



HAL
open science

L'Etat avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international

Theodore Christakis

► **To cite this version:**

Theodore Christakis. L'Etat avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international. Revue générale de droit international public, 2008, CXII (2008-1), pp.5-47. hal-01803995

HAL Id: hal-01803995

<https://hal.science/hal-01803995>

Submitted on 8 Jun 2018

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.

Théodore CHRISTAKIS

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Grenoble

**L'ETAT AVANT LE DROIT ?
L'EXCEPTION DE « SECURITE
NATIONALE » EN DROIT
INTERNATIONAL**

Extrait de la Revue Générale de Droit International Public

Janvier-Mars 2008 – Numéro 1

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot, 13

PARIS

L'ETAT AVANT LE DROIT ? L'EXCEPTION DE « SECURITE NATIONALE » EN DROIT INTERNATIONAL

par

Théodore CHRISTAKIS

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Grenoble

Le 14 décembre 2006, les autorités britanniques ont invoqué des considérations de « sécurité nationale » pour mettre fin à une enquête majeure sur une affaire de corruption présumée impliquant *BAE Systems*, premier constructeur d'armes britannique, dans le cadre du contrat « Al Yamamah » concernant la livraison d'avions Tornado à l'Arabie Saoudite. Annonçant cette décision, le Directeur du *Serious Fraud Office* britannique¹ a déclaré que :

« Cette décision a été prise à la suite de démarches qui ont été faites auprès du Directeur et de l'*Attorney General* concernant la nécessité de sauvegarder la sécurité nationale et internationale. Il a été nécessaire de mettre en balance le besoin de maintenir l'Etat de droit d'une part et l'intérêt public plus large d'autre part. En revanche, cette décision n'a pas été influencée par des intérêts commerciaux ou par l'intérêt économique national »².

Cette justification, fondée sur l'idée que les autorités d'un pays peuvent discrétionnairement décider de ne plus se soumettre à l'Etat de droit en cas d'invocation de la « sécurité nationale » est préoccupante pour tout juriste. Elle l'est encore plus, dans le cas d'espèce, pour un internationaliste, car les règles en matière de lutte contre la corruption écartées dans cette affaire relèvent de la Convention de 1997 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales³. Reconnaisant que la corruption est un phéno-

1 - Bureau de détection des fraudes graves, ci-après SFO.

2 - Voir la déclaration du 14 décembre 2006 de l'*Attorney General* britannique, Lord Goldsmith, à la Chambre des Lords. Notre traduction. Nous soulignons.

3 - Texte in <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

mène répandu dans les transactions commerciales internationales qui suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques ainsi que le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence, cette Convention impose aux Etats de poursuivre et de sanctionner pénalement les personnes impliquées dans une affaire de corruption d'un agent public étranger. Ayant ratifié ladite Convention en 1999, le Royaume-Uni avait donc l'obligation d'enquêter sur les pots-de-vin et autres «douceurs» qui auraient, selon certaines allégations, été accordés à des membres du gouvernement et de la famille royale de l'Arabie Saoudite et qui auraient contribué à la conclusion de ce contrat très juteux, qualifié par plusieurs de «contrat du siècle». L'Arabie Saoudite ayant toutefois menacé de mettre fin à sa coopération dans la lutte contre Al-Qaïda et le terrorisme en cas de poursuite de l'enquête, le Royaume-Uni a invoqué des risques pour sa «sécurité nationale» pour mettre un terme à l'enquête.

Si cette affaire soulève bien des interrogations quant à l'effectivité des règles internationales en matière de lutte contre la corruption ou de commerce d'armes⁴, elle pose aussi et surtout le problème plus général de la possibilité, pour un Etat, d'invoquer des considérations de sécurité nationale pour échapper au respect d'une obligation internationale. La question est d'autant plus préoccupante que le concept de «sécurité nationale» semble être très en vogue⁵. Différents Etats ont ainsi publié des documents officiels sur leur «stratégie» ou «politique» de sécurité nationale, documents dont le contenu est abondamment discuté⁶. Même en France, où ce concept d'origine anglo-saxonne n'était pourtant pas très prisé, un *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale* est actuellement en préparation et un nouveau *Conseil de défense et de sécurité nationale*, inspiré du *National Security Council* américain, devrait voir le jour à partir de janvier 2008, départ d'une nouvelle approche stratégique qui tend à abolir la distinction entre sécurité extérieure et sécurité intérieure⁷.

4 - Voir T. Christakis, «L'arrêt de l'enquête sur BAE Systems et la lutte internationale contre la corruption», *Défense Nationale et Sécurité Collective*, juin 2007, pp. 147-155.

5 - Aux Etats-Unis un *Journal of National Security Law & Policy* a même fait récemment son apparition. Pour ses objectifs, voir E. Rindskopf Parker, «Why a Journal of National Security Law & Policy?», *1 J. Nat'l Security L. & Pol'y*, 2005, p. 1 et ss. (in <<http://www.mcgeorge.edu/x704.xml>>).

6 - Nous faisons surtout allusion au fameux rapport de la Maison Blanche publié en septembre 2002 et intitulé «*The National Security Strategy of the United States of America*» (disponible in <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>) qui inclut des passages abondamment commentés, tels que ceux sur la légitime défense «préventive» ou «préemptive». Voir aussi, par exemple, les documents suivants : «*Australia's National Security: Defence Update 2005*», publié par le Gouvernement Australien en 2005 (in <<http://www.defence.gov.au>>) ; «*Securing an Open Society: Canada's National Security Policy*» publié par le Gouvernement canadien en avril 2004 (in <<http://www.pco-bcp.gc.ca>>) ; «*Russian National Security Blueprint*» approuvé par la Fédération Russe en 1997 et amendé en 2000 (in <http://www.shaps.hawaii.edu/security/russia/russia_sec_concept.html>) ; et al.

7 - Conformément aux annonces du Président français N. Sarkozy et aux recommandations de la commission du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale. Cf. M. Rocard, A. Bauer, «Pour un Conseil de sécurité nationale», *Défense nationale*, 2007, n° 10, pp. 23-32.

C'est souvent la lutte contre le terrorisme qui est présentée comme une préoccupation majeure de « sécurité nationale » devant légitimer des dérogations et des exceptions en tout genre à l'Etat de droit. L'idée est simple : sans sécurité rien n'est possible ; il faut donc accepter certaines méthodes ou mesures dérogatoires au droit commun pour garantir la sécurité, socle indispensable à la jouissance de toute autre valeur, bien ou droit au sein d'un Etat. L'argument est puissant et les populations sont donc souvent assez disposées à accepter l'idée de telles méthodes ou mesures justifiées par l'excuse de la sécurité nationale. Ainsi que l'a très bien souligné Iain Cameron : « *Indeed, for a liberal democratic State, or one which claims to be liberal and democratic, it is probably the only excuse which can now be used to justify abuse of power* »⁸. De la même manière, un autre auteur remarquait que, à partir du moment où « l'expert en terrorisme » réussit à déplacer l'attention des masses de ce qui *s'est passé* à ce qui *pourrait se passer*, les jeux sont faits⁹...

L'histoire nous enseigne, pourtant, que le concept de sécurité nationale est doté d'un potentiel dévastateur redoutable. Les gouvernants et leurs agences de sécurité ont trop souvent profité de la couverture offerte par le concept de sécurité nationale pour accomplir sur leur territoire d'obscurs et inavouables desseins, tels la surveillance des opposants politiques ou la dissimulation d'agissements embarrassants ou illicites¹⁰. Sur le plan de la politique extérieure, le concept a souvent aussi été le moteur d'opérations de déstabilisation de pays dont la politique s'éloignait de ce qui arrangeait alors les « intérêts nationaux » des grandes puissances. Plus généralement, la glorification actuelle du concept de « sécurité nationale » n'est pas sans rappeler les vieilles doctrines des droits fondamentaux des Etats, du droit à la conservation ou de la théorie des intérêts vitaux, sollicitées, surtout au XIX^e siècle, pour justifier la violation de règles du droit international. La « sécurité nationale » n'aurait-elle alors pas pour tentation de se substituer à ces doctrines obsolètes et condamnées par l'histoire ?

Certes, il faut savoir raison garder. Le droit international en effet, comme tout droit, ne peut tout réglementer de façon rigide et monolithique. Différentes soupapes de sûreté ont ainsi été créées qui autorisent les Etats à écarter l'application d'une règle dans un cas particulier afin de préserver leurs intérêts ou de réaliser certains buts légitimes. Ces diffé-

8 - I. Cameron, *National security and the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer, 2000, p. 63.

9 - C. Gearty, « Terrorism and human rights: A case study in impeding legal realities », *Legal Studies*, v. 19, 1999, p. 371. Nous devons cette citation à I. Cameron, *op. cit.*, p. 65.

10 - Ainsi que l'a souligné un auteur : « at many times and in many countries, national security laws have been employed to suppress exactly the sort of accountability tools - court review, public protest and speech, freedom of the press, transparency, privacy and the like - that protect against government abuse ». (C. Forcese, « Through a glass darkly: The role and review of 'national security' concepts in Canadian law », *Alberta law review*, vol. 43, 2006, p. 964). Pour quelques exemples, voir I. Cameron, *op. cit.*, pp. 65 et ss.

rents mécanismes sont bénéfiques : ils incitent les Etats à s'engager et contribuent de ce fait à l'universalité du droit international ; ils tempèrent l'excès de droit et permettent à l'ordre juridique de « respirer ». Mais l'abus de ces mécanismes représente aussi une menace majeure pour l'ordre juridique international, sa sécurité, sa prévisibilité, sa généralité... L'exception de sécurité nationale constitue, sans doute, une de ces « variables d'ajustement » qui permettent au droit international d'assurer avec flexibilité sa fonction sociale. Mais, en même temps, cette exception est lourde de menaces pour la sécurité juridique. Elle ne peut pas et ne doit pas être considérée comme une carte blanche pour la mise à l'écart de la règle de droit, car il ne peut pas y avoir de « sécurité » sans prééminence du droit¹¹.

Nous essaierons donc ici d'évaluer l'ampleur des exceptions et dérogations¹² fondées sur la sécurité nationale en droit international. Pour mener cette étude, nous procéderons en trois temps. Dans un premier temps, nous nous attacherons à dégager l'éventuelle existence d'une définition du terme ambigu de « sécurité nationale » (I). Dans un deuxième temps, nous examinerons dans quelle mesure et de quelle manière le droit positif contemporain permet à un Etat d'invoquer des considérations de « sécurité nationale » pour ne pas appliquer une obligation internationale (II). Enfin, nous verrons si l'invocation de l'exception de sécurité nationale peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et quels sont à cet égard les pouvoirs du juge international (III).

I. LA DEFINITION DU CONCEPT DE SECURITE NATIONALE

Dans un article du *Time* paru en 1985, un célèbre amiral américain soutenait que « *The Xerox machine is one of the biggest threats to national security ever devised* »¹³. La phrase illustre bien le « flou inégalé » du concept de sécurité nationale, si souvent dénoncé dans les écrits portant

11 - Comme l'a dit la Cour Suprême d'Israël dans une décision critiquable par ailleurs : « Regarding the State's struggle against the terror that rises up against her, we are convinced that at the end of the day, a struggle according to law (and while complying with the law) strengthens her and her spirit. There is no security without law. Satisfying the provisions of the law is a component of national security » (décision rendue le 30 juin 2004 dans l'affaire *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, p. 861).

12 - Il est nécessaire de souligner dès le départ que, si dans cet article nous utiliserons de manière invariable les termes « exception » et « dérogation », ces deux termes doivent être distingués. Par la technique de l'exception, l'auteur de la règle prévoit que celle-ci ne s'appliquera pas dans certaines situations prévues à l'avance. L'exception ne constitue donc pas une « autorisation de faire ce qui est prohibé », car le comportement visé est licite *ab initio*. N'étant qu'une restriction à l'obligation imposée aux Etats, l'exception semble renvoyer à la théorie de la liberté résiduelle des Etats : elle désigne ce que l'Etat peut faire faute d'interdiction juridique. La dérogation, en revanche, vise à écarter l'application d'une règle dans un cas particulier. Elle se différencie de l'exception en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé » et non une catégorie entière de situations. La dérogation correspond donc à la faculté accordée à une personne d'écarter de manière unilatérale l'application d'une règle dans une situation déterminée et, surtout, en cas de circonstances exceptionnelles.

13 - Déclaration de l'Admiral Thomas Moorer in E. Thomas, « Why the Ship of State leaks », *Time*, 17 juin, 1985.

sur la protection des libertés fondamentales¹⁴. Le contraste pourrait d'ailleurs difficilement être plus saisissant entre l'utilisation fréquente du terme «sécurité nationale» (et de termes similaires) et le peu de définitions données à ce terme.

Les dictionnaires et les encyclopédies sont ainsi souvent d'un secours limité. La très volumineuse «*Encyclopedia of United States National Security*»¹⁵ définit à peu près tout, sauf le terme «*national security*» ! L'*Oxford English Dictionary* le définit de manière très générale comme «*the safety of a nation and its people, institutions, etc., esp. from military threat or from espionage, terrorism, etc.*». En France, il est quasiment impossible de trouver une définition autonome pour ce terme dans les dictionnaires en général et ceux relatifs à la culture juridique en particulier¹⁶. Néanmoins, on trouve parfois des définitions du terme voisin de «sécurité publique»¹⁷ et, bien sûr, de la notion de sécurité en général, définie comme la «situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques»¹⁸.

Le problème de la définition de la «sécurité nationale» a occupé plusieurs générations de contributeurs à la théorie politique, qui ont souvent mis en exergue l'«ambiguïté» de cette notion-symbole¹⁹ et l'«incertitude conceptuelle» qui l'entoure²⁰. Adam Smith avait, par exemple, lié le concept à l'obligation de l'Etat de «protéger la société de la violence et de l'invasion des autres sociétés»²¹. Certains, adhérant à une vision restrictive, ont défini la sécurité nationale comme «la capacité de résister à toute agression étrangère»²² ou, de manière plus générale, de protéger la «souveraineté étatique»²³; tandis que d'autres ont défendu une approche beaucoup plus large selon laquelle, «la sécurité nationale est la capacité

14 - Voir, par exemple, T. Emerson, «National Security and Civil Liberties», *Yale J. Word Pub. Ord.*, vol. 9, 1983, pp. 9 et ss.

15 - R. Samuels (ed.), *Encyclopedia of United States national security*, Sage Publications, Calif./London/New Delhi, 2006, 2 vol., 922 p.

16 - Le *Dictionnaire de la culture juridique* de Alland-Rials (Lamy-PUF, 2003) n'a pas d'entrée pour «sécurité» pas plus que le *Dictionnaire constitutionnel* de Duhamel-Mény (PUF, 1992).

17 - Définie, par exemple, par le *Dictionnaire Cornu* (Quadrige/PUF, 2001) comme un «élément de l'ordre public caractérisé par l'absence de périls pour la vie, la liberté ou le droit de propriété des individus».

18 - Par exemple *ibid.*

19 - A. Wolfers, «"National Security" as an Ambiguous Symbol», *Political Science Quarterly*, Vol. 67, 1953, pp. 481-502.

20 - T. Balzacq, «Qu'est-ce que la sécurité nationale?», *La revue internationale et stratégique*, n° 52, 2004.

21 - Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 689.

22 - G. Luciani, «The Economic Content of Security», *Journal of Public Policy*, vol. 8, n° 2, 1989, p. 151.

23 - E. May, «National Security in American History», in G. Allison, G. Trevorton (eds.), *Rethinking America's Security: Beyond Cold War to New World Order*, New York, Norton, 1992, p. 235.

d'une nation à protéger avec succès ses intérêts nationaux tels qu'elle les conçoit n'importe où dans le monde»²⁴.

Le problème fondamental de cette notion est que chaque Etat définit lui-même les circonstances dans lesquelles sa sécurité pourrait être mise en danger et cette définition nationale évolue avec le temps. Il existe donc peut-être autant de définitions de la «sécurité nationale» que de «nations» (ou plutôt d'«Etats»). Nous allons brièvement présenter certaines approches étatiques de cette question (1), avant de nous tourner vers le problème capital de l'éventuelle capacité du droit international à définir et à délimiter le concept de «sécurité nationale» (2).

1. La définition nationale de la sécurité nationale

Il a été observé que pratiquement tout Etat a, d'une façon ou d'une autre, une «doctrine de sécurité nationale»²⁵. Le plus souvent, cette doctrine est implicite: elle découle des prises de position des autorités étatiques sur des questions relatives à la défense nationale, la protection du territoire et des personnes ou la protection des institutions. Toutefois, certains Etats, surtout dans le monde anglo-saxon, ont proclamé explicitement des doctrines de «sécurité nationale», sans pour autant toujours définir avec précision ce terme, dont le contenu doit parfois être «dédit» de la lecture de documents volumineux. L'absence de définition précise s'avère d'autant plus fâcheuse que, dans pratiquement tous les pays, des considérations de «sécurité nationale» (ou de «sécurité publique») affectent l'ordre juridique en introduisant des exemptions et dérogations au droit commun afin de protéger certains intérêts essentiels.

Un auteur note ainsi que, en droit canadien par exemple, le terme «sécurité nationale» apparaît dans plus de trente lois fédérales, sans pour autant y être défini, «omission importante à la lumière des pouvoirs considérables que ces lois confèrent au gouvernement»²⁶. Aux Etats-Unis, le caractère vague, élastique et imprécis du concept de sécurité nationale a fait dire à un auteur que: «The fact is that virtually anything that happens in the country can be said, in one way or another, to touch on our "national security"»²⁷. La Cour Suprême américaine elle-même, dès 1971,

24 - P. Hartland-Thunberg, «National Economic Security: Interdependence and Vulnerability», in F. Altig von Geusau, J. Pelkmans (eds.), *National Economic Security*, John F. Kennedy Institute, Tilburg, 1982, p. 50. Nous devons ces citations à l'article de T. Balzacq précité.

25 - W. Nagan, C. Hammer, «The New Bush National Security Doctrine and the Rule of Law», *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 22, 2004, p. 384. Au sein de plusieurs Etats on trouve, d'ailleurs, des institutions spécifiquement compétentes en matière de «sécurité nationale» (v. par ex. aux Etats-Unis la *National Security Agency*, le *National Security Adviser*, etc.).

26 - C. Forcese, «Through a glass darkly: The role and review of 'national security' concepts in Canadian law», *Alberta law review*, vol. 43, 2006, p. 963.

27 - T. Emerson, «National Security and Civil Liberties: Introduction», *Cornell L. Rev.*, vol. 69, 1984, p. 686. Voir, par exemple, l'approche très large de la «sécurité nationale» qui ressort de l'ouvrage de C. Watson, *US national security: a reference handbook*, ABC-CLIO Santa Barbara, 2002, 357 p.

a mis le doigt sur ce point sensible, soulignant, dans sa décision *United States v. United States District Court* que : « Given the difficulty of defining the domestic security interest, the danger of abuse in acting to protect that interest becomes apparent ». En Australie aussi, la juridiction suprême a mis l'accent sur le caractère élastique de la notion dans l'affaire *Church of Scientology Inc. v. Woodward* de 1982, où la High Court a souligné « that security is a concept with a fluctuating content, depending very much on circumstances as they exist from time to time »²⁸.

Quand, rarement, des définitions du terme « sécurité nationale » sont avancées sur le plan institutionnel, leur caractère vague les rend souvent complètement inutiles pour fixer les limites des pouvoirs du gouvernement dans le cadre des exceptions de « sécurité nationale ». C'est ainsi, par exemple, qu'en 1980, le Collège de Défense Nationale du Canada a défini la sécurité nationale comme :

« the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and compatible with the needs and legitimate aspirations of others. It includes freedom from military attack or coercion, freedom from internal subversion, and freedom from the erosion of the political, economic, and social values which are essential to the quality of life in Canada »²⁹.

Ainsi que l'a noté un auteur, cette définition est tellement vaste, qu'elle « wraps much of what governments exist to do within the blanket of national security »³⁰.

Aux Etats-Unis, une définition à peine plus précise a été adoptée par le Ministère de la Défense et reprise depuis dans certains dictionnaires. Selon elle :

« National security is a collective term encompassing both national defence and foreign relations of the United States. Specifically, the condition provided by: a) military or defence advantage over any foreign nation or group of nations; b) favourable foreign relations position; or c) defence posture capable of successfully resisting hostile or destructive action from within or without, overt or covert »³¹.

En Angleterre, enfin, une définition toute aussi vague (et pourtant non exhaustive) a été avancée dès 1985 par le Ministère de l'Intérieur à l'occasion de l'adoption d'une loi sur les interceptions téléphoniques. Selon le Ministre de l'époque, le terme « sécurité nationale » :

28 - Cité in P. Hanks, « National Security – A political concept », *Monash U. L. Rev.*, vol. 14, 1988, p. 118.

29 - V. W.D. Macnamara, A. Fitz-Gerald, « A National Security Framework for Canada », *Policy Matters* 3:10, 2002, p. 7 (disponible in <www.irpp.org/research/index.htm>).

30 - C. Forcese, « Through a glass darkly... », *op. cit.*, p. 965.

31 - *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02 (as am. to 9 June 2004), p. 357 (disponible in <http://books.google.fr>). Les éléments de cette définition sont repris en grande partie par le *HarperCollins dictionary of American government and politics*, Harper Perennial, New York, 1992, p. 385.

«encompasses the protection of the country and its institutions from internal and external threats and the security of the realm, for example, from terrorists, espionage or major subversive activity»³².

Il ne nous appartient pas ici d'examiner davantage de quelle manière chaque ordre juridique a essayé de fixer les limites de la notion de «sécurité nationale». Il nous suffit, pour l'instant, d'observer que : a) il semble communément accepté que le terme couvre aussi bien les menaces externes qu'internes ; b) les gouvernements semblent peu pressés de donner une définition précise (et *a fortiori* une définition restrictive) à ce terme, afin, sans doute, de préserver leur liberté d'action ; et c) que les risques découlant de ce caractère imprécis de la notion ont souvent été dénoncés par la société civile et parfois même par les tribunaux nationaux.

2. Une définition internationale de la sécurité nationale ?

Au-delà des incertitudes qui découlent des approches nationales, il faut se demander si le droit international peut, lui-même, proposer une définition de la «sécurité nationale». Or, comme nous allons le voir (*infra* Part. II), si plusieurs conventions internationales introduisent des exceptions relatives à la protection de la «sécurité nationale» ou des «intérêts essentiels de sécurité» ou encore de la «sécurité publique», ces notions ne sont généralement pas définies. Les tribunaux internationaux sont alors souvent confrontés à un problème de définition face à des parties ayant des approches diamétralement opposées sur la question de savoir si l'objet du litige entre ou non dans le cadre d'une exception de sécurité nationale.

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice n'est, à cet égard, pas d'une très grande utilité pour l'instant. Certes, la Cour s'est déjà trouvée, à deux reprises, confrontée à des clauses relatives à la sécurité nationale³³, mais elle n'a pas ressenti la nécessité de définir le terme «intérêts essentiels de sécurité», se contentant de noter que «la notion d'intérêts vitaux en matière de sécurité déborde certainement la notion d'agression armée et a reçu dans l'histoire des interprétations fort extensives»³⁴.

La jurisprudence d'autres juridictions internationales, en premier lieu celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne (et du Tribunal de Première Instance), est en revanche plus intéressante. Comme nous le verrons, le droit de l'Union Européenne n'introduit pas l'exception de «sécu-

32 - Cité in P. Hanks, «National Security – A political concept», *op. cit.*, p. 119. Il convient de remarquer que le statut du British Security Service ne définit pas ce qu'on doit entendre par «security», v. à cet égard CA68.

33 - Il s'agit des affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et des *Plates-formes pétrolières*. V. *infra*, note 65. Par ailleurs, l'interprétation d'une clause conventionnelle relative à la protection « de la sécurité » et des « intérêts essentiels » des Etats se situe au cœur de l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* dont la Cour est actuellement saisie (v. *infra* note 157).

34 - *Activités militaires et paramilitaires...*, *Rec. CIJ* 1986, § 224.

rité nationale» en tant que telle, mais celle de la «sécurité publique» qui renvoie à un concept juridique proche et plus approprié, peut-être, dans un ensemble multinational. La CJCE ainsi que le TPI ont souvent eu à se prononcer sur la définition et le contenu de l'exception de «sécurité publique», optant de manière évidente en faveur d'une conception large de ce terme.

Par exemple, dans l'affaire *Svenska Journalistförbundet c. Conseil de l'Union européenne*, la requérante suggérait que, en l'absence d'une définition de la notion de sécurité publique dans une décision 93/731 du Conseil qui introduisait cette exception au principe de divulgation des documents du Conseil, cette exception pourrait être définie comme s'appliquant aux «documents ou extraits de documents dont l'accès offert au public exposerait les citoyens de la Communauté, les institutions de la Communauté ou les autorités des Etats membres au terrorisme, à la criminalité, à l'espionnage, aux insurrections, à la subversion et à la révolution, ou ferait directement obstacle aux efforts des autorités visant à prévenir de telles activités...»³⁵.

Le Conseil de l'Union Européenne, soutenu par la France et le Royaume-Uni, faisait en revanche valoir :

«qu'il n'est en aucun cas nécessaire d'adopter une définition restrictive de la sécurité publique aux fins de l'application de la décision 93/731. La notion de sécurité publique devrait être définie de manière souple afin de tenir compte des changements de circonstances»³⁶.

Le TPI a adhéré à cette seconde analyse en soulignant que :

«La jurisprudence de la Cour montre que la notion de sécurité publique n'a pas une seule et unique signification»³⁷.

Il est vrai, en effet, que selon une jurisprudence constante de la CJCE depuis 1991, la notion de «sécurité publique» couvre, non seulement la sécurité intérieure d'un Etat membre, mais aussi sa sécurité extérieure³⁸. Cette dernière est d'ailleurs envisagée de manière large. Dans son arrêt *Leifer* du 17 octobre 1995, la Cour a ainsi souligné qu'il est :

«difficile de faire une distinction claire et nette entre des considérations de politique étrangère et des considérations de politique de sécurité. De surcroît [...] la sécurité d'un Etat peut de moins en moins être envisagée isolément dans la mesure où elle est étroitement liée à la sécurité de la communauté internationale dans son ensemble et des divers éléments qui la composent. Il s'ensuit que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de

35 - Arrêt du TPI du 17 juin 1998, Affaire T-11174/95, § 91.

36 - *Ibid.*, § 95

37 - *Id.*, § 121.

38 - Voir, entre autres, les arrêts du 4 octobre 1991, *Richardt et «Les Accessoires Scientifiques»*, C-367/89, point 22 ; du 17 octobre 1995, *Leifer e.a.*, C-83/94, point 26 ; du 26 octobre 1999, *Sirdar* C-273/97, point 17 ; du 11 janvier 2000, *Kreil* C-285/98, point 17 ; du 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, point 32 et al.

la coexistence pacifique des peuples peut affecter la sécurité d'un Etat membre.»³⁹.

Conformément à cette jurisprudence, la Cour n'a eu aucune difficulté à reconnaître que l'exception de «sécurité publique» s'applique aussi lorsqu'un Etat adopte des mesures dérogatoires dans le cadre de l'application d'un régime de sanctions de l'ONU, conformément aux mécanismes de sécurité collective⁴⁰.

La conception large que fait la Cour de la notion de «sécurité publique» a aussi été démontrée dans son arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil*. Dans cette affaire, l'Irlande voulait justifier certaines mesures dérogatoires au droit communautaire en matière d'approvisionnement en produits pétroliers en s'appuyant sur l'exception de «sécurité publique» consacrée par l'article 36 du Traité CEE. Le Royaume-Uni s'opposait à cette interprétation, soutenant que «le terme de sécurité publique dans l'article 36 du Traité comprend des intérêts fondamentaux de l'Etat tels que le maintien des services publics essentiels ou visant à assurer le fonctionnement sûr et efficace de l'Etat. Les exceptions prévues par cet article ne sauraient être invoquées si les mesures en cause visent essentiellement des objectifs économiques»⁴¹.

La Cour n'a pas accepté cette argumentation. Si elle a admis qu'un «Etat membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets des mesures prévues par le traité sous prétexte des difficultés occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intercommunautaire», elle a immédiatement ajouté que :

«Toutefois, compte tenu de l'ampleur des conséquences que peut avoir une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers pour l'existence d'un Etat, il y a lieu de considérer que le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique»⁴².

Cette vision assez large de la notion de «sécurité publique» (ou sécurité nationale) semble être acceptée par d'autres juridictions. On peut citer, à titre d'exemple, les sentences rendues entre le 12 mai 2005 et le 28 septembre 2007 par quatre Tribunaux CIRDI dans le cadre de poursuites engagées par des investisseurs étrangers contre l'Argentine pour des

39 - §§ 27 et 28.

40 - Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 14 janvier 1997 dans l'affaire *Centro-Com* (C-124/95), points 44 et 45 : une mesure tendant à l'application des sanctions qui ont été établies par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en vue de parvenir à une solution pacifique de la situation en Bosnie-Herzégovine, situation constituant une menace à la paix et à la sécurité internationales, relève de l'exception de «sécurité publique».

41 - Arrêt de la Cour du 10 juillet 1984, *Campus Oil e.a.*, 72/83, point 23.

42 - *Ibid.*, point 35. V. aussi p. 34.

mesures adoptées par cet Etat entre 2000 et 2003 pour faire face à la grave crise économique qu'il traversait. Dans ces affaires, l'Argentine justifiait son comportement en invoquant, notamment, l'article XI du traité bilatéral Argentine/ Etats-Unis qui prévoit la possibilité, pour les parties, d'adopter certaines mesures d'urgence nécessaires pour protéger leurs « intérêts essentiels de sécurité »⁴³. Les requérants ont essayé de repousser cet argument en soulignant que les crises économiques « do not fall within the concept of "essential security interests", which is limited to war, natural disaster and other situations threatening the existence of the State »⁴⁴. Les quatre tribunaux, qui se sont jusqu'à présent prononcés dans ces affaires, n'ont pas accepté cet argument. Selon, par exemple, la sentence du 12 mai 2005 rendue dans l'affaire *CMS c. Argentine*⁴⁵:

« If the concept of essential security interests were to be limited to immediate political and national security concerns, particularly of an international character, and were to exclude other interests, for example, major economic emergencies, it could well result in an unbalanced understanding of Article XI. Such an approach would not be entirely consistent with the rules governing the interpretation of treaties »⁴⁶.

On voit donc que les tribunaux internationaux se montrent assez flexibles en ce qui concerne la définition de la notion de « sécurité nationale » et des « intérêts essentiels de sécurité », donnant à ces termes une conception assez large qui permet même, selon le contexte, d'y incorporer les crises économiques ou l'approvisionnement en matières premières. De manière générale, comme nous le verrons *infra* (III), les tribunaux internationaux reconnaissent une très grande marge d'appréciation aux Etats en ce qui concerne l'existence d'une menace à leur sécurité nationale, orientant plutôt leur contrôle vers d'autres questions, telles que le respect du principe de bonne foi par l'Etat qui invoque l'exception, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation ou le respect des principes de nécessité et de proportionnalité.

Ceci rend, en fin de compte, quelque peu vaine la recherche d'une définition objective et immuable du concept de « sécurité nationale ». S'il est clair que ce concept couvre, en principe, aussi bien les menaces externes qu'internes à l'existence de l'Etat, à sa survie politique ou économique, au

43 - Selon la clause incorporée dans cet article: « This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests ».

44 - Selon, par exemple, l'argumentation de CMS dans l'affaire citée dans la note suivante, § 340.

45 - *C.M.S. Gaz Transmission Company c. The Argentine Republic*. Case n°ARB/01/08.

46 - *Ibid.*, § 360. La sentence du 3 octobre 2006 rendue dans l'affaire *LG & E c. Argentine* souligne, quant à elle, que: « to conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion ».

10

maintien du fonctionnement de ses services essentiels et de ses institutions et à la survie de sa population, il semble tout aussi clair qu'il s'agit d'un terme à géométrie variable, dont les contours doivent être précisés en fonction, tant de la situation précise dans laquelle se trouve l'Etat, que du contexte de chaque règle incorporant l'exception de «sécurité nationale» ou d'«intérêts essentiels de sécurité»⁴⁷. L'étude de chaque règle particulière s'avère d'autant plus importante que certaines dispositions conventionnelles introduisant l'exception de «sécurité nationale» précisent parfois expressément le type d'activités qui peut être considéré comme contraire à la sécurité de l'Etat dans un contexte précis. Essayons donc, de manière plus précise, de voir comment le droit positif contemporain capte l'exception de sécurité nationale.

II. L'EXISTENCE D'UNE EXCEPTION DE SECURITE NATIONALE EN DROIT POSITIF

Différents traités internationaux incorporent des clauses relatives à la «sécurité nationale» ou aux «intérêts essentiels de sécurité» des Etats, clauses d'ailleurs souvent accompagnées de conditions pour leur invocation (1). Faute de telles clauses, il convient de se demander si un Etat peut, et sous quelles conditions, invoquer une dérogation ou une exception fondée sur des considérations de sécurité nationale (2).

1. L'existence d'une clause expresse relative à la sécurité nationale

Un grand nombre de traités internationaux inclut des clauses relatives à la «sécurité nationale» ou aux «intérêts essentiels de sécurité» des Etats ou aux «intérêts suprêmes» de ceux-ci. Ces clauses prennent des formes très diverses.

Excluons, tout d'abord de notre analyse le cas de nombreux traités qui n'incorporent la notion d'atteinte à la sécurité nationale que dans les clauses de retrait ou de dénonciation. C'est ainsi, par exemple, que les clauses finales des traités en matière de désarmement prévoient, très sou-

47 - Dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme, par exemple, on a parfois essayé de donner une interprétation restrictive de ce qui peut être permis par l'exception de sécurité nationale afin d'éviter les abus, surtout dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. C'est ainsi, par exemple, que dans un rapport récent à l'Assemblée générale de l'ONU, le *Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, Martin Scheinin soutient que: «la sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier des mesures restreignant certains droits que lorsqu'il s'agit de mesures prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique contre l'emploi ou la menace de la force. La sécurité nationale ne peut être invoquée comme un motif pour introduire des restrictions lorsqu'il s'agit de prévenir des menaces de caractère local ou relativement isolées contre la loi et l'ordre ni servir de prétexte pour imposer des restrictions vagues ou arbitraires, et elle ne peut être invoquée que lorsqu'il existe des garanties adéquates et des recours utiles contre les abus». (A/61/267 du 16 août 2006, Rapport présenté en application de la résolution 2005/80 de la Commission des droits de l'homme, § 19).

vent, que «chaque 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*». Ces traités imposent d'ailleurs, le plus souvent, une obligation de notification qui «devra contenir un exposé des événements extraordinaires que l'Etat en question considère comme ayant compromis ses intérêts suprêmes»⁴⁸. Ces clauses de dénonciation ne vont pas nous occuper ici car elles n'introduisent pas d'«exception» relative aux intérêts essentiels de sécurité, mais tout simplement un motif de dénonciation des traités.

Intéressons-nous donc plutôt aux clauses substantielles des traités qui permettent d'apporter une dérogation à une règle primaire fondée sur des motifs de sécurité nationale. Les objectifs (A) et l'encadrement (B) de ces clauses diffèrent d'un traité à l'autre.

(A) Objectifs des clauses

Dans un certain nombre de traités, relatifs surtout au droit international économique, on peut trouver des clauses qui semblent autoriser une *dérogation générale* à l'ensemble des dispositions du traité.

Les traités portant sur le droit international commercial incluent souvent de telles clauses. Le premier exemple est, bien sûr, le célèbre article XXI du GATT selon lequel :

«Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée (...) b) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité...»

Quel que soit l'encadrement de cette disposition (par ex. comme nous le verrons *infra*, cet article précise que ces intérêts ne concernent que certains domaines bien précis⁴⁹), il est évident qu'elle vise à accorder une sorte de dispense générale permettant aux Etats parties de ne pas respecter le traité. Des dispositions similaires se retrouvent dans l'Accord général sur le commerce des services, dont l'article XIV^{bis} est rédigé dans des termes quasi-identiques à ceux de l'article XXI du GATT, tout comme l'article 73 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁵⁰.

48 - Voir, par exemple, l'article IV du Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau de 1963, l'article 10 du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968, ou l'article IX du Traité d'interdiction totale des essais nucléaires de 1996.

49 - Cet encadrement est, bien sûr, très important car il peut limiter substantiellement, en fonction des circonstances, les situations dans lesquelles un Etat peut invoquer la sécurité nationale pour déroger aux traités.

50 - Pour un commentaire voir <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/6.6Securityexpectations_update.pdf>.

Sur le plan régional, on peut citer l'exemple de l'ALENA, dont l'article 2102, intitulé «Sécurité nationale» prévoit que : «aucune disposition du présent accord ne sera interprétée [...] comme empêchant une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité...»⁵¹. Sur le plan bilatéral, enfin, plusieurs traités de libre échange incluent des clauses similaires, et en tout cas tous ceux qui concernent les Etats-Unis⁵².

Un autre domaine où de telles clauses dérogatoires générales de sécurité nationale sont particulièrement foisonnantes est celui du droit de la protection des investissements internationaux. Une étude récente menée au sein de l'OCDE⁵³ a montré qu'un nombre élevé de Traités bilatéraux d'investissement contiennent des clauses relatives à la protection des «intérêts essentiels de sécurité», et la majorité de ces clauses autorisent une dérogation à l'ensemble du traité.

Ainsi, si l'on examine les actuels «traités types» bilatéraux d'investissement élaborés par certains pays, on réalise que des clauses de «sécurité nationale» figurent dans ceux établis par le l'Inde en 2003⁵⁴, le Canada en 2004⁵⁵, les Etats-Unis en 2004⁵⁶ et l'Allemagne en 2005⁵⁷. Aucune clause

51 - Pour une analyse voir S. Rose-Ackerman, B. Billa, «Treaties and National Security», à paraître in *N.Y.J.Int'l L. & Pol.*, disponible in <http://ssrn.com/abstract=1001460>, pp. 20 et ss.

52 - L'Accord de Libre Echange de 2004 entre les Etats-Unis et l'Australie prévoit, par exemple, dans son article 22 que «Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or (b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests». Des clauses similaires se trouvent dans les accords de libre échange entre les Etats-Unis et le Bahrain, le Chili, Israël, la Jordanie, le Maroc et autres Etats. Il est intéressant de remarquer que certains de ces traités se contentent de renvoyer à l'article XXI du GATT précisant que cet article doit être considéré comme «incorporé» dans ces traités! Pour la liste complète et le texte de ces traités voir <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements>.

53 - OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007, pp. 93-134. Une autre étude conduite sur le même sujet devrait paraître prochainement dans la *Virginia Journal of Int'l Law* de 2008: W. Burke-White, A. von Staden, «Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties», disponible in <<http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/152>>.

54 - Le Traité-modèle de l'Inde prévoit dans son article 12 que: «nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis».

55 - Le Traité-modèle du Canada prévoit dans son article 10 § 4: «Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment; (ii) taken in time of war or other emergency in international relations, or (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or (c) to prevent any Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security».

56 - Selon l'article 18 du Traité-modèle des Etats-Unis: «Nothing in this Treaty shall be construed: 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to

ne figure en revanche dans les «traités types» de la France ou du Royaume-Uni. Quelles que soient les précisions ou les conditions qui accompagnent parfois ces clauses, elles sont généralement conçues comme permettant une dérogation générale au traité⁵⁸.

Quant aux traités bilatéraux existants, l'étude de la pratique de 42 Etats par l'OCDE (parmi lesquels plusieurs acteurs majeurs dans le domaine des investissements internationaux) donne les résultats suivants : un seul Etat, les Etats-Unis, a introduit systématiquement, dans ses 46 traités bilatéraux, une clause relative à la protection des «intérêts essentiels de sécurité»⁵⁹; cinq Etats, à savoir l'Allemagne, l'Inde, le Mexique et l'Union économique Belgique/Luxembourg, introduisent le plus souvent de telles clauses dans leurs traités bilatéraux⁶⁰; 27 Etats n'incluent de telles clauses que sporadiquement, y compris bien sûr dans tous leurs traités bilatéraux avec les six Etats susmentionnés⁶¹; enfin, neuf Etats n'ont jamais introduit une telle clause dans leurs traités bilatéraux⁶². Si la majorité de ces clauses autorisent une dérogation générale aux traités en question, d'autres sont toutefois beaucoup plus limitées et ne concernent que le problème d'expropriation ou de nationalisation⁶³ ou l'expression «traitement moins favorable»⁶⁴.

be contrary to its essential security interests; or 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests».

57 - Selon l'article 3 du Protocole au Traité: «Measures that have to be taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed «treatment less favourable» within the meaning of Article 3».

58 - Sauf la clause qui figure dans le modèle allemand et qui ne concerne, comme nous l'avons vu (v. la note précédente), que l'interprétation de l'expression «traitement moins favorable».

59 - Clause, d'ailleurs, pratiquement toujours non conditionnée et non encadrée, rédigée de manière similaire à la clause du modèle américain précité. Cette pratique constante américaine n'est pas sans étonner car ces clauses dérogatoires bénéficient avant tout au pays sur le sol duquel a lieu l'investissement et les entreprises américaines pourraient pâtir de leur prolifération.

60 - L'Allemagne (79 sur 88 traités examinés par l'étude de l'OCDE incluait de telles clauses); l'Inde (20 sur 24); le Mexique (9 sur 15) et l'Union économique Belgique/Luxembourg (30 sur 58).

61 - Parmi ces Etats on trouve, par exemple, la Chine dont 10 des 59 traités bilatéraux examinés comportent une clause de sécurité nationale. Seulement 3 des 91 traités bilatéraux d'investissement conclus par la France comportent une telle clause et seulement un traité bilatéral conclu par le Royaume-Uni (sur un ensemble de 91 examinés) en comprend une.

62 - Il s'agit de l'Afrique du Sud, du Brésil, du Danemark, de la Grèce, de l'Islande, de l'Irlande, de l'Italie, de la Norvège et de la Slovaquie.

63 - Par exemple, le traité de 1992 entre la Chine et les Philippines prévoit dans son article 4 que: «Either Contracting Party may, for reasons of national security and public interest, expropriate, nationalize or take similar measures [...] against investments of investors of the other Contracting Party in its territory, but the following conditions shall be met: a) under domestic legal procedure; b) without discrimination; c) upon payment of fair and reasonable compensation». De manière similaire, l'article 3 du traité bilatéral entre la France et les Philippines prévoit que: «Les investissements français ne pourront faire l'objet d'expropriation ou de nationalisation, ou de toute autre forme de dépossession, que pour cause d'utilité publique ou dans l'intérêt public, ou pour le bien national, ou dans l'intérêt de la défense nationale et moyennant une juste indemnité [...]».

64 - V. par exemple l'accord France-Bangladesh de 1985 selon lequel: «Les mesures qui ont été prises pour des motifs de sécurité publique et d'ordre, de santé publique ou de moralité ne sont pas considérées comme un «traitement moins favorable» au sens [du traité]».

De manière encore plus générale, on peut constater que plusieurs traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation comportent souvent des clauses dérogoratoires générales relatives aux « intérêts essentiels de sécurité ». L'introduction de telles clauses semble, par exemple, une pratique courante dans l'histoire diplomatique des Etats-Unis. Au-delà des deux affaires connues que la Cour internationale de Justice a eu à traiter⁶⁵, un examen de l'ensemble des traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis montre que ceux-ci incluent, de manière presque immuable, une clause selon laquelle « le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures [...] nécessaires » à « la protection des intérêts vitaux en matière de sécurité » [essential security interests] des parties au traité⁶⁶.

Un autre domaine où de telles clauses semblent permettre une dérogoration générale (bien que temporaire) est celui concernant la liberté de transit. On peut citer, par exemple, l'article 12 de la Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral de 1965 qui permet de faire exception aux règles fixées par la Convention lorsqu'un « événement grave » mettrait en péril l'existence politique ou la « sûreté » de l'Etat de transit⁶⁷.

De manière similaire, plusieurs traités internationaux d'entraide judiciaire en matière pénale prévoient que l'entraide « pourra être refusée [...] si l'*Etat requis estime* que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels ». On peut citer, à titre d'exemple, l'article 2 de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, ou l'article 2 de la convention d'entraide judiciaire de 1986 entre Djibouti et la France, dont l'application occupe actuellement la CIJ.

En dehors de ces domaines, d'autres traités incluent des clauses relatives à la sécurité nationale dont les objectifs sont très variables.

Parfois, sans permettre de déroger à l'ensemble du traité, les clauses relatives à la sécurité nationale permettent, sous certaines conditions, de déroger à un grand nombre d'articles. L'exemple des Traités de protection des droits de l'homme vient immédiatement à l'esprit. Plusieurs de ces traités permettent aux Etats d'adopter, soit des dérogorations, soit des restric-

65 - Il s'agissait, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, du problème d'application de l'article XXI du Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre le Nicaragua et les Etats-Unis et, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, de celui de l'application de l'article XX du traité de 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran.

66 - Parmi une longue liste, voir, par exemple, le traité de 1951 avec la Grèce (art. XXIII), celui de 1959 avec la France (article XII) et celui de 1979 avec la Chine (art. IX). Pour le texte de l'ensemble de ces traités voir < http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/index.asp >.

67 - Des dispositions analogues sont contenues dans l'article 7 du Statut sur la liberté de transit et dans l'article 19 du Statut sur le régime des voies navigables d'intérêt international adoptés en 1921. La Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral et la Convention visant à faciliter le trafic maritime international de 1965 prévoit aussi la possibilité d'appliquer, en dérogoration aux obligations établies, des mesures temporaires nécessaires pour préserver « la sécurité publique ».

tions aux droits proclamés afin de faire face à un péril pour la sécurité nationale. En ce qui concerne les *dérogations*, ce péril doit être extrême : l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques exige « un danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation », l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise ces dérogations en cas « de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », tandis que l'article 27 de la Convention américaine sur les droits de l'homme de 1969 exige une situation de « guerre, de danger public ou [une] autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie ». Dans tous les cas, des conditions accompagnent ce droit de dérogation, et il est précisé qu'il ne peut concerner certains droits déterminés, considérés comme intangibles. En ce qui concerne les *restrictions*, elles ne concernent que certains droits et libertés (surtout le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association) dont la proclamation est accompagnée d'un second paragraphe qui précise, expressément, que « l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la *sécurité nationale*... » et à certains autres objectifs.

Un autre exemple, d'une ampleur plus limitée, est celui du droit communautaire. Le Traité instituant la Communauté européenne prévoit ainsi la possibilité d'adopter des dérogations, en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique ou les « intérêts essentiels de sécurité », dans ses articles 30, 39, 46, 58, 64, 296 et 297. Ces dérogations concernent surtout certaines règles relatives à la libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux et des services et ne sont pas applicables dans les autres parties du traité⁶⁸.

Dans d'autres cas, les clauses de sécurité nationale sont très ciblées et ne concernent qu'un nombre très restreint d'articles. C'est ainsi, par exemple, que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ne fait que de très rares références au concept de sécurité nationale – surtout en précisant dans quelles situations le passage d'un navire « porte atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier » et n'est donc plus « inoffensif »⁶⁹. De manière assez similaire, la Convention de Chicago de 1944 sur l'aviation civile internationale permet aux Etats, dans son article 9 et sous certaines conditions, de restreindre ou interdire temporairement, avec effet immédiat, le vol au-dessus de leur territoire aux aéronefs de tous les autres Etats « dans l'intérêt de la sécurité publique ». La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 et la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 incluent aussi

68 - Pour une présentation voir N. Georgiadis, *Derogation clauses: The protection of national interests in EC Law*, Athens/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 2006, surtout pp. 102-111.

69 - Voir les articles 19, 25 et 32 de la Convention.

des clauses de « sécurité nationale »⁷⁰. Et la liste pourrait facilement s'allonger si l'on examinait d'autres domaines du droit international.

Enfin, on peut remarquer qu'un grand nombre de conventions internationales (y compris d'ailleurs certaines des conventions susmentionnées) incluent des clauses de « sécurité nationale » dont l'objectif est de permettre à l'Etat d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles. La liste est très longue ici mais l'on pourrait citer, à titre d'exemple, l'article 302 de la Convention de Montego Bay⁷¹ ou encore l'article 72 du Statut de Rome de 1998 créant la Cour pénale internationale qui décrit de manière détaillée la procédure à suivre « lorsqu'un Etat estime que la divulgation de renseignements porterait atteinte aux intérêts de sa sécurité nationale »⁷².

(B) Encadrement des clauses

Ce dernier exemple nous amène à une autre question : quels que soient les objectifs des clauses de sécurité nationale (autoriser une dérogation générale, partielle ou très limitée au traité), dans quelle mesure ces clauses sont-elles accompagnées de conditions pour leur invocation ? La réponse diffère bien sûr d'un traité à l'autre.

Parfois, les clauses en question ne sont accompagnées d'aucune condition ou précision. On peut citer, à titre d'exemple, plusieurs clauses insérées dans les traités bilatéraux en matière d'investissement inspirées du « modèle américain »⁷³.

D'autres fois, les dispositions conventionnelles qui introduisent de telles dérogations essaient de définir quels sont les « intérêts de sécurité » précis que l'Etat peut invoquer pour obtenir une exemption⁷⁴. C'est ainsi, par exemple, que le fameux article XXI du GATT précise que l'Etat ne peut invoquer que « des intérêts essentiels de sa sécurité : i) se rapportant

70 - Selon l'article 26 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 : « Sous réserve de ses lois et règlements relatifs aux zones dont l'accès est interdit ou réglementé pour des raisons de sécurité nationale, l'Etat accréditaire assure à tous les membres de la mission la liberté de déplacement et de circulation sur son territoire ». Une disposition identique figure dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

71 - « Sans préjudice du droit de tout Etat Partie de recourir aux procédures de règlement des différends prévues dans la Convention, aucune disposition de celle-ci ne peut être interprétée comme obligeant un Etat Partie, dans l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la Convention, à fournir des renseignements dont la divulgation serait contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité ».

72 - Pour un commentaire, voir P. Malanczuk, « Protection of National Security Interests », in A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (eds.), *The Rome statute of the International Criminal Court : a commentary*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2002, pp. 1371-1386. V. aussi S. Rose-Ackerman, B. Billa, « Treaties... », *op. cit.*, pp. 23 et ss.

73 - V. par exemple *supra*, note 56.

74 - Ou encore, ce qui est encore préférable, de définir quelles situations précises sont considérées comme mettant en cause la sécurité nationale. Voir, par exemple, l'article 19 de la Convention de Montego Bay qui précise dans quelles situations « le passage d'un navire étranger est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier ».

aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ; ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ; iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale... ». Un autre exemple célèbre est donné par l'article 296 du Traité CEE qui précise que, nonobstant les dispositions de ce traité, « tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre... ». Il va de soi que ce type de précisions sur les « intérêts essentiels de sa sécurité » que l'Etat peut invoquer ne suffisent pas toujours à résoudre tous les problèmes : la pratique, tourmentée, de l'application de l'article 296 du Traité CEE en constitue, sans doute, une bonne illustration⁷⁵. Mais ces précisions permettent, sans aucun doute, de circonscrire l'exception de sécurité nationale et introduisent un peu de prévisibilité et de sécurité juridiques, tout en légitimant le contrôle international dans un domaine où le subjectivisme reste toujours important.

Une autre limitation accompagne parfois les clauses de « sécurité nationale » : il s'agit des cas où ces clauses sont accompagnées d'une sorte de « mise en garde » selon laquelle ces clauses ne peuvent être invoquées lorsqu'elles privent le reste du traité de son objectif. C'est ainsi, par exemple, que l'article IV, § 57 du Traité d'interdiction totale des essais nucléaires de 1996 prévoit qu'un Etat qui fait l'objet d'une inspection a « le droit de prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour protéger des intérêts relevant de sa sécurité nationale et empêcher la divulgation d'informations confidentielles sans rapport avec le but de l'inspection ». Mais ce droit ne doit pas être interprété de manière plus large. Ainsi, la même disposition précise que l'Etat en question a « l'obligation de faire tout ce qui lui est raisonnablement possible pour démontrer qu'il respecte le Traité et à cette fin, de permettre à l'équipe d'inspection de remplir son mandat » ainsi que « l'obligation de ne pas invoquer les dispositions du

75 - En vertu de l'article 296 du traité CE, les Etats membres ont la possibilité de déroger aux règles du marché intérieur en matière de marchés publics lorsque cela est nécessaire pour protéger les « intérêts essentiels de [leur] sécurité ». Dans la pratique, les Etats ont invoqué très fréquemment l'article 296 dans le domaine des marchés de défense et ceci malgré la jurisprudence de la Cour de justice européenne, qui stipule clairement que les exemptions doivent être limitées aux cas exceptionnels et clairement déterminés (v. par ex. M. Trybus, « The EC Treaty as an instrument of European defence integration: judicial scrutiny of defence and security exceptions », *Common Market Law*, vol. 39, 2002, pp. 1347-1372 ; v. aussi *infra*). Cette situation a poussé la Commission européenne à adopter, en décembre 2006, des lignes directrices dans ce domaine, qui sont exposées dans une « communication interprétative » (COM (2006) 779 final, du 7 déc. 2006 disponible in < <http://eur-lex.europa.eu/> >). Cette « communication » vise à empêcher « les erreurs d'interprétation » et les « abus » de l'exemption de l'article 296 dans le domaine des marchés publics de défense. Elle explique que le traité « soumet le recours à cette dérogation à des conditions strictes, les prérogatives des Etats membres dans le domaine de la défense et de la sécurité et les principes et objectifs fondamentaux de la Communauté se faisant mutuellement contreponds ». Elle essaye donc de présenter les principes de l'exemption et de clarifier les conditions de son utilisation à la lumière de la jurisprudence de Cour de justice européenne.

présent paragraphe [...] pour couvrir un manquement quelconque aux obligations qui sont les siennes... » en vertu du traité⁷⁶.

On note, enfin, que certains traités instaurent des conditions procédurales, telles qu'une obligation de notification (par exemple l'article 15 de la CEDH et d'autres dispositions similaires), voire (mais ceci est très exceptionnel), une procédure de concertation ou d'intervention judiciaire (par exemple l'article 72 du Statut de Rome de 1998 créant la Cour pénale internationale).

2. Possibilité d'invoquer la « sécurité nationale » en cas d'absence d'une clause expresse ?

Si une clause dérogatoire expresse ne figure pas dans un traité international, cela rend-il, pour autant, impossible d'avancer des considérations de sécurité nationale pour justifier un comportement dérogatoire au traité ? Pour répondre à cette question, il nous semble nécessaire de procéder en deux temps.

Il convient, tout d'abord, de voir si une « exception de sécurité nationale » pourrait être introduite dans un régime conventionnel de manière indirecte, par le biais surtout de la formulation d'une réserve à cet effet, ou alors par le jeu de l'interprétation des autres dispositions d'un traité afin de prouver – preuve qui sera le plus souvent extrêmement difficile à apporter – que celles-ci permettent de tenir compte de la sécurité nationale pour ne pas appliquer certaines dispositions du traité (A).

Si cette piste s'avère impraticable, un Etat qui souhaite avancer des considérations de sécurité nationale afin d'obtenir une dérogation pourrait essayer de se tourner vers le droit international général. Il pourrait ainsi, essayer de montrer que les règles coutumières en matière de droit des traités comportent un motif autonome lié à la « sécurité nationale », permettant de suspendre de manière unilatérale l'application d'un traité ou d'une partie de celui-ci. En cas d'échec, l'Etat pourrait, au moins, essayer de démontrer que les « règles secondaires » en matière de responsabilité lui permettent d'invoquer des considérations de sécurité, comme justification ou excuse. Nous verrons, toutefois, que l'une comme l'autre, ces stratégies sont très aléatoires (B).

(A) Une « exception de sécurité nationale » déduite d'une réserve ou de l'interprétation d'autres clauses d'un traité ?

Un Etat qui souhaite avancer des considérations de sécurité nationale pour ne pas appliquer, en totalité ou en partie, un traité international peut

⁷⁶ - Un autre exemple est celui de l'article 296 du Traité CEE précité qui souligne que les mesures « nécessaires » à la protection des intérêts essentiels de sécurité « ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».

s'appuyer sur une réserve formulée au moment de la ratification du traité ou alors essayer (mais l'entreprise paraît bien hasardeuse) de montrer que l'interprétation de certaines dispositions du traité permet de tenir compte de considérations relatives à la sécurité nationale.

En ce qui concerne le premier point, on peut remarquer qu'il arrive parfois que les Etats formulent expressément une réserve relative à la prise en compte de leur «sécurité nationale», de leurs «intérêts essentiels de sécurité» ou de considérations similaires. On peut ainsi donner l'exemple des nombreux Etats⁷⁷ qui ont formulé des réserves à la Convention de Genève relative au Statut des réfugiés de 1951, soulignant qu'ils auront le droit de prendre, «dans l'intérêt de la sécurité nationale», des mesures dérogoires à l'égard d'un réfugié en raison de sa nationalité. Des réserves ou déclarations similaires ont été formulées par divers Etats, lors de l'acceptation d'autres traités relatifs aux droits de l'homme⁷⁸ ou à d'autres questions du droit international⁷⁹, ou lors de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ, conformément à l'article 36 du Statut de la Cour⁸⁰. Ces différentes réserves produisent normalement leurs effets juridiques⁸¹ et pourraient, parfois aussi en fonction de la situation⁸², être invoquées par d'autres Etats parties, sur la base du principe de réciprocité permettant ainsi d'incorporer, de manière indirecte, l'exception de sécurité nationale dans le tissu conventionnel.

Si un Etat n'a pas formulé une telle réserve au moment de l'engagement conventionnel, il lui sera ensuite difficile de soutenir que le traité doit être interprété comme incorporant une exception de sécurité nationale. Quoi qu'il en soit, il lui incombera de démontrer que les dispositions conventionnelles peuvent être interprétées comme incorporant l'exception de «sécurité nationale»⁸³. A cet égard, principalement deux hypothèses sont envisageables.

77 - Par ex. Fidji, la Grèce, la Jamaïque, la Lettonie, Madagascar, le Malawi, le Mozambique, la Namibie, le Royaume-Uni et al.

78 - V. par exemple, la réserve de Singapour à la convention des Nations Unies sur le droit de l'enfant de 1989 («les articles 19 et 37 de la Convention n'interdisent pas... les mesures et restrictions que la loi prescrit et qui sont justifiées par des considérations de sécurité nationale...»).

79 - Voir, par exemple, la déclaration italienne à l'Accord portant création de la banque de développement des Caraïbes de 1969 précisant que les immunités prévues dans l'accord sont «assujetties à la sauvegarde des exigences d'ordre public et de sécurité nationale».

80 - Voir, par exemple, la réserve formulée par la Grèce lors de l'acceptation, en 1994, de la juridiction obligatoire de la CIJ sur la base de l'article 36 du Statut, selon laquelle «le Gouvernement hellénique exclut de la compétence de la Cour tous les différends ayant trait à la prise par le Gouvernement hellénique de mesures militaires de caractère défensif pour des raisons de défense nationale».

81 - A condition, bien sûr, qu'elles ne soient pas «incompatibles avec l'objet même et le but» des traités en question.

82 - Par exemple, il ne devrait pas être possible, en principe, d'invoquer la réciprocité dans le cas d'une réserve concernant un traité de protection des droits de l'homme.

83 - La formulation d'une «déclaration interprétative» au moment de l'engagement conventionnel pourrait être utile dans ce cadre tout en démontrant que l'Etat avait déjà proposé cette interprétation *in tempore non suspecto*.

La première hypothèse est celle d'un traité qui, sans inclure une référence à la «sécurité nationale», contient une autre exception ou clause dérogatoire que l'Etat essaye d'interpréter largement afin d'y incorporer des considérations de «sécurité nationale». Ce stratagème pourrait éventuellement réussir si la clause en question renvoie à une notion plus générale que la «sécurité nationale», permettant, par exemple, de déroger au traité pour des raisons liées à des considérations vagues «d'ordre public»⁸⁴. Mais il n'aura pratiquement aucune chance de réussir si la disposition conventionnelle n'autorise une exception ou dérogation que dans une situation plus restreinte que celle d'une menace vague à la sécurité nationale. Ainsi, il est par exemple impossible d'accepter l'argument selon lequel l'objectif de l'article 51 de la Charte des Nations Unies est «de protéger l'Etat» en lui donnant le droit de recourir à la force contre *tout* ce qui le menace, lui ou ses citoyens⁸⁵. La notion de légitime défense est beaucoup plus restreinte que celle de la protection de sécurité nationale et le but de l'article 51 est de créer une exception très stricte à l'interdiction du recours à la force proclamée par l'article 2 § 4, en la limitant au cas de l'existence matérielle d'une agression armée.

La seconde hypothèse est celle d'une disposition conventionnelle qui accorde un pouvoir discrétionnaire à un Etat dans un domaine lui donnant ainsi, éventuellement, la possibilité d'agir en fonction de considérations de sécurité nationale⁸⁶. En réalité, tout dépend de la situation. On peut ainsi accepter sans difficulté l'idée qu'un Etat a le pouvoir d'expulser un diplomate étranger pour une atteinte à sa sécurité nationale: ce pouvoir n'est pas prévu expressément par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, mais il est incorporé dans le pouvoir plus large accordé aux Etats accréditaires par l'article 9 de cette convention⁸⁷. Les choses deviennent, néanmoins, beaucoup plus compliquées dans d'autres situations où il n'est pas clair que le pouvoir discrétionnaire accordé à l'Etat autorise celui-ci à agir en contradiction avec la convention pour des raisons de «sécurité nationale». L'affaire BAE, par laquelle nous avons commencé cet article, est très intéressante à cet égard.

84 - *Le Dictionnaire Cornu (op. cit., p. 602)* définit l'ordre public comme «l'état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées», ce qui semble incorporer la notion de «sécurité nationale».

85 - Cf., Th. Christakis, «Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple «menace»? Une réponse au «groupe des personnalités de haut niveau» de l'ONU», in SFDI, *Les métamorphoses de la sécurité collective : Droit, pratique et enjeux stratégiques*, Journée franco-tunisienne, Paris, Pedone, 2005, pp. 208 et ss.

86 - V. aussi à cet égard I. Cameron, *National security and the European Convention...*, op. cit., p. 48.

87 - Rappelons que selon l'article 9 § 1: «L'Etat accréditaire peut, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, informer l'Etat accréditant que le chef ou tout autre membre du personnel diplomatique de la mission est *persona non grata* ou que tout autre membre du personnel de la mission n'est pas acceptable».

Dans cette affaire⁸⁸, le Royaume-Uni a invoqué, comme nous l'avons vu, sa «sécurité nationale» pour justifier sa décision de ne pas poursuivre l'enquête sur la corruption présumée impliquant *BAE Systems* et concernant la livraison d'avions britanniques Tornado à l'Arabie Saoudite. Or, la Convention de 1997 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, qui impose aux Etats de poursuivre et sanctionner pénalement les personnes impliquées dans une affaire de corruption d'un agent public étranger, ne prévoit pas de clause d'exception relative à la «sécurité nationale». Le Royaume-Uni a alors essayé de s'appuyer sur l'article 5 de cette Convention qui prévoit que :

«Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. Elles ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause».

L'expression «soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie» pourrait-elle être interprétée comme permettant aux Etats d'invoquer leur droit interne pour introduire une exception de «sécurité nationale»? C'est ce qui semble avoir été suggéré par l'*Attorney General* britannique⁸⁹, position qui pourrait peut-être aussi s'appuyer sur le commentaire de la convention qui précise que «l'article 5 reconnaît le caractère fondamental des régimes nationaux en matière d'opportunité des poursuites»⁹⁰.

Une telle justification de l'arrêt de l'enquête pourrait toutefois susciter la critique. Tout d'abord, il faut noter que l'article 5 exclut expressément la possibilité d'invoquer des «considérations d'intérêt économique natio-

88 - Un rappel rapide des faits est nécessaire : en 1985, British Aerospace (aujourd'hui BAE) a signé un contrat de fourniture de 200 avions de combat Tornado et autres à l'armée de l'air saoudienne. Le contrat, plus connu sous le nom d'Al Yamamah («la colombe» en arabe), comportait plusieurs phases et aurait déjà, fin 2005, rapporté à BAE 43 milliards de livres (65,3 milliards d'euros). Il s'agit, selon la presse britannique, du plus important contrat d'armes jamais conclu par le Royaume-Uni, voire de la vente la plus importante de produits britanniques de l'histoire de la nation. Cette grande réussite a pourtant été accompagnée de rumeurs selon lesquelles les contrats auraient été conclus grâce à des pots-de-vin accordés à des membres du gouvernement et de la famille royale de l'Arabie Saoudite. Le *Serious Fraud Office* a débuté son enquête en 2004. Mais la progression de l'enquête a paru constituer un obstacle à la signature d'un nouveau contrat avec l'Arabie Saoudite portant sur la fourniture de 72 avions de combat Eurofighter. Le 1^{er} décembre 2006, le quotidien *The Daily Telegraph* a publié un article intitulé «*Halt inquiry or we cancel Eurofighters*», selon lequel l'Arabie Saoudite aurait donné 10 jours au Royaume-Uni pour stopper l'enquête, faute de quoi elle annulerait le préaccord pour l'achat des 72 avions Eurofighter. La presse britannique a fait aussi état de menaces de Riyad de «refroidir» ses relations diplomatiques avec Londres et de mettre un terme à sa coopération dans la lutte contre Al-Qaïda et le terrorisme. C'est dans ce contexte que, le 16 décembre 2006, l'*Attorney General* Lord Goldsmith a annoncé la décision de mettre fin à l'enquête, pour des raisons de «sécurité nationale» et ceci après consultations du gouvernement. Le Premier ministre Tony Blair a déclaré assumer la responsabilité de cette décision. «Je n'ai aucun doute [...] que si nous avions poursuivi [cette enquête], le résultat aurait été désastreux pour notre relation avec un pays important, avec lequel nous coopérons étroitement en matière de terrorisme, de sécurité, pour le processus de paix au Proche-Orient et plusieurs autres questions» a-t-il souligné. Pour plus de détails voir T. Christakis, «L'arrêt de l'enquête sur BAE Systems...», *loc. cit.*

89 - Voir son entretien dans le *Financial Times* du 31 janvier 2007.

90 - Pour le texte du commentaire, voir le site de l'OCDE < <http://www.oecd.org> >.

nal » pour ne pas poursuivre. Ceci ne laisse aucune place à des arguments relatifs à la menace, par l'Arabie Saoudite, d'annulation du nouveau contrat d'achat d'avions (72 Eurofighter)⁹¹. Par ailleurs, l'article 5 interdit expressément de prendre en considération « les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ». La crainte du « refroidissement » des relations avec l'Arabie Saoudite n'était donc pas non plus un motif valable. Reste l'argument de la « sécurité nationale » *stricto sensu*. Le commentaire de l'article 5 souligne, « qu'afin de protéger l'indépendance des poursuites, l'opportunité de celles-ci doit s'apprécier sur la base de motifs professionnels, sans être indûment influencée par des préoccupations de nature politique ». On peut se demander s'il est vraiment possible de dissocier les deux notions : d'une part les « préoccupations de nature politique », interdites par la convention, d'autre part les considérations de « sécurité nationale ». En réalité, comme nous l'avons vu, la notion de « sécurité nationale » est tellement vaste qu'accepter une exception implicite d'une telle nature pourrait avoir un effet désastreux sur la raison même d'être de la convention : les Etats pourraient ainsi trouver prétexte pour mettre à l'abri de toute enquête leurs industries (et *a fortiori* les industries de la défense) en invoquant le caractère « très sensible » pour la sécurité nationale d'une enquête en cours. Ceci aboutirait à un résultat « déraisonnable » du point de vue de l'objectif de la convention, qui est de criminaliser et de sanctionner tout type de corruption d'agents publics étrangers.

Dans le cas d'espèce, les autorités britanniques ont mis l'accent sur les répercussions « néfastes » qu'aurait, pour la sécurité nationale et internationale, un arrêt de la coopération avec l'Arabie Saoudite en matière de lutte contre le terrorisme, l'*Attorney General* britannique allant jusqu'à déclarer que « des vies étaient en danger »⁹². Cette décision a néanmoins fait l'objet de nombreuses critiques tant au Royaume-Uni⁹³ qu'à l'étranger, y compris d'ailleurs au sein de l'OCDE⁹⁴. Des procédures d'annula-

91 - Voir la note 88.

92 - Voir surtout son entretien précité au *Financial Times*.

93 - Par exemple, en janvier 2007, 130 ONG ont mis en garde le gouvernement britannique contre les « dommages irréparables » à la réputation du Royaume-Uni en matière de lutte contre la corruption et le très mauvais message qu'il envoyait ainsi aux pays en voie de développement. Ces ONG estiment aussi que cette affaire menace la Convention de l'ONU contre la corruption qui essaie de rallier des pays comme la Russie, la Chine et l'Inde à des pratiques commerciales saines. De manière plus pessimiste encore, le porte-parole des Libéraux Démocrates D. Heath a présenté cette décision comme « le dernier clou au cercueil de la soi-disant politique extérieure éthique » du Royaume-Uni (BBC, 19 déc. 2006).

94 - L'OCDE a réagi dès le départ, en se déclarant « gravement préoccupé quant à la possibilité que cette décision ne soit pas conforme à la Convention de lutte contre la corruption ». Le Président du Groupe de travail anti-corruption de l'OCDE, Mark Pieth, est d'ailleurs allé encore plus loin déclarant (le 7 février 2007 dans *Tages-Anzeiger*) que « cette affaire nous place face à une question de survie » car si la Convention de l'OCDE, pierre angulaire de la lutte contre la corruption, était violée, c'est toute la législation anti-corruption au niveau international qui pourrait être menacée. Par ailleurs, lors des débats au sein de l'OCDE, plusieurs délégués (par exemple les délégués américains et français) ont souligné que l'interprétation laxiste que faisait Londres de la convention OCDE contre la corruption avantagerait indûment les entreprises britanniques dans les contrats internationaux, au moment même où des efforts importants ont été accomplis dans ce domaine par d'autres pays comme les Etats-Unis (ou le *Foreign Corrupt Practices Act* « fête » déjà ses 30 ans), mais aussi l'Allemagne ou la France (comme en témoignent les enquêtes Siemens ou Total actuelles).

tion de cette décision sont d'ailleurs actuellement en cours au sein des tribunaux britanniques⁹⁵ – procédures qui se sont toutefois déjà heurtées à l'argument selon lequel des considérations de... sécurité nationale ne permettent pas d'examiner cette affaire⁹⁶ !

B) L'inexistence d'une exception spécifique de « sécurité nationale » en droit coutumier

Ni les règles coutumières en matière de droit des traités, ni celles relatives à la responsabilité internationale n'incorporent une exception ou une excuse spécifique relative à des considérations de « sécurité nationale ». Certes, de telles considérations pourraient être pertinentes pour justifier l'invocation de certains motifs codifiés de suspension d'un traité ou de certaines excuses « classiques » en matière d'exonération de la responsabilité. Mais la nature de ces considérations (le fait qu'elles concernent la « sécurité » des Etats) n'apporte aucune valeur ajoutée au droit existant.

(a) – Le droit des traités. – En matière de droit des traités, il est très difficile de prétendre qu'il existe un motif autonome de suspension d'un traité fondé sur des considérations de sécurité nationale. Deux observations peuvent être faites à cet égard.

Il faut tout d'abord observer que, le fait que différents traités internationaux prévoient expressément des clauses de sécurité nationale, ne permet pas de soutenir qu'il existe, en l'occurrence, une « pratique générale acceptée comme étant le droit » fondant une exception générale dans ce domaine. En effet, pour chaque traité qui contient une telle clause, on peut en trouver plusieurs autres qui n'en contiennent pas, ce qui montre que la pratique n'est ni « constante » ni « uniforme » dans ce domaine⁹⁷. Par ailleurs, l'incorporation de telles clauses dans certains traités ne constitue nullement la preuve de l'existence d'une *opinio juris* des Etats quant à

95 - Les ONG *Corner House* et *Campaign Against the Arms Trade* ont entamé une action judiciaire (*judicial review*) devant la *High Court* anglaise, considérant que cette décision est illégale.

96 - Dans un premier temps, les juridictions administratives britanniques avaient refusé la « *judicial review* » demandée invoquant des considérations de sécurité nationale. Ainsi, dans une ordonnance du 29 mai 2007, le Juge Sir A. Collins a noté : « I recognise the importance of the issues raised in this claim [...]. However, there can be no doubt that national security does trump other issues [...]. The courts attitude to issues of national security is that if there is evidence – which usually will be found in a statement by a Minister or a suitably senior official – that a particular decision was based on national security grounds the court will not intervene unless it can be shown that the reliance on national security was irrational ». (*High Court of Justice, Queens Bench Division, Administrative Court, CO/1567/2007*). Malgré cette ordonnance, la *High Court* a finalement accepté le 9 novembre 2007 l'ouverture de la procédure de la *judicial review*. Au nom de la majorité, Lord Justice Moses a souligné que ce dossier touchait directement le système juridique britannique que « les Juges doivent protéger » et a conclu que finalement « *it is in everyone's interest that a full hearing take place* ». Pour plus de détails voir le site créé par Campaign Against Arms Trade et The Corner House : < <http://www.controlbae.org/> >.

97 - La disparité de la pratique étatique à propos de certaines catégories de traités où de telles clauses pullulent en constitue une preuve supplémentaire. Voir, par exemple, la grande disparité dans la pratique des Etats en matière de traités bilatéraux d'investissement (le contraste, par exemple, entre les traités conclus par les Etats-Unis, qui incluent toujours de clauses de sécurité nationale, et ceux conclus par le Royaume-Uni qui n'en incluent pratiquement jamais) décrite *supra*.

l'existence d'une exception « générale ». On peut, au contraire, facilement avancer que si les Etats avaient considéré qu'il existait une clause « implicite » de sécurité nationale pour chaque traité, ils n'auraient pas eu besoin d'introduire dans certains d'entre eux de telles clauses. En d'autres termes, l'existence d'une clause implicite générale rendrait les clauses expresses surabondantes ou devrait nous conduire à la conclusion qu'en introduisant dans *certaines dispositions seulement* d'un traité de telles clauses dérogoires expresses, les Etats souhaitaient en réalité *restreindre* leur liberté (car l'exception implicite générale s'appliquerait normalement à l'ensemble du traité), conclusion paradoxale car on sait très bien que le but de telles clauses expresses est plutôt *d'autoriser* ce qui, autrement, serait interdit... Il est d'ailleurs intéressant de relever que certaines juridictions, telles que la CJCE, ont constamment refusé l'argument de l'existence d'une clause « implicite » de sécurité nationale, soulignant qu'accepter le contraire « risquerait de porter atteinte au caractère contraignant » des traités et au principe *pacta sunt servanda*⁹⁸.

La seconde observation est le négatif de la première. Le fait que certains traités excluent expressément la possibilité d'apporter des dérogations fondées sur des motifs tels que la sécurité nationale, ne permet pas de prétendre que cela prouve, *a contrario*, l'existence d'une exception implicite générale (suivant l'argument que « sinon il serait inutile d'exclure cette possibilité »...). Au-delà du fait que les traités qui comportent de telles clauses d'exclusion sont peu nombreux (ce qui interdit toute généralisation)⁹⁹, au-delà aussi du fait qu'un tel argument ferait violence à toute l'analyse qui précède sur l'existence de clauses expresses qui autorisent des dérogations fondées sur la sécurité nationale, il est clair que ces clauses d'exclusion ont un autre objectif : montrer, d'une part, que rien dans le traité ne pourrait permettre une interprétation favorable à une dérogation et que l'omission d'une clause dérogoire expresse identique à celles que l'on trouve dans d'autres traités similaires ne doit rien au hasard¹⁰⁰ ; montrer d'autre part, que certaines excuses du droit de la res-

98 - C'est ainsi, par exemple, que dans son arrêt du 11 mars 2003 rendu dans l'affaire *Dory contre Bundesrepublik Deutschland* (C-186/01), la CJCE a souligné que : « le traité ne prévoit des dérogations applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique que dans ses articles 30 CE, 39 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE et 297 CE, qui concernent des hypothèses exceptionnelles bien délimitées. Il ne saurait en être déduit qu'il existerait une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique. Reconnaître l'existence d'une telle réserve, en dehors des conditions spécifiques des dispositions du traité, risquerait de porter atteinte au caractère contraignant et à l'application uniforme du droit communautaire » (point 31). Voir aussi, en ce sens, les arrêts du 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, point 26 ; du 26 octobre 1999, *Sirdar* C-273/97, point 16 ; et du 11 janvier 2000, *Kreil* C-285/98, point 16).

99 - On peut citer, par exemple, l'article 2 § 2 de la Convention de l'ONU contre la Torture de 1984 ou encore l'article 1 § 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006.

100 - Dans le cas des deux conventions mentionnées dans la note précédente, par exemple, l'introduction de ces clauses d'exclusion permet de couper court à toute tentative consistant à soutenir que les

ponsabilité, telles que l'état de nécessité, ne peuvent en l'occurrence être invoquées. Le fait que ces clauses ne sont pas vraiment surabondantes a encore été récemment démontré par le Mémoire très controversé du Ministère de la Justice américain qui a, en vain, essayé de démontrer que même la prohibition de la torture pourrait fléchir devant la nécessité de lutter contre le terrorisme¹⁰¹.

Il est donc évident que le droit des traités n'incorpore aucun motif autonome de suspension fondé sur des considérations de sécurité nationale. En revanche, un Etat pourrait, bien sûr, invoquer les règles codifiées par les articles 57 et ss. de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour suspendre un traité pour des motifs liés à sa sécurité nationale – mais encore faut-il respecter les conditions prévues dans ces articles¹⁰². Dans la mesure où cette situation n'ajoute rien de nouveau au droit existant, il est inutile, bien sûr, d'analyser ici de manière plus approfondie de quelle manière précise une menace à la sécurité nationale pourrait permettre une invocation légitime d'un motif de suspension prévu par la Convention de Vienne¹⁰³.

(b) – Le droit de la responsabilité internationale. – Si l'on se tourne maintenant vers le droit de la responsabilité, on peut remarquer que, de façon similaire, celui-ci ne comporte aucune circonstance autonome d'exclusion de l'illicéité ou de la responsabilité fondé sur des considérations de sécurité nationale. Il est vrai que, surtout au cours du XIX^e siècle, la théorie des «droits fondamentaux des Etats» a souvent été avancée pour justifier la violation d'une obligation internationale, considérant que tout comportement de l'Etat jugé nécessaire pour assurer sa «préservation» ne pouvait qu'être considéré comme légitime juridiquement. Cette théorie,

ticle 15 de la CEDH ou l'article 4 du Pacte des droits civils et politiques. Cf. aussi S. Rose-Ackerman, B. Billa, «Treaties...», *op. cit.*, p. 13.

101 - Voir *Memorandum from U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, Office of the Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. 2340-2340A*, (Aug. 1, 2002), 50 p. L'une des idées principales de ce *Memorandum* est que : « *necessity and self-defense could justify interrogation methods needed to elicit information [...] and provide justifications that would eliminate any criminal liability* » (pp. 2, 39 et 46). Cette idée (comme d'autres qui figurent dans le *Mémoire*) a fait l'objet de vives critiques et semble avoir été abandonnée par l'Administration américaine (cf. par exemple, le *Deuxième rapport périodique des Etats-Unis au Comité contre la torture in CAT/C/48/Add.3/Rev.1* de 2006). Pour une analyse, voir, notamment : J. Paust, «Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 811 et ss.; L.P. Rouillard, «Misinterpreting the Prohibition of Torture Under International Law: The Office of Legal Counsel Memorandum», *American University International Law Review*, vol. 21, 2005, pp. 9 et ss.; J. Waldron, «Torture and positive law: Jurisprudence for the White House», *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 1681 et ss.

102 - Ainsi, par exemple, il se pourrait qu'une menace grave pour la sécurité nationale puisse être invoquée par un Etat comme étant un «changement fondamental des circonstances» au sens de la règle codifiée par l'article 62 de la Convention de Vienne – mais encore faut-il respecter les conditions de cet article.

103 - Pour une analyse de ces motifs, voir par exemple les commentaires publiés in O. Corten (O.) et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 2015 et ss.

qui a donné lieu aux pires abus, n'a plus vraiment de place dans le droit positif contemporain. Comme le remarquait R. Ago en 1980 :

«Produit de pure spéculation abstraite sans base dans la réalité juridique internationale, la théorie des «droits fondamentaux» des Etats telle qu'on la concevait alors a depuis fait son temps, et notamment l'idée d'un droit à l'«autoconservation» a été entièrement abandonnée»¹⁰⁴.

En réalité, l'ensemble des considérations relatives à la protection des «intérêts essentiels» des Etats¹⁰⁵, y compris bien sûr les intérêts essentiels de sécurité, ont été entièrement «captées» par l'excuse de l'état de nécessité, codifiée à l'article 25 du projet des Articles de la CDI sur la responsabilité adopté en 2001. L'état de nécessité pourrait donc permettre de ne pas engager la responsabilité d'un Etat qui a adopté un comportement contraire à ses obligations internationales pour des motifs de «sécurité nationale». Mais ce serait une erreur d'assimiler l'état de nécessité à une sorte de clause résiduelle de «sécurité nationale» prévue par le droit international coutumier. L'état de nécessité ne ressemble, en effet, aux «clauses expresses» de sécurité nationale que nous avons présentées *supra*, ni par son champ d'application, ni par ses conditions de mise en œuvre, ni, surtout, par les effets de son invocation.

En ce qui concerne son champ d'application, il est manifeste que l'état de nécessité apparaît comme une notion plus large, dans la mesure où un Etat peut l'invoquer même s'il n'existe pas de menace directe à sa «sécurité nationale». On sait, en effet, que selon l'article 25, un Etat peut invoquer l'état de nécessité afin de «protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent». Certes, comme nous l'avons vu, la notion de «sécurité nationale» peut faire l'objet d'une interprétation large. Toutefois, il est aussi manifeste que certains «intérêts essentiels», dont la protection est autorisée par l'article 25, pourraient ne pas être des intérêts essentiels de «sécurité nationale», mais d'autres intérêts importants de l'Etat¹⁰⁶, voire certains intérêts de «la communauté internationale dans son ensemble»¹⁰⁷.

Inversement, les conditions d'invocation de l'état de nécessité peuvent être plus exigeantes que celles des clauses expresses que nous avons évo-

104 - *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats, Annuaire de la CDI*, 1980, Vol. II (Partie I), § 7, p. 16.

105 - Terme beaucoup plus approprié que celui des «droits fondamentaux» des Etats. R. Ago avait ainsi beaucoup insisté sur le fait que «dans la situation décrite par le terme «état de nécessité», ce ne sont pas deux «droits» qui entrent en conflit, mais d'un côté un «droit» et de l'autre côté un simple «intérêt», aussi vital soit-il» (*id.*, § 9, p. 18).

106 - Dans son arrêt concernant le *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, par exemple, la CIJ n'a vu «aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations» écologiques de la Hongrie «avaient trait à un «intérêt essentiel» de cet Etat» (arrêt du 25 septembre 1997, § 53).

107 - C'est la CDI elle-même qui propose cette ouverture en notant, dans son commentaire de l'article 25 (*Rapport de la CDI*, A/56/10, 2001, § 15, p. 217), qu'«il peut s'agir d'intérêts propres à l'Etat et à ses préoccupations, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble».

quées (d'ailleurs, plusieurs d'entre elles, ne sont accompagnées d'aucune condition...). C'est ainsi, par exemple, que l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'en cas de *péril grave et imminent* contre un intérêt essentiel. Quel que soit la dilution du critère de l'«imminence», depuis l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*¹⁰⁸, il impose à l'Etat de prouver le caractère «inévitabile» du péril, preuve d'autant plus importante que la CDI a souligné que «le péril doit être objectivement établi»¹⁰⁹, s'éloignant, à cet égard, de la conception en partie subjective de la «nécessité» relevant de certaines règles primaires. C'est ainsi que, dans certains cas, comme l'affaire BAE, il sera très difficile d'invoquer l'état de nécessité pour ne pas se conformer à une obligation internationale¹¹⁰. Une autre condition est celle selon laquelle le fait incriminé doit constituer «le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent», condition qui place la barre tellement haut que certains sont allés jusqu'à assimiler l'état de nécessité à la force majeure¹¹¹. Ainsi, comme l'a souligné la CDI, «[l]'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes»¹¹². De fait, les invocations de l'état de nécessité devant le Juge international buttent presque toujours sur cet obstacle majeur, qui n'en est pas vraiment un dans le cas des clauses expresses qui posent rarement cette condition de l'exclusivité du moyen utilisé.

Une dernière grande différence entre les clauses expresses de sécurité nationale et l'état de nécessité concerne les effets de leur invocation. Si un Etat invoque valablement une clause expresse de sécurité nationale pour ne pas appliquer un Traité, en partie ou en totalité, son comportement est *licite*, car conforme aux règles primaires. Dans le cas de l'état de nécessité, en revanche, un Etat reconnaît qu'il a violé une règle primaire et que son comportement était donc en principe *illicite*, mais soutient que, compte tenu des circonstances, sa responsabilité ne devrait pas être engagée¹¹³. La différence est importante, non seulement sur un plan conceptuel, mais aussi sur un plan technique car, dans le premier cas, aucune indemnisation n'est envisageable, tandis que dans le second une indemnisation de la partie lésée pourrait être envisageable – surtout si nous accep-

108 - Voir nos remarques in T. Christakis, « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la SFDI, Paris, Pedone, 2007, pp. 24 et s.

109 - Commentaire de l'article 25 in *Rapport de la CDI*, A/56/10, 2001, § 15, p. 217.

110 - A aucun moment d'ailleurs, dans cette affaire, le Royaume-Uni n'a fait état d'un «péril imminent» pour sa sécurité.

111 - Cf. T. Christakis, « "Nécessité n'a pas de Loi" ?... », *op. cit.*, pp. 26 et ss.

112 - *Op. cit.*, § 15

113 - Comme l'a souligné la Cour dans son arrêt concernant le *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (*op. cit.*, § 48) : « L'état de nécessité allégué par la Hongrie — à le supposer établi — ne pourrait [...] permettre de conclure qu'en 1989 elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait ».

tons l'idée que l'invocation de l'état de nécessité pourrait parfois avoir pour effet, non pas une complète exonération de la responsabilité, mais une simple atténuation de celle-ci¹¹⁴. Le fait que la sentence arbitrale rendue le 12 mai 2005 par un Tribunal CIRDI dans l'affaire *C.M.S. c. The Argentine Republic* n'ait pas tenu compte de cette différence importante a été considéré comme «une erreur manifeste de droit» par le Comité *ad hoc* d'annulation dans sa décision du 25 septembre 2007¹¹⁵.

Reste à se demander dans quelle mesure il est possible d'invoquer simultanément une clause expresse de sauvegarde relative à la sécurité nationale et l'état de nécessité. On sait, en effet, que selon l'article 25 du projet des Articles de la CDI l'état de nécessité ne peut-être invoqué «si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité». L'idée est donc que, lors de l'élaboration de certaines règles primaires, les Etats ont tenu compte de la «nécessité» en amont, ce qui exclurait, quel que soit le libellé de la norme, toute référence à la règle secondaire d'«état de nécessité». Il nous semble que, même si un examen au cas par cas, domaine par domaine, est nécessaire, l'introduction de clauses de sauvegarde témoigne, en principe, du fait que les Etats se sont déjà «occupés» du problème de l'état de nécessité en amont, excluant ainsi la possibilité d'invoquer la règle «secondaire». L'Etat qui soutient le contraire devrait supporter la charge de la preuve pour démontrer pourquoi l'invocation de l'état de nécessité reste possible malgré l'existence de clauses de sauvegarde. Cette voie prudente n'a néanmoins pas été suivie par plusieurs Tribunaux CIRDI qui se sont prononcés récemment dans des affaires concernant les investissements en Argentine et qui ont, le plus souvent sans aucune explication, appliqué de manière conjointe la clause de sauvegarde incorporée dans l'article XI du traité bilatéral Argentine/Etats-Unis et l'article 25 du projet sur la responsabilité, s'appuyant tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre, pour aboutir, d'ailleurs, à des conclusions diamétralement opposées¹¹⁶. Cette attitude a d'ailleurs été sévèrement critiquée par le Comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire *CMS c. Argentine*, dans sa décision précitée du 25 septembre 2007¹¹⁷.

114 - Voir nos analyses in T. Christakis, «Nécessité n'a pas de Loi»?... », *op. cit.*, pp. 45-63.

115 - Voir T. Christakis, «Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du Comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine», *cette Revue*, 2007/4, pp. 879-896.

116 - Pour une analyse détaillée, voir *ibidem*.

117 - Le Comité a ainsi souligné que les conditions posées par la clause de sauvegarde de l'article XI du traité bilatéral et celles codifiées par l'article 25 de la CDI sur la responsabilité «ne sont pas les mêmes» et, en les assimilant, le Tribunal a fait «une erreur manifeste de droit». Selon le Comité, le Tribunal aurait dû prendre position non seulement sur la relation entre les deux règles, mais aussi, et surtout, sur la question de savoir si les deux peuvent s'appliquer simultanément. Le Comité a enfin noté qu'en les appliquant de manière interchangeable, le Tribunal a créée une confusion entre les règles primaires et les règles secondaires et a appliqué une méthode erronée pour traiter du problème. Voir *ibid.*, pp. 887 et ss.

III. LE CONTROLE DE L'EXCEPTION DE SECURITE NATIONALE

Nous avons déjà souligné l'énorme potentiel d'abus que recèle le concept de sécurité nationale. Il est ainsi assez symptomatique que l'une des définitions proposées par le très sérieux *HarperCollins dictionary of American government and politics* pour le terme « national security » est la suivante : « *A phrase used as justification to hide embarrassing or illegal activities on the part of a national government* »¹¹⁸ ! Ce dangereux potentiel rend le contrôle du Juge indispensable. Il a pourtant été trop souvent avancé que les différends qui concernent la « sécurité nationale » des Etats ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Nous allons voir que cet argument ne peut être retenu – à moins bien sûr que les Etats aient exclu expressément de la compétence du Juge international une question relative à leur sécurité nationale (1), puis nous chercherons à définir l'intensité du contrôle du Juge dans ce domaine très sensible (2).

1. La justiciabilité de l'exception

La thèse selon laquelle l'invocation de l'exception de sécurité nationale ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel s'appuie sur divers arguments (A), mais aucun ne devrait être retenu, comme le montre la pratique internationale (B).

A) *La thèse selon laquelle l'exception ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire*

Principalement deux séries d'arguments ont été avancées par les Etats et les auteurs qui soutiennent la thèse de la non-justiciabilité des différends concernant l'invocation d'une exception de sécurité nationale.

(a) - La première série d'arguments consiste à soutenir, de façon générale, que *toutes* les questions relatives à la sécurité nationale des Etats ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Le point de départ de ces thèses se trouve dans le droit interne. Les différents droits nationaux comportent en effet très souvent des dispositions et mécanismes permettant aux gouvernements d'éviter un contrôle judiciaire de leurs actions en cas d'invocation de la sécurité nationale. La doctrine de l'« *act of State* » ou la « *political question doctrine* » au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis, la doctrine française de l'« acte de gouvernement » ou du « secret défense », et leurs nombreux équivalents dans d'autres pays, constituent autant d'obstacles pour que le juge national puisse affirmer sa compétence pour se prononcer sur une question qui

concerne directement, selon le gouvernement, la «sécurité nationale»¹¹⁹. Et, quelle que soit l'évolution positive du droit interne dans ce domaine¹²⁰, surtout grâce à l'ancrage et l'affirmation progressive dans plusieurs droits nationaux des libertés fondamentales qui sont les plus directement menacées par les mesures dérogatoires dictées par des considérations de «sécurité nationale», le juge interne reste, encore aujourd'hui, souvent réticent à l'idée d'un tel contrôle. Comme l'a remarqué ironiquement I. Cameron : «*If a government minister, or security official, solemnly assures a Court that the revealing of an official secret would cause "unquantifiable" damage to national security, the court will find it difficult to disagree, even if later transpires that what was meant was "unquantifiable small" »*¹²¹.

Sur le plan international, c'est peut-être Vattel qui a suggéré le premier l'idée que l'arbitrage international ne doit porter que sur des différends qui ne touchent pas à la sécurité des Etats¹²². Cette idée de non-justiciabilité des différends «sensibles» a ensuite été reprise par plusieurs auteurs et est restée très en vogue tout au long du XIX^e siècle¹²³. Elle a permis à certains de renverser la vieille règle du droit romain «*de minimis non curat praetor*» et lui substituer son contraire, exprimé par l'adage «*de maximis non curat praetor*». Au cours du XX^e siècle, cette doctrine selon laquelle les différends qui concernent la sécurité des Etats et le *salus rei publicae* sont «politiques» et non juridiques n'a pas disparu. On se souvient, par exemple, des déclarations célèbres de Dean Acheson, à propos de la licéité de la «quarantaine» des Etats-Unis pendant la crise des missiles de 1962 : «*law simply does not deal with such questions of ultimate power – power that comes close to the sources of sovereignty. [...] No law can destroy the state creating the law. The survival of states is not a matter of law*»¹²⁴. Certains Etats ont aussi parfois soutenu, devant des juridictions internationales, l'argument du caractère non-justiciable des questions concernant

119 - L'idée a été très clairement exprimée, par exemple, par la House of Lords britannique en novembre 1984 dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service* ([1985] A.C. 374, 412) : «National security is the responsibility of the executive government; what action is needed to protect its interests is [...] a matter upon which those upon whom the responsibility rests, and not the courts of justice, must have the last word. It is par excellence a non-justiciable question. The judicial process is totally inept to deal with the sort of problems which it involves».

120 - Comme l'a souligné un auteur à propos des Etats-Unis : «That notion - that some constitutional questions ultimately must be decided by the political branches and not through judicial review - is beginning to seem antiquated» (R. Barkow, «More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy», *Columbia Law Review*, v.102, 2002, p. 238). Cf. aussi pour le Canada l'étude de C. Forcese, «Through a glass darkly...», *op. cit.*, pp. 963-1000 concluant qu'aujourd'hui «the invocation of "national security" does not immunize government decision making from court review».

121 - I. Cameron, *National security and the European Convention...*, *op. cit.*, p. 68.

122 - Il écrivait ainsi par exemple : «L'arbitrage est un moyen très raisonnable et très conforme à la loi naturelle, pour terminer tout différend qui n'intéresse pas directement le salut de la Nation.» (*Le Droit des gens*, Paris, 1863, t. II, § 329, p. 306, disponible aussi in <http://books.google.fr>).

123 - Pour une présentation voir par exemple H. Lauterpacht, «La théorie des différends non justiciables en droit international», *RCADI*, t. 34, 1930/I, pp. 552 et ss.

124 - *ASIL Proceedings*, 1963, p. 14.

leur sécurité nationale. C'est ainsi, par exemple, que les Etats-Unis ont demandé à la CIJ de ne pas examiner la requête déposée contre eux par le Nicaragua en 1984 à propos des *Activités militaires et Paramilitaires...* car, selon eux, la CIJ « *was never intended to resolve issues of collective security and self-defence and is patently unsuited for such a role* »¹²⁵. Plus récemment, dans l'affaire *Blaskic*, la Croatie a avancé que le Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie « n'est habilité ni à juger ni à statuer sur les arguments de la Croatie touchant à sa sécurité nationale »¹²⁶.

(b) - La deuxième série d'arguments est beaucoup plus subtile. Il ne s'agit plus ici de plaider le caractère non-justiciable des questions touchant la sécurité nationale des Etats en général, mais seulement de soutenir que *certaines* exceptions de sécurité nationale ne pourraient pas faire l'objet d'un examen judiciaire car elles seraient « *self-judging* ». Selon la théorie des clauses « *self-judging* », l'Etat qui adopte les mesures dérogatoires pour des motifs de sécurité nationale doit être le seul arbitre, tant de la licéité de l'invocation de ces clauses que des modalités de leur application. Tout tourne alors autour de la rédaction et de l'interprétation de ces clauses, suivant un formalisme qui est poussé à l'extrême : si une clause indique que « le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité », elle ne sera pas en principe « *self-judging* » ; si en revanche la clause indique que « le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures *que l'Etat estimera* nécessaires à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité » la clause sera « *self-judging* » et l'intervention du Juge impossible, car la volonté des Etats parties au Traité serait de se réserver, à l'exclusion de toute autre autorité, le droit de ne pas respecter une obligation internationale pour des motifs de « sécurité nationale ».

Pour convaincre du bien fondé de cette thèse, on invoque d'ailleurs volontiers un passage de l'arrêt rendu par la CIJ en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires* où la Cour a repoussé l'argument américain selon lequel le différend ne serait pas justiciable du fait d'une clause « *self-judging* » introduite dans l'article XXI du Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre les Etats-Unis et le Nicaragua. Cet article précisait que « le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures [...] nécessaires [...] à la protection des intérêts vitaux [d'une] partie en ce qui concerne sa sécurité ». La Cour a remarqué que :

125 - Pour une présentation de l'argumentation américaine, v. R.P. Anand, « The World Court on trial », in R. Pathak, R. Dhokalia, (ed.), *International law in transition: essays in memory of judge Nagendra Singh*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 255 et s.

126 - *Le Procureur c/Thomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-PT, Chambre de première instance II, 18 juillet 1997, Mémoire de la Croatie, pp. 59-64. V. aussi l'arrêt du 29 octobre 1997 de la Chambre d'appel, §§ 61 et ss.

«L'article XXI définit les cas dans lesquels le traité prévoit lui-même des exceptions au caractère général de ses autres dispositions, mais il ne tend nullement à faire échapper l'interprétation et l'application de ses propres termes à la compétence de la Cour prévue par l'article XXIV. Que la Cour soit compétente pour déterminer si des mesures prises par l'une des Parties relève d'une exception ressort également *a contrario* de ce que le texte de l'article XXI du traité n'a pas repris le libellé antérieur de l'article XXI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Cette disposition du GATT, prévoyant des exceptions au jeu normal de l'Accord général, précise que celui-ci ne sera pas interprété comme empêchant une partie contractante de prendre «toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité», dans des domaines comme la fission nucléaire, les armements, etc. Le traité de 1956 fait simplement état au contraire des mesures «nécessaires» et non pas de celles considérées comme telles par une partie»¹²⁷.

La Cour aurait ainsi reconnu elle-même, de façon indirecte mais claire, que si une disposition est rédigée de manière similaire à l'article XXI du GATT, elle est «*self-judging*» et, en tant que telle, ne peut faire l'objet d'aucun examen judiciaire.

Voyons maintenant pourquoi ces arguments ne devraient pas être retenus.

B) *Le rejet de cette thèse*

(a) - Rejetons, tout d'abord, la première série d'arguments concernant le caractère «politique» et non-justiciable des différends touchant à la sécurité nationale des Etats. Comme l'avait bien souligné H. Lauterpacht, dans un célèbre cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1930, cet argument de non-justiciabilité «n'est pas autre chose que l'expression du désir d'un Etat de substituer sa propre volonté à son obligation juridique, ou simplement d'échapper à son devoir juridique»¹²⁸. Or, accepter qu'un Etat aurait une telle possibilité d'«*opting out*» par la seule invocation subjective (et non soumise au contrôle d'un tiers) d'une considération de «sécurité nationale», équivaut à renoncer à toute prévisibilité du système juridique international et même à nier le caractère obligatoire du droit international¹²⁹.

C'est sans doute la raison pour laquelle les juridictions internationales n'ont pratiquement jamais accepté cette théorie des différends non-justiciables. La Cour internationale de Justice ne s'est, comme elle-même l'a

127 - § 222 de l'arrêt.

128 - *Op. cit.*, p. 568

129 - Comme l'a écrit Th. Franck à propos de l'acceptation un peu trop facile par le Juge américain de la *political question doctrine*: «Judicial deference ignores the evident truth that in our system a law that is not enforceable by adjudicatory process is no law at all» (Th. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, 1992, p. 8).

souligné, «jamais dérobée devant l'examen d'une affaire pour la simple raison qu'elle avait des implications politiques ou comportait de sérieux éléments d'emploi de la force»¹³⁰. Elle n'a donc jamais refusé sa compétence sur cette base, acceptant d'examiner des affaires qui concernaient non seulement la «sécurité nationale» des Etats, mais aussi des questions aussi sensibles que celles relatives au recours à la force¹³¹. Même dans le cadre de sa fonction consultative, où pourtant la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour rendre un avis, le fait que certaines affaires délicates touchaient directement des éléments essentiels à la sécurité de certains Etats¹³², ne l'a pas empêché de se prononcer. D'autres juridictions, telles que la CJCE et le TPI, la CEDH, ou le TPIY, ont adopté la même attitude. Pour ne citer que ce dernier, on peut rappeler que, dans l'affaire *Blaskic* précitée, le Tribunal a refusé l'argumentation de la Croatie soulignant que : «accorder aux Etats un droit général de refuser de communiquer des documents nécessaires au procès, pour raison de sécurité, pourrait mettre en échec la fonction même du Tribunal international, et ferait ainsi obstacle à son but principal et à sa mission première»¹³³.

(b) – La réfutation de la deuxième série d'arguments est plus délicate. Soulignons, dès à présent, que rien n'interdit aux Etats parties à un accord international d'exclure de la compétence du Juge les différends relatifs à l'invocation de certaines clauses de sécurité nationale. L'accord bilatéral en matière d'investissements de 1998 entre l'Autriche et le Mexique comporte, par exemple, la clause suivante dans son article 19 : «*The disputes settlement provisions of this Part shall not apply to the resolutions adopted by a Contracting Party which, for national security reasons, prohibit or restrict the acquisition of an investment in its territory, owned or controlled by its nationals, by investors of the other Contracting Party, according to the legislation of each Contracting Party*». De manière similaire, certains Etats ont, comme nous l'avons vu, accompagné leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour de certaines réserves relatives à des considérations de sécurité nationale¹³⁴. Le droit international

130 - *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Arrêt du 26 novembre 1984 (compétence et recevabilité), § 96.

131 On peut citer, entre autres, les arrêts rendus dans l'affaire du *Détroit de Corfou, des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, des Plates-formes pétrolières* ou des *Activités armées en RDC*.

132 - Surtout celle de la *Licéité de l'emploi de l'arme nucléaire* et celle des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

133 - Arrêt du 29 octobre 1997 de la Chambre d'appel, § 65. Ayant «affirmé le principe de base selon lequel un Etat ne peut invoquer la sécurité nationale pour refuser de produire des documents», la Chambre d'appel a néanmoins souhaité, ajouter que «le Tribunal international ne devrait pas rester indifférent aux préoccupations légitimes de l'Etat en matière de sécurité nationale, d'autant que, [...] le Tribunal international prend déjà en compte les intérêts liés à la sécurité nationale aux articles 66 C) et 77 B) du Règlement». Ainsi, la Chambre d'appel a essayé de définir quelles sont les modalités qui constituent «la meilleure façon de concilier, d'une part, le pouvoir qu'a le Tribunal international d'ordonner aux Etats de produire les documents intéressant directement le procès et de les obtenir avec, d'autre part, les exigences légitimes des Etats liées à leur sécurité nationale» (*id.*, §§ 67 et ss.).

134 - Voy. par exemple *supra* note 80.

est fondé sur la volonté des Etats et le principe de juridiction consensuelle constitue le fondement de la fonction juridictionnelle dans l'ordre juridique international. Mais il nous semble que si les Etats décident volontairement d'accepter la compétence d'une juridiction internationale dans un domaine précis, seule une exception similaire à l'article 19 du traité Autriche/Mexique ou une réserve *claire et expresse* pourraient exclure de cette compétence les questions relatives à la sécurité nationale.

En dehors de ces hypothèses, l'argument selon lequel l'ajout de la phrase «*que l'Etat estimera nécessaires*» dans les clauses de sécurité nationale change fondamentalement «*tout*» et établit le caractère non-judiciable de ces clauses nous semble erroné, et ceci pour plusieurs raisons. En premier lieu, sur un plan purement grammatical, il nous semble excessif d'accorder une telle valeur ajoutée à ces quelques mots. La différence entre les phrases «*application de mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité*» et «*application de mesures que l'Etat estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité*» nous semble moins importante que l'on a pu parfois le prétendre. Dans les deux hypothèses, c'est évidemment l'Etat qui est censé adopter les mesures dérogatoires qu'il considère «*nécessaires*» pour des raisons de sécurité nationale. Interpréter la phrase «*que l'Etat estimera*» comme signifiant «*que seul l'Etat estimera et que personne d'autre ne pourra jamais contrôler ou contester*» nous semble non seulement excessif mais aussi très dangereux pour l'ordre juridique : imposer une obligation juridique tout en donnant la faculté à l'Etat de ne pas la respecter chaque fois qu'il le considère «*nécessaire*», signifie ne pas imposer d'obligation du tout et renoncer à toute prévisibilité et sécurité juridiques¹³⁵. A la limite, et à supposer même que l'on accepte le caractère «*self-judging*» d'une telle clause sur la *nécessité* d'une mesure adoptée pour protéger la sécurité nationale, on voit mal pourquoi un contrôle judiciaire ne serait pas possible en ce qui concerne d'autres questions, telles que la proportionnalité des mesures dérogatoires ou le respect des autres conditions posées par une telle clause. Même si l'on prenait à la lettre le passage susmentionné de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires*, qui pourtant n'est qu'un *obiter dictum* dénué de valeur juridique et certainement pas destiné à interpréter l'article XXI du GATT, on voit mal ce qui empêcherait un contrôle du respect par l'Etat des autres conditions posées par cet article¹³⁶.

135 - Comme l'avait souligné Hersch Lauterpacht à propos des fameuses «*réserves automatiques*» accompagnant l'acceptation de la compétence de la CIJ : «*Un acte dans lequel une partie a le droit de déterminer l'existence de son obligation n'est pas un acte juridique [...]. C'est une déclaration de principe et d'intention de caractère politique*», (opinion individuelle à l'arrêt du 6 juillet 1957 de la CIJ dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens, France c. Norvège*, C.I.J. Recueil 1957, p. 48). Pour le problème des réserves automatiques, voir J. Crawford, «*The Legal effects of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court*», *BYBIL*, 1979, pp. 63-86.

136 - V. *supra* III (B).

Ceci ne signifie évidemment pas que la différence de terminologie introduite dans les clauses de sauvegarde soit dénuée de tout intérêt. La prééminence donnée à l'évaluation de l'Etat lui même, par la phrase «mesures *que l'Etat estimera nécessaires*» a, sans doute, pour effet d'accorder une grande marge d'appréciation à l'Etat et de limiter l'intensité du contrôle du Juge – la limiter certes, mais pas l'exclure complètement.

Il est significatif, à cet égard, que les juridictions internationales ou autres organes de contrôle n'ont jamais renoncé à un tel contrôle sur la base de l'argument du caractère «*self-judging*» d'une telle clause de sauvegarde.

Il est vrai que, dans le cadre des panels du GATT, puis de l'ORD de l'OMC, on n'a jamais pu obtenir une interprétation faisant autorité sur la justiciabilité de l'article XXI du GATT. Cette question, qui a souvent occupé la doctrine¹³⁷, aurait pu être tranchée à l'occasion de certaines affaires, telles que la procédure initiée par les Communautés européennes devant l'OMC en 1996 en contestation de la loi Helms-Burton ou à l'occasion du litige qui opposa en 2000 le Nicaragua au Honduras et à la Colombie concernant les sanctions adoptées par le premier contre les deux autres. Mais, pour des raisons diverses et non liées au problème qui nous intéresse, jamais une telle affaire n'a abouti à un examen sur le fond. A l'occasion de ces affaires, néanmoins, certains Etats au sein du GATT et de l'OMC se sont exprimés en faveur de la compétence des panels pour examiner des questions de sécurité nationale¹³⁸, tandis que certains observateurs ont exprimé la crainte que, si les arguments des Etats-Unis sur le caractère non-justiciable de l'article XXI étaient acceptés, «*the integrity of the WTO dispute settlement process, and of the entire WTO regime, would be compromised*»¹³⁹.

La CJCE, quant à elle, a toujours accepté de contrôler l'invocation des clauses de sécurité nationale prévues dans le Traité CEE, y compris la clause de l'article 296 du Traité CEE qui utilise pourtant une terminologie «*self-judging*», soulignant que «tout Etat membre peut prendre les mesures *qu'il estime nécessaires* à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité». Il faut toutefois relever que la tâche de la Cour a été grandement facilitée, dans le cas de l'article 296, par l'article 298 du Traité qui établit une procédure spéciale en cas d'éventuel usage abusif de l'article 296¹⁴⁰.

137 - Parmi les nombreux articles publiés sur l'article XXI, v. par ex. D. Akande, S. Williams, «International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?», *Virginia J. Int'l L.*, v. 43., 2003, pp. 365-404 ou H. Ghérari, «Sécurité des Etats et commerce international: Quelques observations sur l'article XXI du GATT», in R. Kherad (ed.), *Légitimes défenses*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 267-283.

138 - Cf., D. Akande, S. Williams, «International Adjudication...», *ibid.*, pp. 373 et ss.

139 - *Ibid.*, p. 377.

140 - Selon l'article 298: «la Commission ou tout Etat membre peut saisir directement la Cour de justice, s'il estime qu'un autre Etat membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus aux articles 296 et 297. La Cour de justice statue à huis clos».

Plus récemment, les quatre tribunaux arbitraux CIRDI qui se sont prononcés dans les affaires concernant les investissements en Argentine ont unanimement repoussé l'argument du défendeur selon lequel l'article XI du traité bilatéral Argentine/États-Unis, qui prévoit la possibilité, pour les parties, d'adopter certaines mesures d'urgence nécessaires pour protéger leurs « intérêts essentiels de sécurité », serait « *self-judging* ». Cependant, ici aussi, la tâche des tribunaux a été facilitée par le fait que la clause en question ne comportait pas l'expression « *que l'Etat estimera nécessaires* » et, on pourrait même ajouter que leur analyse suggère que leur position aurait pu être différente (mais laquelle ?¹⁴¹) si elle la comportait. Il convient néanmoins de souligner que, malgré l'absence de cette expression, les deux États parties à ce traité ont, de manière claire, exprimé l'avis que la clause *devrait* être considérée comme *self-judging*. Au-delà de l'Argentine, qui l'a fait dans ses arguments présentés aux tribunaux en question, les États-Unis ont clairement adopté cette position de manière générale depuis 1992¹⁴² et de manière spécifique aussi dans une lettre adressée par le Ministère des Affaires Étrangères en septembre 2006¹⁴³.

Ces précédents ne sont certes pas définitivement concluants, mais ils semblent indiquer que le Juge ne souhaite pas s'arrêter devant l'argument de non-justiciabilité d'une exception de sécurité nationale, à moins, bien sûr, qu'une clause ou une réserve excluent expressément de sa compétence ces questions.

2. L'intensité du contrôle du Juge

L'intensité du contrôle du Juge est évidemment variable et dépend de la formulation de l'exception de sécurité nationale et des conditions qui entourent son invocation. Il nous semble pourtant possible de faire certaines remarques, d'ordre général, sur l'attitude du Juge international à ce propos.

En premier lieu, il semble que le Juge international reconnaisse, au profit des États, une très large marge d'appréciation sur *l'existence* d'une situation qui menace leur sécurité nationale. Certes, le Juge se réserve le droit de constater que, contrairement à ce qu'un État prétend, il n'y a pas vraiment de menace à la sécurité nationale. C'est ainsi, par exemple, que

141 - En d'autres termes, accepter le caractère « *self-judging* » de cette clause les aurait poussé à renoncer à tout contrôle ou à exercer un contrôle minimal reconnaissant une large marge d'appréciation à l'Argentine ?

142 - Cf. par ex. la sentence du 3 octobre 2006 dans l'affaire *LG & E c. Argentine*, §§ 209 et ss.

143 - Selon ce document: « Notwithstanding the decision of the ICJ in the Nicaragua case, the position of the U.S. government is that the essential security language in our [...] Bilateral Investment Treaties is self-judging, i.e., only the party itself is competent to determine what is in its own essential security interests ». Lettre envoyée par James H. Thessin, Principle Deputy Legal Advisor at the U.S. Department of State, à Abraham D. Sofaer, former Legal Advisor at the U.S. Department of State en septembre 2006. Cité par W. Burke-White, A. von Staden, « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p. 60.

la CIJ, dans *l’Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* a souligné que son premier devoir était de «se prononcer sur le caractère raisonnable du péril encouru par ces intérêts vitaux en ce qui concerne la sécurité»¹⁴⁴. C’est ainsi aussi, par exemple, que les organes de protection des droits de l’homme, tels que la Cour européenne des droits de l’homme ou le Comité des droits de l’homme, affirment constamment leur droit de contrôler la réalité d’un «danger public menaçant la vie de la nation», permettant à un Etat de faire appel au système des dérogations. Mais on sait que, en pratique, il arrive très rarement à un organe de contrôle de mettre en cause l’appréciation de l’Etat dans ce domaine. En ce qui concerne la pratique de l’invocation de l’article 15 de la CEDH, par exemple, ce n’est que dans «l’affaire grecque» que la Commission européenne des DH a considéré que le «danger public menaçant la vie de la nation» invoqué par un Etat (la Junte militaire qui a pris le pouvoir en Grèce après le coup d’état du 21 avril 1967) n’existait pas en réalité¹⁴⁵.

Cette situation a poussé certains auteurs à conclure que ce contrôle est «*little more than a formality*»¹⁴⁶. Nous pensons, toutefois, que son importance ne doit pas être minimisée. Le Juge doit, en effet, ainsi que l’a souligné récemment la CJCE dans son arrêt *Sison c/ Conseil de l’Union européenne* du 1^{er} février 2007, vérifier l’exactitude matérielle des faits, ainsi que l’absence d’erreur manifeste d’appréciation et de détournement de pouvoir¹⁴⁷.

Ce contrôle semble indispensable, même si la clause d’exception comporte une terminologie «*self-judging*» au sens expliqué précédemment. L’absence complète de contrôle pourrait en effet permettre aux Etats de détourner leurs obligations internationales. Pour ne donner que l’exemple du fameux article XXI du GATT, un tel contrôle pourrait empêcher les Etats de détourner l’article XXI afin d’accomplir des visées protectionnistes, manifestement contraires au traité. Habib Ghérari rappelle, à cet égard, le cas de la Suède qui, en 1975, a adopté des contingents à l’importation de chaussures d’un certain type en déclarant que «la diminution [...] de la production intérieure fait peser une grave menace sur la planification de la défense économique de la Suède dans des circonstances exceptionnelles, élément inséparable de sa politique de sécurité. Cette politique exige le maintien d’une capacité minimale de production dans les industries vitales du pays»¹⁴⁸. Ce type d’arguments pourrait tuer le

144 - § 224.

145 - Voir le rapport de la Commission publié à la suite des requêtes déposées par le Danemark, la Norvège, la Suède et les Pays-Bas, 1967, § 125, p. 75.

146 - D. Akande, S. Williams, «International Adjudication...», *op. cit.*, p. 398.

147 - Affaire C-266/05, Arrêt de la première chambre, § 64.

148 - H. Ghérari, «Sécurité des Etats et commerce international...», *op. cit.*, pp. 275-276.

traité. Or, les Etats ont, conformément à la règle codifiée par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le devoir d'appliquer leurs obligations conventionnelles «de bonne foi». Il est donc tout à fait normal que le Juge international puisse, à supposer bien sûr que sa compétence soit établie dans un cas précis, vérifier que les Etats respectent le principe de bonne foi et ne font pas appel de manière artificielle à des exceptions détournées afin de priver le traité de son objet et de son but.

En ce qui concerne maintenant la nature et les modalités des mesures dérogoires adoptées sur la base d'une clause de sécurité nationale, il semble que, au-delà de la diversité des situations, trois observations peuvent être faites.

En premier lieu, le contrôle du juge doit porter sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure dérogoire. A cet égard, les juridictions internationales affirment constamment que, si les Etats disposent d'une large marge d'appréciation et sont logiquement mieux placés que le juge international pour apprécier la «nécessité» d'une mesure dérogoire au droit commun destinée à répondre à un péril pour la sécurité nationale, cette marge n'est pas sans limite et elle est soumise à un contrôle international¹⁴⁹. Il est ainsi arrivé, à plusieurs reprises, que des juridictions internationales considèrent que les mesures dérogoires adoptées par l'Etat n'étaient pas «nécessaires» ou étaient disproportionnées par rapport à l'atteinte à un droit ou un intérêt d'un autre Etat ou d'un individu. La CIJ a, par exemple, dans son arrêt de 1986 sur les *Activités militaires*, estimé «que le minage de ports nicaraguayens et les attaques directes contre des ports et des dépôts de pétrole ne sauraient en aucun cas être justifiés par la nécessité de protéger les intérêts vitaux de sécurité des Etats-Unis»¹⁵⁰. C'est ainsi aussi que la Cour européenne des droits de l'homme a trouvé dans un certain nombre d'affaires que, bien qu'un Etat ait valablement invoqué une dérogoire sur la base de l'article 15, l'ampleur et les modalités des mesures adoptées ne permettaient pas de les considérer comme «nécessaires» pour faire face à «un danger public menaçant la vie de la nation»¹⁵¹. De manière similaire, la CJCE a parfois considéré que certaines mesures dérogoires n'étaient pas «nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sécurité»¹⁵² de certains Etats.

149 - Comme l'avait souligné la CIJ dans son arrêt de 1986 dans l'affaire des *Activités militaires*: «la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée» (§ 282).

150 - § 282.

151 - Voir surtout les arrêts *Aksoy c. Turquie* du 18 déc. 1996, *Demir c. Turquie* du 23 sept. 1998 et *Bilen c. Turquie* du 21 février 2006.

152 - V. par ex. *Commission c/ Espagne*, arrêt de la Cour (sixième chambre) du 16 sept. 1999, Affaire C-414/97, § 22.

La deuxième observation est que, en fonction de la situation et de la formulation de la clause, la marge d'appréciation laissée aux Etats par le Juge en ce qui concerne la «nécessité» de la mesure peut-être plus ou moins importante. On sait, par exemple, que la CIJ a placé la barre très haut en ce qui concerne l'appréciation de la «nécessité» d'une mesure de légitime défense soulignant, dans l'affaire des *Plates-formes*, que: «l'exigence que pose le droit international, selon laquelle les mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin, est rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à 'une certaine liberté d'appréciation' »¹⁵³. De manière similaire, en ce qui concerne l'invocation de «l'état de nécessité», l'exigence selon laquelle le fait incriminé doit constituer «*le seul moyen* de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent», montre que l'Etat ne doit pas seulement démontrer l'*utilité* de la mesure, mais aussi prouver qu'*aucun* autre moyen, même plus onéreux ou moins commode, n'était envisageable. Dans d'autres cas, les juridictions pourraient, en fonction des circonstances, être plus souples. C'est ainsi, par exemple, que pour évaluer les restrictions «nécessaires dans une société démocratique», la CEDH a considéré que l'adjectif «nécessaire» ne peut pas toujours être assimilé au «critère de stricte nécessité»¹⁵⁴ et se distingue de l'«indispensable» par une plus grande marge d'appréciation laissée à son interprète¹⁵⁵. Cette marge d'appréciation devrait être particulièrement importante chaque fois qu'une clause d'exception relative à la sécurité nationale comporte une terminologie «*self-judging*» au sens évoqué: l'introduction de la phrase «mesures que l'Etat estimera nécessaires» dans une telle clause donne la prééminence à l'appréciation subjective de l'Etat – même si le Juge devrait toujours pouvoir contrôler l'existence d'une connexité suffisante entre le danger invoqué et le fait que l'Etat a agi de bonne foi¹⁵⁶.

153 - *CIJ Recueil 2003*, p. 196, par. 73. Pour une analyse v. O. Corten, «La nécessité et le *ius ad bellum*», in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble de la SFDI, Paris, Pedone, 2007, pp. 127 et ss.

154 - Cf. par ex. l'arrêt *James et autres* du 21 février 1986, § 51.

155 - Cf. l'arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976, § 48. Sur la marge nationale d'appréciation (et ses limites) laissée aux Etats dans ce domaine v. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8e éd., 2006, pp. 216 et ss.

156 - Dans les affaires concernant les investissements en Argentine devant les Tribunaux CIRDI, l'Argentine, qui avait donné initialement l'impression de considérer qu'aucun contrôle judiciaire n'était possible en ce qui concerne l'Article XI du traité bilatéral (qui était selon cet Etat *self-judging*), a fini par admettre, à la suite aussi d'une expertise du Professeur A.M. Slaughter, que le Tribunal pourrait exercer un contrôle de la bonne foi de l'Argentine. *Compa*. La sentence *CMS c. Argentine* du 12 mai 2005, § 367 avec le § 208 de la sentence du 3 octobre 2006 dans l'affaire *LG & E c. Argentine* où le Tribunal note: «Respondent has argued that because Article XI is a self-judging provision, it is for the State to make a good faith determination as to what measures are necessary for the maintenance of public order, or the protection of its essential security interests. According to Respondent, under this self-judging exception, the Tribunal must decide only whether Argentina acted in good faith or not». La thèse selon laquelle une clause «*self-judging*» devrait faire l'objet d'un contrôle de la bonne foi de l'Etat est aussi soutenue par des auteurs comme D. Akande, S. Williams, «International Adjudication...», *op. cit.*, pp. 389 et ss. et par W. Burke-White, A. von Staden, «Investment Protection in Extraordinary Times...», *op. cit.*, pp. 53 et ss.

Enfin, il faut noter que le contrôle du Juge peut et doit aussi porter sur le respect des autres conditions posées éventuellement par une clause de sécurité nationale, telle qu'une obligation éventuelle de notification ou de motivation ou encore le respect du caractère intangible de certaines règles pour lesquelles aucune dérogation n'est autorisée en cas de menace pour la sécurité nationale.

On pourrait noter, en guise de conclusion, que la jurisprudence de la CIJ dans un futur proche pourrait être d'un très grand intérêt en ce qui concerne la question de la « justiciabilité » et du contrôle d'une clause « *self-judging* ». Dans l'*Affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, actuellement *sub judice*, la France soutient que le refus de transmission du « dossier Borrel » à Djibouti n'est pas contraire à la convention bilatérale d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 car l'article 2 de cette convention prévoit que « l'entraide judiciaire pourra être refusée [...] si l'Etat requis estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels ». Pour la France, les termes utilisés sont « *self-judging* » et lui confèrent un pouvoir d'appréciation exclusif concernant l'atteinte à sa sécurité et à ses intérêts essentiels, interprétation que Djibouti repousse. Il sera sans doute très intéressant de voir de quelle manière la Cour tranchera cette question capitale¹⁵⁷.

RESUME

La sécurité nationale est un concept très en vogue. Ces dernières années, différents Etats ont publié des documents sur leur « stratégie de sécurité nationale », adopté des lois qui autorisent des dérogations diverses à l'Etat de droit au nom de la sécurité nationale ou invoqué celle-ci afin d'échapper au respect de leurs obligations internationales. L'histoire montre pourtant que la sécurité nationale est un concept potentiellement dangereux, un dictionnaire autorisé allant même jusqu'à la définir comme « une expression utilisée en tant que justification par les gouvernements pour cacher des activités illicites ou embarrassantes ». Cet article évalue l'ampleur des exceptions et dérogations fondées sur la sécurité nationale en droit international. Il essaie de déterminer, tout d'abord, s'il est possible de dégager une définition du terme ambigu de « sécurité nationale ». Il examine, ensuite, dans quelle mesure et de quelle manière le droit positif permet à un Etat d'invoquer des considérations de « sécurité nationale » pour ne pas appliquer une obligation internationale. Il montre, enfin, que, contrairement à ce qui a été parfois avancé, l'exception de sécurité nationale peut et doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

157 - Les plaidoiries dans cette affaire ont été fixées pour la fin du mois de janvier 2008.

ABSTRACT

National security is a concept currently in vogue in many countries. In recent years, several States have published papers on their «National Security Strategy». Other States have enacted laws that have allowed various exemptions to the rule of law in the name of national security or have invoked it to escape compliance with their international obligations. History shows us though, that national security is a concept with a great potential for abuse. One dictionary goes as far as to define it as «A phrase used as justification to hide embarrassing or illegal activities on the part of a national government». This paper assesses the extent to which exceptions and exemptions, based on national security, are admitted in international law. Firstly, it attempts to determine whether it is possible to arrive at a definition of the ambiguous term «national security». Secondly, it looks to what extent, and in what way, International Law allows a State to invoke considerations of «national security» for not complying with an international obligation. Finally, it demonstrates that, contrary to what has sometimes been argued, the national security exception may be subject to judicial review.

RESUMEN

La seguridad nacional es un concepto muy en boga. Numerosos Estados han publicado estos últimos años documentos sobre su «estrategia de seguridad nacional», han adoptado leyes que autorizan diversas derogaciones del Estado de Derecho en nombre de la seguridad nacional, o han invocado esta última con la finalidad de escapar al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. La historia muestra sin embargo que la seguridad nacional es un concepto potencialmente peligroso, hasta el punto que un diccionario autorizado llega a definirla como «una expresión utilizada por los Gobiernos como justificación de actividades ilícitas o embarazosas». Este artículo evalúa, desde la perspectiva del Derecho internacional, la amplitud de las excepciones o derogaciones basadas en la seguridad nacional. Trata de determinar, ante todo, si es posible una definición de la ambigua expresión «seguridad nacional», y examina a continuación en qué medida y de qué modo el Derecho positivo permite a un Estado invocar consideraciones de «seguridad nacional» para no cumplir una obligación internacional. Muestra por último cómo, frente a lo que a veces se ha sostenido, la excepción de seguridad nacional puede y debe ser objeto de un control jurisdiccional.