le plus employé la dénonciation unilatérale, à savoir des États et souvent des « nations insatisfaits du *status quo* »¹³⁰. Concrètement, il s'est agi d'États attachés à une idéologie minoritaire sur le plan international (France révolutionnaire, Russie soviétique, Espagne franquiste, Allemagne nazie, Grèce des colonels, Chine maoïste, États-Unis de l'Administration Trump) et dans la majorité des cas, d'États recouvrant leur liberté après une période d'oppression coloniale ou semi-coloniale (Chine, Japon, Empire ottoman, etc.), raciste (Afrique du Sud post-1993), monarchique (France révolutionnaire), tsariste (URSS), communiste (Russie post-1990), raciste ou oligarchique de fait (Bolivie et Équateur à partir du milieu des années 2000...). Ce qui caractérise de tels États est qu'ils avaient décidé de rompre avec la politique internationale du précédent régime politique, ou au moins du précédent parti au pouvoir, pour le meilleur comme pour le pire mais souvent avec de bonnes raisons¹³¹. Le choix très net, de la part de l'écrasante majorité des États, de tolérer de tels choix politiques témoigne des limites que la plupart des États s'auto-assignent dans leur politique extérieure, et celles qu'ils assignent aux règles internationales. Bien que ce choix soit loin d'exprimer une adhésion universelle à la Démocratie, il est indubitable que le principe contraire autoriserait et inciterait n'importe quel État impérialiste utilisant la contrainte économique, et n'importe quel régime dictatorial usant des moyens à sa disposition, à imposer les règles conventionnelles qu'il apprécie à une population entière ainsi qu'à tous ses descendants. Pour cette raison, s'opposer au principe de la dénonciabilité des traités signifie en pratique favoriser l'autoritarisme et s'opposer à la possibilité même de la démocratisation des politiques extérieures des États. Toute position doctrinale en ce sens a aussi cette signification.

Dans le cadre d'un régime démocratique, un peuple ou une convention citoyenne a toujours le droit de changer d'avis sur l'ensemble des questions politiques ; et l'État dans le cadre duquel un tel peuple ou une telle convention

¹³⁰ OLIVIER J. LISSITZYN, « Treaties and Changed Circumstances (*rebus sic stantibus*) », *AJIL*, 1967, vol. 61, 895 (notre trad.)

¹³¹ En ce qui concerne la France révolutionnaire, le volte-face concernait notamment les droits seigneuriaux et féodaux des princes allemands en Alsace, supprimés au motif « qu'il ne peut y avoir dans l'étendue de l'Empire Français d'autre Souveraineté que celle de la Nation ». Le décret du 15 mars 1790 prévoyait néanmoins des indemnités dans son article 39. En ce qui concerne la Russie soviétique, la possibilité de dénoncer unilatéralement les traités a été affirmée dès 1917. Selon elle, la doctrine selon laquelle un peuple peut toujours se défaire de traités conclus par un régime tyrannique était une illustration ou un prolongement du principe *rebus sic stantibus*. (v. EUGENE A. KOROVIN, « Soviet Treaties and International Law », *AJIL*, 1978, vol. 22, p. 763). Cette doctrine a été constamment maintenue par la suite. V. par ex. : GEORGES FISCHER, *op. cit.* (note 47), p. 30 (cf. *Nuclear test ban Treaty, Hearings before the Committee on foreign relations, U. S. Senate, on Executive M, 88th Congress, 1st session, Washington, 1963, p. 28*).

citoyenne s'exprime doit donc toujours avoir la possibilité de dénoncer ou réviser un traité¹³². Même dans la période contemporaine où la *doxa* n'admet qu'une version faible de la Démocratie, il est généralement admis que sans perspective d'alternance politique, du moins sur les questions politiques fondamentales, un régime est insusceptible d'être démocratique ou même simplement fondé sur une représentation élue (sachant que contrairement à une idée reçue, même « l'immense majorité des dictatures y compris militaires se soumet régulièrement à des élections multipartites »¹³³). Fondamentalement, l'exigence d'alternance politique impose d'admettre coutumièrement la possibilité de la dénonciation unilatérale parce que les traités peuvent être d'une durée importante, qu'une population voit ses membres constamment changer et qu'une génération n'a démocratiquement pas le droit, et en pratique pas la capacité de lier irrévocablement les suivantes, même au nom de la personnalité juridique durable de la nation et de l'État, que ce soit en Droit national ou en Droit international¹³⁴. « Quand chacun pourrait s'aliéner lui-même, il ne peut aliéner ses enfants ; ils naissent hommes et libres ; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux. (...) Renoncer à sa liberté (...) est incompatible avec la nature de l'homme ; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. Enfin c'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité

¹³² Sachant que, suivant les cas, une dénonciation peut s'expliquer par une tentative de révision qui a échoué ou constituer elle-même un moyen de pression en vue d'une révision, plausible ou évoquée pour des raisons uniquement rhétoriques. V. *infra*, à ce sujet, les contributions de CHARLOTTE BEAUCILLON, ARNAUD DE NANTEUIL, ALEXIS MARIE et EMANUEL CASTELLARIN.

¹³³ EUGÉNIE MÉRIEAU, *La dictature, une anthithèse de la démocratie ? 20 idées reçues sur les régimes autoritaires*, Le Cavalier Bleu, coll. « idées reçues », 2019, p. 86.

¹³⁴ L'articulation de la personnalité juridique durable de la nation ou de l'État avec la mort des citoyens qui se sont engagés, et la naissance de ceux qui n'ont pas consentis aux engagements de leurs prédécesseurs, est un problème classique de philosophie politique. Examiné par des penseurs comme Concorcet, Kant, Paine, Hume ou Jefferson, il peut être envisagé de manière théorique (la « justice intergénérationnelle ») ou pratique (les traités, lois ou dispositions constitutionnelles censés être éternels). À première vue, la question se pose d'une manière différente pour les êtres collectifs ou corporatistes comme la nation ou l'État, et pour les personnes physiques. Néanmoins, la question concernant les premiers est un décalque de celle qui concerne les seconds, dans la mesure où elle mime, par une représentation qui est celle de la personnalité juridique, le problème du caractère pluriel de chaque être humain, de ses multiples passions et capacités évolutives, et de l'évolution dans le temps de ce qu'implique concrètement son engagement : en fonction de la conjoncture, par exemple de l'inflation, un engagement peut devenir un poids insupportable ou au contraire extrêmement léger. La personne qui s'engage le fait toujours à un instant *t*, dans un certain état d'esprit, avec certaines capacités, dans une certaine société, à l'égard de certaines personnes également dans un certain état d'esprit, etc., et cet engagement doit être respecté – c'est là sa raison d'être – *alors* que changent ce qu'était la personne s'étant engagée, son état d'esprit, ses capacités, les caractéristiques de la société où l'engagement doit être exécuté, les personnes à l'égard desquelles l'engagement a été pris, etc., et donc possiblement la signification éthique, pratique ou politique de l'engagement et/ou de son exécution. La capacité des personnes, qu'elles soient physiques ou juridiques, à tenir leurs engagements et donc à s'engager, est l'une des principales sources – même si ce n'est pas la seule – de la continuité de ces personnes, et d'un point de vue juridique, de leur personnalité.

absolue, et de l'autre une obéissance sans bornes »¹³⁵. Cette considération s'applique aux États aussi bien qu'aux individus : « Les États ne peuvent, pas plus que les individus, obliger indéfiniment leurs successeurs et les lier par des liens indissolubles »¹³⁶. En conséquence, l'État dans le cadre duquel le peuple ou une convention citoyenne s'exprime politiquement doit toujours avoir la garantie internationale qu'il est en mesure de dénoncer ou réviser un traité conclu antérieurement, et en mesure de ne pas adhérer à un traité ou à une organisation internationale même quand la pression internationale est forte.

Dans la pratique, cette conclusion est tirée par les États dont la politique extérieure est menée de manière démocratique. En effet, c'est incontestablement le caractère démocratique de leur politique extérieure qui les mène régulièrement à ne pas adhérer à des organisations dont l'adhésion est souvent jugée inévitable ou incontestablement pertinente par la classe politique des autres États ou par « leurs » universitaires (on pense à la Suisse vis-à-vis de l'ONU jusqu'en 2002, et à la Suisse et à l'Islande vis-à-vis de l'Union européenne¹³⁷), à y adhérer mais à la suite d'une décision démocratique (la Suisse est ainsi devenue membre de l'ONU après un référendum d'initiative populaire en ce sens en 2002¹³⁸), ou encore à quitter des négociations (ainsi de la Suisse avec l'Union européenne en juillet 2021) à la grande surprise de leurs partenaires pour lesquels il est globalement inenvisageable de se retirer d'une négociation en raison d'une opposition

¹³⁵ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat social*, chapitre 1.4 – *De l'esclavage*. On voit ici qu'à l'exact opposé de ce que dit FEINBERG (*op. cit.* (note 120), p. 213), la souveraineté rousseauiste de la nation et par suite du corps politique est fondée, non sur une interprétation contestable et intéressée de certains discours imputés aux États, mais sur l'affirmation du caractère naturel (au sens de naturellement bon) de l'exercice de sa liberté par l'homme, liberté qui dans une perspective républicaine et démocratique, doit s'exprimer individuellement mais aussi collectivement dans (au moins) une société politique. Pour que ce but soit atteint, tant le cadre national (la forme et le régime politiques de la société politique où vit l'homme) que le cadre international (le Droit international) doivent autoriser juridiquement et permettre concrètement l'expression de cette liberté politique.

¹³⁶ Chambre des députés, 2^{ème} séance du 4 mars 1905, discours de M. ARISTIDE BRIAND au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à la séparation des Églises et de l'État, in ALEXANDRE-CHARLES KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, CNRS, 1962-1972, t. I, p. 105, n°201, p. 105. Dans le même sens, v. M. ALVAREZ TABIO (Cuba), *op. cit.* (note 63), p. 365 § 20 (« La fameuse Déclaration de 1793, faite pendant la Révolution française, selon laquelle un peuple ne perd jamais le droit de modifier son droit constitutionnel, est également valable en droit international »). Cf. l'article 28 de la Constitution de l'an I ou de 1793 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

¹³⁷ Ainsi, l'arrêt fédéral par lequel la Suisse devait adhérer à l'ONU a été nettement rejeté en 1986 par 75% de la population ainsi que par tous les cantons suisses, et l'initiative populaire « Oui à l'Europe », qui demandait l'engagement de négociation avec l'Union européenne afin d'y adhérer a été rejetée par la votation populaire n°474 du 4 mars 2001.

¹³⁸ Votation n°485 du 3 mars 2002 sur l'Initiative populaire fédérale « pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU) » (54% de oui et une majorité de cantons).

populaire¹³⁹. On remarquera que la détermination démocratique de la politique étrangère de ces États (la Suisse ou dans une certaine mesure l'Islande ou les Pays-Bas) ne les mène absolument pas à rejeter le Droit international lui-même, mais au contraire à conclure de nombreux traités et à les respecter remarquablement. Globalement, les États dont la politique étrangère est fixée de manière *démocratique* sont *les plus respectueux* du Droit international et, par conséquent, les autres États ont tout intérêt à tolérer le caractère démocratique de leur régime et ses implications pour le Droit des traités. Une petite entorse à la sécurité juridique de certains traités ou négociations permet alors, globalement et sur le long terme, de maintenir des relations *particulièrement* stables, pacifiques et fructueuses avec ces États.

20. Fondement de la tolérance coutumière de la dénonciation unilatérale (3) : les cas où les conditions internationales de négociation incitent à leur dénonciation – Une deuxième raison expliquant à la fois l'insertion généralisée des clauses de dénonciation et la tolérance coutumière de cette dernière, relève à la fois de la Justice et du réalisme. Elle tient au fait assez évident qu'au-delà du cas extrême des traités inégaux ou imposés, ou des cas de nullité parfois assez théoriques listés dans la Convention de Vienne, les conditions tant internationales que nationales de négociation et conclusion des traités, et donc le contenu de ces traités sont souvent discutables. En ce qui concerne tout d'abord les conditions *internationales* de négociation et conclusion des traités, on peut par exemple penser aux motifs avancés par le Sénégal pour justifier sa dénonciation de deux conventions de Genève en 1971¹⁴⁰. En effet, une partie de son argumentation (qui ne renvoyait pas à une cause de nullité ou de dénonciation coutumièrement reconnue) consistait à dire que l'une des conventions litigieuses « avait été élaborée par une Commission où aucun africain ne siégeait[,] établie par une Conférence dont l'Afrique noire était pratiquement absente » et que « [s]i, en 1958, le Sénégal avait été indépendant et comme tel s'il avait pu prendre part à la Conférence de Genève sur le droit de la mer, il est certain qu'il ne se fût pas abstenu dans le vote sur l'opportunité de l'insertion d'une clause de dénonciation »¹⁴¹. Les conditions

¹³⁹ V. par ex. EMMANUEL VIVET, AURÉLIEN COLSON, « TISA, TTIP : comment négocier au nom de l'Europe », *Politique étrangère*, 2015, n°3, pp. 132-133, qui soulignent que tout ce passe comme si la « technostructure » de la DG-commerce de la Commission européenne ne pouvait pas s'empêcher de négocier quoi qu'il advienne. D'une manière générale, il est extrêmement rare que la Commission ou le Conseil de l'UE, ou le gouvernement d'un État abandonne une négociation pour des raisons démocratiques, sauf encore une fois dans les quelques États dont la politique extérieure est démocratique ou tend vers la Démocratie (implication forte de tout ou partie du parlement et/ou de la population).

¹⁴⁰ La notification de dénonciation de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer a été enregistrée par le Gouvernement sénégalais à la date du 9 juin 1971, sous les numéros 7477 et 8164 (*RTNU*, vol. 781, p. 333).

¹⁴¹ Aide-mémoire du Gouvernement sénégalais transmis, le 11 octobre 1971, par une note verbale de la Mission permanente du Sénégal au Secrétariat, § VII, cité in DANIEL BARDONNET, *op. cit.* (note 66), p. 142.

géopolitiques de négociation étaient également si inégales, par exemple, dans le cas des accords des États-Unis avec le Japon, Cuba ou les Philippines sur les bases militaires des premiers chez les seconds, qu'il est difficile de ne pas s'attendre à ce que le rejet de ces bases militaires par les populations locales puisse trouver, dans le cas d'une démocratisation de la politique extérieure de ces États, un débouché politique. On peut en dire autant des baux de 99 ans, comme celui imposé par le Royaume-Uni à la Chine en 1898 en ce qui concerne le port de Hong Kong¹⁴², ou celui que la Chine impose depuis 2017 au Sri Lanka en ce qui concerne le port de Hambantota¹⁴³ – il est vrai en dehors de tout conflit armé mais sur la base d'un chantage à l'investissement étranger mirobolant, puis à la dette insoutenable qui constitue une stratégie impérialiste bien connue¹⁴⁴. Dans d'autres cas, la configuration géopolitique est moins inégalitaire, ou les modalités internationales de négociation moins contestables, mais la dénonciation est néanmoins prévisible. Ainsi par exemple, il n'est pas très surprenant qu'en 2017, après vingt ans d'ambiguïté, le porte-parole du Ministère des Affaires étrangères chinois Lu Kang ait déclaré que « maintenant que Hong Kong est retourné à la mère patrie, la Déclaration sino-britannique [*i.e.* le traité de 1984, prévoyant pour cinquante ans le statut de Hong Kong après 1997] est un document historique dépourvu de toute signification pratique, et ne lie pas du tout le gouvernement central dans son traitement de Hong Kong »¹⁴⁵ (la Chine n'a cependant jamais formellement dénoncé la Déclaration sino-britannique).

Le fait que les conditions internationales de négociation et de conclusion des traités déterminent le contenu de ces derniers explique que les contestations de ces conditions initiales aillent généralement de pair avec des critiques du contenu des traités. Dans les cas que nous venons de mentionner, *l'inégalité* des rapports entre États à l'origine des traités les plus contestés

¹⁴² Convention between the United Kingdom and China Respecting an Extension of Hong Kong Territory, conclu à Pékin le 9 juin 1898, *AJIL*, 1910, vol. 4, pp. 295-296.

¹⁴³ V. KIRAN STACEY, « China signs 99-year lease on Sri Lanka's Hambantota port », *Financial Times*, 11 décembre 2017, disponible sur : <https://www.ft.com/>, qui précise cependant que l'accord a été renégocié pour que seul 70% du port revienne à une entreprise chinoise, sous la forme d'une coentreprise (*joint venture*). D'une manière générale, on peut estimer que la Chine imite de plus en plus fortement le chemin pris par le Japon à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècles, qui lui-même imitait des pratiques coloniales et impériales des Occidentaux en Asie (v. sur ce point : FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « Sur les deux voies du Droit comparé : que révèle la récupération et les usages du Droit des gens "occidental" par le Japon ? », in CÉCILE GUÉRIN-BARGUES, HAJIME YAMAMOTO (dir.), *Aux sources nouvelles du droit – Regards comparés franco-japonais*, Mare Martin, coll. « Droit public », 2018, pp. 63-99, spéc. pp. 72-82). Cette réitération de pratiques impérialistes suggère que le problème d'accords de ce type est structurel. Comp. l'accord controversé de 2015, par lequel le Port de Darwin, dans le Territoire du Nord de l'Australie et à un endroit stratégique, fait l'objet d'un bail de 99 ans au groupe chinois Landbridge.

¹⁴⁴ Sur celle-ci, v. la description saisissante et bien informée qui en est donnée dans JOHN PERKINS, *Confessions d'un assassin économique – Nouvelles révélations d'initiés sur la manipulation des économies du monde*, Ariane, 2016 [2^{ème} éd.], 428 p., par exemple, pour un premier aperçu, pp. 10-12.

¹⁴⁵ Notre trad. de l'anglais.

explique aisément qu'ils avaient tous vocation à *limiter la souveraineté territoriale de l'un des États parties, au profit d'un ou plusieurs autres*. Plus précisément, les États dominants ont manifestement essayé, dans ces traités, de consacrer juridiquement leur domination sur leur partenaire à travers une limitation *substantielle* de l'exercice de sa souveraineté territoriale et personnelle. Pour cette raison, de tels instruments se distinguent des traités de frontière qui limitent *géographiquement* l'exercice de la souveraineté étatique. Or, cette distinction est importante du point de vue de la théorie de l'État et par répercussion pour le régime applicable à la dénonciation unilatérale de ces deux catégories de traités. En effet, l'organisation étatique du pouvoir est caractérisée, d'un côté par la *limitation* durable de ce pouvoir dans l'espace (frontière) et du point de vue de ses sujets (nationalité) mais aussi, d'un autre côté, par la *plénitude* de ce pouvoir du point de vue de sa substance : les fonctions les plus importantes, les fonctions régaliennes, sont dévolues à l'État, il peut théoriquement revendiquer n'importe quel pouvoir dans n'importe quel domaine, et dans ces domaines, le dernier mot lui revient. Or, un traité de frontière *renforce* l'organisation du pouvoir politique en États géographiquement et personnellement limités, mais substantiellement souverains ; en tant que tel, il ne peut donc pas être dénoncé politiquement au motif qu'il est contraire au principe même de la souveraineté de l'État. À l'inverse, un traité qui remet en cause durablement, sur un territoire et une population donnés, la plénitude de l'exercice du pouvoir d'un État, doit être compris comme une *exception* à la répartition mondiale du pouvoir politique entre États souverains. En tant qu'exception, il peut être jugé contraire aux bénéfices généralement attendu de la répartition du pouvoir politique en États, et il risque fort d'être considéré comme un abaissement ou une humiliation par l'État et la nation concernés. C'est en tout cas ainsi que les traités sus-évoqués, et d'autres encore, ont été compris et pourquoi ce type de traité a si souvent été dénoncé politiquement et juridiquement.

En raison de leur caractère théoriquement anormal, les traités portant très fortement atteinte à la substance de la souveraineté territoriale et personnelle d'un État partie ne peuvent être acceptés qu'à la condition que ce dernier dispose de la faculté de recouvrir assez librement le pouvoir qu'il a concédé bon gré (et généralement) mal gré. S'il est fréquent que la doctrine occidentale contemporaine ne reconnaisse pas un tel raisonnement, il a été tout à fait accepté dans la pensée européenne puis occidentale des XVII, XVIII, XIX et du début du XX^{ème} siècles sous la forme d'une théorie des droits fondamentaux de l'État¹⁴⁶. Celle-ci était extrêmement répandue durant le XIX^{ème} siècle et dans la première moitié du XX^{ème} siècle en Allemagne (elle imprègne

¹⁴⁶ Si elle est ancienne, c'est à la toute fin de cette évolution, chez les « internationalistes du début du XX^{ème} siècle », que cette « doctrine » sera « systématisé[e] et diffusé[e] » (FLORENCE POIRAT, « La doctrine des “droits fondamentaux” de l'État », *Droits*, 1992, vol. 16, p. 83).

manifestement l'argumentation de cet État dans l'affaire *Wimbledon*¹⁴⁷) mais également au Royaume-Uni¹⁴⁸ ou dans la future Turquie (qui l'invoquait pour s'opposer aux traités de capitulation)¹⁴⁹. Admise depuis longtemps en Russie et en Chine (chez cette dernière pour contester les traités inégaux et les « concessions » qu'ils établissaient), cette théorie structure toujours leur conception du Droit international¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Elle n'est pas visible dans la version très sommaire reproduite à la page 7 de la requête introductive d'instance (adressée au Greffe de la Cour conformément à l'article 40 du Statut, par l'intermédiaire de la légation de France à La Haye, le 16 janvier 1923 : CPJI, *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I. Série A, n°1). En revanche, elle est très nette dans l'arrêt (p. 25) : « On a encore prétendu que la concession générale du droit de passage aux navires de toutes nationalités dans le Canal de Kiel ne saurait priver l'Allemagne de l'exercice de ses droits de Puissance neutre en temps de guerre et l'obliger à laisser passer, dans ce canal, les transports de contrebande destinés à l'un des belligérants, car, entendue d'une manière aussi large, cette concession impliquerait de sa part l'abandon d'un droit "personnel et imprescriptible" qui est un élément de sa souveraineté, et auquel elle n'a ni pu ni voulu renoncer par avance ». La Cour rejette l'argumentation allemande sur la base de « la lettre de l'article 380 », qui n'est pourtant pas pertinente puisqu'il s'agit précisément d'interpréter son énoncé, et surtout lui oppose des objections extraordinairement vagues : « des considérations d'intérêt général de l'ordre le plus élevé » dont le contenu n'est précisé nulle part, et « une pratique internationale constante » dont aucun élément n'est cité. Une théorie des droits fondamentaux de l'État n'est pas développée en tant que telle dans l'opinion dissidente du juge allemand WALTER SCHÜKING (p. 43), mais on y trouve un argument qui y est lié, celui selon lequel le Traité de Versailles comme « tous traités stipulant des servitudes doi[t] être interprét[é] restrictivement, de telle façon que la servitude, droit *exceptionnel* attaché au territoire d'un État étranger, ne limite qu'au minimum la souveraineté de cet État » (les italiques sont ajoutées).

¹⁴⁸ V. par ex. *Oppenheim's International Law*, 4th Ed., vol. I, p. 748.

¹⁴⁹ Par exemple, lors de la réunion de la Commission sur le régime des étrangers le 2 décembre 1922, à la Conférence de Lausanne (*Documents diplomatiques*, Paris, Imprimerie nationale, 1923, t. I (21 novembre 1922-1^{er} février 1923), partie C, p. 444), le délégué britannique LORD CURZON, tout comme les autres délégués européens et états-uniens (MM. Garonni, Barrère, Child...) dont il juge les paroles « conciliantes et courtoises », soutient qu'il faut formellement abolir les capitulations – un terme qui selon lui « sonne désagréablement » –...mais qu'à raison d'une vague « nécessité », le Gouvernement turc doit continuer à fournir exactement les mêmes garanties aux étrangers et renoncer à toute dénonciation ou révision unilatérale des traités en vigueur. De son côté, le délégué turc ISMET PACHA défend le « caractère révisable des capitulations », pour au moins plusieurs raisons : d'abord, et principalement, il argue que « [l]es traités dont la durée n'est pas fixée impliquent la clause *rebus sic stantibus*, en vertu de laquelle la transformation dans les circonstances qui ont provoqué la conclusion d'un traité peuvent entraîner l'annulation par l'une des parties contractantes de ce traité, s'il n'est pas possible de l'annuler par consentement mutuel » (*Id.*, p. 451). Il soutient également que les capitulations sont « incompatible[s] avec les droits d'indépendance d'une nation et le souci qu'elle doit avoir de son existence et de ses droits de souveraineté » (*Id.*, pp. 443, 445, 448, 451). Enfin, le représentant turc s'appuie sur la réciprocité et l'égalité des États, des nations, et des nationaux et des étrangers (*Id.*, pp. 444, 445, 446). Sur la proximité des argumentations de ces différents États « semi-civilisés » ou « semi-périphériques », v. par ex. UMUT ÖZSU, « The Ottoman Empire, the Origins of Extraterritoriality, and International Legal Theory », in ANNE ORFORD, FLORIAN HOFFMANN (eds.) with MARTIN CLARK, *The Oxford Handbook of The Theory of International Law*, Oxford UP, 2016, pp. 134-136.

¹⁵⁰ La théorie des droits fondamentaux de l'État, ou des considérations du même ordre, étaient invoqués par la Chine au soutien de ses demandes de révision des traités inégaux. Mais on la retrouve dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, par exemple dans les écrits de Deng Xiaoping, et elle est tout aussi présente aujourd'hui, par exemple dans la *Déclaration de la Fédération de Russie et de la République populaire de Chine sur la promotion du Droit international*, en date du 25 Juin 2016, qui se réfère à plusieurs reprises aux droits des États (et aucunement aux droits de l'homme). Dans *A Chinese Theory of International Law* de ZINPENG HE et LU SUN (*op. cit.* (note 53)), le terme « droits » (*rights*) est

D'une manière générale, cette théorie veut qu'un État ne peut pas abdiquer ses fonctions fondamentales « d'existence », « d'indépendance », de « souveraineté » ou encore de « protection de sa population » par traité¹⁵¹. « [L]'État qui les accorderait cesserait d'être un État souverain » et il est donc autorisé à se livrer à des « actes qui ne sont pas prévus par la convention, et même (...) qui la modifient »¹⁵². Un État est ainsi toujours autorisé à demander la révision, la suspension ou la terminaison d'un traité qui s'ingère dans ses droits de manière disproportionnée, ou porte une atteinte à sa souveraineté qui n'est pas nécessaire dans une société caractérisée par l'égale souveraineté. Selon de nombreux auteurs germanophones de la première moitié et du milieu du XX^e siècle, les droits fondamentaux de l'État constituent des principes objectifs indérogeables qui frappent toute convention contraire d'une nullité absolue¹⁵³. Constituerait par exemple une norme impérative de Droit international général celle « qui interdit d'assumer des stipulations excessivement onéreuses pour un laps de temps excessivement long voire pour l'éternité (*pacta contra bonos mores*) » ; et « une alliance politique éternelle, sans clause de dénonciation et avec abrogation *inter partes* de la possibilité d'invoquer le principe *rebus sic stantibus* »¹⁵⁴ (comme étaient d'ailleurs interprétés les traités européens avant 2007, v. *supra* § 16 et la note 91) tombent dans cette catégorie, de même qu'« une éventuelle renonciation à la protection judiciaire envers certains ou tous les États pour une période longue et à plus forte raison pour l'éternité »¹⁵⁵.

autant, voire plus employé pour désigner ceux des États (pp. 22, 23, 24, 26, etc.) que ceux des personnes privées. Selon la théorie chinoise des droits de l'homme, les deux droits les plus importants sont les droits à l'indépendance et au développement. Or, à bien suivre le discours chinois, ces droits apparaissent comme des droits des États et non des personnes privées (v. FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « La politique juridique extérieure de la République populaire de Chine », *AFRI*, 2016, vol. XVII, p. 558).

¹⁵¹ V. par ex. GEORG CRUSEN, « Les servitudes internationales », *RCADI*, 1928-II, vol. 22, pp. 56 *in fine*-57, qui indique que les droits fondamentaux de l'État listés par Gönner et ses successeurs (Dresch, Troeltsch[]) comprennent « le droit à l'indépendance, à l'égalité, au respect, au commerce mutuel et à la conservation de soi-même » et que « [s]i l'on peut douter que tous ces droits puissent résister aux critiques qu'on leur a opposées, il est cependant incontestable que tout État a droit à l'indépendance (Kaufmann, p. 196) ».

¹⁵² *Ibid.*, p. 57.

¹⁵³ ROBERT KOLB note qu'en 1937 par exemple, « Verdross avait soutenu qu'un traité excessivement restrictif, empêchant une partie contractante d'exercer les fonctions étatiques essentielles telles que le maintien de la sécurité ou de l'ordre, l'action en faveur du bien-être physique et moral de ses citoyens, la protection de ses nationaux à l'étranger, etc., serait nul en droit ». Cf. ALFRED VERDROSS, « Forbidden Treaties in International Law », *AJIL*, 1937, vol. 31, pp. 572 et s.; ID., « Trattati contra bonos mores », *RDI*, 1937, vol. 29, pp. 3 et s. ; ID., « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in International Law », *AJIL*, 1966, vol. 60, p. 59. Plus largement encore, peut-être, HERMANN MOSLER estimait qu'« un accord livrant une partie à la volonté incontrôlable de l'autre (*Knebelungsvertrag*) » est « incompatible avec l'essence du principe de réciprocité » (cf. « *Ius cogens* im Völlerrecht », *ASDI*, 1968, vol. 25, p. 32). V. ROBERT KOLB, *Théorie du ius cogens international – Essai de relecture du concept*, préf. de GEORGES ABI-SAAB, PUF, coll. « Publication de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales », 2001, pp. 117-118.

¹⁵⁴ ROBERT KOLB, *op. cit.* (note 153), p. 253.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 253, note 1024.

La remise en cause, à un très haut niveau, de la capacité d'un État à décider en dernier ressort du sort de sa population ou de son territoire, capacité comprise comme le cœur de ce qu'on appellerait aujourd'hui son « identité constitutionnelle », a été un motif très récurrent de dénonciation de traités plus ou moins inégaux, y compris de traités de paix. Même si cet argument n'est pas reconnu dans le Droit coutumier des traités, et même sans recourir à une théorie des droits fondamentaux des États, il est difficile de feindre la surprise lorsqu'il est invoqué, lorsqu'un peuple exige de recouvrir la pleine souveraineté de son État sur son territoire, ou lorsque cet État considère que ce qu'il a « admis » dans un moment de faiblesse ou d'autoritarisme ne peut plus être accepté, voire ne le lie en rien. Le comprendre¹⁵⁶ et admettre le jeu du principe *rebus sic stantibus* dans ces cas-là¹⁵⁷ s'imposent pour des raisons évidentes de Justice et de pragmatisme. Il est sans doute également raisonnable, pour un État négociant un traité, d'évaluer la fiabilité de ses partenaires au regard des modalités « internes » selon lesquelles ils le négocient.

21. Fondement de la tolérance coutumière de la dénonciation unilatérale (4) : les cas où les conditions nationales de négociation incitent les populations à demander leur dénonciation – Si un peuple, un nouveau régime ou un nouveau parti politique invoque, pour justifier la dénonciation ou la suspension d'un traité qui lie leur État, le fait qu'il soit issu de conditions *nationales* de négociation et d'engagement insatisfaisantes, son argument est en principe inopposable aux autres États parties. Néanmoins, chacun comprend que la découverte (parfois tardive, qu'on pense par exemple aux traités secrets découverts lors de l'ouverture des archives tsaristes en 1917) des conditions nationales de négociation et de conclusion d'un accord international, ou la reconnaissance tardive du caractère contestable de ces conditions, puisse inciter une population et/ou un État à se sentir libéré de cet accord ou à demander sa libération. C'est le cas, de manière évidente, lorsque le précédent régime était tyrannique ou oligarchique et a été renversé pour cette raison. Mais c'est également le cas lorsqu'un nouveau chef d'État a été choisi en partie en raison d'une contestation de la politique extérieure, comme c'est le cas pour une part de Moon Jae-in en Corée du sud (contestation de l'accord Corée-Japon sur les esclaves sexuelles) et plus nettement encore de Donald Trump aux États-Unis (contestation des méga-accords de commerce et d'investissement comme l'ALENA ou le Partenariat transpacifique). La

¹⁵⁶ Ce que fait par exemple JAMES LESLY BRIERLY (dans « Some Considerations on the Obsolescence of Treaties », *Transactions of the Grotius Society*, 1925, vol. 11, Problems of peace and war, p. 14) en suivant par exemple Jean Bodin ou John Stuart Mill à des époques bien antérieures, mais en s'opposant sur ce point à LASSA F. L. OPPENHEIM (*op. cit.* (note 112), t. I, pp. 689-691).

¹⁵⁷ Où il est généralement invoqué. V. par ex. HERSCH LAUTERPACHT, *op. cit.* (note 125), pp. 279-280 § 10.

logique même de la représentation et de l'élection impliquant la mise en œuvre du programme politique de la personne élue, admettre que le régime politique d'un partenaire puisse être représentatif-électif, et *a fortiori* démocratique, signifie admettre qu'il puisse remettre en cause les traités conclus antérieurement, y compris motif pris de conditions de négociation contestables. C'était clairement le cas dans l'affaire du traité Corée-Japon¹⁵⁸. De même, en concluant systématiquement des accords de commerce et d'investissement particulièrement contestés dans leur contenu et dans leurs modalités de négociation, les institutions actuelles de l'Union européenne prennent le risque d'être désavouées par les majorités à venir, et ainsi de fragiliser la crédibilité de la parole internationale de l'Union auprès de ses partenaires. Inversement, une approche telle que celle adoptée par la Suisse, qui fait une place plus grande au Parlement et à ses citoyens dans sa politique étrangère, permet de rendre cette parole plus crédible et les dénonciations suisses extrêmement rares.

22. Fondement de la tolérance coutumière de la dénonciation unilatérale (5) : Justice et pragmatisme – Finalement, admettre la révisibilité de *tous* les traités (et en Droit national de tous les contrats¹⁵⁹) ou, si l'on préfère, reconnaître l'application inévitable du principe *rebus sic stantibus* aux instruments juridiques à la fois utiles (substantiels) et faits de la main de l'homme (donc imparfaits) s'impose naturellement par le fait que les situations de fait changent, et avec elles ce qu'impose concrètement la Justice¹⁶⁰ ou simplement le pragmatisme¹⁶¹. Cette révisibilité de bon sens, et

¹⁵⁸ V. le *Report on the Review of the Korea-Japan Agreement of December 28, 2015 on the Issue of "Comfort Women" Victims*, 27 décembre 2017) de la Task Force mis en place par l'administration de M. Moon Jae-in le 31 juillet 2017, disponible sur www.mofa.go.kr, spéc. p. 24.

¹⁵⁹ V. not. HERSCH LAUTERPAHT, *op. cit.* (note 125), pp. 280-284.

¹⁶⁰ V. par ex. le « Commentaire du Brésil sur les propositions de Dumbarton Oaks, présentes à la Conférence interaméricaine sur les problèmes de guerre et de paix », 4 novembre 1944, Doc. 2 (FRENCH), G/7 (e), 6 mai 1945, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale (U.N.C.I.O.)*, disponible en ligne sur <https://digitallibrary.un.org>, vol. IV, p. 330 (« (...) [l']absence de la possibilité de reviser certains traités peut avoir des conséquences désastreuses et en tous cas injustes »), ou la Déclaration du Pérou au Comité 1/2 (Compte-rendu résumé de la 28^{ème} séance du Comité 1/2, *op. cit.* (note 79) vol. VII, p. 269, ou p. 5 du document : « Dans une organisation qui n'est pas parfaite, un État doit avoir le droit de se retirer »).

¹⁶¹ V. par ex. M. ALVAREZ TABIO (Cuba), *op. cit.* (note 63), p. 365 § 20 (« En pratique, aucun traité, ou presque, ne peut durer indéfiniment, car l'histoire montre combien les circonstances peuvent changer radicalement dans un laps de temps relativement court ») ; MANLEY O. HUDSON, *International Legislation – A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interests*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1931, vol. I (1919-1921), p. lvi § 32 (« No legislative body can hope to act wisely enough to enable its results to endure for all time to come ») ; JAMES LESLY BRIERLY, *op. cit.* (note 156), p. 13 (« Yet history teaches us nothing more clearly than the impossibility of settling the world on a permanently immutable plan »). Comp. PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} éd. revue et augmentée par Philippe Cahier, Genève, Graduate Institute Publications, p. 146 § 233 (il est difficile d'imaginer qu'en principe, la plupart des traités sans disposition relative à leur dénonciation ne puissent jamais – à aucun moment dans le temps et quel que soit le contexte – être dénoncés) ainsi que CHARLES DE VISSCHER, *Théories et réalités en*

donc un principe de tolérance de la dénonciation unilatérale des traités qui ne comportent pas de clause relative à leur terminaison, leur durée ou leur dénonciation, ou même interdisent cette dernière, s'impose tout particulièrement du fait des caractéristiques des relations entre États. En effet, les relations internationales sont caractérisées par l'absence de législateur mondial capable, au nom de la majorité, de dynamiser des règles générales que les traités, fondés sur le principe d'unanimité, tendent parfois à figer excessivement¹⁶². Il l'est également par l'absence de tribunaux systématiquement compétents pour se prononcer sur l'opposabilité ou la validité d'un acte de dénonciation unilatérale, et donc de trancher entre les motifs admissibles et les motifs inadmissibles de dénonciation. Dans un tel contexte, les États recourent rarement à des mesures de rétorsion, à des contre-mesures, sans même parler de la force armée, pour s'opposer à la dénonciation unilatérale d'un traité auquel ils sont parties. Ils savent parfaitement que se livrer à des pressions pour faire respecter un traité à un État qui vient de déclarer officiellement qu'il le dénonçait, risque d'être totalement inefficace¹⁶³. La chose est nette pour pratiquement tous les traités, mais, ironiquement, elle l'est particulièrement pour ceux qui établissent des organisations internationales¹⁶⁴, que les universitaires comptent pourtant couramment parmi les instruments impossibles à dénoncer sans clause à ce sujet ou consentement de toutes les parties¹⁶⁵. Ensuite, le refus de reconnaître

droit international public, Pedone, 1970, 4^{ème} éd., p. 290 (les traités multilatéraux, aussi structurels ou constitutionnels soient-ils ou paraissent-ils être, sont soumis à l'« exigence inéluctable de la révisibilité » qui explique « qu'une convention multilatérale portant abrogation et révision d'une convention multilatérale antérieure soit [fréquemment] conclue sans y associer tous les États qui [y] étaient parties »).

¹⁶² V. HERSCH LAUTERPACHT, *op. cit.* (note 125), pp. 287-288 § 12.

¹⁶³ V. par ex. en ce sens : ÉMILE GIRAUD, *op. cit.* (note 66), p. 75.

¹⁶⁴ D'une manière Générale, v. SABRINA CUENDET, « La qualité de membre : acquisition, évolution, perte », in EVELYNE LAGRANGE, JEAN-MARC SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 310 § 617 (le droit de retrait paraît « inhérent à la participation volontaire aux organisations internationales et on voit mal de quelle manière un membre pourrait être empêché de rompre tout lien avec l'organisation dont il entend se désolidariser ») ; OLIVIER CORTEN, FRANÇOIS DUBUISSON, VAIOS KOUTROULIS, ANNE LAGERWALL, *Une introduction critique au droit international*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 207. Pour une telle remarque concernant la dénonciation des traités européens, v. par ex. JOHN A. HILL, *op. cit.* (note 90), p. 356 (« As a practical matter, if a member state were determined to withdraw, the EEC has no sanctions that can be applied to compel lawful compliance with the Treaty ») ou PHOEBUS ATHANASSIOU, *op. cit.* (note 89), p. 22. Si « l'absence d'une clause de dénonciation n'empêche jamais un État de prendre ses distances avec l'institution » (SABRINA CUENDET, *op. cit.* (cette note), p. 312 § 618), « autoriser le retrait permet d'en régulariser les conséquences et peut-être d'en réduire l'exercice, en imposant par exemple un préavis qui permet de négocier, voire de faire revenir l'État sur sa position » (JEAN COMBACAU, SERGE SUR, *op. cit.* (note 115), p. 781).

¹⁶⁵ La doctrine internationaliste se réjouit généralement des « échecs » du retrait de l'Indonésie des Nations Unies, ou des retraits temporaires de l'OMS ou de l'UNESCO. De fait, ceux-ci ont été suivis un peu plus tard de la réintégration des États dénonciateurs dans le giron de ces organisations, souvent à travers la fiction d'une simple suspension de leur coopération. Ainsi par exemple, les dénonciations de l'acte constitutif de l'UNESCO par la Pologne, la Hongrie et la Tchécoslovaquie en 1952-1953 ont

les effets d'une dénonciation, et plus encore une tentative d'exécution forcée ou d'office des obligations conventionnelles de l'État dénonciateur pourrait aisément mener à une escalade inutile, voire à un conflit armé. Enfin, une réaction de ce type est susceptible de faire naître des ressentiments durables, comme le firent les réponses brutales fournies au XIX^{ème} siècle par les États colonisateurs sur la base des théories du *self-help*.

Pour toutes ces raisons, la tolérance générale des acteurs juridiques internationaux envers la dénonciation unilatérale des traités est bien fondée et sage. Les dénonciations unilatérales de traités sont en revanche loin de toutes avoir ces qualités. Par conséquent, un régime politique ne peut être pleinement démocratique que si non seulement l'engagement, mais encore le désengagement international de l'État est choisi de manière démocratique. Or, tel est loin d'être le cas.

C. Le maintien du caractère autoritaire des dénonciations, et les pratiques innovantes de démocratisation

23. Le maintien du caractère non-démocratique de la décision de dénoncer – Il n'est pas nécessaire d'épiloguer sur les caractères opaque et autoritaire des procédures par lesquelles, dans les différentes sociétés nationales, la décision de dénoncer un traité est prise. Ces procédures ne sont que des illustrations parmi d'autres de la concentration, aussi indéniable qu'obsolète, de la conduite des affaires étrangères dans les mains de l'exécutif. Un rapide tour d'horizon comparatif pointe même (avec quelques exceptions que nous allons mentionner) vers une soustraction générale de cette décision à tout contrôle efficace par les parlementaires et par les juges, sans même parler des citoyens. Ce qu'il convient simplement de rappeler ici, c'est qu'en raison de l'importance attribuée par les décideurs aux traités dans la période contemporaine, tout particulièrement en Europe, cette opacité et cet autoritarisme de la conduite des affaires étrangères expliquent que nombre de

été suivies de leur retour dès 1954, retour posant alors la question du versement des contributions des années où la coopération de ces États fût suspendue (v. par ex. NAGENDRA SINGH, *Termination of membership of international organisations*, Stevens & Sons Ltd., 1958, pp. 88-90 et les notes 18 et 19). Spontanément, les universitaires tendent à présenter ces allers et retours comme des « victoires » du Droit international sur la souveraineté des États, ou comme la preuve de la solidité des instruments dépourvus de clause de dénonciation, ou encore comme celle de la puissance et de l'autonomie des organisations internationales face à la volatilité et aux errements des États et des nations. Néanmoins, la pratique consistant à dénoncer un traité et à y ré-adhérer peu après, ou à se retirer d'une organisation pour mieux y revenir est tout aussi courante, et même davantage, lorsque la dénonciation et le retrait sont expressément prévus. Parmi beaucoup d'autres exemples, c'est ce qui ressort des allers-retours incessants des États-Unis – sous la forme de dénonciations et de retraits, mais également de suspensions de coopération ou de financement – à l'OIT, à l'UNESCO, à l'AIEA, au Conseil des droits de l'homme, à l'OMS, etc. Pour une très intéressante exploration des motifs de telles décisions, v. en particulier MARK F. IMBER, *The USA, ILO, UNESCO and IAEA – Policization and Withdrawal in the Specialized Agencies*, St. Martin's Press, 1989, spéc. la conclusion de l'auteur, pour l'essentiel toujours valable aujourd'hui, sur les bonnes et mauvaises raisons de quitter une organisation, pp. 137-150.

décisions contestables soient prises, que des traités menant à des inégalités criantes soient ratifiés, que leur exécution soit pleine d'obstacles et incertaine, et finalement que les citoyens perdent chaque jour davantage la fragile confiance qu'ils font aux autorités étatiques – sans même parler des autorités européennes ou internationales. C'est dire combien il est urgent d'examiner de plus près, de comparer et d'évaluer les réactions nationales qu'a suscitées ce problème. Bien entendu, ce déficit démocratique est généralement constaté et critiqué lorsqu'il est question de l'engagement de l'État ; mais il peut et doit également l'être lorsque l'État décide de se désengager.

24. Trois types de réactions contemporaines au caractère non-démocratique de la décision de dénoncer – Globalement, les réactions au problème du caractère autoritaire de la dénonciation ont été de trois sortes. Le premier type de réaction, caractéristique de la France ou des États-Unis, a consisté à confier la résolution de cette question aux juges, qui ont réaffirmé le monopole de l'exécutif¹⁶⁶. Les principaux arguments des juges étaient le silence de la Constitution sur ce point précis, et des dispositions constitutionnelles préservant le monopole du pouvoir présidentiel et ministériel sur les affaires étrangères¹⁶⁷. La deuxième réaction, qui a par exemple été celle du Royaume-Uni et de l'Afrique du Sud, a également consisté à confier cette question aux juges mais, pour ces derniers, à se montrer plus favorables aux pouvoirs du Parlement. Suivant un principe qui existe dans certains États¹⁶⁸, la Haute Cour Sud-Africaine a ainsi exigé, le 22 février 2017, que l'exécutif obtienne de la part du Parlement, l'autorisation de dénoncer un traité n'ayant pu être ratifié qu'avec l'aval des parlementaires¹⁶⁹. En s'appuyant sur le modèle dualiste typique des États de *Common Law*, la Cour suprême britannique en a décidé de même, le 24 janvier 2017, pour les traités ayant révisé ou établi des normes internes et des droits qui ne pouvaient l'être qu'avec l'approbation des parlementaires¹⁷⁰.

¹⁶⁶ V. la décision *Goldwater v. Carter* rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1979 (*Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979)), qui a très clairement cette implication, et les décisions *GISTI* rendue le 23 septembre 1992 par le Conseil d'État (n°120437 120437), et *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort* rendue le 13 octobre 2005 par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2005-524/525 DC), qui semblent avoir cette implication, par analogie pour le premier, et par son silence pour le second.

¹⁶⁷ V. par ex. en ce sens : PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG, *op. cit.* (note 37), p. 148.

¹⁶⁸ V. par ex. l'a. 18 de la Constitution kosovare de 2008, qui prévoit qu'un grand nombre de traités (al. 1) ne peuvent être ratifiés ou dénoncés (al. 4) qu'avec l'autorisation de l'Assemblée statuant aux 2/3 de ses membres (les italiques sont ajoutés).

¹⁶⁹ V. High Court (Afrique du Sud), Gauteng division, Pretoria, *Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others*, ZAGPPHC [2017] High Court (83145/2016), spéc. §§ 43-53.

¹⁷⁰ Supreme Court (Royaume-Uni), *R. (Miller) v. Secretary of State*, [2017] UKSC 5.

La troisième réaction, caractéristique de la Suisse, mérite un traitement à part car elle a consisté à aborder la question démocratiquement, et à décider à partir d'un débat politique sérieux qu'il fallait limiter le pouvoir du Conseil fédéral, d'un côté d'appliquer les traités de manière provisoire, et de l'autre de les dénoncer. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur d'une loi de 2019¹⁷¹, pour que le Conseil fédéral puisse conclure, modifier ou dénoncer seul un traité, il faut ou que ce traité ou cette modification soit mineur, ou qu'il y ait été autorisé par la Constitution, par une loi fédérale¹⁷² ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale¹⁷³. Dans les autres cas, l'Assemblée fédérale « approuve la conclusion, la modification ou la dénonciation des traités internationaux »¹⁷⁴. Dans l'hypothèse particulière où le Conseil fédéral dénoncerait le traité « sans l'approbation de l'Assemblée fédérale » au motif que « la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent », il doit néanmoins retirer sa dénonciation en cas d'opposition conjointe des commissions compétentes des deux conseils¹⁷⁵. On a ici une solution institutionnelle particulièrement intéressante au problème de la discrétion de l'exécutif dans l'application provisoire et dans la dénonciation des traités.

CONCLUSION : PRÉVOIR, RÉGLEMENTER ET DÉMOCRATISER LA DÉNONCIATION UNILATÉRALE DES TRAITÉS

25. Conclusion – La prise en compte du déficit démocratique doublement à l'origine des cascades contemporaines de dénonciations unilatérales des traités (cf. *supra* § 6), comme celle du retrait du multilatéralisme qu'elles manifestent de la part des États-Unis et du Royaume-Uni, invite à maintenir l'idée que la dénonciation unilatérale des traités doit être régie par le Droit international, qu'elle doit continuer à être largement tolérée par les États et ses effets évalués par les juges internationaux, et enfin que la décision de dénoncer

¹⁷¹ V. la loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux du 21 juin 2019.

¹⁷² Selon une logique que l'on retrouve par exemple dans l'article 91 de la Constitution des Pays-Bas de 1983. Celle-ci dispose en effet dans son alinéa 1 que « [l]e Royaume ne sera pas lié par des traités et ceux-ci ne seront pas dénoncés sans l'approbation préalable des États généraux. La loi détermine les cas où l'approbation n'est pas requise » (les italiques sont ajoutés)

¹⁷³ Article 7a de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010), modifié par la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux.

¹⁷⁴ Article 24, al. 2 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (RS 171.10) modifiée par la loi fédérale du 21 juin 2019. « Si la conclusion, la modification ou la dénonciation d'un traité international est soumise ou sujette à référendum, l'Assemblée fédérale en approuve la conclusion, la modification ou la dénonciation sous la forme d'un arrêté fédéral. Dans le cas contraire, elle en approuve la conclusion, la modification ou la dénonciation sous la forme d'un arrêté fédéral simple » (a. 24, al. 3 de la loi du 13 décembre 2002 modifiée par la loi fédérale du 21 juin 2019).

¹⁷⁵ Article 7b bis de la loi du 21 mars 1997 (RS 172.010) et article 152, al. 3 ter de la loi du 13 décembre 2002 (RS 171.10) telles que modifiées par la loi fédérale du 21 juin 2019.

doit être démocratisée au plan national, suivant l'exemple fourni par certains États et singulièrement par la Suisse.

Du point de vue de la pratique des États relative aux traités en général, la conclusion qui découle de ces propositions n'est pas que les traités ne sont pas des instruments internationaux utiles ou fiables. Au contraire, elle est qu'ils sont tout à fait utiles et tout à fait fiables, pourvu qu'on les tienne pour ce qu'ils sont. En effet, un traité n'est ni la rencontre de manifestations de volonté volant en éclats à la première difficulté, ni un engagement sacré susceptible de mettre éternellement des populations entières sous le joug d'une contrainte extravagante. Ils sont bien respectés lorsqu'ils sont justes et raisonnables, et ils sont justes et raisonnables, en premier lieu s'ils sont négociés, conclus et ratifiés de manière transparente et inclusive, autrement dit démocratique. Négociés, conclus et ratifiés ainsi, ils comporteront sans doute des clauses de dénonciation précises, susceptibles d'empêcher les dénonciations malvenues ou trop rapides et de permettre celles qui sont acceptables¹⁷⁶. Si de telles clauses sont sans aucun doute l'option à privilégier en principe, ce n'est cependant pas parce que les règles internationales coutumières applicables aux traités dépourvus de clause sont déraisonnables. Pour le cas spécifique auquel elles s'appliquent, ces règles coutumières s'imposent pour les raisons que nous avons dites, et dans le cas des traités de paix et de frontière, la règle inverse s'impose à raison d'un impératif particulier de sécurité juridique et de sécurité tout court.

¹⁷⁶ En effet, la démocratisation de la négociation ou de la conclusion ou de la ratification d'un traité tend à aboutir à l'insertion d'une clause de dénonciation en son sein. Les populations, la société civile et les parlementaires ont systématiquement tendance à réclamer de telles clauses, tandis que les négociateurs choisis par l'exécutif, et plus encore les « experts », les groupes de pression économiques et les juges et fonctionnaires internationaux inclinent presque toujours à penser, du moins à soutenir que les textes qu'ils rédigent ne doivent pas pouvoir être remis en question par un choix politique futur, surtout s'il est populaire. Ainsi par exemple, « [L]ors du débat *parlementaire* français sur la ratification des traités de 1957 [sur les Communautés européennes], il a bien été demandé que le gouvernement français négocie l'introduction d'une clause de résiliation (...) » (ALEXIS VAHLAS, *op. cit.* (note 81), p. 266 (les italiques sont ajoutés) ; cf. *JORF, Débats parlementaires – Assemblée nationale, compte-rendu des séances*, avril-juillet 1957, pp. 3355-3356). De même, les négociateurs de la Charte des Nations Unies, en particulier les représentants des États-Unis mais pas uniquement, avaient constamment à l'esprit que le Congrès états-unien serait enclin à refuser d'autoriser la ratification de la Charte si celle-ci ne comportait pas de clause prévoyant sa dénonciation (v. par ex. RUTH B. RUSSELL, *op. cit.* (note 79), pp. 363, 397). Le Congrès n'autorisa d'ailleurs le Président des États-Unis à faire rentrer cet État dans l'OMS qu'à la condition qu'il dispose d'un droit de retrait, absent du texte mais accepté par les États contractants (v. par ex. sur cette question : OSCAR SCHACHTER, « The Development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat », *BYBIL*, 1948, vol. 25, pp. 122-126 et YUEN-LI LIANG, « Notes on Legal Questions Concerning the United Nations », *AJIL*, 1950, vol. 44, pp. 122-123). Plus clairement encore, PAUL WEIS note d'une manière générale que « [t]he possibility of denunciation facilitates admittedly accession for certain States under their constitutional processes, e.g. for the Netherlands and Switzerland » (« The Denunciation of Human Rights Treaties », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1975, vol. VIII, n°1, p. 5), deux États caractérisés par la place que leur système constitutionnel attribue au parlement et, pour le second, à la population elle-même.

Naturellement, c'est pour des raisons générales de sécurité juridique et d'harmonie des relations internationales que des clauses où la dénonciation unilatérale est envisagée sereinement sont préférables à une absence de clause¹⁷⁷. Mais ces raisons générales se font particulièrement pressantes à l'heure où le Droit international ou son contenu sont particulièrement contestés, et où la montée en puissance de la Chine et le recul des États occidentaux engendre de la part de la première la volonté de remodeler les règles et institutions internationales largement façonnées par les seconds. Étant donné que, pour le Parti communiste chinois, l'équilibre et l'harmonie chinoises, ainsi que les intérêts de la Chine doivent désormais prévaloir sur l'impérialisme et l'individualisme états-uniens, et plus largement sur les intérêts occidentaux, il est probable que, dans les années à venir, on assiste d'une part à des dénonciations de traités et à des retraits de la part de la Chine (quitte à ce que la décennie 2020 évoque les décennies 1920-1940, durant lesquelles l'Empire du Milieu essaya de se défaire de traités qui lui furent imposés durant le XIX^{ème} siècle), et d'autre part, à l'émergence de nouveaux traités (comme le Partenariat régional économique global, ou RCEP), de nouvelles organisations internationales (comme la Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures, BAI ou AIIB) ou de nouveaux projets (comme l'Initiative Ceinture et Route) que les partenaires de la Chine voudraient finalement quitter pour des raisons idéologiques, géopolitiques ou simplement politiques.

Face à une telle situation, le plus sage n'est-il pas de considérer que les dénonciations, d'où qu'elles viennent, doivent être réglées par le Droit international et non laissées à l'arbitraire total de l'État dénonciateur ? Mais en même temps, ne convient-il pas, pour les États, de les tolérer largement au lieu d'exclure radicalement et par avance qu'elles aient les effets juridiques qu'elles entendent avoir ? Enfin, n'est-il pas souhaitable que la décision de dénoncer, comme celle de s'engager au plan international, soit prise de manière démocratique, notamment afin de prévenir le risque que des États étrangers tentent d'accentuer et de manipuler les divisions internes aux États dénonciateurs ? Finalement, cette stratégie tridimensionnelle semble être la plus appropriée à une époque d'instabilité interne des sociétés occidentales, et également à une époque où l'accumulation des armements et des

¹⁷⁷ Les clauses permettant la dénonciation du traité rassurent les États et les incitent à conclure et – peut-être paradoxalement mais certainement – à respecter des traités. V. une fois encore, la contribution de NATHALIE CLARENC BICUDO à cet ouvrage, *infra*, p. 74. Particulièrement net en ce sens, v. également ÉMILE GIRAUD, *op. cit.* (note 66), p. 75 : « Pratiquement, il n'y a aucun avantage à faire des conventions générales qui sont fondamentalement volontaires et libres des sortes de prison dans lesquelles une fois entré il ne serait plus possible de sortir. Les États sachant qu'ils peuvent régulièrement se dégager au bout d'un temps relativement bref hésiteront beaucoup moins à s'engager. En fait, les dénonciations ne sont pas très fréquentes, l'inertie jouant en faveur des situations existantes, mais la faculté de dénonciation qu'on pourrait utiliser, quoiqu'on ne l'utilise généralement pas, apaise les inquiétudes ».

DE QUOI LES DÉNONCIATIONS CONTEMPORAINES SONT-ELLES LE NOM ?

interdépendances économiques internationales peuvent rapidement muer des désaccords mineurs en affrontements catastrophiques pour tous. D'un côté, elle semble à même d'éviter les mouvements radicaux de rejet populaire des Droits international et européens et les dénonciations gouvernementales inconsidérées, et de l'autre elle est susceptible d'empêcher que le choix d'un État étranger de dénoncer un traité se transforme en sujet d'affrontement interne ou international. Si elle nous semble si adéquate, c'est finalement parce que la foi en un ordre mondial nouveau n'a jamais suffi à assurer des lendemains qui chantent ; et un monde pluriel, pacifique et coopératif a toujours pu l'être parce que le choix a été fait d'anticiper, calmement et collectivement ce qui peut le fragiliser, et comment il y sera fait face.