

La *due diligence* en droit international : de la règle de la neutralité au principe général

Awalou Ouedraogo

Volume 42, Number 2, 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026909ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026909ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ouedraogo, A. (2012). La *due diligence* en droit international : de la règle de la neutralité au principe général. *Revue générale de droit*, 42(2), 641–683.
<https://doi.org/10.7202/1026909ar>

Article abstract

The concept of due diligence is related to the theory of international obligations. The simple but yet complex idea is that diligence is an element of certain primary standards of the State, including the obligations of prevention. Its scope is limited to situations where the State is required to prevent or suppress certain damage. Rooted in the Roman system of law through the figure of the *bonus pater familias*, *due diligence* appears in the international legal order first in the area of neutrality before experiencing a fortune in other areas including the protection of foreigners, the security of foreign States, human rights, the environment. This article aims to demonstrate that *due diligence* has grown from a simple rule of neutrality to a customary norm of general international law before acquiring today the status of general principle applicable even in the absence of specific injunction of a primary standard. Then, it revisits the famous *Alabama* case to show that the legal regime of neutrality which has fully emerged in the mid eighteenth century was also the point of effervescence of the concept of due diligence in the international legal order.

La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général

AWALOU OUEDRAOGO

Professeur adjoint au Département d'études internationales,
Université York, Toronto

RÉSUMÉ

Le concept de diligence est rattaché à la théorie des obligations internationales. L'idée à la fois simple et complexe est que la diligence est un élément contenu dans certaines normes primaires de l'État, notamment les obligations de prévention. Son champ d'application est limité aux situations où l'État doit prévenir ou réprimer certains actes dommageables. S'enracinant dans la systématisation romaine des obligations à travers la figure du bonus pater familias, la due diligence apparaît dans l'ordre international d'abord dans le domaine de la neutralité avant de connaître une fortune dans d'autres secteurs, notamment la protection des étrangers, la sécurité des États étrangers, les droits de la personne, l'environnement. Cet article vise à démontrer que la due

ABSTRACT

The concept of due diligence is related to the theory of international obligations. The simple but yet complex idea is that diligence is an element of certain primary standards of the State, including the obligations of prevention. Its scope is limited to situations where the State is required to prevent or suppress certain damage. Rooted in the Roman system of law through the figure of the bonus pater familias, due diligence appears in the international legal order first in the area of neutrality before experiencing a fortune in other areas including the protection of foreigners, the security of foreign States, human rights, the environment. This article aims to demonstrate that due diligence has grown from a simple rule of neutrality to a customary norm of general international law before

diligence est passée d'une simple règle de la neutralité à une norme coutumière du droit international général, avant d'acquérir aujourd'hui le statut de principe général applicable même en l'absence d'injonction spécifique d'une norme primaire. Cet article revisite donc la célèbre affaire de l'Alabama afin de montrer que le régime juridique de la neutralité qui a pleinement émergé au milieu du XVIII^e siècle a aussi été le point d'effervescence du concept de diligence dans l'ordre juridique international.

acquiring today the status of general principle applicable even in the absence of specific injunction of a primary standard. Then, it revisits the famous Alabama case to show that the legal regime of neutrality which has fully emerged in the mid eighteenth century was also the point of effervescence of the concept of due diligence in the international legal order.

Mots-clés : Due diligence, source du droit, obligation primaire, obligation de prévention, obligation de répression, neutralité, affaire de l'Alabama, droit de l'environnement, principe général, principe de précaution, droit prudentiel.

Key-words : Due diligence, source of law, primary norm, obligation of prevention, obligation of prosecution, neutrality, Alabama case, environmental law, general principle, precautionary principle, prudential law.

SOMMAIRE

Introduction.....	643
I. Le point d'effervescence ou la <i>due diligence</i> comme une règle de la neutralité : l'affaire de l'Alabama	646
1. Circonstances de l'affaire	646
2. Position des parties	651
3. Décision du tribunal.....	653

II.	Le <i>point de cristallisation</i> ou la <i>due diligence</i> comme une règle coutumière du droit international général.....	656
1.	L'idée générale de traitement des étrangers.....	657
2.	Condition juridique des étrangers et obligation coutumière de diligence : la norme de traitement.....	660
III.	Le <i>point de consécration</i> ou la <i>due diligence</i> comme un principe général du droit international de l'environnement.....	668
1.	Principe général et source formelle du droit international ..	668
2.	Le principe de la <i>due diligence</i> : son application en droit de l'environnement.....	671
	Conclusion.....	680

INTRODUCTION

1. La problématique de la diligence est incontestablement une *vexata quæstio* en droit international. En effet, depuis l'émergence de la discipline autonome du droit international, les théoriciens ont consacré au moins un chapitre ou une section de leurs traités ou manuels à ce thème en relation avec l'épineuse question de la responsabilité internationale de l'État. Les prises de position doctrinale abondent, surtout depuis que la Commission du droit international (ci-après « CDI ») a inscrit le sujet de la responsabilité à son programme en 1953. Leurs caractéristiques communes résident dans « le dépouillement un peu fruste mais non moins élogieux que l'on s'accorde volontiers en matière de choses paraissant trop évidentes »¹.

2. Selon le *Grand Dictionnaire terminologique*, la diligence est le « soin attentif, rapide et sans délai, qu'une personne doit apporter dans l'accomplissement de ses obligations » ou encore la « qualité d'attention et d'application attendue d'une personne, appréciée par rapport à une norme, compte tenu des circonstances et des impératifs qui en découlent »². On

1. Robert KOLB, *La bonne foi en droit international. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. XXXV.

2. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand Dictionnaire terminologique*, en ligne : <<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/gdt.html>> (consulté le 24 mai 2012).

aperçoit à travers cette définition simple toute la complexité du concept. Mais les aspects les plus importants pour nous ne sont-ils pas souvent dissimulés par la suite en raison de leur simplicité et de leur banalité³?

3. Comme on le sait, la diligence a toujours été appréhendée par rapport à une *norme* qui constitue la mesure de conduite dans le sens de *regula*. On parle alors de diligence due, ou diligence requise, ou encore de diligence raisonnée pour désigner la *due diligence* ou *due care* d'expression anglo-saxonne. Tout comme la notion de *raisonnable*⁴, la *due diligence* fait partie, selon la doctrine, des notions juridiques à contenu variable, c'est-à-dire des notions « dont la dénomination, le signifiant, restent constant, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent, plus spécialement en fonction de facteurs spatio-temporels »⁵. Notion floue ou indéterminée, la *due diligence* varie en fonction des circonstances de chaque espèce. D'où son identification avec le concept de norme juridique. De ce point de vue, la *due diligence* est, pour nous, une espèce particulière de règle de droit, qui traduit la normativité en termes de *normalité*. C'est pourquoi il est important de relever qu'à ce titre, elle fait partie des obligations primaires de l'État⁶.

4. Cependant, lorsqu'on opère une ontologie de la diligence dans une perspective diachronique, on se rend vite compte que, eu égard à la complexification de la normativité internationale, la *due diligence* n'est plus seulement une norme primaire. Elle est devenue un principe général applicable même en l'absence de mention spécifique dans la règle primaire, notamment dans le domaine du droit international de l'environnement.

3. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, trad. Pierre Klossowski, Paris, Gallimard, 1961, p. 36.

4. Pour une analyse plus approfondie du *raisonnable*, voir notamment Olivier CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

5. Robert LEGROS, « Les notions à contenu variable en droit pénal », dans Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 21.

6. Dans le sens de Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, et systématisé par R. Ago.

5. Historiquement, la *due diligence* est apparue en droit international dans le domaine de la neutralité⁷. Comme on le sait, le droit de la neutralité était étroitement lié au *ius belli*, le droit de la guerre. Il figurait d'ailleurs dans les traités de droit international dans la partie consacrée à la guerre. La *due diligence* est née avec les devoirs des neutres. Son champ d'application limité à la neutralité en faisait une règle « sectorielle ». D'où l'intérêt de revisiter l'affaire de l'*Alabama*. Dans cette célèbre affaire, le tribunal arbitral de Genève, en admettant la responsabilité de la Grande-Bretagne pour les dommages causés aux Américains nordistes par les différents navires, dont le redoutable croiseur *Alabama* que des particuliers britanniques ont vendu aux sudistes pendant la guerre de Sécession, a contribué dans une large mesure à fixer le contenu de la règle de la *due diligence* dans le domaine de la neutralité (I). Une fois consacrée, elle va se propager comme un pollen, d'abord dans le champ du traitement des étrangers, pour se cristalliser en une règle coutumière (II). Si l'on tient compte de l'évolution de l'ordre juridique international et surtout de la conscience juridique universelle, on peut

7. Pour une analyse plus approfondie de l'évolution du droit de la neutralité, voir notamment Nicolas POLITIS, *Neutralité et paix*, Paris, Hachette, 1935, p. 19 et suiv.; Emer DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, The Classics of International Law, Carnegie Institute of Washington, 1916, livre II, ch. VII, par. 103 et suiv.; Martin HÜBNER, *De la saisie des bâtiments neutres, ou du droit qu'ont les nations belligérantes d'arrêter les navires des peuples amis*, La Haye, 1759; Richard KLEEN, *Lois et usages de la neutralité*, t. I, 1898, p. 73 et suiv.; Dietrich SCHINDLER, « Aspects contemporains de la neutralité », (1967) 121 *RCADI* 221, 228 et suiv.; Ernest NYS, « Notes sur la neutralité », dans *Études de droit international et de droit politique*, série II, vol. 2, Bruxelles/Paris, Alfred Castaigne/A. Fontemoing, 1901, p. 57 et suiv.; Sidney SCHOPFER, *Le principe juridique de la neutralité et son évolution dans l'histoire du droit de la guerre*, Lausanne, Corbaz et Cie, 1894, p. 74-78; Wilhelm G. GREWE, *The Epochs of International Law*, transl. and rev. Michael Byers, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2000, p. 371 et suiv.; William S. M. KNIGHT, « Neutrality and Neutralization in the Sixteenth Century Liège », (1920-3) 2 *Journal of Comparative Legislative and International Law* 98; Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Paul Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, livre III, ch. XVII, p. 766 et suiv.; Henry WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, 4^e éd., t. I, Leipzig, Brockhaus, 1865, p. 246 et suiv.; Cornelius VAN BYNKERSHOEK, *Quæstionum juris publici libri duo*, transl. Tenney Frank, The Classics of International Law, Carnegie Institute of Washington, 1930, livre I, ch. I.

admettre que la *due diligence* est aujourd'hui un principe général du droit international de l'environnement (III).

**I. LE POINT D'EFFERVESCENCE OU LA DUE DILIGENCE
COMME UNE RÈGLE DE LA NEUTRALITÉ :
L'AFFAIRE DE L'ALABAMA**

1. CIRCONSTANCES DE L'AFFAIRE

6. Le 19 avril 1861, à peine six mois après la réélection d'Abraham Lincoln, éclate un conflit fratricide, latent depuis longtemps, entre les riches États du Nord et les sept États sécessionnistes du Sud. L'enjeu de cette guerre civile est immense. Elle doit décider si les États-Unis d'Amérique ou toute autre nation, conçue dans la liberté et l'égalité de tous, peuvent continuer d'exister et « empêcher que le gouvernement du peuple par le peuple, pour le peuple ne disparaisse de ce monde »⁸. Du sort des armes dépendent donc en définitive l'abolition de l'esclavage et surtout l'avenir des États-Unis comme grande puissance mondiale.

7. La guerre civile était apparue comme inéluctable, tant la scission entre le Nord et le Sud était parfaite : au Nord démocratique, l'industrie, le commerce et la marine; au Sud, les grandes cultures, coton, tabac et canne à sucre. Le Sud, peu à peu affaibli, reproche sa décadence aux tarifs douaniers du Nord; pour se justifier, le Nord reproche au Sud l'emploi du travail servile. À la politique protectionniste du Nord, les États du Sud opposent la liberté des échanges et l'esclavagisme; à la décentralisation voulue par le Sud, les États du Nord opposent une politique de centralisation et de concentration⁹. La conscience de l'unité nationale cède le pas à un sentiment d'hostilité et de séparation. Les États-Unis ont, reconnaissent Albert de Lapradelle et Nicolas Politis, trop vite passé de « la forme distendue de la Confédération (1778) au régime resserré de l'État fédéral (1787) pour n'avoir pas

8. Célèbre discours d'Abraham Lincoln prononcé sur le champ de bataille de Gettysburg le 19 novembre 1863. Voir également John Chandler BANCROFT DAVIS, *A Chapter in Diplomatic History*, Cambridge, Riverside Press, 1893.

9. Egidio REALE, *Le Règlement judiciaire du conflit de l'Alabama*, Lausanne/Genève, Payot & Cie, 1929, p. 16.

un jour à se reprocher d'avoir, en neuf ans, brûlé l'étape »¹⁰. Cette profonde divergence d'intérêts politiques et économiques va conduire aux armes au printemps 1861.

8. Dans la guerre qui s'ouvrait, le Nord et le Sud vont chercher à se concilier l'aide et l'amitié de la Grande-Bretagne antiesclavagiste comme l'un, libre-échangiste comme l'autre. L'Angleterre, n'écoulant que son intérêt, va très vite marquer sa sympathie pour les États confédérés. Sans doute que pour elle, la liberté des échanges, principe économique, a plus de prise sur l'esprit de lucre d'une nation marchande que la liberté des esclaves, principe moral, a de poids sur sa conscience¹¹. Mais la Grande-Bretagne avait une autre raison de soutenir les sudistes. Comme puissance maritime, elle regardait avec inquiétude les progrès croissants de la flotte américaine qui menaçait de plus en plus sa domination sur les mers. Elle espérait donc voir ses rivaux très affaiblis au sortir de la guerre. Le 13 mai 1861, répondant à la déclaration de blocus faite par les États du Nord, elle proclame sa neutralité et reconnaît les États du Sud comme belligérants au grand mécontentement du Nord.

9. Les sudistes voient dans cette reconnaissance hâtive une véritable offre de service. Puisqu'ils manquent cruellement d'armes, de munitions et de navires de guerre, la Grande-Bretagne devient le grand fournisseur et principal acheteur de leur coton. Les achats d'armes, de munitions et leur transport ne présentent pas d'énormes difficultés. Le devoir d'impartialité impose à l'Angleterre neutre de ne fournir à l'un des belligérants ni armes, ni munitions, ni toutes autres choses pouvant servir à la guerre. Mais à l'époque, cette interdiction ne concerne pas ses sujets qui peuvent, à leurs risques et périls, vendre du matériel de guerre aux belligérants. Toutefois, le belligérant peut saisir tout ce qui est considéré comme contrebande de guerre.

10. *Affaire de l'Alabama (Grande-Bretagne/États-Unis)*, sentence du 14 septembre 1872, dans Albert de LAPRADELLE et Nicolas POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, Paris, Pedone, 1905-1954, p. 715.

11. *Id.*, p. 717. Pourtant tout le mouvement antiesclavagiste du XVIII^e siècle est parti de la Grande-Bretagne. L'attitude de l'Angleterre est, à cet égard, quelque peu paradoxale.

10. Si les confédérés ont réussi, grâce à des bateaux légers et rapides, à importer massivement des armes et des munitions, il leur était beaucoup plus difficile de faire construire et d'équiper des navires de guerre par des armateurs anglais. Car les articles 4 à 7 de la *Foreign Enlistment Act* de 1819 interdisaient non seulement l'enrôlement ou l'engagement des sujets de Sa Majesté au service d'un belligérant, mais aussi l'armement de guerre ou l'équipement sur un port quelconque du Royaume-Uni ou toutes autres possessions anglaises, de tout navire ou bâtiment destiné à servir dans une guerre dans laquelle Sa Majesté aura proclamé sa neutralité. L'article 8 du même texte prévoyait la confiscation des navires de guerre en cas d'infraction.

11. Cette loi anglaise, s'inspirant de la *Neutrality Act* américaine, était assez sévère. Si elle avait été appliquée pendant la guerre de Sécession, les sudistes n'auraient pas pu construire les navires qui leur manquaient et qui étaient la condition de leur résistance¹². L'exigence en matière de preuve de la *Foreign Enlistment Act* rendait la loi difficilement applicable et la procédure lente et très compliquée. Les autorités judiciaires ne pouvaient pas saisir un navire sur la base de simples soupçons ou présomptions. Il leur fallait des preuves matérielles irréfutables. Aussi, les sudistes ont-ils eu recours à plusieurs stratagèmes pour contourner la loi : les navires, notamment le *Florida*, le *Georgia*, l'*Alabama*, sortaient par ruse ou clandestinement des ports anglais et recevaient leur armement et leur commission soit en haute mer, soit dans un autre port étranger.

12. Bien que ces manœuvres frauduleuses étaient connues, les autorités britanniques se prétendaient désarmées. La loi anglaise ne visait que les navires en état. Dans la construction et le départ du navire 209, connu plus tard sous le nom d'*Alabama*, les preuves fournies par le Consul américain à Liverpool étaient tellement pertinentes que les autorités anglaises, après des hésitations et surtout la pression et les menaces des États-Unis, décidèrent enfin de réagir. Mais avant même que l'ordre de la saisie du navire ne soit exécuté, l'*Alabama* quittait le port de Liverpool sans armement ni

12. E. REALE, préc., note 9, p. 21.

équipages, recevait dans le port de Moelfra au moyen d'un autre navire les marins nécessaires à la navigation et terminait son armement dans un port portugais, entamant ainsi sa longue et désastreuse carrière qui causera d'énormes pertes à la marine et au commerce des États-Unis.

13. À la fin de la guerre, les États-Unis exigent la réparation tant des dommages directs causés par les différents corsaires construits en Grande-Bretagne que des dommages indirects causés au commerce américain. Dans un premier temps, le gouvernement de Sa Majesté refusa toute responsabilité, estimant n'avoir rien à se reprocher. Mais le monde maritime se rendit rapidement compte que l'attitude de la Grande-Bretagne pourrait se retourner contre ses propres intérêts dans une guerre future, si l'adversaire éventuel pouvait se procurer en toute liberté chez les neutres des navires de guerre pour combattre la marine britannique¹³. La Grande-Bretagne procéda alors à la révision de la *Foreign Enlistment Act*. La loi de 1870 introduit de nouvelles incriminations et un renversement du fardeau de preuve. À la suite d'après négociations et d'échanges de notes diplomatiques, le 8 mai 1871, les deux États signèrent le compromis d'arbitrage en vue du règlement pacifique de leur différend. L'article 6 du traité pose le droit matériel applicable par l'entremise des fameuses règles de Washington. L'importance de ces règles est telle que nous les citons *in extenso* :

Un gouvernement neutre est tenu :

1. D'user de la diligence due pour empêcher le lancement, l'armement ou l'équipement dans sa juridiction, de tout vaisseau qu'il a juste motif de croire destiné à croiser ou à entrer en guerre contre une puissance avec laquelle il est en paix; et aussi d'employer la même diligence à empêcher le départ de sa juridiction de tout vaisseau destiné à croiser ou à entrer en

13. *Id.*, p. 61; Paulos Alexandrou ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour des actes de négligence*, Montreux, Ganguin & Laubscher, p. 75 et 76. Sur la question des dommages, voir notamment Caleb CUSHING, *The Treaty of Washington: Its Negotiation, Execution, and the Discussions Relating Thereto*, New York, Harper & Brothers, 1873, p. 124. Pour une analyse plus détaillée des dommages indirects, voir entre autres Adrian COOK, *The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations, 1865-1872*, London, Cornell University Press, 1975, p. 207-216.

guerre comme il a été dit ci-dessus, quand ce vaisseau a été spécialement adapté, en tout ou en partie, dans cette juridiction, à un usage de guerre.

2. De ne permettre ou de tolérer qu'aucun des belligérants ne se serve de ses ports ou de ses eaux comme base de ses opérations navales contre l'autre, ni pour le renouvellement ou l'augmentation de ses forces, en approvisionnements militaires, en armes ou en hommes.

3. D'exercer la diligence due dans ses propres ports et dans ses eaux, vis-à-vis de toute personne de sa juridiction, pour empêcher toute violation des obligations et des devoirs qui précèdent.¹⁴

14. Dans le traité de Washington, l'Angleterre avait réussi à introduire une précision de taille sur la question de la rétroactivité des règles applicables. Pour elle :

le gouvernement de Sa Majesté ne peut donner son assentiment aux règles ci-dessus, comme étant l'expression de principe du droit international, en vigueur à l'époque où les réclamations [...] ont pris naissance. Mais, afin de prouver son désir de fortifier les rapports d'amitié des deux pays et de pourvoir d'une manière satisfaisante aux éventualités de l'avenir, le gouvernement de Sa Majesté consent à ce que, dans le jugement des questions soulevées entre les deux pays par ces réclamations, les arbitres supposent que le gouvernement de Sa Majesté a entendu se conformer aux principes énoncés dans ces règles.¹⁵

15. La composition du tribunal qui s'est réuni à Genève le 15 décembre 1871 était en elle-même une importante innovation. Pour la première fois dans l'histoire du règlement des différends entre États, un organe arbitral n'a pas une composition purement mixte. Celui-ci était composé de cinq arbitres, dont : le comte Federico Sclopis, homme d'État italien et président du tribunal, auteur d'une célèbre monographie sur l'histoire du droit italien; le président de la Confédération suisse, Jacob Staempfli, membre du Conseil fédéral helvétique à trois reprises; le baron d'Itajuba, Marcos A. d'Araujo, ministre du

14. *Affaire de l'Alabama*, préc., note 10, p. 779.

15. *Id.*

Brésil à Paris. La Grande-Bretagne nomma sir Alexander Cockburn, lord en chef d'Angleterre, et les États-Unis désignèrent Francis Adams, vigoureux et talentueux ministre à Londres pendant la guerre de Sécession.

2. POSITION DES PARTIES

16. Hormis l'étendue de la réparation, la question fondamentale qui a profondément divisé les deux parties et qui a suscité tant de discussions lors des plaidoiries était bien celle de la base de la responsabilité de l'Angleterre en tant qu'État neutre. La troisième des règles de Washington énonçait qu'un gouvernement neutre est tenu d'exercer la diligence due dans ses propres ports et dans ses eaux, vis-à-vis de toute personne de sa juridiction, pour empêcher toutes violations de ses devoirs de neutralité. Cette formule de la *due diligence* employée par le traité manquait de précision. Elle ne fournissait aucun élément pour déterminer le degré de diligence requis. Elle indiquait bien que la diligence imposée au gouvernement neutre doit être caractérisée. Mais la formule ne disait pas quelle était la diligence exigible. On pouvait se demander si cette imprécision avait été voulue, auquel cas elle aurait signifié que nulle définition n'était possible, la diligence due devant dès lors être appréciée d'après les circonstances de chaque espèce. Autrement, si elle n'était que l'effet d'une inadvertance rédactionnelle — ce qui nous paraît très peu probable au regard des débats qui entouraient la rédaction du compromis —, la recherche de l'intention probable des contractants aurait laissé le champ libre à toutes sortes d'interprétations.

17. Dans son mémoire, les États-Unis fustigent l'attitude de complaisance de la Grande-Bretagne, sa reconnaissance hâtive des insurgés sudistes comme belligérants, les insuffisances notoires de la *Foreign Enlistment Act* et surtout, la violation inadmissible des devoirs qui incombent à l'État neutre. Sur le degré de la diligence requise dans l'accomplissement des devoirs du neutre, les États-Unis donnaient une interprétation très large et très étendue des règles de Washington. Pour eux, l'étendue de la diligence requise pour échapper à toute responsabilité est déterminée par le caractère

et l'importance de la matière qu'elle peut affecter, par la condition réciproque des parties, par la capacité d'exercer la diligence due à raison de l'exigence des cas, et par l'importance du préjudice qui peut suivre le défaut de diligence¹⁶. En matière de neutralité, la diligence due n'est pas une règle fixe, mais une règle qui change avec les circonstances. Les États-Unis considèrent que :

la *due diligence* est une diligence proportionnelle à l'importance du sujet, à la dignité et à la force de la puissance qui l'exerce; une diligence qui doit, grâce à l'emploi d'une vigilance active, empêcher par tous les moyens au pouvoir du neutre la violation du territoire; une diligence qui doit de toute manière détourner de commettre des actes de guerre sur le territoire du neutre contre sa volonté et détourner aussi de l'entraîner contre son gré dans une guerre qu'il veut éviter; une diligence qui pousse le neutre aux mesures les plus énergiques pour découvrir toute intention ou préparation d'actes contraires à sa neutralité et qui, sitôt connue l'intention de commettre un tel acte, lui impose l'obligation d'employer tous les moyens en son pouvoir pour prévenir l'exécution.¹⁷

18. Et si le neutre n'a pas une législation suffisante pour assurer ses devoirs, il est tenu de changer ses lois à la demande du belligérant. En conséquence, les États-Unis estiment que l'Angleterre n'a pas respecté ses devoirs de neutralité. Le défaut de diligence, c'est-à-dire sa négligence, la rendait entièrement responsable des dommages directs et indirects causés par les navires de guerre construits sur son territoire.

19. Mais le gouvernement de Sa Majesté ne voyait pas les choses ainsi. Ne connaissant pas encore les arguments et les thèses des Américains, l'Angleterre, dans cette bataille judiciaire qui s'annonçait, avait du mal à préparer sa défense. Elle s'est donc contentée de généralités dans son mémoire. C'est plutôt dans son contre-mémoire qu'elle développe des arguments juridiques solides. Sur la *due diligence*, la Grande-Bretagne estime que les trois règles de Washington n'innovent aucunement. Elle admet pour sa part que le soin à déployer

16. *Id.*, p. 789.

17. *Id.*

pour empêcher la violation de la neutralité doit être proportionnel aux conséquences probables de ces violations. Le degré de soin à apporter, s'il n'est pas défini par l'usage international ou la convention des parties, se déduit de la nature même de l'obligation et des considérations de justice et d'équité¹⁸. La Grande-Bretagne considère qu'il serait « déraisonnable et impraticable de demander ici plus de soin que les gouvernements civilisés n'ont coutume d'en mettre dans les matières qui concernent tant leur sécurité que celles de leurs ressortissants »¹⁹. Si la diligence due peut être appréciée en proportion des conséquences probables de son omission, elle ne consiste pas à toujours réussir. Il suffit que l'État neutre ait fait en toute bonne foi ce qui était raisonnablement possible pour empêcher la violation de sa neutralité. Ici, le degré de soin exigé est celui que tout État emploie dans ses propres affaires, renvoyant ainsi à la notion de *diligentia quam in suis*.

20. Ces deux visions, l'une étendue, l'autre restreinte, de la *due diligence* se sont affrontées tout au long des plaidoiries. Les deux arbitres des parties, sir Alexander Cockburn et Francis Adams, ont vigoureusement défendu les positions respectives de leurs gouvernements. Même les autres arbitres ont eu des points de vue différents, et la décision du tribunal a, dans une large mesure, suivi l'opinion de son président, le comte Sclopis.

3. DÉCISION DU TRIBUNAL

21. Lors des délibérations, le comte Sclopis s'est longuement exprimé sur la question du degré de diligence requis d'un État neutre. Pour lui, « il est impossible de définir *a priori*, abstraitement, un devoir absolu de diligence. C'est la chose à laquelle cette diligence se rapporte qui en détermine le degré »²⁰. Rejetant la position anglaise d'une diligence moyenne, il a proposé d'établir la formule suivante pour déterminer le degré de diligence dans l'accomplissement des devoirs du neutre : « [la diligence due] doit être en raison

18. *Id.*, voir Mémoire britannique, p. 796.

19. *Id.*

20. *Id.*, voir Délibération du tribunal, p. 855.

directe des dangers réels que le belligérant peut courir par le fait de la tolérance du neutre, et en raison inverse des moyens directs que le belligérant peut avoir d'éviter ces dangers »²¹. Il résulte de cette formule que plus le belligérant court un danger réel sur le territoire du neutre, plus l'État neutre sera tenu de veiller sur sa neutralité en empêchant qu'elle soit violée au profit de l'un ou de l'autre des belligérants²².

22. Le tribunal a suivi les idées de son président. Il affirme dans sa sentence que la *due diligence*

doit être employée par les gouvernements neutres en raison directe des risques auxquels l'un ou l'autre des belligérants pourrait être exposé à la suite du défaut d'observation de leur part des devoirs de la neutralité [...] et que le gouvernement de Sa Majesté britannique ne peut se justifier du défaut de diligence due, en invoquant l'insuffisance des moyens légaux en sa possession.²³

23. La diligence due est perçue par le tribunal, non comme une assurance dans le sens d'une garantie absolue, mais bien comme une notion dont le contenu varie en fonction de l'importance du préjudice éventuellement subi. Sur la base de ce principe, la sentence proclame qu'il y avait eu des moments où la rigueur de la surveillance anglaise avait failli, et que cette négligence avait causé aux États-Unis des préjudices qui devaient être réparés.

24. La décision du tribunal arbitral a soulevé un fort mécontentement en Angleterre, où elle a fait l'objet de vives critiques. Ces critiques étaient d'ailleurs prévisibles, car sir Alexander Cockburn, dans son opinion que l'on peut qualifier de dissidente, réaffirmait la position du gouvernement anglais d'une diligence plus limitée. Pour lui, la diligence requise d'un gouvernement dans la prévention des infractions de sa neutralité se rapporte à l'état de sa législation interne, aux moyens dont il dispose et aux soins qu'il doit apporter à l'application de ces moyens²⁴. C'est donc celle qui peut être

21. *Id.*, p. 856.

22. *Id.*

23. *Id.*, voir Sentence, p. 890.

24. *Id.*, voir Délibération du tribunal, p. 861. Voir également Tom BINGHAM, « The Alabama Claims Arbitration », (2005) 54 *ICLQ* 1.

raisonnablement demandée à un État bien organisé, prudent et consciencieux, conformément à ses institutions et au mode ordinaire de gestion de ses propres affaires. On reprochait au tribunal d'avoir eu une conception trop large de la *due diligence* et d'imposer un devoir absolu de prévention à la charge des États neutres, en les rendant responsables de tout dommage qui pourrait être causé sur leur territoire à l'un des belligérants, de telle sorte qu'il serait plus convenable de participer au conflit que de demeurer neutre.

25. Sur ce point, les critiques à l'égard du tribunal étaient, à notre avis, infondées et fort exagérées. Le tribunal n'a pas entendu aggraver la situation des neutres en les rendant responsables de leur moindre négligence. Le devoir de prévention ne saurait être absolu. Et, quels que soient les risques potentiels que court le belligérant sur un territoire neutre, il faudrait appliquer le principe général selon lequel la bonne foi de l'État est présumée jusqu'à preuve du contraire. Dans l'esprit du tribunal, « le critérium des risques ne s'appliquait pas à l'appréciation de la responsabilité encourue, mais à celle des circonstances dont la gravité doit tenir leur vigilance particulièrement en éveil »²⁵.

26. En revanche, la vraie critique que l'on pouvait formuler à l'égard de la sentence est que la formule adoptée par le tribunal à l'instigation de son président était trop vague et imprécise pour résoudre l'ensemble des questions que soulevaient les deuxième et troisième règles de Washington. Loin de préciser l'étendue et la portée de la notion de *due diligence*, elle a ajouté une couche supplémentaire d'obscurité ou de difficulté. C'est pourquoi l'Institut de droit international, d'abord, puis la seconde Conférence de la paix de La Haye, ensuite, ont recherché, nous semble-t-il, d'autres formules plus claires et précises. Ainsi, l'Institut, dans sa résolution de 1875 sur les devoirs internationaux des États neutres et les règles de Washington, considéra que « le seul fait matériel d'un acte hostile commis sur le territoire neutre ne suffit pas pour rendre responsable l'État neutre. Pour qu'on puisse admettre qu'il a violé son devoir, il faut la preuve soit d'une

25. *Id.*, préc., note 10, voir note doctrinale, p. 970. Voir également le commentaire de John WESTLAKE, *International Law. Part 2: War*, Cambridge, Cambridge University Press, 1907, p. 628-630.

intention hostile (*dolus*), soit d'une négligence manifeste (*culpa*)»²⁶. Cette formule n'était guère satisfaisante. Plutôt que de préciser le contenu de la *due diligence*, elle n'a fait que contourner la difficulté en faisant appel à la notion très controversée de faute.

27. C'est en fin de compte la Convention XIII de La Haye de 1907 qui sembla apporter la formulation la plus claire de la notion de *due diligence* : « une puissance neutre est tenue d'exercer la surveillance, que comportent les moyens dont elle dispose, pour empêcher dans ses ports ou rades et dans ses eaux toute violation des dispositions qui précèdent »²⁷. Le degré de diligence due est établi sur la base des *moyens dont l'État dispose*. L'obligation du neutre n'a rien d'absolu. Elle est déterminée en tenant compte des possibilités matérielles qui existent dans chaque cas d'espèce et l'on ne peut exiger que les moyens que l'État possède soient à la hauteur des événements. L'obligation du neutre consiste donc à faire son devoir sans s'inquiéter des résultats²⁸.

II. LE POINT DE CRISTALLISATION OU LA DUE DILIGENCE COMME UNE RÈGLE COUTUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

28. Le déclin de la neutralité qui a pourtant été le catalyseur de l'émergence et de la consécration de la notion de *due diligence* va entraîner à partir du XX^e siècle le déplacement du concept vers le domaine de la protection des étrangers et la sûreté des États. La responsabilité des États est désormais examinée en raison des dommages causés non plus aux belligérants du fait de la violation des devoirs de la neutralité, mais aussi et surtout des dommages causés à la personne et

26. Institut de droit international, session de La Haye de 1875. Pour une analyse détaillée de la distinction entre *culpa* et *dolus*, voir notamment Awalou OUEDRAOGO, « L'évolution du concept de faute dans la théorie de la responsabilité internationale des États », (2008) 21 *Revue québécoise de droit international* 129.

27. Article 25, Convention XIII de La Haye de 1907.

28. Voir, sur ce point, l'opinion de M. Hardy à la Chambre des communes; Rosenne SHAFTAL, *Les conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907 et l'arbitrage international : actes et documents*, Bruxelles, Bruylant, 2007; Rapport Louis RENAULT, *Actes et documents de la Conférence*, vol. I, p. 302. Voir également James Brown SCOTT, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, vol. I, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1909, p. 629, 630 et 647.

aux biens des étrangers. Ainsi, eu égard à la densité de la pratique étatique et de la jurisprudence arbitrale, notamment, la diligence devient une norme du droit international général. Il convient dès lors d'examiner la *due diligence* en rapport avec la condition juridique des étrangers afin d'explicitier l'étendue de l'obligation coutumière de protection et de répression²⁹.

1. L'IDÉE GÉNÉRALE DE TRAITEMENT DES ÉTRANGERS

29. Le traitement juridique des étrangers a été, pendant longtemps, le domaine privilégié de la responsabilité des États³⁰. C'est cette matière qui a permis l'émergence et la cristallisation des règles coutumières de la responsabilité internationale. Le traitement des étrangers est un vaste domaine, qui englobe leur admission, leur condition de séjour sur le territoire de l'État et leur expulsion. Dans le cadre de cette étude, nous n'allons pas examiner la thématique de l'admission³¹ ni celle de l'expulsion³² des étrangers. Ces questions, certes importantes, demeurent éloignées du thème de la *due diligence*. Nous n'allons pas non plus nous pencher sur la problématique du traitement des étrangers dans le cadre des conflits armés. Cette question, qui a connu une grande

29. Pour une analyse plus approfondie du contenu de l'obligation de protection et de répression, voir notamment Riccardo PISILLO MAZZESCHI, « The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States », (1992) 35 *GYIL* 9.

30. Dans la première moitié du XX^e siècle, la majorité de la doctrine examinait la question de la responsabilité sous l'angle de la condition juridique des étrangers. Sur ce point, voir notamment Dionisio ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », (1906) 13 *RGDIP* 5 et 285; Edwin Montefiore BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law, 1916, p. 33-109; Clyde EAGLETON, *The Responsibility of State in International Law*, New York, New York University Press, 1928; Frederick SHERWOOD DUNN, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932; Richard B. LILLICH, « The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens », dans Richard B. LILLICH (dir.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 1.

31. Sur l'admission, voir notamment Alfred VON VERDROSS, « Règles générales du droit international de la paix », (1929-V) 30 *RCADI* 271, 438-440.

32. Ce sujet d'actualité est inscrit au programme de la CDI depuis 2005. Le rapporteur spécial Maurice Kamto a fourni cinq rapports, dont le dernier date de 2009. Voir RAPPORT DE LA CDI, session de 2009, A/64/10, p. 320-333.

évolution au regard du concept de belligérants et de la distinction entre *inimicus* et *hostis*, nécessiterait un réexamen du droit de la guerre en général et du *droit de guerre* en particulier, c'est-à-dire l'ensemble des maux qu'un belligérant est autorisé à infliger à son adversaire. Ces précisions étant faites, revenons à la condition juridique des étrangers sur le territoire d'un État.

30. Le droit matériel de la condition des étrangers, s'il relève aujourd'hui des droits de l'homme, a connu un développement substantiel à partir du XX^e siècle, à travers la pratique des États et les décisions de commissions arbitrales mixtes. Comme l'affirme Philip Jessup :

The practice which has become so frequent in the course of the last century and a half of setting up mixed claims commissions for the adjudication of claims presented by states for injuries to their nationals in other states, has provided an abundant body of "case law" which appeals so strongly to the lawyer trained in the common law.³³

31. C'était un droit dont le contenu fluctuait en fonction des ordres juridiques internes. Mais l'idée générale est que l'État, en admettant les étrangers sur son territoire, s'engage à les protéger. C'est pourquoi la *due diligence* occupe une place de choix dans ce droit des étrangers. À cet égard, Vattel disait que :

Le Souverain ne peut accorder l'entrée de ses États pour faire tomber les étrangers dans un piège : Dès qu'il les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté. Aussi, voyons-nous que tout Souverain, qui a donné asile à un étranger, ne se tient pas moins offensé du mal qu'on peut lui faire, qu'il le serait d'une violence faite à ses sujets.³⁴

32. L'idée que les États ne peuvent traiter les étrangers à leur gré, mais qu'ils doivent les reconnaître comme personnes juridiques et les traiter comme telles, a été confirmée peu à

33. Philip C. JESSUP, « Responsibility of States for Injuries to Individuals », (1946) 46 *Columbia Law Review* 903, 904.

34. E. DE VATTEL, préc., note 7, livre II, ch. VIII, p. 331, par. 104.

peu par la doctrine dominante³⁵. Anzilotti considère qu'on ne peut pas douter que l'État soit tenu d'octroyer quelque protection légale aux étrangers qu'il reçoit chez lui³⁶. Pour cet auteur,

ce serait tout à fait contraire à la raison même de la communauté internationale qu'il eût quelque part des individus humains, auxquels toute protection des lois et des autorités ferait défaut parce qu'ils ne seraient pas sujets de l'État où ils se trouvent : ce qui rendrait indifférent, ou même licite, tout acte dirigé contre leur personne et leurs biens. Il suffit de considérer les conséquences qui dériveraient d'une telle situation des choses pour se convaincre que les États civilisés sont bien loin de se reconnaître mutuellement une semblable liberté, et qu'ils se sentent plutôt obligés de l'exclure de la manière la plus absolue.³⁷

33. En ce sens, l'Institut de droit international a déclaré dès sa première session, en 1874, que la capacité juridique des étrangers, ainsi que leur admission à la jouissance des droits civils « existent indépendamment de toute stipulation des traités et de toute condition de réciprocité »³⁸. Plus complète encore est la formule d'Anzilotti, formule qui semble traduire l'opinion générale de l'époque. D'après celle-ci, « tout État est tenu envers les autres États de reconnaître à leurs nationaux respectifs la qualité de personnes, de sujets de droits, avec les conséquences de droit public et de droit privé qui en découlent et de leur octroyer la protection juridique voulue par la reconnaissance de cette qualité »³⁹.

34. En affirmant cela, Anzilotti reconnaît implicitement, à juste titre, que la protection des étrangers se situe en réalité à un double niveau. Il y a d'abord la protection de l'individu par son État national. En effet, tout individu à l'étranger demeure sous la compétence personnelle de son État national. Et la protection qu'un État assure à ses nationaux à

35. Alfred VON VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », (1931) 37 *RCADI* 323, 349.

36. D. ANZILOTTI, préc., note 30, 18.

37. *Id.*

38. *Annuaire de l'IDI*, vol. I, (1874), p. 52.

39. D. ANZILOTTI, préc., note 30, 19.

l'étranger passe par le fait d'exiger de l'État territorial le respect de ses obligations internationales. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'institution de la protection diplomatique. Comme l'affirme Oppenheim, « Although foreigners fall at once under the territorial supremacy of the State they enter, they remain nevertheless under the protection of their home State »⁴⁰. Cette protection par son État de nationalité, dans le droit international classique, est un droit propre à l'État qui l'exerce de façon discrétionnaire. Il y a ensuite, corrélativement, un devoir de l'État territorial de protéger l'étranger dans sa personne et dans ses biens.

2. CONDITION JURIDIQUE DES ÉTRANGERS ET OBLIGATION COUTUMIÈRE DE DILIGENCE : LA NORME DE TRAITEMENT

35. Comme nous l'avons déjà mentionné, la *due diligence* relève des règles substantielles régissant le traitement des étrangers. On parle alors de norme de traitement pour bien montrer qu'il s'agit d'une règle imprécise, variant suivant chaque cas d'espèce, car le contenu des droits des étrangers établis sur le territoire ne peut être indiqué de manière fixe. L'étendue de ces droits dépend assez souvent de l'existence d'un traité de commerce et d'établissement. En dehors de toute convention, l'étranger doit être traité suivant une norme. Mais laquelle?

36. En examinant soigneusement la pratique étatique, on se rend vite compte que la norme de traitement n'était pas appréhendée de la même manière par les États. Pour certains États, notamment ceux du Nord développé, la condition juridique des étrangers devait suivre une *norme internationale minimum*⁴¹. Ce qui revenait à exiger pour la protection de leurs nationaux à l'étranger, les mêmes normes de traitement généralement reconnues et appliquées par les États occidentaux. En contre-épreuve, les pays du Sud, notamment latino-américains, ont

40. Lassa OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, vol. 2: *Disputes, War and Neutrality*, London/New York, Longmans Green and Co., 1905-1906, p. 374.

41. Pour un examen du débat doctrinal, voir notamment Andreas Hans ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949.

opposé le concept de *traitement national*, c'est-à-dire que les étrangers doivent être traités en fonction des législations internes de chaque État. Pour Malcolm Shaw, « the reason for the evolution of [the national treatment standard] is to be found in the increasing resentment of Western economic domination rather than in a necessary neglect of basic standards of justice. The Latin American states felt, in particular, that the international minimum standard concept has been used as a means of interference in internal affairs »⁴².

37. Un certain nombre d'auteurs, notamment Frederick Dunn⁴³ et Elihu Root⁴⁴, utilisent le concept de norme de justice. Pour ces auteurs, les États connaissent une telle différence d'organisation, de niveau de développement et de culture que la protection des étrangers doit être fondée sur un « minimum standard of justice »⁴⁵. Ainsi, Elihu Root considère que :

There is a standard of justice very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content and compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.⁴⁶

42. Malcolm N. SHAW, *International Law*, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 734. Philip Jessup va dans le même sens lorsqu'il affirme : « Latin-American jurists and governments have long asserted that the test for appropriate treatment of aliens should be equality with the nationals of the country in which they come to reside. This position has been countered, especially by the United States, with the assertion that there exists such a thing as an international standard for the administration of justice and the protection of the individual. If, in a particular State, that international standard is not maintained, the alien is entitled to the protection of his government ». Voir P. C. JESSUP, préc., note 33, 910.

43. Frederick SHERWOOD DUNN, « International Law and Private Property Rights », (1928) 28 *Columbia Law Review* 166.

44. Elihu ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », (1910) 4 *American Society of International Law Proceedings* 16.

45. F. SHERWOOD DUNN, préc., note 43, 174.

46. E. ROOT, préc., note 44, 21.

38. En réalité, l'idée de justice comme fondement de la protection des étrangers renvoie au concept de norme internationale minimum tel qu'il est employé dans la jurisprudence internationale. En effet, dans l'affaire *Neer*, par exemple, où un citoyen américain responsable d'une mine à Mexico avait été assassiné et les autorités mexicaines avaient totalement manqué de *due diligence* dans la poursuite des auteurs du crime, la Commission mixte avait reconnu que :

the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.⁴⁷

39. Dans l'affaire relative à *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale (ci-après « CPJI ») a admis l'existence d'un « droit international commun » régissant la condition juridique des biens privés étrangers. Pour elle, en matière d'expropriation pour utilité publique, « le traitement des biens, droits et intérêts privés [...] doit être le traitement admis par le droit international commun »⁴⁸.

47. *Affaire LFH Neer et Pauline Neer (USA c. Mexique)*, (1926) 4 RSA 60, 61 et 62. Voir également dans le même sens : *Affaire Garcia (USA c. Mexique)*, (1926) 4 RSA 119; *Affaire Roberts (USA c. Mexique)*, (1926) 4 RSA 77.

48. *Affaire relative à certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt, C.P.J.I. Recueil (série A), n° 7, p. 21 (1926). Il faut noter que dans le traitement des biens privés étrangers, au regard de la mondialisation des capitaux privés, le droit international des investissements joue un rôle substantiel. On parle d'ailleurs dans ce domaine du principe du traitement juste et équitable. Pour une analyse plus approfondie de ce principe, voir notamment Ioana TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 106-133; Pierre-Marie DUPUY, Ernst-Ulrich PETERSMANN et Francesco FRACIONI (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

40. Le droit matériel du traitement des étrangers, qui a connu une importante fortune au début du XX^e siècle, est aujourd'hui absorbé par le droit international des droits de l'homme. Comme on le sait, la théorie des droits de l'homme a eu un impact extraordinaire sur le contenu des normes primaires à caractère substantiel, non seulement dans les secteurs où viennent en évidence les intérêts de l'individu, mais aussi dans les secteurs traditionnellement réservés aux intérêts interétatiques⁴⁹.

41. On ne parle plus d'une norme de traitement réservée aux étrangers, mais de l'application des principes fondamentaux des droits de l'homme en toute circonstance, peu importe la nationalité de l'individu. Dans son rapport sur la responsabilité des États, Garcia-Amador avait déjà émis l'idée de dépasser le clivage Nord/Sud, norme internationale par opposition à traitement national, par « une reconnaissance internationale de droits fondamentaux de l'homme »⁵⁰ qui, comme on le sait, ne tient pas compte de la qualité de national ni de celle d'étranger. Selon le premier rapporteur spécial de la CDI sur la thématique de la responsabilité des États :

La « norme internationale de justice » est apparue et a été acceptée à une époque où régnaient des conceptions différentes de celles qui dominent aujourd'hui : le droit international reconnaissait et protégeait les droits fondamentaux de l'homme, considéré comme étranger, c'est-à-dire à raison de sa qualité de ressortissant d'un État. Le principe de l'égalité, de son côté, a été conçu pour remédier aux conséquences résultant des situations juridiques différentes faites aux nationaux et aux étrangers. Les deux principes avaient par conséquent le même fondement : la distinction, admise dans le premier cas et refusée dans le second, entre deux catégories de droits et deux types de protection. Cette distinction a disparu du droit international contemporain lorsqu'on a reconnu les droits de l'homme et les libertés fondamentales sans faire aucune distinction entre nationaux et étrangers.⁵¹

49. Riccardo PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », (2008) 333 *RCADI* 174, 209.

50. *A.C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 202, par. 22.

51. *Id.*, p. 203 et 204, par. 157.

42. Ainsi, les droits de l'homme assurent une protection à tout individu sur la base de l'égalité de droits et de libertés sans aucune discrimination fondée notamment sur l'origine ou la race. À cet égard, l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dispose que :

Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.⁵²

43. Il faut noter cependant que, même si ces instruments affirment solennellement le principe fondamental de la non-discrimination, des différences de traitement entre nationaux et non-nationaux sont inévitables eu égard à la jouissance de certains droits, notamment politiques ou d'accès au travail. En définitive, le droit matériel du traitement des étrangers, dont la *due diligence* constitue le noyau dur, fait désormais partie du droit international des droits de l'homme. Comme l'a reconnu la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire concernant la disparition de Manfredo Velasquez,

[i]l est clair qu'en principe est imputable à l'État toute violation des droits reconnus par la Convention résultant d'un acte des pouvoirs publics ou de personnes se prévalant des pouvoirs qu'ils tirent de leurs fonctions officielles. Cela n'épuise cependant pas les situations où un État est obligé de prévenir, rechercher et sanctionner les violations des droits de l'homme, ni les cas où sa responsabilité peut se voir engagée pour atteinte à ces mêmes droits.⁵³

52. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, New York, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976). Dans le même sens, l'article 1^{er} de la *Convention européenne des droits de l'homme* prévoit que « [l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

53. *Affaire Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, série C, n° 4, par. 172.

44. Après avoir affirmé ces différents titres d'imputabilité, la Cour poursuit en ces termes :

En effet, un acte attentatoire aux droits de l'homme et qui, initialement, ne serait pas directement imputable à un État — par exemple s'il est l'œuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié — peut néanmoins engager la responsabilité internationale de cet État, non en raison du fait lui-même, mais en raison du manque de diligence de l'État pour prévenir la violation des droits de l'homme ou la traiter dans les termes requis par la Convention.⁵⁴

45. La théorie des droits de l'homme a substantiellement modifié la structure des normes secondaires concernant l'institution de la protection diplomatique⁵⁵. En effet, dans le droit international classique, la mise en œuvre de la protection diplomatique relevait d'un pouvoir discrétionnaire de l'État national qui exerçait un droit propre. L'institution de la protection diplomatique a été, de longue date, perçue comme un droit exclusif de l'État au sens où celui-ci l'exerce pour son propre compte parce qu'un préjudice causé à un de ses nationaux est considéré comme un préjudice causé à l'État lui-même. À cet égard, Emer de Vattel affirmait dans son *magnum opus* de 1758 que :

Quiconque offense l'État, blesse ses droits, trouble sa tranquillité, ou lui fait injure en quelque manière que ce soit, se déclare son Ennemi, et se met dans le cas d'en être justement puni. *Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce Citoyen.* Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir; puisqu'autrement le Citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association Civile, qui est la sûreté.⁵⁶

54. *Id.* Pour une analyse doctrinale de ces questions, voir notamment Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 340-352.

55. Pour un examen approfondi de l'institution de la protection diplomatique, voir notamment le projet d'articles de la CDI et les commentaires y relatifs; *A.C.D.I.*, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 22-103.

56. E. DE VATTEL, préc., note 7, livre II, ch. VI, p. 309, par. 71 (nos italiques).

46. D'où la fiction que tout État a un droit propre, celui de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants. Car, « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international »⁵⁷.

47. Avec l'irruption des droits de l'homme dans l'ordre juridique international, comme nous l'avons montré un peu plus haut, les normes internationales sur le traitement des étrangers imposent désormais à l'État territorial des obligations internationales à la fois envers l'État national de l'étranger, mais aussi et surtout envers l'individu étranger lui-même. Par conséquent, selon Pisillo Mazzeschi :

[...] dans le cas d'un individu qui aurait subi une lésion de la part d'un État étranger suite à la violation d'une disposition sur le traitement des étrangers, un rapport de responsabilité internationale s'instaure non seulement entre l'État auteur du fait illicite et l'État national de l'individu, mais aussi entre l'État auteur et l'individu.⁵⁸

48. La Cour internationale de Justice (ci-après « CIJ ») a admis cette nouveauté dans l'exercice de la protection diplomatique dans l'affaire *LaGrand*. Répondant à l'argument américain selon lequel l'exercice de la protection diplomatique est un droit exclusif de l'État national de l'individu lésé, la Cour conclut que l'article 36, paragraphe 1 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* « crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité »⁵⁹. Elle reconnaît au passage une situation « d'interdépendance des

57. *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt, C.P.J.I. Recueil (série A), n° 2, p. 12 (1924). Ce dictum a été repris 15 ans plus tard dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt, C.P.J.I. Recueil (série A/B), n° 76, p. 16 (1939).

58. R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État... », préc., note 49, 219 (les italiques sont de l'auteur).

59. *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 493 et 494, par. 76 et 77 (nos italiques).

droits de l'État et des droits individuels »⁶⁰. En mai 2007, la CIJ a pris acte, dans l'affaire *Diallo*, de l'évolution des normes du droit international qui servent de point d'appui et de fondement à la mise en œuvre de la protection diplomatique par les États. À l'occasion d'un *obiter dictum*, qui met un point d'orgue à tout un débat engagé ces dernières années dans le domaine de la doctrine, des États et de la jurisprudence, la Cour affirme ainsi :

En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiæ* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis.⁶¹

49. Les droits de l'homme ont ainsi exercé une grande influence sur la structure et le contenu des obligations internationales, notamment les obligations primaires de diligence et les obligations secondaires de responsabilité internationale. Les concepts d'obligation *erga omnes*, de *jus cogens* ou alors d'intérêt de la communauté internationale ou de crimes internationaux en sont une illustration⁶². Désormais, lorsque l'État national d'un individu lésé à l'étranger exerce une action en protection diplomatique, il affirme non seulement son propre droit, mais aussi et surtout le droit de son ressortissant lésé. Dès lors, le droit à la réparation appartient à la fois à l'État et à l'individu⁶³.

50. Ainsi, les États doivent assurer la jouissance des droits fondamentaux aux non-nationaux sur leur territoire. L'État a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l'homme, de rechercher sérieusement et de bonne foi, avec les moyens dont il dispose, celles qui sont commises

60. *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 36, par. 40.

61. *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, par. 29.

62. Pour une analyse de la relation entre droits de l'homme et *jus cogens*, voir notamment Andrea BIANCHI, « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », (2008) 19 *EJIL* 491.

63. R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État... », préc., note 49, 220.

dans le cadre de sa juridiction, afin d'en identifier les coupables et d'assurer à la victime une réparation équitable. Les mesures de prévention dépendent des circonstances particulières de chaque cas, et c'est au juge d'en apprécier la pertinence.

III. LE POINT DE CONSÉCRATION OU LA DUE DILIGENCE COMME UN PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

1. PRINCIPE GÉNÉRAL ET SOURCE FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL

51. Selon Roscoe Pound, les principes généraux constituent « these general premises for judicial and juristic reasoning, to which we turn to supply new rules, to interpret old rules, to meet new situations, to measure the scope and application of rules and standards, and to reconcile them when they conflict »⁶⁴. En droit international, ce sont les principes généraux de l'article 38 du Statut de la CIJ, c'est-à-dire, d'une part, les principes généraux de droit reconnus par les principaux systèmes juridiques étatiques et transposables dans l'ordre juridique international⁶⁵ et, d'autre part, les principes généraux du droit international⁶⁶.

64. Roscoe POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », Presentation at the meeting of the American Bar Association at Boston, November 2, 1919, p. 11. Sur sa philosophie du droit, voir notamment Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1952.

65. C'est dans ce sens que le juge McNair s'interroge : « Que doit faire une Cour internationale lorsqu'elle se trouve en présence d'une nouvelle institution juridique dont l'objet et la terminologie rappellent les règles et institutions du droit privé? Dans quelle mesure est-il utile ou nécessaire d'examiner ce qui peut apparaître à première vue comme des analogies pertinentes avec les systèmes de droit interne et d'y chercher aide et inspiration? Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'article 38 (1) (c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage et l'on observera que cet article autorise la Cour à "appliquer [...] c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé, "en bloc, toutes faites et complètement équipées" d'un ensemble de règles ». Voir *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, opinion individuelle de Sir Arnold McNair, p. 148.

66. Parmi ces principes, certains jouent un rôle essentiel. Ce sont les principes dits fondamentaux. Ces principes fondamentaux sont, de l'avis de la chambre constituée dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 288-290, « des règles du droit international

52. Dans la problématique des « sources » du droit international, les principes généraux occupent une place de choix. C'est aussi l'une des questions qui a, dans l'histoire législative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, le plus divisé les membres du comité consultatif de juristes en 1920⁶⁷. Le *mens legis* de l'expression « principe général de droit », mentionnée dans l'article 38, paragraphe 1 (c) du Statut de la CIJ, indique clairement que ces principes constituent, dans la conscience juridique, une source formelle du droit d'application autonome par rapport à la coutume ou au traité. Comme l'a si bien perçu le juge Cançado Trindade dans son opinion individuelle en l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* :

The attitude of part of contemporary expert writing, of trying to see if a given principle has attained the "status" of a "norm" of customary international law, or has been "recognized" in conventional international law, simply misses the point, and is conceptually flawed. Such attitude fails to understand that a general principle of law is quite distinct from a rule of customary international law or a norm of conventional international law. A principle is not the same as a norm or a rule; these

pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental ». En d'autres termes, ces principes se caractérisent par leur portée très générale et abstraite et se placent au regard des valeurs de la société internationale qu'ils protègent, au sommet du système normatif international. Sur ce point, voir notamment Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 16-19; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law. Vol. 1: International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3^e éd., London, Stevens, 1957, p. 43-49. Pour un aperçu général de la problématique des principes généraux en droit international, voir entre autres Bin CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 1-26; Alfred VON VERDROSS, « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international », dans *Recueil d'études de droit en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Tribune de Genève, 1968, p. 521; Oscar SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law », (1982-V) 178 *RCADI* 9, 74-90; Giorgio DEL VECCHIO, *Les principes généraux du droit*, trad. Émile Demontès, Paris, LGDJ, 1925, p. 1-67.

67. Pour un aperçu du débat au sein du Comité et la solution de compromis entre positivistes et partisans du droit naturel, voir notamment COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920, p. 293-297, 307-321 et 331-336.

latter are inspired in the former, and abide by them. A principle is not the same as a custom or a conventional norm.⁶⁸

53. La CPJI et la CIJ ont d'ailleurs expressément affirmé l'autonomie normative des principes généraux. En effet, dans un *dictum* devenu célèbre, la CIJ a admis que :

Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. *Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États.*⁶⁹

54. La Cour reconnaît donc l'application des principes généraux, même en l'absence d'une mention particulière d'une règle primaire conventionnelle ou coutumière. Elle réaffirme cette position à l'occasion de son avis sur les réserves à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Pour la CIJ, les principes qui sont à la base de cette Convention sont « reconnus par les nations civilisées comme *obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel* »⁷⁰.

68. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 6.

69. *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 (nos italiques). Pour une jurisprudence de la C.P.J.I., voir notamment *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, *C.P.J.I. Recueil (série A)*, n° 5, p. 12 (30 août 1924); *Affaire Oscar Chinn (Belgique/Royaume Uni)*, *C.P.J.I. Recueil (série A/B)*, n° 63, p. 81 et 87 (12 décembre 1934); *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, demande en indemnité, fond, *C.P.J.I. Recueil (série A)*, n° 17, p. 29 (13 septembre 1928). Pour d'autres références jurisprudentielles, voir entre autres Alfred VON VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », (1935) 52 *RCADI* 191, 227 et suiv.

70. *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23 (nos italiques).

55. De ce point de vue, le débat doctrinal sur la question de l'autonomie de ces principes généraux nous semble vide de contenu. Si à l'origine, le recours aux principes généraux de droit visait à combler les situations de *non liquet*, c'est-à-dire le constat par le juge que, faute de règle de droit applicable, il se trouve dans l'impossibilité de statuer, les principes du droit international n'ont pas cette fonction. Ces principes ne sont pas « simplement une pierre d'angle », mais sont immédiatement une règle de droit⁷¹. Ils n'ont donc pas une fonction supplétive même si très souvent, il y a confusion entre principe général et coutume générale. Qu'en est-il alors de la *due diligence*? Peut-on admettre que la *due diligence* a acquis de nos jours le statut de principe général d'application autonome?

2. LE PRINCIPE DE LA DUE DILIGENCE : SON APPLICATION EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

56. Il est important, nous semble-t-il, de préciser avec le juge Cançado Trindade que :

Principles of International Law are guiding principles of general content, and, in that, they differ from the norms or rules of positive international law, and transcend them. As basic pillars of the international legal system (as of any legal system), those principles give expression to the *idée de droit*, and furthermore to the *idée de justice*, reflecting the conscience of the international community. Irrespective of the distinct approaches to them, those principles stand ineluctably at a superior level than the norms or rules of positive international law. Such norms or rules are binding, but it is the principles which guide them. Without these latter, rules or techniques could serve whatever purposes. This would be wholly untenable.⁷²

57. Ces principes, qui sont à la base de la normativité internationale reflètent, d'un point de vue synchronique, l'état de la conscience juridique universelle et constituent, pour nous, l'ultime source matérielle de toute règle juridique. Ces

71. Joe VERHOEVEN, « Le droit, le juge et la violence », (1987) 91 *RGDIP* 1159, 1207.

72. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, préc., note 68, 12.

principes généraux ont non seulement une dimension axiologique dans la production normative, mais ils sont surtout un indicateur du *status conscientiae* de la communauté internationale à un moment donné. Cette conscience universelle s'est traduite dans le domaine de la protection de l'environnement par la reconnaissance graduelle d'un *droit prudentiel* articulé autour du diptyque *due diligence-précaution*. En effet, eu égard à la dégradation des écosystèmes mondiaux et le caractère souvent irréversible des dommages écologiques, la communauté internationale a progressivement reconnu l'urgente nécessité de protéger l'environnement. L'efficacité de cette protection passe par l'affirmation de principes juridiques qui vont servir de base et de guide pour les actions futures des États.

58. En effet, comme on le sait, l'attention de la communauté internationale sur les questions environnementales s'est traduite par la première conférence des Nations Unies sur l'environnement en 1972. La Déclaration finale de Stockholm constitue à n'en pas douter, le *point d'origine* dans la construction de l'architecture normative internationale axée sur la protection de l'environnement et le développement durable. La Déclaration reconnaît le devoir solennel de l'homme de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures⁷³. Elle réaffirme certains principes du droit international général, notamment celui de l'utilisation non dommageable du territoire étatique :

[...] les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas

73. *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, Doc. N.U. A/CONF.48/14/rev.1, Principe 1. Pour une analyse de l'importance de cette déclaration sur le développement du droit international de l'environnement, voir notamment Nico J. SCHRIJVER, « The Evolution of Sustainable Development in International Law : Inception, Meaning and Status », (2007) 329 *RCADI* 217, 417 et 418; Thomas M. FRANCK, « Fairness in the International Legal and Institutional System. General Course on Public International Law », (1993) 240 *RCADI* 9, 351 et 352; Ian BROWNLIE, « Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects) », (1979) 162 *RCADI* 245, 275 et 276.

de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.⁷⁴

59. Le Principe 21, tout en affirmant la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, reconnaît les limites à l'exercice de la compétence territoriale par l'entremise de l'idée de bon voisinage⁷⁵. Les États doivent donc prendre les mesures nécessaires pour prévenir les dommages transfrontaliers résultant d'activités menées dans les limites de leur territoire. Le Principe 7 pose l'obligation de *due diligence* en ce qui concerne la pollution des mers :

Les États devront prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques et à la vie des organismes marins, de porter atteinte aux agréments naturels ou de nuire à d'autres utilisations légitimes de la mer.⁷⁶

60. Après Stockholm, l'Assemblée générale adopta en 1982 la *Charte mondiale de la nature*⁷⁷. Progressiste pour son époque, cette Charte reconnaît l'interdépendance entre l'environnement et le développement. Elle réaffirme la nécessité de protéger les écosystèmes mondiaux :

L'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels qui sont la source d'énergie et de matières nutritives. La civilisation a ses racines dans la nature, qui a modelé la culture humaine et influé sur toutes les œuvres artistiques et scientifiques [...]. Toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée, quelle que soit son utilité pour l'homme et, afin de reconnaître aux autres organismes vivants cette valeur intrinsèque, l'homme doit se guider sur un code moral d'action. L'homme peut, par ses actes ou par leurs conséquences, transformer la nature et épuiser ses ressources

74. *Id.*, *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement* (1972), voir Principe 21.

75. Sur la relation de voisinage, voir notamment *Affaire du lac Lanoux (Espagne/France)*, (1957) 12 RSA 281; Iftene POP, *Voisinage et bon voisinage en droit international*, Paris, Pedone, 1980.

76. *Déclaration de Stockholm*, préc., note 73, Principe 7.

77. Résolution A/RES/37/7 du 28 octobre 1982, Doc. off. A.G.N.U., 37^e sess., 48^e séance plénière.

et doit, de ce fait, pleinement reconnaître qu'il est urgent de maintenir l'équilibre et la qualité de la nature et de conserver les ressources naturelles.⁷⁸

61. L'étape décisive dans le développement d'un *corpus juris* pour la protection de l'environnement a été le Sommet de la terre, tenu à Rio en 1992. Comme on le sait, cette conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement a été fortement influencée par le rapport de la Commission Brundtland, *Notre avenir à tous*, publié en 1987⁷⁹. Ce rapport préconise une vision du développement durable centrée autour de la prévention des dommages environnementaux, et attire l'attention sur les changements climatiques causés par « l'effet de serre »⁸⁰.

62. La Déclaration de Rio de 1992 constitue immanquablement un instrument d'une importance capitale dans la reconnaissance et l'ancrage des principes qui avaient été esquissés à Stockholm. Elle réaffirme notamment le principe de l'utilisation non dommageable⁸¹ du territoire et celui du développement durable⁸². Au regard de l'importance du risque environnemental et sanitaire et du caractère irréversible des dommages liés à l'environnement, à la *due diligence* environnementale classique, s'est substitué un concept nouveau, plus approprié, celui de la précaution avec toute sa dimension anticipatoire. La *due diligence* classique n'est pas abandonnée, loin de là. Mais la « nouvelle philosophie proactive »⁸³ l'intègre dans le concept plus large de précaution, où le risque environnemental devient l'élément de captation des

78. *Id.*, voir le préambule.

79. ONU, Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, 2^e éd., Montréal, Éditions du Fleuve, 1988, Première partie, « Préoccupations communes », p. 31-33.

80. *Id.* Pour une analyse plus approfondie du rapport de la Commission Brundtland, voir notamment N. J. SCHRIJVER, préc., note 73, 260-262; Malgosia A. FITZMAURICE, « International Protection of the Environment », (2001) 293 *RCADI* 9, 40-44.

81. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, Doc. off. A.G.N.U. A/CONF.151/26 (Vol. I), Principe 2.

82. *Id.*, Principes 3 et 4.

83. Makane M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, Pedone, 2009, p. 5.

dommages environnementaux et sanitaires. Ainsi, le Principe 15 affirme que :

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

63. En «juridicisant» le risque environnemental, la Déclaration de Rio va exercer une grande influence sur la majorité des instruments juridiques internationaux adoptés après Rio, notamment la *Convention sur la diversité biologique*⁸⁴ et celle sur le changement climatique⁸⁵. Les principes de la Déclaration de Rio sont repris dans ces conventions internationales, faisant ainsi passer la norme du statut de *soft law* à la catégorie de *hard law*.

64. À la suite du Sommet de la terre à Rio, la communauté internationale va s'engager davantage dans l'élaboration de conventions sectorielles destinées à mieux préserver la planète. On peut, par exemple, mentionner la convention sur la lutte contre la désertification⁸⁶, ou le protocole de Kyoto⁸⁷. Tous ces instruments sectoriels organisent la protection de l'environnement autour de la nouvelle philosophie proactive. Le droit international de l'environnement devient un corpus normatif complexe, composé à la fois de déclarations non contraignantes en principe et d'instruments de portée

84. *Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, (1992) 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993).

85. *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, (1992) 1771 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur le 21 mars 1994).

86. *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*, Paris, 14 octobre 1994, (1994) 1954 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 26 décembre 1996).

87. *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, Kyoto, 11 décembre 1997, (1997) 2302 R.T.N.U. 148 (entré en vigueur le 16 février 2005).

juridique plus contraignante avec souvent des mécanismes de mise en œuvre tout à fait nouveaux⁸⁸. En résulte un espace juridique international où les souverainetés étatiques sont redéployées, reformulées dans le sens notamment « de collaborations étendues transcendant la *juxtaposition* pour la *coopération* voire l'*intégration* »⁸⁹ dans le cadre de la problématique de la préservation de la planète.

65. Tous ces instruments relatifs à la protection de l'environnement préconisent une approche préventive axée sur le principe clé de l'anticipation. Puisque les risques environnementaux sont plus ou moins prévisibles, la *due diligence* devient ici un élément parmi les mesures d'anticipation prises par les États, mesures qui peuvent aller de la prévention pour les risques prévisibles, à la précaution en ce qui concerne les risques incertains⁹⁰.

66. Comme on le sait, la précaution commande qu'en cas « de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doive pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives

88. On peut citer, par exemple, la procédure de « *non-compliance* » instituée dans le cadre du *Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Montréal, 16 septembre 1987, PNUE, Sec. de l'Ozone (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989). Le Protocole de Montréal complète la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, Vienne, 22 mars 1985, (1988) 1513 R.T.N.U. 293 (entrée en vigueur le 22 septembre 1988). Pour une analyse de cette procédure, voir notamment Martti KOSKENNIEMI, « Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montréal Protocol », (1992) 3 *Yearbook of International Environmental Law* 123; Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Les mécanismes conventionnels d'assistance économique et financière et le fonds pour l'environnement mondial », dans Claude IMPERIALI (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris, Economica, 1998, p. 187. Sur le mécanisme de contrôle prévu par le Protocole de Kyoto, voir entre autres Gerhard LOIBL, « Environmental Law and Non-Compliance Procedures: Issues of State Responsibility », dans Malgosia FITZMAURICE et Dan SAROOSHI (dir.), *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart, 2004, p. 201.

89. Alain PAPAUX, *Introduction à la philosophie du droit « en situation »*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 228 *in fine*. (Les italiques sont de l'auteur).

90. Pour une analyse du principe de l'anticipation, voir notamment M. M. MBENGUE, préc., note 83, p. 5-10; Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2003, p. 48-65.

visant à prévenir la dégradation de l'environnement »⁹¹. On peut voir ici l'application du principe *in dubio pro natura*, c'est-à-dire le doute bénéficie à l'environnement. Cette nécessaire prudence se justifie parfaitement quand on sait que les dommages à l'environnement prennent le plus souvent des années, voire des générations avant de se matérialiser. D'où l'importance d'une équité intra et intergénérationnelle⁹². Mais quelle relation y a-t-il entre précaution et *due diligence*?

67. Le principe de précaution requiert que les risques environnementaux et sanitaires, même incertains, soient pris en compte dans le processus décisionnel. Il vise à limiter les risques encore hypothétiques ou potentiels. De ce fait, l'application du principe conduit à un renversement du fardeau de preuve⁹³. Le risque, par essence aléatoire, est un danger éventuel, plus ou moins prévisible pouvant causer un dommage. Mais la notion même de risque potentiel est d'un maniement délicat, car elle pourrait signifier — un danger en *puissance* — nécessitant donc une précaution — ou en attente de devenir *acte* — requérant une prévention⁹⁴. La dialectique

91. *Déclaration de Rio*, préc., note 81, Principe 15. Selon la Cour de Justice des Communautés, « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». Affaire C-180/96, *Royaume-Uni c. Commission*, arrêt, Cour de Justice des Communautés, 1998, Recueil I-2265, par. 90. Voir également Arie TROUWBORST, « The Precautionary Principle and the Ecosystem Approach in International Law : Differences, Similarities and Linkages », (2009) 18 *Review of European Community & International Environmental Law* 26.

92. Pour une analyse de cette équité en rapport avec le développement, voir notamment Caroline E. FOSTER, « Precaution, Scientific Development and Scientific Uncertainty Under the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures », (2009) 18 *Review of European Community & International Environmental Law* 50.

93. Simon MARR, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea : Modern Decision Making in International Law*, The Hague, Nijhoff, 2003, p. 16 et 17.

94. Pour une analyse du risque environnemental dans sa relation avec le danger et l'aléa, voir notamment Alexandre Charles KISS, « Droit et risque », (1991) 36 *Archives de philosophie du droit* 49; Gilles J. MARTIN, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée? », dans Michel PRIEUR et Claude LAMBRECHTS (dir.), *Les hommes et l'environnement : quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Mankind and the Environment : What Rights for the Twenty-First Century? Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 451; Rüdiger WOLFRUM, « Purposes and Principles of International Environmental Law », (1990) 33 *GYIL* 308; Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, « Le principe de précaution », *Rapport au premier ministre*, 15 octobre 1999, p. 10 et 11, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000402/index.shtml>> (consulté le 23 mai 2012).

puissance-acte se trouve accentuée du fait de l'incertitude du contenu normatif du principe de précaution.

68. Bien qu'elle soit insérée dans de nombreux instruments conventionnels de protection de l'environnement, la précaution ne fait pas l'objet d'un traitement doctrinal ou jurisprudentiel uniforme. Son statut juridique ne fait l'objet d'aucune unanimité. Pour certains auteurs, le principe de précaution relève du droit international coutumier⁹⁵, alors que d'autres rejettent cette qualification⁹⁶. Pour les plus radicaux, la précaution serait un principe moral et politique⁹⁷ eu égard à la réticence de certaines juridictions internationales (notamment la CIJ ou l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce) de se prononcer sur sa valeur normative. Dans le cadre limité de cette étude, il ne nous paraît pas pertinent de rouvrir le débat sur le statut juridique du principe de précaution. Notre propos vise à démontrer que la *due diligence* et la précaution font partie des principes généraux du droit international dans le sens de l'article 38 du Statut de la CIJ.

69. Comme il est bien connu, la plupart des obligations de prévention de l'État constituent des obligations de *due diligence*, du fait que normalement, les activités concrètes et les

95. Michael BOTHE, « Environment, Development, Resources », (2005) 318 *RCADI* 337, 496-500; Arie TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, Kluwer, 2002, p. 286; Nicolas DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution », dans François EWALD et al., *Le principe de précaution*, Paris, PUF, 2008, p. 73; Alexandre KISS et Dinah SHELTON, *International Environmental Law*, New York/Londres, Transnational Publishers, 1991, p. 130 et 131; James CAMERON et Juli ABOUCHAR, « The Status of the Precautionary Principle in International Law », dans David FREESTONE et Ellen HEY (dir.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 29; Owen MCINTYRE et Thomas MOSEDALE, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law », (1997) 9 *Journal of Environmental Law* 221.

96. Malgosia A. FITZMAURICE, « International Environmental Law as a Special Field », (1994) 25 *Netherlands Yearbook of International Law* 220; Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? », (1997) 101 *RGDIP* 873, 889.

97. Olivier GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 1997, p. 21 : « en l'état actuel des choses, la précaution est un principe moral et politique [...] mais ne constitue pas une règle juridique ». Voir également Sonia BOUTILLON, « The Precautionary Principle: Development of an International Standard », (2002) 23 *Michigan Journal of International Law* 429, 441. Pour cette auteure, « the precautionary principle appears as a process more than a bright line rule, as a matrix rather than as a solution ».

mesures de prévention requises des autorités étatiques sont soumises à l'incertitude dans leur résultat⁹⁸. C'est donc dire que la prévention des dommages environnementaux intègre l'élément diligent. Pour certains auteurs, la précaution serait « une extension »⁹⁹ du principe de prévention et donc de la *due diligence* dans le champ de l'incertitude scientifique. La *Convention d'Helsinki pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique* va, nous semble-t-il, dans ce sens lorsqu'elle impose aux États parties l'obligation de mettre en œuvre le principe de précaution « selon lequel il faut prendre des mesures préventives dès lors que l'on est fondé à penser que les substances ou l'énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins »¹⁰⁰.

70. Ainsi, dans la dialectique précaution-*due diligence*, il y a une sorte de « continuum »¹⁰¹ normatif. En effet, dans une situation d'incertitude scientifique, la première étape d'une analyse rationnelle des pouvoirs publics consiste à formuler des hypothèses de risque par l'entremise d'une mobilisation des connaissances disponibles. Le développement progressif des connaissances scientifiques sur un risque donné va permettre de passer de la précaution à la *due diligence*, c'est-à-dire de l'action en situation d'incertitude à l'action en situation de certitude scientifique. Ainsi, la relation précaution-*due diligence* s'intègre parfaitement dans la dialectique *puissance-acte*.

71. Cela revient à dire que la précaution et la *due diligence* sont les deux facettes de la *prudencia* qui s'impose dans toutes les situations susceptibles de créer des dommages. Cette prudence générale revêt un caractère particulier dans le domaine de la protection de l'environnement et de la santé eu égard aux risques potentiels et surtout, aux dommages le

98. R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État... », préc., note 49, 390.

99. Julien CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006, p. 311.

100. *Convention d'Helsinki pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique*, Helsinki, 22 mars 1974, remplacée le 9 avril 1992, (1992) 2099 R.T.N.U. 235, art. 2.3 (entrée en vigueur le 17 janvier 2000).

101. Nicolas DE SADELEER, *Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 90.

plus souvent irréversibles. C'est pourquoi la précaution est souvent perçue comme une affirmation de la responsabilité pour risque¹⁰².

CONCLUSION

72. « C'est, en effet, l'étonnement qui poussa, comme aujourd'hui, les premiers penseurs aux spéculations philosophiques. Au début, leur étonnement porta sur les difficultés qui se présentaient les premières à l'esprit; puis, s'avancant ainsi peu à peu, ils étendirent leur exploration à des problèmes plus importants [...]. Or apercevoir une difficulté et s'étonner, c'est reconnaître sa propre ignorance »¹⁰³. Ainsi écrivait Aristote dans sa métaphysique. En revisitant la sentence rendue le 14 septembre 1872 dans la vieille ville genevoise dans la célèbre affaire de l'*Alabama*, nous avons voulu nous *étonner* devant la problématique de la diligence dans l'ordre juridique international.

73. Le concept de diligence reste attaché à la théorie des sources des obligations internationales. L'idée, à la fois simple et complexe, est que la diligence est un élément contenu dans certaines normes primaires de l'État, notamment les obligations de prévention. Son champ d'application est limité aux situations où l'État doit prévenir ou réprimer certains actes dommageables. S'enracinant dans la systématisation romaine des obligations à travers la figure du *bonus pater familias*, la *due diligence* apparaît dans l'ordre juridique international, d'abord dans le domaine de la neutralité — avec l'obligation de l'État neutre d'observer à l'égard de deux belligérants une impartialité complète et absolue —, avant de connaître une fortune dans d'autres secteurs tels la protection des étrangers et des représentants d'États étrangers, la sécurité des États étrangers, les droits de l'homme, l'environnement et les investissements.

102. Sur ce point, voir notamment Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 365.

103. ARISTOTE, *La métaphysique*, trad. Jules Tricot, t. 1, Paris, Vrin, 1981, A, 2, p. 16, par. 982 b.

74. En cela, l'affaire de l'*Alabama* revêt une importance capitale dans la mesure où, pour la première fois, la diligence fait l'objet d'une analyse approfondie par un tribunal international, dont la composition, l'analyse des positions des parties et les délibérations font de l'affaire un précédent jurisprudentiel incontournable en matière de règlement pacifique des différends. Elle a montré que la *due diligence* est une notion à contenu variable, une notion qui doit être appréciée en fonction des circonstances de chaque espèce. Mais malgré son importance, l'affaire de l'*Alabama* n'a pas pu apporter tous les éléments nécessaires à la détermination du degré de diligence requis d'un État.

75. C'est que l'étendue de l'obligation de diligence à la charge de l'État ne peut être déterminée avec précision qu'en se référant à une mesure moyenne de conduite sociale correcte. Autrement dit, le contenu de la *due diligence* renvoie au concept de norme internationale que l'on a définie comme étant une *normativité variable*. La notion de norme est toujours appréhendée en relation avec la règle de droit. Or, le concept même de règle de droit n'est pas un concept universel ou universalisable. C'est une notion polymorphe, qui ne présente pas une structure typique. Cela démontre toute la difficulté d'une objectivation du contenu de la juridicité et de la normativité internationales.

76. Comme on le sait, tout État a l'obligation d'empêcher sur son territoire des actes contraires au droit international. Ce devoir de prévention met donc à sa charge des obligations positives, celles de « faire de [son] mieux pour que ces actes ne se produisent pas »¹⁰⁴. Il s'agit d'un devoir d'agir en charge de l'État en fonction de sa capacité. Ainsi la *due diligence*, comme l'a reconnu la CIJ, est une obligation de moyens faisant partie des obligations positives de l'État :

104. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 155, par. 432.

[...] il est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « *due diligence* », qui appelle une appréciation *in concreto*, revêt une importance cruciale.¹⁰⁵

77. La Cour reconnaît ainsi l'importance cruciale de la diligence dans l'ordre juridique international. *Due diligence* et précaution constituent les deux dimensions du *droit*

105. *Id.* La distinction opposant obligation de comportement à celle de résultat a été intégrée par la CDI sous l'impulsion de Roberto Ago, dans le but d'explicitier l'articulation du fait illicite. Une telle dichotomie est basée, selon la CDI, sur le fait que « [l]e mode d'être de l'obligation en question a une incidence décisive, car en droit international aussi bien qu'en droit privé la violation d'une obligation requérant formellement l'emploi de moyens spécifiquement déterminés ne se réalise pas de la même manière que celle d'une obligation qui laisse au sujet le choix entre divers moyens. En d'autres termes, pour déterminer si un comportement donné de l'État constitue une violation d'une obligation internationale à sa charge, il faut savoir si, d'après son mode d'être, une telle obligation est une obligation "*de comportement*" ou "*de moyens*" ou, au contraire, une obligation "*de résultat*" ». *A.C.D.I.*, 1977, vol. II, 2^e partie, p. 13, par. 2. L'intérêt de la distinction réside dans le *tempus commissi delicti*. Pour une analyse de cette distinction, voir notamment Jean COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », dans *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181; Jean J. A. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », (1982) 28 *AFDI* 709, 725; Pierre-Marie DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », (1984-V) 188 *RCADI* 9, 47; Eric WYLER, *Lillicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, p. 19; Linos-Alexander SICILIANOS, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », dans Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, p. 57, à la page 62.

*prudentiel*¹⁰⁶. Au regard des nouvelles menaces à la paix et à la sécurité, aux enjeux liés à la protection de l'environnement à l'ère de la techno-science, l'ultime source matérielle de la normativité repose sur les principes généraux. La *due diligence* en fait partie.

Awalou Ouedraogo, PhD
Département d'études internationales
Campus Glendon, Université York
2275, avenue Bayview
Toronto (Ontario) M4N 3M6
Téléphone : 416 736-2100, poste 88470
Télécopieur : 416 487-6851
aouedraogo@glendon.yorku.ca

106. Selon saint Thomas d'Aquin, « on appelle prudence, celui qui voit pour ainsi dire de loin (*quasi porro videns*), parce que sa perspicacité lui fait prévoir la solution des choses incertaines ». Saint Thomas reprend ici la définition d'Isidor tout en y apportant une plus grande systématisation. La notion de prudence (distincte de la tempérance et de la force) constitue, pour saint Thomas, une vertu essentielle du gouvernement de la multitude. Pour plus de détails, voir la *Somme théologique*, trad. F. Lachat, 2^e éd., Paris, Louis Vivès, 1863, *Secunda Secundæ*, Q. XLVII, p. 270-356. L'idée de prudence est présente, nous semble-t-il, dans le fameux principe de la modération tel qu'il apparaît dans le livre III de *L'Esprit des lois*, consacré à la typologie des gouvernements. Pour Montesquieu, en effet, le gouvernement *modéré* est un « chef-d'œuvre de législation que le hasard fait rarement et que rarement on laisse faire à la prudence ».