

DU STATUT DES ESPACES AU RÉGIME DES ACTIVITÉS : OBSERVATIONS SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL

PAR

Jean-Jacques LAVENUE

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE LILLE II

SOMMAIRE

INTRODUCTION. — CADRE THÉORIQUE DE L'ÉTUDE DU PHÉNOMÈNE DE MUTATION

I. — L'ÉVOLUTION HISTORIQUE ET DIALECTIQUE DU DROIT INTERNATIONAL EN TERMES D'ESPACES ET D'ACTIVITÉS

A. *Le droit international = champ de résistance à l'appétit territorial des États (Le droit d'un espace résiduel)*

- a) Les phénomènes de revendications sur la base d'une approche territoriale
 - 1. Les revendications sur les espaces maritimes
 - 2. Les revendications sur les espaces aériens et extra-atmosphériques
- b) L'explication de la revendication à caractère territoriale

B. *Le Droit international = nécessaire organisateur des activités humaines, et la remise en cause de certaines appropriations*

- a) Les manifestations d'opposition à l'appropriation des espaces
 - 1. La contestation des prétentions à l'appropriation des mers
 - 2. L'inadéquation des approches territoriales du droit de l'espace et la nécessité d'une prise en compte des activités susceptibles d'y être exercées
- b) Analyse des motifs exposés au cours du temps à l'encontre de l'appropriation des espaces
 - 1. L'explication de l'impossibilité de l'appropriation fondée sur la « nature des choses »
 - 2. L'explication du refus de l'appropriation liée à la nature des activités

II. — LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL EN TERMES DE RÉGIMES DES ACTIVITÉS

A. *L'histoire de la « prise en compte des activités » dans le Droit international*

- a) Du Jus communicationis au statut de l'Antarctique
 - a) Les premières expressions du droit des activités
 - 1. Grotius et le droit de pêche
 - 2. Vitoria et le « jus communicationis »

- β) Le statut de l'Antarctique : affirmation de la priorité d'un droit « des activités » sur les revendications territoriales des États
- b) L'épanouissement de droits conçus en termes d'activités dans le cadre d'organisations internationales
 - a) La remise en cause des souverainetés et les approches fonctionnalistes dans le cadre des organisations internationales
 - β) L'apparition d'un droit transnational nouveau « chassant » le droit international des relations entre les États
 - 1. La place spéciale du droit communautaire européen entre le droit international et le droit des États membres
 - 2. Les évolutions récentes du droit communautaire européen et les « droits communautaires » nouveaux
- B. *L'analyse du droit international public en termes d'activités*
 - a) Roland Quadri et l'analyse du droit en termes d'activités
 - a) La distanciation par rapport à la « théorie du territoire objet »
 - β) La définition de la souveraineté en termes d'activités
 - 1. Les termes de la définition
 - 2. Les rapports entre l'État souverain et le droit international en termes d'activités
 - b) De la loi biologique des sociétés à la Nature comme sujet de droit
 - a) Vers une confirmation des thèses de Georges Scelle ?
 - 1. Le droit international comme droit des sociétés complexes et des solidarités variables
 - 2. La loi biologique des sociétés
 - β) La Nature comme sujet de droit ?

Pendant de nombreuses années la littérature juridique s'est fait l'écho de ce que l'on appelait la crise du Droit international et de la remise en cause de certaines de ses branches (1). Le recul que donne le temps permet peut être aujourd'hui de proposer une explication nouvelle des phénomènes observés : celle d'une mutation du Droit international au terme d'un processus dialectique dont l'origine peut être trouvée dès la période la plus ancienne de son élaboration. Elle vient apporter à certains égards une confirmation des thèses de Georges Scelle.

À un droit international jusque là très largement fondé sur des références territoriales (souveraineté, nationalisme maritime) ou rattachées à la territorialité (« la terre domine la mer ») (2), est en train de se substituer un droit international qui trouve de plus en plus son fondement dans la prise en compte, imposée par une sorte de nécessité, du régime des activités humaines (3), quels que soient les lieux où celles-ci s'exercent (4). Ce phéno-

(1) Droit de la mer droit des organisations par exemple.

(2) Voir « zonales », on pourra sur ce point se référer à l'article de Denis ALLAND : « Les représentations de l'espace en droit international public », (*Archives de Philosophie du Droit*, 1987, pp. 163-178), notamment p. 167.

(3) Selon Stephen KRASNER (*International Regimes*, Ithaca, New York, Cornell, 1983), on appelle régime « un ensemble de principes, de normes, de règles et de procédures de décision, implicites ou explicites, autour desquels les attentes des acteurs convergent dans un domaine spécifique ».

mène est devenu dominant dans les secteurs concernés par les technologies de pointe, ou leurs conséquences : exploration et utilisations du cosmos, communications, pollutions etc...

La prise en compte de la nécessité sociale, au sens large, qui sous-tend cette conception nouvelle s'exprime à travers une double prise de conscience. D'une part, que les conséquences de ces activités humaines dépassent largement les frontières étatiques (problèmes posés par les pollutions transfrontières, conservation des ressources biologiques, gestion des stocks chevauchants, écologie etc.). D'autre part que leur réglementation peut avoir un mode d'établissement et des référents qui dépassent le simple cadre interétatique (notions de patrimoine commun de l'humanité, de « juridiction globale », voire d'ordre public international). Elle conduit de façon de plus en plus sensible à l'élaboration de règles qui révèlent un changement complet d'attitude à l'égard des États, des espaces et des activités en cause.

Un exemple éclairera notre propos. La convention de Londres du 12 mai 1954, « sur la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures », interdisait le rejet d'hydrocarbures dans les limites de certaines zones (5), 50 milles des côtes entre autres. Au delà de ces zones, à une distance de 51 milles par exemple, ce qui était intredit devenait autorisé. En élaborant cette convention les États songeaient alors uniquement à protéger leurs abords immédiats et, selon l'espace concerné, la même « activité de rejet d'hydrocarbures » était licite ou illicite. En outre, de manière plus générale, que l'on fasse alors référence à des critères juridiques ou géographiques l'interdiction constituait l'exception.

La convention de Londres du 2 novembre 1973 « pour la prévention de la pollution des navires » disposera plus tard (6) : « Il est interdit à tout navire auquel la présente annexe s'applique de rejeter à la mer des hydrocarbures ou mélanges d'hydrocarbures, *sauf*... ». L'interdiction était désormais devenue le principe.

Entre temps s'était produite l'affaire du Torrey Canyon dont on sait l'importance qu'elle a eu pour l'évolution du droit de la mer (7). Une prise de conscience avait eu lieu et elle allait se développer : la mer n'était plus un milieu inépuisable et invulnérable. L'homme par son activité avait un

(4) Ce qui aura des conséquences non seulement sur le statut des différentes zones (interventionnismes divers) mais aussi sur la souveraineté des États. Que l'on pense, par exemple, aux pollutions transfrontières et aux « *Tchernobyls* » qui nous menacent, en Hongrie par exemple. Faudra-t-il attendre au nom de la souveraineté que la pollution atteigne nos frontières pour agir, où peut-on envisager des conventions du type de celle sur l'intervention en Haute mer en cas de menace de pollution (convention de Bruxelles du 29 novembre 1969) ?

(5) Art. 3 : « ... il sera interdit à tout navire-citerne auquel la présente convention s'applique, de rejeter à la mer, dans les limites de l'une quelconque des zones d'interdiction prévues... ».

(6) Convention MARPOL, annexe 1 règle 9.

(7) 18 mars 1967, cf. par exemple Jean Pierre QUENEUDEC : « Les incidences de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer », *Annuaire Français de Droit International* 1968, p. 701.

potentiel de nuisance qui concernait l'humanité toute entière. L'espace ne délimite plus alors ce qui est licite ou illicite. Quel que soit l'espace, le principe posé est celui de l'interdiction « d'une activité illicite » par ce que porteuse de dangers pour le milieu et l'environnement (8).

Ces règles nouvelles, ce changement d'attitude, cette prise de conscience qu'il s'agit au fond d'activités humaines, risquant d'avoir des conséquences sur l'avenir de l'humanité, vont avoir une incidence directe sur l'approche théorique et sur le débat relatif aux finalités et aux fondements du droit international.

INTRODUCTION. — CADRE THÉORIQUE DE L'ÉTUDE DU PHÉNOMÈNE DE MUTATION

La dialectique « statut des espaces — régime des activités » (quel que soit l'espace où ces activités s'exercent), qui selon nous est en train de révéler un processus d'abandon significatif du premier au profit du second, se définit par rapport à un double contexte : théorique d'une part, historique d'autre part. Elle annonce l'apparition d'un droit international nouveau, dont la dimension fonctionnelle s'accroît. Elle montre comment se mettent en place sur le plan sous-régional, régional, voire universel, des systèmes de réglementations qui dépassent largement les conceptions interétatiques du droit international classique (9)... et remettent en cause, à travers le statut des espaces, la notion même de souveraineté des États.

Sur le plan théorique les oppositions « espace-activité », « droit des espaces-régime des activités » que nous développerons, pourraient être à certains égards rattachées aux conceptions exposées par les partisans de l'école sociologique (Duguit, Scelle, Cavaré), et notamment de manière très globale à l'opposition entre un concept d'État (défini notamment par son statut territorial et une personnalité morale fictive) à l'individu : sujet et objet final de toute construction juridique. Ainsi que l'écrivait en effet Georges Scelle (10) : « Pour nous, les rapports qu'il va s'agir de décrire et d'analyser sont des rapports entre individus, formant une société universelle, et appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques : étatique, interétatique, superétatiques, extra-étatiques, que la communauté humaine englobe et coordonne et que son droit régit ». C'est par rapport à cette conception générale que devront être comprises le

(8) Les rédacteurs de la convention le soulignent dès les premiers considérants en écrivant : « Conscientes de la nécessité de protéger l'environnement en général et le milieu marin en particulier, reconnaissant que les déversements délibérés, par négligence ou accidentels, d'hydrocarbures et autres substances nuisibles par les navires constituent une source grave de pollution... ».

(9) On pourra se référer sur ce point pour une mise en perspective aux travaux de Philip Jessup sur le « droit transnational » et de D. CARREAU (« *Droit International* », 1988, n° 68).

(10) Préface du *Précis du Droit des Gens*, 1932, p. VII.

notions d'activités (humaines), d'humanité, de patrimoine commun de l'humanité, lorsque nous les évoquerons dans cette étude.

L'objet du droit international ne nous paraît plus tant alors de régir une définition/opposition de l'État souverain à la Société Internationale, des États aux États, quant à leurs droits ou obligations relatifs à certains espaces. Il n'est pas non plus de définir leur souveraineté, ou les atteintes à leur souveraineté, « *ratione loci* » ou « *personae* ». Mais bien de mesurer comment à travers d'innombrables sociétés politiques, le droit international est en train d'essayer de prendre en charge les activités humaines dont les conséquences ne s'arrêtent plus désormais aux frontières... Et de définir peut-être alors les compétences de l'État : « *ratione agenda* » !

Il relève aujourd'hui du lieu commun d'expliquer que les progrès de la technique et des communications font de notre planète un village, que les distances se réduisent, que l'espace s'amenuise. Nous ne ferons que constater la même chose en soulignant que, l'espace disparaissant (jusqu'à devenir virtuel), ce n'est plus en invoquant le droit des États, déjà trop petits, ou le développement de leurs emprises territoriales, que peuvent être résolus les problèmes d'un univers menacé par les conséquences des activités humaines... Et que s'il en est ainsi c'est peut être bien de « droit des gens » dont il doit être à la fin question. Cette observation, qui peut paraître relever de la nature des choses en 1996, mesurera selon nous l'actualité particulière des analyses faites par Georges Scelle en 1932 (11) : « La juxtaposition des sociétés politiques n'est plus le phénomène essentiel : elles se superposent, se compénètrent, se combinent dans un monde de plus en plus rétréci et de plus en plus fébrile, de telle sorte que les anciennes déductions tirées de l'individualité des peuples et de leur psychologie exclusivistes sont aujourd'hui controuvées ».

Continuer à présenter alors le Droit international principalement comme la création des États exerçant leur autorité sur certains espaces, s'autolimitant en y renonçant sur certains autres, ne correspond plus qu'à une construction très largement formelle. Sans doute existe-t-elle encore et a-t-elle une réalité historique essentielle. Mais il ne suffit plus, on le sait, de dire que l'État est souverain sur sa mer territoriale ou que la Haute Mer est libre pour expliquer les réglementations applicables aux activités maritimes. L'affirmation de la souveraineté de l'État sur son espace aérien n'est pas, d'autre part, d'un grand secours lorsque Tchernobyl projette ses nuages polluants au delà des frontières ou qu'un satellite en perdition rejoint l'atmosphère. Pour ce qui est du « cyberspace », de l'espace virtuel (cyberterrorisme, menace sur les démocraties ou moyen de lutte contre les totalitarismes ?), on peut craindre que sa privatisation (12), ait anticipé le

(11) *Op. cit.*, 1932, p. VIII.

(12) Cf. article d'Andrew L. SHAPIRO, « The Nation », New York, repris par *Courrier International* n° 258 du 12/10/95, p. 8.

schéma de notre interrogation. Le retrait de l'État souligne dans ce domaine, faute de réglementation des activités, la nécessité d'un droit international nouveau.

Louis Cavaré, dans son *Traité de Droit International Public Positif* (13), rappelait que tout corps de règles juridiques doit se modeler sur la société humaine qu'il est appelé à régir, et soulignait : « il a sa raison d'être dans les besoins sociaux auxquels il doit s'adapter en les réglementant... dans l'ordre international, le droit positif doit considérer surtout les éléments psychologiques et sociaux des groupements humains aux destinées juridiques desquels il s'efforce de présider ». L'étude du droit international positif au cours des quarante dernières années semble révéler que les besoins sociaux auxquels s'adapte, en les réglementant, le Droit International, sont ceux de groupements humains dont les caractéristiques sont, du fait de leurs activités, de plus en plus super étatiques ou extra-étatiques, et que l'on assiste à une sorte d'effacement d'un droit international conçu essentiellement en termes d'espaces et de relations interétatiques. Cette observation vérifie peut être aussi la remarque faite en 1950 par le tchécoslovaque Antoine Hobza (14) selon laquelle : « tandis que le droit évolue continuellement, la science du droit reste longtemps emprisonnée dans des conceptions vétustes et dans un formalisme périmé. Ce n'est pas le droit qui est aujourd'hui en déclin mais l'influence de la science juridique sur l'évolution du droit » (15).

I. — L'ÉVOLUTION HISTORIQUE ET DIALECTIQUE DU DROIT INTERNATIONAL EN TERMES D'ESPACES ET D'ACTIVITÉS

Les intitulés nécessairement réducteurs d'un article pourraient laisser croire qu'il s'agirait simplement d'opposer ici une ère, au cours de laquelle le Droit International aurait été intégralement fondé sur l'idée de la nécessité de déterminer le statut de certains espaces, à une autre où seul aurait importé le régime des activités. Il est naturellement évident que les choses sont plus complexes et qu'elles procèdent d'une évolution à la fois contraire

(13) Edition mise à jour par Jean-Pierre QUENEUEDEC, 1966, t. I, p. 7.

(14) In « Effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1950, t. I, p. 81.

(15) On peut aussi évoquer Charles DE VISSCHER écrivant dans *Théories et réalités en Droit International Public* (1970, pp. 164-165) : « À leurs yeux, le mode d'élaboration d'une règle, par un processus formel propre à l'ordre international est le seul critère de sa validité. Le fait social matière du droit est présumé avoir reçu dans la procédure d'élaboration formelle sa traduction adéquate ; toute vérification ultérieure de cette adéquation est considérée comme au-delà du droit et dépourvue de pertinence juridique. Ce point de vue est commun à tous les juristes qui par un souci trop exclusif de l'indépendance de leur discipline, ou de pureté de méthode s'engagent dans les impasses d'un formalisme stérile où la logique seule anime les rapports de système entre normes abstraites ».

et simultanée : en ce sens où, au moment même où triompheront les conceptions les plus « territorialistes » du Droit international, pourront se manifester des expressions d'un Droit international conçu en termes d'activités, et inversement. Ainsi, loin d'opposer ces approches dans l'étude de leur évolution historique, pensons-nous qu'elles doivent être juxtaposées pour mettre en évidence les différents moments de ce qui peut être considéré comme une prise de conscience correspondant à une évolution dialectique du système.

A. — *Le droit international = champ de résistance
à l'appétit territorial des États
(Le droit d'un espace résiduel) (16)*

Sans entrer dans le détail d'une étude historique qui dépasserait très largement le cadre de cette réflexion il suffira pour illustrer notre propos de rappeler les querelles et revendications dont firent l'objet en leur temps les mers, l'air et le cosmos. C'est faute d'avoir été incorporés à des espaces souverains qu'ils furent considérés comme relevant d'un « espace international ». Nous donnerons des exemples de ce phénomène avant d'essayer de donner quelques indications sur son mécanisme profond.

a) *Les phénomènes de revendications sur la base d'une approche territoriale*

Au début et à la fin du processus d'évolution du Droit international, les contestations qui se développèrent à propos de ces espaces particuliers ont un caractère exemplaire que l'on pourra évoquer demain à propos des domaines d'expansion futurs des activités humaines : le cyberspace par exemple.

1. *Les revendications sur les espaces maritimes*

Jusqu'au VIII^e siècle ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler la liberté de la haute mer a été niée par la pratique des États. Ainsi que l'observa Louis Cavaré (17) : « cette attitude était dictée d'abord par des raisons de sécurité, mais surtout par des raisons d'ordre commercial, par le désir d'exercer un monopole commercial ». Avec une constance remarquable, cités et souverains affirmèrent leur souveraineté sur les mers. On pourra l'observer à différentes époques.

Plutarque ainsi dit de Pompée, en 67 avant JC, qu'il possédait non un commandement sur mer mais une véritable monarchie et un pouvoir irresponsable sur tous les hommes. « Car le droit lui donna l'empire sur toute la

(16) Approche qu'illustre parfaitement selon nous l'article 86 de la convention de Montego Bay lorsqu'elle définit la Haute Mer.

(17) *Traité de droit international public positif*, Pedone, 1969, t. II, p. 713.

mer qui s'étend de ce côté-ci des colonnes d'Hercule » (18). Au X^e siècle Edgar le Pacifique, roi d'Angleterre, se donnait le titre de « souverain de l'océan britannique » (19). Dès le XI^e siècle Pises, Gênes (pour la mer Tyrrhénienne), émirent des prétentions du même ordre. Au XII^e siècle, le « Black Book of Admiralty » (1,58) mentionne « The sea belonging to the King of England ». On pourra aussi évoquer Venise et le mariage symbolique du Doge avec la Mer Adriatique. Le résultat de ces revendications des États italiens se traduisit par une perte totale de la liberté de la mer en Méditerranée entre le XI^e et le XVI^e siècle.

Quels que soient les lieux les actes et revendications sont du même ordre du XIV^e au XVI^e siècle.

Le 24 juin 1340, après avoir détruit la flotte française à la bataille de Sluys (L'Ecluse), Edouard III d'Angleterre exigea que tous les navires lui rendissent les honneurs qui lui étaient dus en tant que « Roi des mers ».

Au XIV^e siècle Bartolo soutiendra l'idée que les cités ayant des ports, comme Venise et Gênes, avaient une souveraine juridiction sur la mer avoisinante jusqu'à cent milles, et plus encore s'il n'y avait pas d'autre État dans le voisinage.

Au XV^e siècle, la France ne craignait pas d'opposer ses avantages à ceux de l'Angleterre. Contre le « Libelle of Englyshe Polycye » proclamant « we be maysters the narowe see » (Manche), l'auteur du « Débat des hérauts d'armes de France et d'Angleterre » arguait des chances de Charles VII pour être maître de la mer (20).

Ainsi que le souligna Louis Cavaré, la Renaissance a exagéré et généralisé ces ambitions, les grandes découvertes favorisant l'activité commerciale : « à la fin du XV^e et au XVI^e siècle l'Espagne et le Portugal (par exemple) voulant être les bénéficiaires exclusifs de leurs découvertes, fondèrent leurs prétention sur la célèbre Bulle 'inter coetera' du pape Alexandre VI du 4 mai 1493, qui attribuait des zones immenses en propriété aux deux pays et interdisait à toute autre nation de faire le commerce dans ces zones sans autorisation du souverain » (21). Le Portugal affirma sa souveraineté sur la Mer des Indes, L'Espagne sur le Pacifique. Le Portugal faisait pendre les marins étrangers assez audacieux pour sillonner la mer des Indes, et la reine Elisabeth faisait saisir en rade de Lisbonne des navires de la Hanse qui avaient doublé l'Ecosse sans sa permission (22).

Au XVII^e siècle il faut alors évoquer le « Mare clausum » de Selden (1635) s'efforçant de démontrer que la mer était susceptible de propriété privée et que le roi d'Angleterre était le maître des mers qui environnent l'Empire

(18) *Les Vies des hommes illustres*, Pompée, XXXVIII.

(19) Cf. FULTON, *The Sovereignty of the Sea*, 1911.

(20) Cf. « Les mers avenir de l'Europe », *Savoir n° 1/Le Monde diplomatique*, p. 17.

(21) CAVARÉ : *op. cit.*, t. II, p. 714.

(22) Louis DELBEZ, *Principes Généraux du Droit international Public*, L.G.D.J., 1964, p. 168.

Britannique (23). Rappeler qu'en 1641, Burgus, avait soutenu la prétention de Gènes sur la mer de Ligurie (24). Evoquer, enfin, L'Act de navigation, du 6 octobre 1651, que Cromwell fit voter par le Long Parlement qui réservait au pavillon britannique le monopole du commerce de la métropole avec les colonies, l'Afrique, l'Amérique et l'Asie, de même que l'importation de tous les produits en Europe.

2. *Les revendications sur les espaces aériens et extra-atmosphériques*

Si pendant longtemps la question de la condition juridique de l'air et de l'atmosphère est restée sans intérêt, elle a généré le même genre de réactions lorsque les développements de la technique ont révélé qu'elle pouvait être capitale. Ainsi lors des débats qui entourèrent l'élaboration de la première convention importante sur la navigation aérienne, la Convention de Paris du 13 octobre 1919, des auteurs n'hésitèrent pas à défendre l'idée de souveraineté absolue de l'État sur tout l'espace aérien et à invoquer la notion d'« Aer Clausum » (25). On peut citer parmi ceux-ci : Zitelmann, Von List, l'anglais Westlake (26).

Pour ce qui est des prétentions à l'appropriation de l'espace extra-atmosphérique, on pourra évoquer les revendications des États équatoriaux, en 1976, à Bogota sur des portions d'orbite des satellites géostationnaires en projection à 36 000 kms au dessus de la terre. La Colombie (27) à cette occasion réclama le droit de taxer l'utilisation de l'emplacement dont elle revendiquait la propriété.

On pourra également citer les problèmes d'appropriation soulevés lors des discussions sur le traité sur la Lune (1967) à propos de l'exploitation éventuelle de ses ressources naturelles... ou encore la théorie de la souveraineté « ad infinitum » dans l'espace extra atmosphérique développée dans les années 1960 par Mac Dougal et A. Dean. Les intérêts de la défense nationale furent alors invoqués, comme aux débuts de l'aviation, pour réclamer l'extension de la souveraineté nationale sur l'espace extra-aéronautique (28).

En 1958 Loftus E. Becker, premier conseiller juridique du département d'État des États-Unis déclarait : « si le droit national américain et les

(23) Il fait une place à part à ce qu'il appelle « les mers britanniques », conception fondée sur des titres historiques (émanant notamment des normands). Les mers sont un accessoire de la souveraineté anglaise. Les mers anglaises sont immenses et n'ont d'autres limites au Sud et à l'Est que les rivages des États situés dans ces directions (CAVARE, *op. cit.*, p. 715).

(24) Cf. G. WILSON, *R.C.A.D.H.I.* 1923, p. 131.

(25) Cf. DELBEZ, *op. cit.*, p. 240.

(26) Pour avoir une idée des thèses soutenues dans ce domaine on pourra faire référence au « *Traité de Droit International public aérien* » de J. KROELL, 1934, t. I, p. 14.

(27) Discours à l'Assemblée Générale des Nations Unies (1976 A/31/PV. 5).

(28) Cf. MM. S. McDUGAL et L. LIPSON, « Perspectives for a law of outer space », *American Journal of International Law*, 1958, p. 402.

accords internationaux tels que la convention de Chicago ont nettement établi la souveraineté complète et exclusive des États-Unis sur l'espace aérien au dessus de notre territoire, nous n'avons jamais admis que nous n'avons aucun droit sur les régions plus éloignées de l'espace... En attendant, les États-Unis ont déjà exercé des activités dans l'espace extra-atmosphérique qui, pourrait-on dire, lui ont conféré certains droits que ne possèdent pas les États qui n'ont pas encore déployé de telles activités. Mais les États-Unis n'ont pas encore réclamé la reconnaissance de droits de souveraineté résultant de ces activités (29) ».

On sait qu'avec le traité sur l'espace du 27 janvier 1967 (30) la tentation de l'appropriation sera écartée. Mais il faut bien comprendre qu'elle a existé... et qu'elle correspondait alors à ce qui était considéré comme un processus normal d'affirmation et d'expansion de la souveraineté des États.

b) *L'explication de la revendication à caractère territoriale*

Elle réside dans ce que nous venons d'écrire dans les lignes précédentes. L'État souverain se définit par, et se projette par rapport à, des espaces conçus comme des zones d'exercices de compétences souveraines (ou autolimitées mais toujours en termes de souveraineté).

Denis Alland donne une double lecture de ce phénomène lorsqu'il rappelle (31) que « le territoire, objet de la préoccupation primordiale des États, a déterminé de leur part deux mouvements synchrones et mécaniquement — mais non politiquement — divergents : la rétention et la projection dans l'espace ». En précisant : que du premier mouvement (volonté et capacité de défendre l'espace territorial) relèveront les premières définitions du territoire de l'État ; que, relevant du second mouvement, la conquête traduira « avec constance dans l'histoire la vision tellurique que les États ont de l'espace, souscrivant sans faillir à une sorte de malthusianisme du territoire politique ».

L'idée de « malthusianisme du territoire politique », conséquence de l'approche territoriale des États, en signifiant qu'elle implique une réduction volontaire du champ des confrontations et des réglementations interétatiques nous paraît essentielle. Elle nous permettra, à contrario, d'expliquer le phénomène inverse que nous tentons de souligner : le temps ayant passé, les choses étant devenues ce qu'elles sont, c'est le besoin de réglementations internationales (interétatiques où autres) qui déjà conduit à un élargissement du « territoire politique », aux dépens de l'« approche tellurique » des États. Cette évolution qui amène l'avènement d'un droit international pre-

(29) *United States Department Bulletin*, 9 juin 1958, vol. 37, p. 962.

(30) *Droit et Relations Internationales*, H. THIERRY, Montchrestien, 1984, p. 247.

(31) Cf. « Les représentations de l'espace en droit international public », *Annales de Philosophie du Droit*, 1987, p. 166.

nant en compte les nécessités humaines s'est développée selon un processus synchrone au phénomène que nous venons d'évoquer.

B. — *Le droit international = nécessaire organisateur
des activités humaines et la remise en cause
de certaines appropriations*

Dans le même temps où certains États revendiquaient leur droit à l'appropriation des mers et des espaces, d'autres s'y opposaient. Parfois les mêmes simplement pour contrer les prétentions de leurs concurrents (32). Nous donnerons quelques exemples de ce phénomène avant d'analyser les motifs mis en avant pour les justifier.

a) *Les manifestations d'opposition à l'appropriation des espaces*

1. *La contestation des prétentions à l'appropriation des mers*

Si comme on l'a dit le principe de la liberté des mers fût dans la pratique complètement ignoré jusqu'au XVI^e siècle puis reconnu de manière progressive à partir de cette période, certains précurseurs peuvent néanmoins être signalés.

De Castro (33) dans un ouvrage intitulé « De potestate Legis penalis », contesta la prétention des génois et des vénitiens d'empêcher les autres pays de se livrer à la navigation en affirmant qu'une telle attitude était contraire « non seulement aux lois, mais au droit même de la Nature ».

Au XV^e siècle Francesco Vitoria souligna que le principe de la liberté des mers était une conséquence du « jus communicationis » — (nb : on remarquera que l'on oppose là déjà le droit d'une activité à une prétention au contrôle de l'espace maritime) — et dénia, dans ses « Theologicae Relationes », au Pape le droit de répartir entre les peuples des espaces sur lesquels il n'a ni droit de propriété ni droit de souveraineté (34).

Au cours des années 1575 Elisabeth I^{re}, après les expéditions de Drake dans la Mer des Antilles et les protestations de l'ambassadeur espagnol Mendoza refusa d'admettre « que l'Espagne avait le droit d'exclure les sujets britanniques du commerce ou de les empêcher de naviguer librement sur ce vaste océan, étant donné que l'usage de la mer et de l'air est commun à tous ; aucun titre sur l'océan ne peut appartenir à aucun peuple ou à

(32) C.J. COLOMBOS (*Droit International de la Mer*, Pedone, 1952, pp. 35-36), rappelle ainsi à l'occasion de l'opposition d'Elisabeth I^{re} aux prétentions espagnoles fondées sur la bulle « inter coetera » que : « Bien qu'elle manquât de logique parfois dans ses déclarations, Elisabeth fut pourtant la première à proclamer la liberté des mers au sens moderne ». On est alors dans les années 1580.

(33) Cité par L. CAVARE, *op. cit.*, t. 2, p. 714.

(34) Cf. « François de Vitoria », par Brown SCOTT, publication de la fondation Carnegie, 1934, pp. 262.

aucun particulier attendu que ni l'usage, ni les coutumes naturelles ou publiques n'en permettent l'occupation » (35).

Ce sera surtout Grotius dans son « *Mare Liberum* », publié en 1609 à la demande du gouvernement Hollandais pour s'opposer aux prétentions de l'Espagne mais aussi de l'Angleterre (36), qui combattrait la thèse de l'appropriation des mers (nous développerons son argumentation plus bas). Charles 1^{er} Stuart demanda aux États Generaux de Hollande de poursuivre l'auteur. Ils s'y refusèrent et l'Angleterre dut se borner à faire soutenir l'opinion contraire par un juriste anglais : Selden.

En 1609, le président Jeannin, envoyé par Henri IV pour négocier avec les Provinces unies des Pays-Bas, évoquant les prétentions anglaises de se réserver la pêche dans les mers avoisinantes de la Grande Bretagne, déclarait qu'il fallait distinguer entre : d'une part, les ports, havres et rades, et la mer jusqu'à portée des armes à feu qui sont soumis à l'autorité de l'État ; et, d'autre part, ce qui se trouve au delà de cette zone et qui est commun à tous les pays suivant le droit des gens. Ainsi que le souligne Suzanne Bastid (37), au début du XVII^{ème} siècle le Président Jeannin énonçait alors cette distinction comme une idée communément admise.

Dans les débats qui se déroulent au cours de cette période on relèvera également, pour son caractère éminemment précurseur, qu'en 1613, William Welwood (38) expliquait que le droit des pêcheurs sur les « eaux riveraines » dont la notion faisait précisément l'objet des contestations, se justifiait par « le risque que la pêche peut s'y tarir si tout le monde s'y livre sans contrôle ».

On observera que dès cette période il est possible de constater que sont en places trois notions essentielles à la compréhension du processus (que l'on peut qualifier de dialectique) d'évolution du droit international dans ce domaine :

- Celle d'espace inappropriable défini par opposition aux espaces appropriables sous souveraineté étatique. Cet espace (d'intérêt international ?), *res communis*, doit déjà être défendu contre l'expansionnisme des États (Elisabeth 1^{re}, Grotius, Jeannin).
- Celle selon laquelle peut être opposé aux revendications sur les espaces un droit fondé sur des activités (*Jus communicationis*, Vitoria).
- Celle enfin que les conséquences possibles de ces activités devront être prises en compte, fut-ce pour justifier dans certains cas, la préservation d'une emprise des États sur la mer (Welwood).

(35) CAMDEN, *History of Elisabeth*, 1580, cité par C.J. COLOMBOS, *op. cit.*, p. 36.

(36) Jacques 1^{er} en 1609 avait interdit aux Hollandais de pêcher dans les « eaux anglaises ».

(37) Cf. Cours de DIP, 1976, p. 1229.

(38) Cf. « *Abridgment of all sea-laws* », chapitre 26.

2. *L'inadéquation des approches territoriales du droit de l'espace et la nécessité d'une prise en compte des activités susceptibles d'y être exercées*

Un processus du même ordre pourra être observé à propos des revendications sur l'espace extra-atmosphérique pour lequel l'inutilité d'une appropriation de type « territorial » et la nécessité de définir un droit en termes d'activités sont très vite apparues.

Evoquant Albert de la Pradelle qui, à propos du droit aérien, déclarait en 1934 : « À fait nouveau, droit nouveau... les règles de l'élément nouvellement conquis se forment directement dans le domaine supérieur du droit des gens... elles peuvent librement répondre à la réalité », R. Mankiewicz (39) écrivait à propos du droit de l'espace : « on ne saurait d'ailleurs trop insister sur le fait que le statut de l'espace extra-aéronautique et, dès lors, la question fondamentale de savoir si cet espace est soumis à la souveraineté de l'État sous-jacent (ou pourrait même être approprié) ou, au contraire, s'il est libre comme la haute mer, ne présentent qu'un intérêt purement théorique. Sa solution en effet ne résoud aucun problème réel tels que conditions et méthodes d'exploitation des engins spatiaux ».

À la même époque Rolando Quatri ajoutait dans son cours (40) à l'Académie de Droit International de La Haye : « La terminologie employée par la doctrine est de caractère 'spatial'. Or c'est justement cette manière d'envisager l'objet du droit international cosmique, qui, à notre avis, doit être écartée. En effet le critère de la 'localisation' de l'activité manifeste toute sa faiblesse si l'on considère que ce critère présuppose une détermination exacte de la distance à partir de laquelle une activité pourrait être qualifiée de cosmique... ».

Il soulignera à la page suivante : « À notre sens, si l'on veut déterminer l'objet de notre branche et en légitimer l'autonomie sur la base d'un ensemble de principes homogènes et cohérents, il faut nous libérer de toute idée à caractère spatial ».

b) *Analyse des motifs exposés au cours du temps à l'encontre de l'appropriation des espaces*

Dans son rapport du 14 juillet 1959 (41) le « Comité spécial des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique » soulignait que s'il fallait « étudier de près les principes et méthodes établis jusqu'à présent pour réglementer l'utilisation des régions telles que l'espace aérien et la mer, afin d'en dégager éventuellement des analogies qui pourraient être utiles pour les problèmes juridiques que soulèvent l'exploration et l'utilisation de l'espace extra atmosphérique. En revanche, les activités extra-atmosphériques

(39) *AFDI*, 1959, pp. 107 et 110.

(40) *Op. cit.*, p. 519.

(41) *UN Doc A/4141*, n° 5.

présentent de nombreuses particularités de fait, qui ne sont pas encore toutes connues. C'est pourquoi un certain nombre de problèmes juridiques qu'elles posent seront sans précédent ».

Ce rapport précisera ensuite (42) : « On s'est demandé si une expérience plus poussée ne ferait pas apparaître les avantages... d'une méthode... qui consisterait à fonder le régime juridique des activités extra-atmosphériques principalement sur la nature et le type de telles ou telles activités spatiales ».

Ces deux citations permettent de souligner deux choses. En 1959 si les observateurs se rendent compte que l'espace, comme la mer, devra échapper aux approches territoriales traditionnelles, la justification de ce régime particulier à définir ne reposera pas nécessairement sur des motifs identiques.

Si l'on essaie d'analyser à ce propos, les motifs avancés au cours des temps par les opposants à l'appropriation des espaces d'intérêt international on peut s'apercevoir que deux types d'analyses furent proposés. L'une se rattachant à la prise en compte de la « nature des choses » (inappropriables), l'autre à la « nature des activités ».

1. *L'explication de l'impossibilité de l'appropriation fondée sur la « nature des choses »*

Nous évoquerons à ce propos les débats sur la nature juridique de la haute mer et de l'espace.

Si la haute mer n'est pas soumise au droit de propriété ni à la souveraineté d'un État, comment doit on définir sa situation juridique ? La question a été débattue depuis les temps les plus anciens. Ulpien au III^e siècle déclarait déjà que la mer était ouverte à tout le monde en vertu de sa nature : « *Mari quod natura omnibus patet* » (43). Celsus au II^e siècle, considérait que, comme l'air, elle était commune à tous les hommes : « *Maris commune usum omnibus hominibus, ut aeris* » (44). Plus tard, ainsi que le rapporte Westlake (45), certains jurisconsultes romains estimèrent que la mer était l'une des « choses communes à tous » exempte de toute espèce de propriété.

Le « *Mare Liberum* » de Grotius justifiera la liberté des mers en soulignant : « Toute propriété est fondée sur l'occupation qui exige que tous les meubles soient saisis et tous immeubles enclos ; c'est pourquoi ce qui ne peut être ni saisi, ni enclos n'est pas susceptible de devenir un objet de propriété. Les eaux vagabondes de l'océan sont forcément libres. Le droit d'oc-

(42) *UN Doc A/4141*, p. 74, n° 26.

(43) *Dig.* Livre 13, titre VII, fragment 4.

(44) *Dig.* Livre III, titre XLIII, fragment 8.

(45) *International Law*, t. I (1910), p. 202.

cupation repose encore sur le fait qu'un emploi sans ordre épuise la plupart des choses et que par suite l'appropriation est la condition de leur utilité pour les humains. Mais ce n'est pas le cas pour la mer, elle ne peut être tarie ni par la navigation, ni par la pêche, ce qui revient à dire qu'en aucune des deux manières on ne peut l'utiliser » (46).

Si l'on essaie de rassembler les différentes théories qui furent avancées à ce propos, il sera possible de distinguer trois courants de pensée.

Pour les uns la haute mer serait « *res nullius* ». Selon cette conception la haute mer serait une « chose n'appartenant à personne », un bien momentanément vacant, mais susceptible d'en trouver un dans l'avenir. Ce concept fut proposé par Charles Rousseau et Heilborn. Il fut d'une certaine manière soutenu par Louis Cavaré (47) qui en écarte toutefois les conséquences tirées par les privatistes. en déclarant : « On veut dire seulement par là, sans attacher à cette idée d'autre conséquence, à l'inverse des privatistes, qu'elle n'est l'objet d'aucun droit particulier de la part des États, en tant que telle ». On a vu le raisonnement opposé à ce genre de conception par Grotius. Ainsi que le souligna A. de La Pradelle, de cette théorie ne se dégage aucun principe d'organisation, mais simplement la constatation d'un régime anarchique.

Pour d'autres la haute mer serait « *res communis* ». Selon cette conception la haute mer appartiendrait à tous. Elle fut défendue par A. de La Pradelle (48), Cecil Hurst (49) Nicolas Politis (50), Liszt, Dupuy, Kelsen.

Rolando Quadri objecte qu'il n'est pas possible de recourir à ce concept, car la distinction privatiste entre les biens (*res in patrimonio et res nullius*) et les res communes serait inapplicable en droit international faute de biens proprement dits, formant le second terme indispensable de la classification. Ce à quoi Louis Delbez observe (51) que l'objection est sans fondement si l'on considère le territoire étatique comme un bien, et si l'on analyse le pouvoir de l'État sur son territoire comme constituant un droit réel. Nous verrons plus avant comment Rolando Quadri écarte cette observation.

Charles Rousseau, de son côté fera remarquer que s'il y avait « *res communis* » il devrait y avoir gestion commune assurée par un organe commun. La Déclaration de l'Assemblée des Nations Unies n° 2749 de décembre 1970, qualifiant les fonds marins de patrimoine commun de l'humanité, la communautarisation des eaux européennes (règlements de 1970 — portées à 200 milles en octobre 1976) pourront traduire la progression de cette conception.

(46) Cité par J.C. COLOMBOS, *op. cit.*, p. 46.

(47) *Op. cit.*, t. II, p. 718.

(48) *R.D.I.P.*, 1898 et s. : « Le droit de l'État sur la mer territoriale ».

(49) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t. 32, p. 161.

(50) *R.C.A.D.I.*, 1925, vol. 32, p. 526.

(51) *Op. cit.*, p. 169.

Pour d'autres enfin la haute mer serait une « *res condominata* ». Cette thèse défendue par le professeur Balladore-Pallieri, considère la haute mer comme l'objet d'une sorte de condominium (52). La mer devrait être ainsi « soumise à une législation internationale, à une police internationale, à une justice internationale ».

L'inconvénient des analogies et de la démarche qui consiste à rapprocher d'un concept définis des situations que l'on a du mal à cerner tient à ce que notions et concepts ne se recouvrent pas totalement. Ainsi que l'a fait remarquer Louis Delbez (53) le concept de « *res condominata* » est à repousser pour une raison péremptoire. « Le concept de condominium implique un '*jus excludendi alios*' et suppose qu'il existe outre les États dominants d'autres sujets de droit. Aucune de ces conditions n'existe en l'espèce ».

En ce qui concerne la nature juridique de l'espace on se souvient, ainsi que nous l'avons observé, que certains auteurs prétendirent que l'espace extra-atmosphérique devait être considéré comme « *res communis* », alors que les corps célestes seraient des « *res nullius* ». On pourrait retrouver ici un argumentaire du même type que celui précédemment évoqué. Nous n'y reviendrons donc pas. Nous ne soulignerons que les arguments se rattachant de manière spécifique au domaine spatial.

Pour ce qui est de l'impossibilité de l'appropriation de l'espace extra-atmosphérique, il suffira de faire référence à la démonstration de C.W. Jenks (54) : « toute projection de la souveraineté territoriale sur l'espace s'étendant au-delà de l'atmosphère manquerait de base en raison des phénomènes astronomiques, la révolution de la terre sur son axe, sa rotation autour du soleil et le mouvement des planètes à travers la galaxie font ainsi que le rapport des souverainetés particulières sur la surface terrestre avec l'espace au delà de l'atmosphère n'est jamais constant pour la plus petite fraction de temps qui puisse être conçue. Une telle projection dans l'espace de souverainetés basées sur des parties de la surface terrestre nous donnerait une série de cônes adjacents de formes irrégulières, d'un contenu constamment changeant... ; les fusées, les stations spatiales et les astronefs changeraient en se déplaçant de position par rapport aux souverainetés territoriales sousjacentes à de si grandes vitesses, que, quel que soit le rapport entre stations terrestres et de tels objets dans l'espace, le contrôle n'aurait pas le caractère territorial analogue au contrôle exercé par un État sur son espace aérien ou ses eaux territoriales... En raison des phénomènes fondamentaux astronomiques, l'espace au delà de l'atmosphère terrestre est et doit rester une chose hors de commerce, non susceptible d'appropriation

(52) Cf. DUPUIS, « La liberté des voies de communications », *R.C.A.D.I.*, 1924.

(53) *Op. cit.*, p. 169.

(54) « International Law and Activities in the Space », *International and Comparative Law Quarterly*, 1956, p. 103.

par projection dans un tel espace de n'importe quelle souveraineté particulière sur une fraction de la surface terrestre ».

En ce qui concerne le refus du statut de « *res nullius* » pour les planètes une observation devra être retenue. Si sur le plan théorique l'idée que les planètes puissent entrer dans la catégorie des « *res nullius* », n'a rien d'inconcevable, et si certains l'ont défendue, la décision prise par le traité sur l'espace de 1967 de l'écarter tient à une raison politique. À cet égard, Leopold Peyrefitte souligne (55) : « En fait, cette prohibition de tout droit de souveraineté des États sur les corps célestes est fondée sur des raisons à la fois politiques et juridiques. D'une part, si les corps célestes pouvaient être appropriés par les États, ils pourraient devenir une cause d'antagonismes voire de conflits entre les puissances spatiales. En excluant tout droit de souveraineté des États dans ce domaine, les auteurs du traité de l'espace de 1967 ont voulu éviter toute 'course à la lune' qui aurait pu s'avérer aussi néfaste que la 'course à l'Afrique' au XIX^e siècle. »

L'auteur ajoute immédiatement : « D'autre part, dans l'immensité de l'espace extra-atmosphérique, le corps celeste n'est qu'une partie infinitésimale d'un tout, quelles que soient les différences physiques des divers éléments composant ce tout. Il paraît donc normal de soumettre la partie au même régime que l'ensemble. En soumettant les corps célestes aux mêmes principes que le milieu dans lequel ils se meuvent, l'immense décor de l'espace forme un tout homogène soumis à un régime juridique uniforme ».

2. *L'explication du refus de l'appropriation liée à la nature des activités*

Nous évoquerons successivement les observations de Louis Cavaré, R. Quadri, Léopold Peyrefitte et Mac Dougal. Partant de la haute mer, nous mettrons en avant les observations faites à propos du statut de l'espace, avant de revenir à la haute mer en soulignant la dimension fonctionnelle commune du droit régissant les activités s'exerçant dans ces différentes zones.

Dans son traité de « Droit international public positif », Louis Cavaré (56) écrit : « La liberté de la haute mer signifie qu'aucun État ne possède de compétence exclusive sur elle en tant que telle, qu'aucun État n'a même sur elle aucun droit direct. En d'autres termes, elle n'est pas l'objet direct d'une compétence. Ce qui est vrai, c'est que chaque État peut exercer des compétences dans l'espace maritime. On est en présence de compétences concurrentes. Cette conception suppose plusieurs postulats : d'abord que la compétence n'est pas exclusivement territoriale, c'est à dire qu'elle ne s'exerce pas nécessairement sur un territoire ou sur une chose ; ensuite que dans le même espace, plusieurs compétences peuvent s'exercer ».

(55) *Droit de l'Espace*, 1993, p. 50.

(56) *Op. cit.*, t. II, p. 717.

Cette citation mesure selon nous ce que peut être l'insuffisance des approches « territoriales » du droit de la mer et constate l'existence de compétences concurrentes dont on ne peut justifier l'existence par une compétence territoriale. La justification pourra en être trouvée dans la prise en compte par le droit international du « régime des activités en cause »... démarche dont on peut trouver l'origine dès le XVI^e siècle.

Ainsi que le souligne Louis Cavaré (57) : « On n'a pu rejeter le principe de la liberté de la haute mer qu'en faisant valoir de mauvaises raisons. Ni la découverte, ni l'attribution pontificale, ni la possession de terres voisines, ni les titres historiques, ni la géographie ne peuvent empêcher les peuples de communiquer entre eux. Il y a là, en effet, un droit humain essentiel. C'est le droit de libre communication... C'est là l'argument social fondamental que l'on peut invoquer en faveur de la liberté de la haute mer ».

Un raisonnement que l'on trouve chez Rolando Quadri à propos du problème de la licéité définie par la localisation en matière spatiale soulignera l'inadéquation de la définition de catégories spatiales opposée à la continuité nécessaire de l'activité en cause. Ainsi que l'écrit en effet Rolando Quadri :

« Les seules conclusions qu'on est fondé à tirer de la pratique internationale au sujet des activités cosmiques nous paraît être que leur licéité ou illéicéité peuvent être déterminées sur la base du droit international positif préexistant, et sont indépendantes de tout critère de 'localisation' ; que le problème concernant la licéité ou l'illéicéité des activités cosmiques n'a pas un caractère 'spatial' ; que du point de vue des activités cosmiques, les espaces représentent un tout inséparable, continu, sans distinction et séparation de zones ».

« L'erreur de la doctrine, donc, comme cela a été déjà remarquée, consiste dans la croyance, à part l'idée paradoxale d'une extension de l'exclusivité étatique jusqu'à l'infini, — qu'on puisse considérer comme défendus les mouvements des engins cosmiques jusqu'à une certaine distance du sol et libres au delà de cette distance. C'est cette fausse croyance qui a déterminé tout un ensemble de tentatives dont la vanité aurait du sauter aux yeux une fois que l'ère cosmique avait pris naissance. En effet comment faire cadrer avec la pratique internationale n'importe quel critère de localisation ? » (58)

Ainsi que d'une manière plus générale le résume R. Quadri : « C'est ainsi que la catégorie de la 'souveraineté territoriale' a représenté un obstacle sérieux à la connaissance du droit international cosmique. En effet cette catégorie avait été conçue dans le temps comme ayant un caractère absolu, car d'après l'expérience du passé le pouvoir de l'État était, en fait et apparemment aussi en droit, spatialement exclusif (impénétrabilité du territoire). Cela a eu comme effet que presque toute la doctrine du droit international cosmique a prétendu résoudre les nouveaux problèmes par référence à une catégorie qui, comme nous le verrons, n'était pas la leur ; et la plu-

(57) *Op. cit.*, t. II, p. 716.

(58) *Op. cit.*, p. 553.

part des auteurs ont prétendu en fonction de la nature des choses, fixer des limites spatiales verticales à la souveraineté de l'État, au lieu de fixer des limites 'fonctionnelles' comme il le fallait » (59).

Dans son manuel de droit de l'Espace (60), Léopold Peyrefitte inscrit la prise en compte de la « nature des activités » exercées dans l'espace dans sa perspective historique. Ainsi qu'il le constate : « La souveraineté des États est difficilement transposables en dehors du globe terrestre pour régir certaines activités humaines. La souveraineté étatique est en effet rattachée à une phase de l'histoire pendant laquelle s'est opéré un partage matériel de la planète par des États en voie de formation. De nos jours, ce partage est immobilisé et dans son cadre s'opère une redistribution des compétences qui est plutôt caractérisée par un partage d'influence... Cet affaiblissement de la compétence territoriale des États à la surface de la terre rend moins exorbitante sa suppression totale dans l'espace extra-atmosphérique et sur les corps célestes. Dans ces domaines, il est évident que les États ne pourront exercer que des compétences personnelles ou fonctionnelles ».

Cette référence à une forme de fonctionnalisme nous permettra d'en venir aux conceptions de Mac Dougal et aux interrogations qu'elles ont pu soulever.

Dans la présentation qu'il donne des travaux du Pr. Mac Dougal (61), Emmanuel Langavant (62) observe que pour le professeur américain l'expression « régime de la haute mer » recouvre deux séries de dispositions. L'une a pour but de donner satisfaction au désir de tous les peuples de tirer partie des ressources offertes par l'élément marin (droits de pêche, de navigation, pose de câbles sous-marins, de pipelines). Elle se caractérise par sa dépendance des modalités techniques d'utilisation des espaces maritimes. L'autre traduit les prétentions des États susceptibles d'interférer dans les activités autorisées par les dispositions précédentes. Elle est, de ce fait, susceptible de changements dépendants de choix politiques éminemment flexibles (choix de faire des expériences nucléaires en mer, d'évacuer des déchets). L'une et l'autre peuvent entrer en contradiction.

Selon Mac Dougal pour concilier des intérêts opposés, dont chacun est conforme au droit, il ne faut plus les traiter en droits absolus, mais en droits relatifs qui doivent s'exercer dans un esprit raisonnable et mesuré (notion de reasonableness). Les modalités d'exercice de ces droits prendraient alors une importante déterminante. Reste à savoir si c'est d'« exercice modéré du droit » dont il doit être question ou d'un droit établissant des normes pour un exercice raisonnable des activités en cause ?

(59) *Op. cit.*, p. 530.

(60) *Op. cit.*, pp. 51-52.

(61) MAC DOUGAL et BURKE, *The public order of Ocean*, Yale University, 1962.

(62) *Droit de la mer*, t. II, pp. 11-12, Cujas, 1981.

Ainsi que l'observe Emmanuel Langavant on peut se demander si l'on ne pourrait pas trouver une confirmation de la thèse de M.S. Mac Dougal dans la convention de Genève sur la haute mer qui dans son article 2 dispose : « ces libertés, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international, sont exercées par tous les États en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres États ».

Il semblerait dès lors selon ces auteurs américains qu'une utilisation donnée de la haute mer pourrait être licite, sans pour autant être conforme au droit international, pour autant qu'elle reste raisonnable. La nature, la qualité de l'activité, quel que soit le lieu où celle-ci se déroule, l'emporteraient alors sur le droit lui même. On comprendra alors les réserves émises par le Professeur Langavant quant au caractère incertain, voire inquiétant d'une théorie qui ne ferait du droit international qu'« un droit 'fonctionnel' qui ne serait obligatoire que s'il est conforme aux intérêts vitaux des États ». Il souligne alors : « le raisonnement des auteurs aboutit... à dire que les États-Unis ne commettent aucun abus de droit par ce que l'activité nucléaire est raisonnable... aux yeux dudit État » (63).

L'observation du Professeur Langavant sur les travaux de Mac Dougal permettra de souligner trois choses :

- L'idée avancée au cours de ces années, 60 à propos des expériences nucléaire en mer, qu'il pouvait y avoir une opposition entre un droit définissant le statut d'un certains espace (la haute mer est libre) et l'exercice d'une activité dans cet espace déclaré libre.
- L'idée également que l'activité contraire au Droit international du moment pouvait être considérée comme licite.
- Une confusion induite par l'auteur américain entre l'« usage raisonnable d'un droit » et ce qui devrait être un « droit établissant un usage raisonnable » qui conduit à une interrogation, sur le fonctionnalisme, qui n'a pas lieu d'être.

Elles soulignent le phénomène de mutation en cours et les incertitudes qu'il provoque. Elles mesurent l'inadéquation entre un droit qui définit le statut de certains espaces et les nécessités liées à ce que, de manière très générale, on appellera le progrès.

II. — LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL EN TERMES DE RÉGIMES DES ACTIVITÉS

Après avoir étudié la dialectique espace/activités dans l'élaboration des règles de droit international, si l'on choisit, dans une perspective historique,

(63) *Op. cit.*, p. 12.

de s'attacher à ce qui serait un droit international définissant le régime d'activités, deux interrogations peuvent apparaître. L'une concerne le développement de ce droit jusqu'à nos jours et ses perspectives de développement. L'autre est celle de savoir si une analyse du Droit international en termes d'activités peut aller jusqu'à prendre en compte la notion même de souveraineté nationale.

A. — *L'histoire de la « prise en compte des activités »
dans le Droit international*

L'histoire du développement d'un Droit international prenant en compte, et élaborant, le régimes d'activités s'est développée tout d'abord dans le cadre des relations interétatiques, avant de connaître un véritable épanouissement avec l'apparition des organisations internationales.

a) *Du Jus communicationnis au statut de l'Antarctique*

Quelles qu'aient été au cours des temps les revendications que nous avons évoquées et les solutions adoptées par les États, il apparaît, dès l'origine, que ce que l'on peut considérer comme l'arrière plan social de ces débats se présente en termes d'activités. Lorsque la Hollande s'oppose à Jacques 1^{er}, en 1609, c'est de pêche qu'il s'agit. Lorsque Welwood soutient, en 1613, les revendications d'un « État côtier » c'est en avançant une notion de conservation de stocks. Grotius parle de commerce, de communication. Il s'agit chaque fois d'activités... même si, en fin de compte, la référence à ces activités est utilisée pour alimenter un débat perçu en termes de souveraineté territoriale !

Il découlera de ces observations deux éléments qui nous seront utiles pour la suite de notre analyse. L'idée de prendre en compte la notion d'activité dans l'élaboration du droit a toujours existée, même si elle ne s'est pas traduite de manière dominante dans les premières expressions données du droit international. Elle a alimenté un débat en termes d'espace jusqu'au moment où la notion d'espace et de souveraineté territoriale, a perdu de son acuité. Le moment charnière de ce phénomène est selon nous celui où a été établi le statut de l'Antarctique.

a) *Les premières expressions du droit des activités*

Présente dans l'œuvre de Francisco Vitoria, exploitée par Grotius, la notion d'un droit devant organiser le régime de certaines activités sera développée par les auteurs qui par la suite s'inspireront de leurs œuvres.

1. *Grotius et le droit de pêche*

Lorsque l'on parle de liberté des mers la référence en quelque sorte incontournable est le célèbre « *Mare Liberum* » de Grotius.

Si l'on se penche sur l'histoire de cet ouvrage avec plus d'attention, on observe alors que cette étude de circonstance fut utilisée en réalité à d'autres fins que celles auxquelles elle avait originairement été commandée. Cette particularité ne nous paraît pas indifférente. Elle nous permettra de souligner un dénominateur commun essentiel. Il s'agissait en effet dans les deux cas de trouver une solution à un problème d'activités (navigation, pêche) face à des prétentions territoriales. D'une prise de conscience d'une nécessité commune : celle d'élaborer un droit permettant sur le plan international d'organiser des activités de pêche et de communication.

La présentation que C.A. Colliard donne de cet ouvrage nous paraît en cela très significative (64) : « Ce livre avait donc été écrit à l'occasion d'un conflit entre les Hollandais et leurs anciens dominateurs espagnols dont ils avaient triomphé et ils avaient proclamé leur indépendance en 1579. Par conséquent, c'était un livre en quelque sorte anti-espagnol et anti-portugais, l'Espagne et le Portugal étant réunis sous la même couronne ». Il avait été utilisé contre les prétentions espagnoles. Or, lorsqu'est publié le chapitre « *Mare Liberum* » en 1609, il est utilisé contre les Anglais car, à cette époque, la Grande-Bretagne entend réserver à son utilisation les mers adjacentes à ses côtes, notamment la Mer du Nord ; elle se trouve donc en conflit avec les Néerlandais, pas du tout pour des problèmes de navigation, mais pour des problèmes de pêche... Ce qui est donc curieux, c'est qu'un ouvrage de circonstance, écrit pour un problème colonial au fond — la domination de la mer des Indes — ou, tout au moins une partie de cet ouvrage va être utilisée pour proclamer les droits des Hollandais à la pêche.

On remarquera ainsi qu'à l'origine du principe de la liberté de la mer se trouve déjà un principe de la liberté de la pêche, et que Grotius, à cette occasion, aura repris (inventé selon Colliard) la fameuse théorie du droit de communication de Francisco Vitoria en l'utilisant à d'autres fins que celle prévue à l'origine. Le dénominateur commun apparaît alors dans le fait qu'il s'agissait chaque fois d'opposer à une prétention territoriale un droit à l'exercice d'activités.

2. *Vitoria et le « jus communicationis »*

Vitoria a semble-t-il inventé le droit de libre communication évoqué par Grotius dans son « *Mare Liberum* ». Ainsi que l'écrit Louis Cavaré : « C'est l'argument social fondamental que l'on peut invoquer en faveur de la

(64) *Cours de Droit International Public*, Les cours de droit, 1974-1975, pp. 58-59.

liberté de la haute mer » (65). Comme le souligna de son côté T. Ortolan : « L'association, la communication des uns aux autres est une loi de la nature humaine aussi essentielle dans l'ordre moral que la respiration peut l'être dans l'ordre physique » (66).

Un siècle avant Grotius, en 1509 (67), définissant les cas de guerre juste, le dominicain espagnol avait retenu parmi ceux-ci le refus de droit de communication. Faisant de ce droit une caractéristique essentielle d'une société internationale ouverte par nature aux échanges, il en déduisait que, de cet état de choses, découlait une limitation à l'autorité de l'État. Celui-ci tenu de respecter la liberté de la mer et des fleuves, le droit d'aller et de venir (68). « Il y a, écrit Vitoria, comme résidu de la communauté générale où les hommes ont d'abord vécu, un droit de passage qui appartient à tous les hommes, il est clair que ce droit reste un droit de l'homme » (69).

« En vertu de ce droit, observe Albert de la Pradelle, il n'est pas possible, d'après l'exemple même de Francisco de Vitoria, au roi d'Espagne, de s'opposer au passage en Espagne de Français, et réciproquement au roi de France de s'opposer au passage des Espagnols. C'est un droit direct des Français vis-à-vis du roi d'Espagne ; ce n'est pas un droit du royaume de France, par rapport au royaume d'Espagne. Ainsi se trouve vidée la question de savoir si Francisco de Vitoria a favorisé la conception du Droit International comme un droit entre États, ou si, au contraire, il s'est élevé jusqu'à la notion beaucoup plus large, plus étendue, d'un droit des gens — *jus gentium* — qui pourrait avoir d'autres sujets que les États, droit qui ne serait pas basé simplement sur le respect réciproque de leur souveraineté, mais sur l'accomplissement par les communautés politiques parfaites — qui sont les États — des devoirs nécessaires pour permettre à l'humanité, qui se présente comme une chaîne de générations, d'atteindre sa destinée dernière. Or, cette destinée ne peut s'accomplir qu'en laissant à l'homme la possibilité de parcourir librement la terre. Là est le sens profond et précis de ce *jus communicationis* qu'apporte pour la première fois au Droit international la pensée véritablement humaine de Francisco de Vitoria » (70).

Grotius réutilisera ces arguments fondés sur le droit naturel en affirmant que c'est par ces échanges que se reconstituait la communauté primitive sur la terre, et en soulignant que « le droit au libre commerce international », qualifié de droit naturel des États, s'exercera par excellence sur les mers. Ainsi que le fera observer le professeur Langavant : « elles constituent des routes qui servent de trait d'union entre tous les États. Et on peut naviguer dans tous les sens, les vents soufflant tantôt d'un côté, tantôt de

(65) Cf. *op. cit.*, t. II, p. 716.

(66) « *Règles internationales et diplomatie de la mer* », t. I, p. 118.

(67) Cf. COLOMBOS, *op. cit.*, p. 47.

(68) Cf. Vitoria DE BROWN SCOTT, 1934, publié par la Fondation Carnégie, pp. 257.

(69) Cité par A. DE LA PRADELLE, in *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 1950, p. 44.

(70) A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, pp. 44-45.

l'autre. La liberté des mers est ainsi le complément nécessaire de la liberté des communications et des échanges » (71).

Cette approche d'un droit de la mer conçu comme droit de communication, puis de droit de pêche, (donc d'activités) partant de Vitoria et récupérée par Grotius sera renforcée par la reconnaissance qui en sera faite, après T. Graswinckel (72), par C. van Bynkershoek, S. Puffendorf et E. Vattel. Grâce à ces auteurs la théorie de Grotius triompha. Ainsi que le nota Louis Delbez : « Les États se rangèrent à leur avis et le principe devint une règle positive incontestée, à compter du premier quart du XIX^e siècle. Il y a là un curieux exemple d'une revendication doctrinale devenue une règle coutumière par son passage du plan rationnel sur le plan du droit positif, à la suite d'une reconnaissance tacite des États » (73). La raison en tenait peut être justement au fait que l'élaboration d'une norme, qui correspondait en réalité à la prise en compte d'activités (communication, pêche, commerce) apportait non seulement une réponse effective à des problèmes concrets mais permettait aussi de passer par dessus un débat purement théorique sur les fondements de la souveraineté sur certains espaces. Cette norme nouvelle correspondait alors à cette « magnifique raison sociale de la liberté de la mer chez Grotius » qu'évoquait en son temps Albert de la Pradelle (74).

Cette approche d'un droit international comme droit des activités pourrait être poursuivie en reprenant la théorie de l'utilité publique présentée en 1961 par Bierzanek (75). L'argument qui se fonde sur « un besoin croissant de coordination des différentes sortes d'usages de la mer » n'est en effet pas très éloigné de celui qui pose comme principe la nécessité d'organiser les activités exercées en mer à raison des besoins sociaux internationaux qui les sous tendent. D'autres auteurs, dont nous reparlerons plus loin auraient aussi leur place dans le tableau de cette évolution : Rolando Quadri (76), Georges Scelle (77). Tous traduisent la prise de conscience d'un phénomène de solidarité supérieure remettant en cause l'exclusivité des approches territoriales et de la souveraineté au profit de ce que l'on doit bien considérer comme la mise en place de régimes d'activités.

De ce phénomène la mise en place du statut de l'Antarctique nous paraît révélateur. Elle se présente comme date de référence et comme exemple de « cristallisation » de cette approche nouvelle.

(71) E. LANGAVANT, *Droit de la Mer*, t. I, p. 199.

(72) Cf. *Maris Liberi*, 1652.

(73) Cf. *Principes généraux du Droit International Public*, p. 168.

(74) *Op. cit.*, p. 85.

(75) *R.G.D.I.P.*, 1961, pp. 133.

(76) Cf. « Droit international cosmique », *R.C.A.D.I.H.*, 1959, III, pp. 509-598.

(77) Cf. « Plateau continental et droit international », *R.G.D.I.P.*, 1955, pp. 6-62.

β) *Le statut de l'Antarctique : affirmation de la priorité d'un droit « des activités » sur les revendications territoriales des États*

Jusqu'aux années cinquante, l'Antarctique était un continent peu accessible et trop inhospitalier pour que les humains puissent s'y installer. Les progrès scientifiques et techniques permirent alors non seulement de pénétrer plus facilement dans cette région, mais de meilleures communications entre ces terres et le reste du monde ont rendu possible l'établissement de bases scientifiques et, par la suite, une certaine exploitation de leurs ressources. L'année géophysique internationale (AGI), organisée entre juillet 1957 et la fin de 1958, suscita la création de nombreuses installations scientifiques et, du coup, attira l'attention du monde politique. C'est alors que furent à nouveau évoquées les anciennes revendications territoriales sur le sixième continent, et que furent envisagées plusieurs possibilités de solutions politiques.

Le règlement territorial se révélant très rapidement impossible, on allait aboutir à ce que l'on devait appeler une « internationalisation fonctionnelle » (78), mise en place par le traité de Washington du 1^{er} décembre 1959, dans laquelle nous voyons le premier établissement par voie conventionnelle d'un régime international des activités qui écarte de la façon la plus claire l'approche d'un droit international conçu en termes d'espaces. Ainsi que l'écrivit R.J. Dupuy, « les nécessités du travail scientifique avaient mis en sommeil les problèmes territoriaux » (79)... L'AGI avait donné l'exemple de ce qui se présentait comme une solution possible à la question de l'Antarctique, pour autant que l'on pérennise en droit ce qu'elle avait permis dans les faits.

L'idée, pour autant n'était pas totalement nouvelle. Sur le plan doctrinal Wilfred C. Jenks l'avait déjà envisagée (80), les faits en révélaient la pertinence. Ainsi que le souligna en effet R.J. Dupuy si « le territorial tient l'international en l'état. Cette antinomie cesse... lorsque le droit international détermine les facultés juridiques des sujets de droit, sans références au territoire et uniquement en termes fonctionnels » (81).

Le statut juridique mis en place par le traité de Washington repose, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement sur deux choses : le gel des revendications territoriales et la mise en place d'un régime des activités qui se substituera à la compétence territoriale des États. Ainsi, après avoir rappelé de manière spécifique, dans son préambule, « qu'il est de l'intérêt de l'humanité toute entière que l'Antarctique soit à jamais réservé aux seules activités pacifiques... et souligné dans son article 1^{er} que 'seules les activités

(78) Cf. C.A. Kiss, *R.C.A.D.I.H.*, 1982, II, p. 137.

(79) *Op. cit.*, p. 113.

(80) Cf. « An international regime for Antarctica », *International Affairs*, vol. 32, 1956, pp. 414-426.

(81) Cf. *op. cit.*, p. 113.

pacifiques sont autorisées dans l'Antarctique', le traité entreprendra-t-il de définir les modalités d'exercice et de contrôle de ces activités ».

Il sera particulièrement précis notamment pour ce qui est de la recherche scientifique et la coopération dans ce domaine (art. 3), l'utilisation de l'énergie nucléaire et l'élimination des déchets radioactifs (art. 5), enfin pour le contrôle de l'exercice de ces activités (82) prévues aux articles 7 et 10. Le statut qui sera reconnu aux observateurs (art. 8) permettra de mesurer, s'il en est besoin ce que R.J. Dupuy appellera « l'oubli systématique de l'aspect territorial des problèmes de l'Antarctique » (83).

Il sera intéressant de souligner également l'intérêt particulier que pourra avoir pour notre thèse la formulation de l'art. 4 § 2 du traité. Ce n'est pas d'« oubli » qu'il s'agit mais bien de substitution d'un régime des activités à un statut des espaces lorsque l'on stipule : « aucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté dans l'Antarctique, ni ne créera de droits de souveraineté dans cette région » (84).

Les conceptions adoptées par les auteurs du statut de l'Antarctique, le régime des activités mis en place, allaient se retrouver quelques années plus tard dans le traité sur l'Espace extra-atmosphérique, du 27 janvier 1967, et l'accord « régissant les activités sur la Lune » du 18 décembre 1979.

Au moment où se mettait en place le statut de l'Antarctique, certains auteurs, observèrent que le régime instauré tendait à favoriser un certain groupe d'États, que derrière un discours fonctionnaliste installait un régime juridique international à deux vitesses. R.J. Dupuy parla d'une « aristocratie conventionnelle », de condominium (85), en écartant l'idée d'accord régional défendue par Robert D. Hayton (86). À la même époque se mettait en place un droit régional particulier, reposant aussi sur une forte philosophie fonctionnaliste, dont le caractère international allait être aussi discuté : le premier des droits communautaires, le droit communautaire euro-

(82) Les parties consultatives, par la suite, ont au cours de quinze réunions ordinaires adopté près de deux cents recommandations qui constituent une sorte de législation dérivée touchant toutes les activités exercées dans l'Antarctique, du tourisme à la philatélie. Elles ont de plus conclu, outre la convention de Wellington de 1988, deux grandes conventions, l'une prohibant la chasse aux phoques (Londres, 1^{er} juin 1972), l'autre concernant la faune et la flore et permettant une gestion commune des ressources halieutiques de mers australes (Canberra, 20 mai 1980).

(83) Cf. *op. cit.*, p. 132.

(84) Sans doute ne manquera-t-on pas de faire remarquer que le § 1 de ce même article insiste sur le fait que le traité ne peut être interprété comme une renonciation à ses droits de souveraineté, mais après le renouvellement, opéré par le traité de Madrid, pour cinquante ans du gel des revendications territoriales, on peut se demander si au bout de 80 ans, la pratique ayant été ce qu'elle est, si ces revendications auront encore un sens. Et ceci d'autant plus que l'art. 4 § 2 ne permettra pas d'évoquer l'exercice d'activités pour consolider le titre territorial évoqué !

(85) *Op. cit.*, p. 118.

(86) Cf. « The Antarctic Settlement », *A.J.I.L.*, avril 1960, p. 368. Pour R.J. Dupuy il ne peut être question de parler d'accord régional dans la mesure où les parties intéressées ne relèvent pas de la même région géographique.

péen. Il avait aussi l'originalité d'installer, à grande échelle cette fois, un droit organisant le régime d'activités qui aurait pour particularité de chasser des relations entre ses membres le droit international conçu en termes d'espaces. Ce phénomène s'inscrivait dans un mouvement d'évolution du droit. Il était lié au développement des organisations internationales.

b) *L'épanouissement de droits conçus en termes d'activités dans le cadre d'organisations internationales*

L'« épanouissement » dont il sera question ici peut s'analyser en un double phénomène : au premier degré comme celui d'un droit des activités se développant dans le cadre des organisations internationales classiques ; au deuxième degré comme un phénomène particulier à certaines organisations régionales dans lesquelles on verra ce droit nouveau « chasser » véritablement le droit international des relations qui pouvaient exister auparavant entre leurs États membres. Ce phénomène pourra être particulièrement mis en évidence à travers l'étude des Communautés européennes.

a) *La remise en cause des souverainetés et les approches fonctionnalistes dans le cadre des organisations internationales*

Ainsi que le rappelle Marie-Claude Smouts (87), deux grandes tendances partagent l'analyse des organisations internationales depuis l'entre-deux-guerres. L'une met l'accent sur les questions de sécurité, les phénomènes de puissance et le rôle des États. L'autre s'intéresse à la coopération technique, aux besoins économiques et sociaux, aux aspirations des populations. Elles ont opposé « réalistes » et « idéalistes » dans les années 1930-1940, puis « réalistes » (88) et « fonctionnalistes » dans les années 1950-1960.

Sans revenir aux origines du fonctionnalisme, l'expression qu'en donne son principal représentant, David Mitrany (89), nous paraît particulièrement éclairante (90). La science des relations internationale explique peut être là ce que le juriste est amené à constater au niveau de l'élaboration du droit. Ainsi que le rappelle en effet Marie-Claude Smouts (91) : « D. Mitrany ne pose pas la question de la forme idéale de la société internationale, il s'interroge sur les fonctions essentielles de celle-ci. Il ne part pas de l'intérêt des États, mais des besoins de leurs populations. Que l'on identifie les problèmes devant être résolus pour assurer les besoins de la vie quoti-

(87) On pourra sur ce point se référer à son ouvrage : *« Les organisations internationales »*, Armand Colin, 1995.

(88) Représentés notamment par Hans Morgenthau (*« Politics among Nations »*, 1948), R. KEOHANE, Stanley HOFFMANN (*« After the Cold War »*, Harvard University Press, 1993).

(89) Cf. *A Working Peace System*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1943.

(90) Le lecteur ne manquera pas de remarquer combien en ce domaine la science des relations internationales recoupe les observations faites par Georges Scelle que nous avons évoqué précédemment et sur lesquelles il nous sera donné de revenir.

(91) *Op. cit.*, p. 24.

dienne — transports, santé, communications, alimentation, développement industriel, etc. —, que le jeu des interdépendances et des interactions se déroule librement à ses différents niveaux, certaines activités seront organisées par les pouvoirs publics, d'autres par des acteurs privés, d'autres par une association du public et du privé ; certaines se feront sur une base régionale, d'autres à l'échelle continentale ou planétaire ». L'organisation du pouvoir ne se fera plus sur une base territoriale, mais variera selon le type d'activité : « Chaque fois, la nature et l'étendue du problème détermineront la forme adéquate de l'institution ».

Les hypothèses de D. Mitrany sur les fonctions de la société internationales ont-elles été entièrement vérifiées ? Si au niveau de la sociologie des organisations internationales ou de la science des relations internationales le débat est semble-t-il encore ouvert (92), on ne peut s'empêcher de remarquer la singulière convergence de ces observations avec celles que nous avons pu faire sur l'évolution du droit. Pour ce qui est des organisations dans lesquelles il sera possible de relever l'affirmation prééminente d'une approche en termes d'activités, il suffira d'en citer quelques exemples : OIT, FAO, OMS, BIRD, OACI, UIT, OMI, ONUDI, OMC, etc... Leur nom suffit à nous éclairer. C'est bien d'activités dont il est question, et de régimes mis en place pour l'travail, l'alimentation, la navigation, le commerce etc...

Ce phénomène prendra une ampleur spécifique avec le développement en Europe du système communautaire.

β) *L'apparition d'un droit transnational nouveau « chassant » le droit international des relations entre les États*

Le développement des communautés européennes, en dehors même du fait qu'il présentera un modèle institutionnel reposant largement sur des conceptions fonctionnalistes, aboutira à la mise en place d'un ordonnancement juridique qui conduira à poser une interrogation sur la nature du droit ainsi révélé. Or ce droit, dont on a dit qu'il était « *sui generis* », apparaît comme un droit qui tend très largement à organiser des régimes d'activités et s'applique dans des espaces géographiques qui ne correspondent plus à l'alternative classique « national ou international »...

Toutes précautions prises quand à la nécessité qu'il peut y avoir à nuancer les analyses en ce domaine, il est possible d'affirmer en effet de manière

(92) Ainsi que le souligne M.-C. Smouts pour D. Mitrany, cette extension inéluctable de la coopération fonctionnelle n'aura pas seulement pour effet d'accroître le bien-être des populations, elle limitera aussi les risques de guerre... conviction que l'on retrouvera chez Jean Monnet, Robert Schuman et Konrad Adenauer lorsqu'ils lanceront la CECA.

générale que la prise en compte de la dimension fonctionnaliste (93) est essentielle pour la compréhension de l'évolution du phénomène communautaire. Ainsi que le souligne, par exemple, Jean-Claude Gautron : « l'analyse fonctionnaliste éclaire certains développements communautaires : la politique agricole commune, la contagion des politiques communes, les liens entre politiques internes et politiques externes, les techniques de la Commission et de la Cour de Justice » (94).

Pour ce qui est, dans ce cadre, de l'approche en termes d'organisation du régime d'activités, elle apparaît à différents niveaux. Dans le traité lui-même tout d'abord qui pose les principes de liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, et de ce fait définit des régimes d'activités. Dans la mise en œuvre des politiques communautaires ensuite : politique agricole commune, politique des pêches, politique commerciale, politique des transports, politique industrielle, énergétique, recherche et développement, etc...

Le libellé de nombreux règlements témoigne de cette approche spécifique. Ainsi par exemple, dès 1970, le premier règlement « pêche » (95) pouvait-il disposer : « En vue de promouvoir le développement harmonieux et équilibré du secteur de la pêche au sein de l'activité économique générale et de favoriser l'exploitation rationnelle des ressources biologiques de la mer et des eaux intérieures, il est établi un régime commun pour l'exercice de la pêche dans les eaux maritimes ainsi que des mesures spécifiques en vue d'actions appropriées et de coordonner des politiques de structure des États membres dans ce secteur ». Il serait possible de multiplier des exemples de ce type à l'infini.

La spécificité de cette approche communautaire dans le contexte international qui existait au moment de la création de la CECA, puis de la CEE, allait conduire de nombreux observateurs de la chose juridique à s'interroger sur la nature du droit que les communautés secrétaient par rapport à la division traditionnelle de l'ordonnancement juridique entre droit international et droit interne. Concluant sur son caractère « sui générus » (96), ils omirent peut être d'y voir plus simplement l'annonce d'un processus original de création d'un droit international nouveau, sur une base régionale et fonctionnelle, pouvant conduire à une consécration réaffirmée de la primauté d'un droit international fondé sur la prise en compte d'activités intéressant non seulement les États mais encore les destinataires de ce

(93) Voir « neo-fonctionnaliste ». Nous n'entrerons pas ici dans ce débat pour ne retenir que l'idée générale d'approche fonctionnaliste. Nous cherchons davantage en effet à mettre en évidence ce qui nous apparaît comme des tendances ou des dynamiques dans l'évolution des conceptions du droit international qu'à faire une étude exhaustive qui dépasserait largement le cadre d'un article.

(94) Cf. « *Droit Européen* », Dalloz, p. 12.

(95) *Règlement CEE 2141/70 du Conseil*, du 20/10/1970, *J.O.C.E.* du 27/10/70, L. 236, p. 5.

(96) Cf. les développements consacrés par Guy ISAAC in « *Droit communautaire général* », Dalloz, 1990, pp. 301-305.

droit : les gens. Si le caractère résolument novateur des Communautés pouvait à l'origine expliquer ce que l'on peut considérer comme une erreur d'appréciation (97), la multiplication par la suite de « systèmes communautaires » permettra de replacer ce phénomène dans une plus juste perspective.

Le plus curieux, à cet égard rappelons le, est que la Cour de Justice des Communautés Européennes, à l'origine (98), dans un de ses arrêts fondateurs les plus célèbres l'avait elle-même proclamé en affirmant que la Communauté constituait un « nouvel ordre juridique international... dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (99).

Le changement de formulation qu'elle opérera par la suite nous paraît alors pouvoir être compris non pas nécessairement comme un désaveu de sa première analyse que comme une adaptation souple aux évolutions d'une institution en formation. La circonspection d'un juge aura peut être ainsi valu à l'arrêt Costa, au moins sur ce plan, une fortune en partie usurpée (100). Or en la matière les circonstances ont changées. On ne peut plus raisonnablement considérer sur le plan institutionnel, comme sur celui du droit communautaire, que les Communautés de 1996 sont les mêmes que celles de 1963. Le débat sur le supranational s'éloignant, la théorie internationaliste pourrait dès lors retrouver de son actualité pour autant qu'elle soit conçue sur une base nouvelle : celle d'un ordonnancement juridique international se reconstruisant à partir des principes que nous tentons de souligner. Elle se trouvera confirmée, selon nous, non seulement par l'étude de l'évolution du droit des communautés européennes, mais encore par la prise en considération de l'apparition de « droits communautaires nouveaux » sur d'autres continents.

1. *La place spéciale du droit communautaire européen entre le droit international et le droit des États membres*

En conclusion de son manuel de droit communautaire général (101) Guy Isaac souligne qu'il s'avère pratiquement impossible de qualifier les Com-

(97) Nous pensons ainsi que l'affirma Louis Dubouis que la différence entre les communautés européennes et les autres organisations internationales « n'est que de degré », le système communautaire étant moins novateur que fait de « l'accumulation à (son) profit des techniques les plus avancées qui ne sont retenues qu'isolément et avec la plus grande prudence dans les autres organisations internationales » (in « Régionalisme et universalisme dans le Droit International contemporain », *Colloque SFDI*, Bordeaux, 1976, p. 271).

(98) Même si elle abandonna rapidement la mention « de droit international » pour se contenter d'y voir un ordre juridique « propre ».

(99) Arrêt du 5 février 1963, *Van Gend et Loos*, Dalloz 1963, p. 621.

(100) On pourra sur ce point se référer, en s'interrogeant, à la contribution de Robert Lecourt aux *Mélanges Boulouis* (1991, pp. 349-361) : « Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ».

(101) *Op. cit.*, p. 303.

munautés Européennes si on se borne à tenter de les faire entrer dans une des catégories traditionnelles des regroupement d'États. L'observation est transposable au droit communautaire lui même. Pour autant cependant que l'on accepte de mettre de côté le débat classique sur la vérification de l'appartenance du droit communautaire à un droit de type fédéral ou à un droit international confédéral, et que l'on essaie de retenir les constantes que nous offre l'observation de l'ordonnancement juridique communautaire, deux points pourront être soulignés.

Le premier relève d'une observation dans le temps des relations juridiques existant entre les États membres avant et après la mise en place du système communautaire. Il est alors aisé d'observer que ce que l'on appelle « droit communautaire » a dans de nombreux domaines « chassé » le droit international non seulement des relations qui auparavant s'établissaient entre les États membres, mais encore de celles qui pouvaient exister entre ceux-ci et des tiers.

La démonstration de ce phénomène pourra être faite assez facilement à partir de l'exemple concret de la réorganisation du secteur de la pêche dans le cadre communautaire. Dans la phase pré-communautaire des accords internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, régissent dans ce domaine les relations entre les futurs États membres. Dans la phase communautaire ces accords cederont peu à peu la place à la réglementation communautaire. La mise en place de la politique commune des pêche consacrer ce phénomène : là où s'exerçait le droit des relations interétatiques règnera désormais le droit communautaire.

L'aboutissement de ce processus sera d'une certaine manière explicitement constaté par la Cour de Justice des Communautés à l'occasion de l'arrêt *Kramer* (102) où elle affirmera cette substitution non seulement dans ce que l'on peut appeler l'« espace géographique communautaire », mais au delà : en haute mer. La Cour dispose expressément : « attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la Communauté dispose, sur le plan interne, du pouvoir de prendre toute mesure tendant à la conservation des ressources biologiques de la mer, ... qu'il convient de préciser que, si l'article 5 du règlement n° 2141/70 n'est applicable qu'à une zone de pêche limitée, il résulte cependant de l'article 102 de l'acte d'adhésion, de l'article 1 dudit règlement et d'ailleurs de la nature même des choses que la compétence réglementaire *ratione materiae* de la Communauté s'étend également — dans la mesure où une compétence analogue appartient aux États, en vertu du droit international public — à la pêche en haute mer » (103).

(102) *C.J.C.E.*, 14/7/1976, aff. jtes 3, 4, et 6/76, *Rec.*, 754).

(103) Arrêt *Kramer*, *Rec.*, pp. 1310-1311.

La Cour en profitera alors pour affirmer aussi sa compétence dans ce domaine sur les relations avec les pays tiers. Dans l'arrêt *Kramer*, la Cour considère en effet que l'exercice de la pêche à l'intérieur de la limite des 200 milles nautiques, et même au delà, est soumis à la politique commune de la Communauté en matière de pêche, que celle-ci relève de la politique agricole commune, et que par conséquent la Communauté est apte à conclure des accords de pêche en se référant à l'article 43. Dans la pratique, le premier accord externe conclu sur la base de la jurisprudence de la Cour sera l'accord de pêche entre la CEE et les États-Unis du 15 février 1977 (104), bientôt suivi de beaucoup d'autres.

Pour ce qui est, de façon plus générale, de la substitution de la compétence communautaire à la compétence des États membres à l'égard des tiers il suffira d'évoquer non seulement les articles 113, 130 (M, R, Y), 238 du traité CE, mais encore les jurisprudences extensives de la Cour de Justice des Communautés dans des affaires telles que l'affaire AETER (105), confirmées par l'avis 1/76 (106).

2. Les évolutions récentes du droit communautaire européen et les « droits communautaires » nouveaux

La réalité de ce phénomène de substitution du droit communautaire au droit international a contribué naturellement à nourrir le débat sur la place du droit communautaire par rapport au droit international et par rapport au droit interne. Il a fourni des éléments à l'interrogation sur la nature juridique du droit communautaire. Pour avoir été particulièrement abondant et paraître relever du pont aux ânes ce débat, loin d'être clos, rebondit à chaque évolution des Communautés.

Si, au cours des années 1960 les caractéristiques des communautés ont conduit à considérer le droit communautaire comme un droit spécifique qui, en raison de sa nature propre, pouvait être qualifié de « sui generis », il est absolument certain qu'en 1996 ces caractéristiques ne sont plus les mêmes et que l'expression « *sui generis* » ne saurait recouvrir la même réalité. Peut-on dès lors continuer en 1996 à évoquer cet « ordre juridique propre » dont parlait l'arrêt *Costa* (107), en 1964, comme s'il recouvrait le même contenu, la même réalité juridique, alors qu'entre temps les communautés sont passées à 6, à 9, à 12, à 15 et demain à 20 ?

Ainsi que l'écrivit Prodromos D. Dagtoglou (108), tenant compte de trente ans d'expérience communautaire : « La détermination de la nature de

(104) J.O.C.E., n° L 141 du 9/6/1977.

(105) C.J.C.E., 31/3/1971, *Com. c/ Conseil*, aff. 22/70, *Rec.*, 263.

(106) C.J.C.E., 26/4/1977, *Rec.*, 754.

(107) C.J.C.E., 15/7/1964, *Costa*, aff. 6/64, *Rec.*, 1141.

(108) « La nature juridique de la Communauté européenne », in *Trente ans de Droit communautaire*, Commission des communautés Européennes, Collection perspectives européennes, p. 35.

la Communauté revêt non seulement un caractère juridique, mais aussi et par excellence un caractère politique, même dans le cas, du reste fréquent, où elle s'effectue sans prévention d'ordre politique. Et alors qu'elle ne peut correspondre qu'à la compréhension de la situation et de la structure existante, ainsi que de l'orientation de la Communauté, elle influe sur le mode et le rythme de l'évolution de celle-ci et doit donc combiner diagnose et perspective. C'est d'ailleurs pourquoi les différentes théories concernant la nature de la Communauté reflètent et déterminent en même temps le climat politique et les perspectives politiques de l'époque au cours de laquelle elles ont été formulées. La compréhension politique et la compréhension juridique de la Communauté vont nécessairement de pair ».

Dans cet état d'esprit il sera peut être possible de dire que si, dans un premier temps, il a pu paraître envisageable de voir dans le caractère propre du droit communautaire les éléments spécifiques d'un droit en évolution vers les structures fédérales d'hypothétiques « États-Unis d'Europe » — analyse qui ne dérangeait pas beaucoup au fond la « summa divisio 'Droit International-droits internes' » (109) —, l'évolution des communautés, leurs élargissements successifs, ne permettent plus de se satisfaire d'une telle analyse. L'augmentation constante du nombre des États membres, les perspectives d'élargissements annoncées renouvellent les conditions du débat sur leur nature juridique... et la facilité offerte par le « *sui generis* » ne saurait donner satisfaction (110).

D'un autre côté, si l'illusion d'un droit communautaire européen à vocation fédérale se dissipe peu à peu au profit d'une conception régionale et diluée de l'organisation, l'apparition sur d'autres continents de droits régionaux plus ou moins « communautaires » (111), qui dès l'origine ne prétendent pas à cet avenir d'intégration extrême dont pouvaient rêver les pères de l'Europe, conforte notre analyse. Ces organisations apportent — par leur création et la plus grande modestie de leurs ambitions — une confirmation du phénomène que nous prétendons pouvoir observer : le renouveau sur des bases fonctionalistes et régionales d'un droit international qui tend à établir

(109) Le concept de « tension » présenté par Vlad Constantinesco pouvait apporter une sorte de satisfaction aux classiques en laissant supposer qu'à terme, au moins historiquement, on avait des chances de revenir soit au Droit international soit au droit interne : « exprimée en termes dynamiques... la nature des Communautés paraît bien être une tension entre l'ordre interne fédéral (point d'arrivée ultime de la construction communautaire ? et l'ordre international (point de départ — et peut être d'arrêt — de cette même construction) ». « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 100.

(110) On pourra sur ce point à l'article de Louis DUBOIS, « Peut-on gouverner à douze », *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 117.

(111) Les confusions sémantiques que l'on peut observer dans le discours relatif à ces organisations nouvelles entre « marché commun », « zone de libre échange », « union douanière », « intégration économique », nous paraissent significatives d'une évolution vers ce qui peut apparaître comme un « communautaire dilué » et vers plus d'international dans ces structures nouvelles. Ces confusions auraient été inimaginables dans les années 60 dans la mesure où ces notions étaient alors l'enjeu même du débat politique.

des régimes d'activités appropriés aux besoins et aux nécessités des régions ou sous-régions en cause (112).

Si le rêve du Président Johnson, en 1967 à Punta del Este, d'un Marché Commun interaméricain qui irait « de la Terre de Feu à l'Alaska » (et qui devait être opérationnel en 1985) ne s'est pas réalisé, les tentatives d'organisation régionale sur le continent américain sont partout observables : Pacte Amazonien, Pacte Andin, CARICOM (113), ALESA (114), ALADI (115), MERCOSUR (116), MCCA (117), ALENA (118)... Le « Sommet des Amériques », tenu à Miami en décembre 1994, réunissant 34 États américains, confirme cette tendance. Le phénomène sera également observable à des degrés divers sur d'autres continents et sous régions : CEAO (119), CEDEAO (120), Conseil de l'Entente, Communauté Est Africaine, pour l'Afrique, projet AFTA (121) en Asie, etc... L'apparition de ces institutions nouvelles, leurs caractéristiques, permettent selon nous de proposer une interprétation nouvelle des phénomènes communautaires.

Si l'on a pu dans un premier temps observer, comme l'a fait Guy Isaac à propos des Communautés Européennes, que « battant inévitablement en brèche l'exclusivisme territorial, 'noyau dur' de la souveraineté des États, l'organisation... met, au moins partiellement en cause la structure de la société interétatique, conduit à un 'réaménagement des souverainetés' et entraîne donc le rejet de la conception traditionnelle de l'indivisibilité de la souveraineté » (122), le temps n'a pas manqué de jouer son rôle. L'évolution de la Communauté Européenne et des autres communautés apparaissant de par le monde permet d'avancer l'idée que le débat n'est peut être plus de savoir s'il s'agit là d'international ou de supranational, de suggérer « que des espèces nouvelles peuvent apparaître dans le genre des regroupements d'États et que certaines structures politiques peuvent avoir quitté la zone de l'international sans entrer pour autant dans la zone de l'étatique » (123), mais de se demander si l'on n'est pas en train d'assister à une transformation du droit international ?

(112) Cf. F. BORELLA, « Modèles européens et organisations économiques internationales », *Colloque SFDI, Nancy 1981*, pp. 34 et s.

(113) Caribbean Community, 1973.

(114) Zone Sud Américaine de Libre Echange. Projet.

(115) Association Latino-Américaine d'intégration, 1980.

(116) Marché commun du cône Sud, 1991.

(117) Marché commun centre américain, 1960.

(118) Accord de Libre échange Nord Américain. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, pour éliminer à terme toutes les restrictions sur le commerce et l'investissement. S'accompagne d'accords annexes en matière d'environnement, de droit du travail, et envisage son élargissement au Chili.

(119) Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest, 1977.

(120) Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest, 1977.

(121) Asian Free Trade Area, dans le cadre de l'ASEAN.

(122) *Op. cit.*, p. 304.

(123) *Op. cit.*, p. 304.

Car si les débats précédents pouvaient avoir un sens au moment où les Communautés Européennes dans un contexte historique donné — à six — représentaient le seul modèle d'organisation de ce type, ils ne sont plus fondés lorsque l'on assiste à une floraison d'organisations plus ou moins mutantes, et que la Communauté Européenne elle-même n'a plus rien à voir avec ce qu'elle était il y a quarante ans. Le problème n'est par conséquent peut être pas de définir et de situer un droit *sui generis* mais d'observer comment, à travers son exemple, se modifie le droit international dans son ensemble (124).

La réponse aux interrogations que nous avons évoquée se trouvera par conséquent non pas dans la constatation de la naissance, jour après jour, de nouvelles organisations plus ou moins supranationales, différentes des organisations classiques, mais dans l'observation d'une évolution de la nature même du droit international passant d'un droit des relations interétatiques à ce qui est peut être le droit des gens (125) annoncé par Georges Scelle. La clef du phénomène résidera pour nous dans le passage observable d'un droit des espaces, et des États, à un droit prenant en compte des activités dont il définira le régime au nom de la communauté et de ses besoins.

La relecture des phrases célèbres de l'Avis consultatif du 11 avril 1949 sera alors particulièrement éclairante : « Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États » (126).

B. — *L'analyse du droit international public en termes d'activités*

En 1509 Francisco de Vitoria évoquait la notion de « *jus communicatio-nis* ». En 1996 le concept de cyberspace, d'espace virtuel, à travers les pro-

(124) On pourra sur ce point se référer avec intérêt à la contribution d'Yves Daudet aux *Mélanges Boulouis* (1991, pp. 97-112) : « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? ».

(125) Les possibilités ouvertes aux individus, par le droit communautaire européen, d'agir devant la Cour de Justice des Communautés, trouveraient alors toute leur justification : les individus, comme les États, apparaîtraient comme des sujets du droit international. C'est ce que disait l'arrêt *Van Gend* et, bien avant lui, Georges Scelle.

(126) *C.I.J., Rec.*, 1949, p. 178.

blèmes multiples qu'il soulève (127), interpelle les juristes (128) tout en soulignant le caractère de plus en plus obsolète d'un droit se définissant en termes d'espaces. Se caractérisant par l'instantanéité dans le temps et comme un domaine d'activités pures, la notion de cyberspace semble devoir conduire à son tour à la mise en place d'un « *jus communicationis* » nouveau qui pour l'instant échappe totalement au contrôle des États. Or, par nature cette fois, ce droit ne pourra être qu'un droit des activités, l'espace n'étant plus désormais dans ce domaine que virtuel.

De Vitoria à « Internet », l'exemple fourni par l'affirmation progressive d'un « *jus communicationis* », droit établissant le régime d'activités, en soulignant ce que l'on peut analyser comme un recul de l'État territorial, viendrait — il confirmer les hypothèses de Georges Scelle en ramenant sur le devant de la scène les destinataires du droit international les gens ? Au nom des intérêts communs de l'humanité ? Au nom d'une appartenance à un cercle de solidarité supérieur aux États ? Il suffira de se rappeler les mots d'Albert de la Pradelle, dans son analyse de la pensée de Vitoria, sur le « *jus communicationis* » — droit des individus et l'accomplissement par l'humanité de sa « destinée dernière » (129), pour mesurer à quel point dans le temps les conceptions semblent se rapprocher.

Une telle conception serait-elle pour autant possible ? Si la réponse à cette question nous paraît positive, la réalité d'un droit international en pleine mutation pourrait suggérer que cette conception soit déjà dépassée au moment où d'aucuns envisagent, par exemple, que la Nature pourrait elle-même se voir reconnaître la qualité de « sujet de droit ».

a) Rolando Quadri et l'analyse du droit en termes d'activités

Rolando Quadri, dans le cours qu'il dispensa en 1959 à l'Académie de droit international de La Haye, sur le Droit International Cosmique, en arriva à la conclusion que la notion de souveraineté territoriale, élément essentiel de l'ordonnancement juridique international, ne pouvait plus être retenue dans son acception « spatiale », mais devait être appréhendée en

(127) On pourra sur ce point se référer à l'ouvrage de Dominique NORA, *Les conquérants du cybermonde*, Calmann-Levy, 1995, notamment pp. 89-90, et le numéro du 21 août 1995 de l'hebdomadaire « *Time* » consacré à la « Cyber War ». La notion de « Pearl Harbor électronique », en venant sur le plan stratégique rééquilibrer les « chances » des David face aux Goliath, accentuant les situations de risque dans ce domaine !

(128) On prendra conscience de l'incidence possible de la technique sur le droit en ce domaine en observant, ainsi que l'écrivit Luc Lampière (*Libération*, 31/12/1996) : « c'est précisément là (= accès direct toujours possible avec un logiciel *ad hoc*) le casse-tête que l'internet représente pour tous les censeurs de la planète : malgré toutes les législations nationales qui pourront être mises en place pour en limiter le développement, il semble que personne n'ait trouvé le moyen imparable de bloquer la diffusion des informations circulant sur le réseau sous forme d'une succession numérique de 0 et de 1. Et, à ce jour, c'est toujours la parade la plus formidable jamais inventée face à la censure ». Ce à quoi l'on pourra ajouter aussi, hélas, la porte ouverte aux possibilités de propagandes, manipulations, subversions, formes diverses de terrorisme etc...

(129) Cf. texte sur note (76).

termes « fonctionnels ». Il affirmait alors que son fondement doit se trouver dans l'effectivité, l'analysait en possibilité de « contrôler toutes les activités », et le situait par rapport au droit international en soulignant que celui-ci reconnaît et protège l'activité gouvernementale.

Le raisonnement de Rolando Quadri est à cet égard particulièrement éclairant. Il permet de mesurer le décalage pouvant exister entre l'approche territoriale, dominante à l'époque, et la constatation de la nécessité nouvelle d'aborder le droit international en termes d'activités. Après avoir constaté qu'il fallait « choisir entre une conception 'spatiale' et une conception 'fonctionnelle' de la souveraineté territoriale et ne pas transiger entre ces deux conceptions », il interroge : « quel est donc l'essence et la nature de la souveraineté territoriale ? Quel est son fondement et son but ? » (130).

Les réponses qu'il apportera remettront en cause les théories classiques sur les relations pouvant exister entre l'État et son territoire. Il définira ensuite la souveraineté en termes de régime d'activités : en y voyant la possibilité d'exercer effectivement l'activité étatique. Nous observerons la distanciation qu'il adopte à l'égard de la théorie du « territoire objet », avant de retenir l'analyse qu'il donne de la souveraineté en termes d'activités.

α) La distanciation par rapport à la « théorie du territoire objet »

Ainsi que l'écrit cet auteur : « Contrairement à l'opinion qui régnait en Italie sans contestation, écrivait Rolando Quadri, nous avons soutenu depuis une vingtaine d'années que la souveraineté territoriale n'est pas un droit réel de propriété ou autre ayant pour fonction d'assurer à l'État la jouissance d'un espace et de ce qui s'y trouve ; nous avons donc écarté l'idée que le territoire soit conçu par le droit international comme l'objet d'un droit subjectif de jouissance, comme une 'chose' » (131).

Il poursuit alors : « Ayant écarté toute représentation de nature patrimonialiste des rapports internationaux concernant ce que l'on appelle la souveraineté territoriale, nous avons identifié cette catégorie par l'idée de 'pouvoir gouvernemental' (« potesta di governo nel senso del diritto internazionale ») (132). Il définit alors la souveraineté territoriale en termes d'activités.

β) La définition de la souveraineté en termes d'activités

Définissant la souveraineté comme un régime d'activités spécifiques (gouvernementales), Rolando Quadri, retrouvera la notion de régime d'activités dans les rapports pouvant exister, en termes de compétences, entre l'État souverain et le droit international.

(130) *Op. cit.*, p. 557.

(131) *Op. cit.*, p. 557.

(132) *Op. cit.*, p. 557.

1. *Les termes de la définition*

« La souveraineté territoriale n'est pour nous que le droit qu'à l'État d'exiger que les autres États s'abstiennent d'interférer dans l'exercice qu'il fait de son pouvoir de gouverner. Cette abstention consiste à ne pas exercer des activités matérielles, coercitives ou autres dans certaines limites spatiales, mais l'espace ne vient ici en relief que comme une 'modalité' de la protection d'un droit qui n'a pas pour objet l'espace » (133).

Un exemple le soulignera : « L'exclusivité étatique même en ce qui concerne la mer territoriale et les espaces au dessus et au dessous du sol concerne seulement la possibilité de gouverner, de contrôler toutes les activités qui ont lieu sans en être empêché par les autres États » (134).

Ces éléments de définition donnés par Rolando Quadri, définissent la souveraineté territoriale comme un régime (abstention pour les uns, exercice pour les autres) d'activités (matérielles, coercitives ou autres) qui n'a pas pour objet l'espace. Le fondement en sera l'effectivité.

2. *Les rapports entre l'État souverain et le droit international en termes d'activités*

Un certain nombre de propositions nous permettra de situer non seulement l'activité gouvernementale par rapport au droit international, mais encore de comprendre que certaines activités, par nature, impliqueront sur le plan international que soit reconnu un rôle spécial à certains États. Cela traduira et mesurera la reconnaissance en droit international de la notion de « régime des activités » dans la répartition des compétences entre le Droit international et les États.

Ainsi si, selon Rolando Quadri, « Le droit international protège l'exercice de l'activité gouvernementale dans la mesure où une structure sociale à réussi à s'affirmer en fait comme décisive pour une communauté humaine ». Il soulignera aussi d'un autre côté, que certaines activités, par nature, par ce qu'incoercibles, ne seront pas susceptibles de relever de l'activité gouvernementale de tous les États à raison d'une classique « souveraineté territoriale » de chacun, mais d'un seul État (par exemple l'État de lancement dans le domaine cosmique) à raison de la nature même de l'activité en cause. Cela suppose une nouvelle approche du Droit International et une nouvelle répartition des compétences « à raison des activités ».

Les activités n'étant pas les mêmes, le régime qui leur sera applicable devra être chaque fois adapté, ce qui pourra aussi impliquer que les sujets du droit international, les États entre autres, pourront s'y voir reconnaître des compétences variables. On retrouvera là, d'une certaine manière, l'idée

(133) *Op. cit.*, p. 557.

(134) *Op. cit.*, p. 558.

qui se trouvait exprimée dans l'avis du 11 avril 1949. Rolando Quadri en fournit une démonstration pour ce qui est des activités cosmiques. Ainsi qu'il le souligne dans son cours :

« Les activités cosmiques ne peuvent pas constituer l'objet de l'activité gouvernementale de l'État dont le secteur spatial est traversé par les engins cosmiques, mais seulement de l'activité gouvernementale de l'État qui procède au lancement... et c'est seulement cet État qui pourra être désigné comme responsable.

» En ce qui concerne l'État de survol, il faut considérer au contraire que les activités cosmiques ont un caractère 'spatialement incoercible', c'est à dire que de par leur nature ces activités ne cadrent pas avec la fonction et le fondement de la souveraineté territoriale.

» Non seulement elles sont spatialement incoercibles dans le sens que la vitesse fantastique avec laquelle les engins traversent l'éther empêche leur 'localisation', mais aussi elles le sont par ce que toute mesure tendant à empêcher les mouvements des engins cosmiques ne pourrait pas avoir de caractère spatial territorial dans le sens de limiter son rayon d'action au seul secteur territorial national et devrait envahir d'autres secteurs territoriaux (135) ».

On pourra observer que ce raisonnement à bien des égards pourrait être appliqué au cyberspace, *mutatis mutandis*, aux notions d'espace virtuel et d'instantanéité qu'il suppose (136).

À quarante ans d'intervalle, l'évolution des technologies, en confirmant les analyses de Rolando Quadri, montre que l'évolution du droit que nous sommes en train de constater correspond à un phénomène d'adaptation aux besoins d'une société elle même en mutation, et aux conséquences matérielles que ces évolutions supposent. À la vitesse, réduisant les espaces, évoquée encore récemment, succède l'instantanéité et les espaces virtuels. La notion de statut des espaces perd de son efficacité quand la pollution ne s'arrête plus aux frontières. Une solution nouvelle doit alors être donnée aux problèmes de la société internationale que le droit international apporte en élaborant des régimes d'activités remettant en cause la notion même de souveraineté territoriale. Comment ne pas penser alors aux analyses de Georges Scelle qui, en 1932, évoquait déjà « la chaîne sans fin du progrès, dont l'histoire devrait servir de substratum à celle du Droit international » (137).

(135) *Op. cit.*, p. 561.

(136) Tirant la leçon de l'analyse de Rolando Quadri pour l'adapter à la solution des problèmes posés par le contrôle des réseaux fonctionnant dans le cyberspace, il pourrait être possible de suggérer que le droit international, sur ces bases nouvelles, reconnaisse un pouvoir (et une responsabilité) particulière à l'État du siège de l'émetteur, comme il en va pour l'« État lanceur » en matière cosmique.

(137) *Précis*, t. I, p. 29.

b) *De la loi biologique des sociétés à la Nature comme sujet de droit*

Sans nous rattacher à l'ensemble des postulats de l'école sociologique, il semble cependant possible de dire à partir des observations que nous avons faites qu'une véritable tendance se manifeste qui redonne à certains concepts de l'auteur du « Précis du droit des gens » une particulière actualité.

Dans le même temps il sera aussi possible d'indiquer déjà d'autres mutations envisageables du droit international dans des directions que cet auteur n'avait peut-être pu envisager.

a) *Vers une confirmation des thèses de Georges Scelle ?*

Dans la présentation que nous faisons plus haut de la pensée de Rolando Quadri une phrase peut nous permettre d'établir une liaison entre cette analyse et les théories de Georges Scelle. Il s'agit de celle dans laquelle, évoquant la protection accordée par le Droit international à l'activité gouvernementale, il fournit une explication de la relation entre les deux ordres juridiques en précisant : « dans la mesure où une structure sociale a réussi à s'affirmer en fait comme décisive pour une communauté humaine » (138). La nécessité de l'effectivité de l'affirmation d'une structure indique à la fois la possibilité de structures multiples et la confrontation de nécessités variables.

On y trouve l'idée de sociétés complexes, à « niveaux de solidarité variables », dont l'institutionnalisation n'a rien d'inéluctable et se vérifie par l'effectivité. Elle montre aussi comment la notion d'effectivité rejoint celle de structure sociale pour répondre aux besoins d'une communauté humaine. Ces notions, comme un écho de la pensée de Georges Scelle, lui donnent alors une singulière actualité.

1. *Le droit international comme droit des sociétés complexes et des solidarités variables*

La notion d'effectivité qui fait que le Droit international va reconnaître l'exercice par l'État de l'activité gouvernementale vérifie l'idée de société complexe, de division du travail et de systèmes de solidarités, qui furent proposées par Georges Scelle.

De notre côté, en relevant des phénomènes qui remettent en cause l'idée d'un Droit international conçu en termes de statut des espaces — et au cœur même de celui-ci le statut de l'État défini par sa souveraineté territoriale — pour souligner le développement d'un Droit international conçu en termes de régimes des activités, nous n'avons fait que prendre acte de phénomènes débordant le cadre des sociétés étatiques, de leurs approches « ter-

(138) *Op. cit.*, p. 561.

ritoriales » du droit international, et des nécessités impliquées par des solidarités nouvelles qui dépassent le cadre des États.

C'est ce que constatait Georges Scelle lorsqu'il écrivait : « Pas plus que nous ne rencontrons de société entièrement homogène et indifférenciée, pas plus n'en rencontrons nous de totalement étanche et isolée. Le phénomène de solidarité déborde les sociétés étatiques pour former les sociétés internationales » (139). La conception territoriale de la souveraineté de l'État, comme celle définissant le statut d'espaces et de compétences en référence à des frontières ou des données « spatiales » sont trop « étanches » pour apporter une réponse satisfaisante aux besoins de solidarités évoqués par Georges Scelle.

« Tout droit ayant, ainsi qu'il l'écrit, pour fondement la nécessité sociale d'abord, l'utilité sociale ensuite, par e qu'il ne s'agit pas seulement de vivre mais de progresser » (140), les « sociétés internationales » que nous avons évoquées en apportant des réponses à ces besoins vérifient l'analyse faite par l'auteur du « Précis de droit des gens ».

Ainsi qu'il le souligne, en effet, l'histoire « enregistre chaque jours de nouveaux systèmes de solidarité entre des individus appartenant à des collectivités politiques distinctes. Or, chacun de ces nouveaux systèmes est lui même une société nouvelle, un groupement intersocial avec son potentiel de développement... certaines sociétés internationales sont spécialisées à la satisfaction d'intérêts isolés ; d'autres ont un caractère de solidarité générale ; les unes donnent satisfaction à des intérêts privés ; d'autres à l'intérêt public d'États entiers ; d'aucunes sont intégrées, hiérarchisées, organisées aussi parfaitement que des sociétés étatiques, tandis que beaucoup apparaissent comme diffuses, anarchiques, et empruntées à d'autres groupements politiques leurs institutions et leurs cadres » (141). Quelques lignes plus loin Georges Scelle ajoute que : « phénomène étatique et phénomène intersocial sont deux aspects concomittants de l'effort humain vers l'organisation politico-juridique » (142).

L'apparition et le développement croissant de régimes d'activités s'inscrit selon nous dans le phénomène général mis en évidence par Georges Scelle. Ils nous paraissent alors traduire, de manière dynamique, sur le plan institutionnel la prise en compte de ces « débordements » des cadres étatiques — voire interétatiques (143) — qu'il évoque. Ils correspondent, en outre, à des niveaux de solidarités variables (sous régionaux, régionaux, universels) dans lesquels il serait possible de voir le signe d'un véritable renouvellement

(139) *Précis*, t. I, p. 29.

(140) *Précis*, t. I, pp. 4-5.

(141) *Précis*, t. I, p. 29.

(142) *Précis*, t. I, p. 30.

(143) La pollution atmosphérique est-elle susceptible de s'arrêter aux frontières de l'État ? de la Communauté ? Quid des ondes herziennes ? d'Internet ? etc...

du Droit international à partir « des sociétés internationales » dont parlait Georges Scelle.

Les fondements de ces « débordements » et de ces solidarités nouvelles pourront alors être trouvés dans la mise en œuvre de la règles de « solidarité par similitudes » (144) au niveau sous-régional, régional, inter-régional, voire universel pour autant que l'on évoque les notions d'humanité (145) ou de patrimoine commun de l'humanité (146).

2. *La loi biologique des sociétés*

Du chasseur et de la horde primitive dont parlait Georges Scelle (147) à l'envoyé de l'humanité dans l'espace (148), les phénomènes de solidarités qui ont conduit à établir des normes régissant les activités humaines en fonction des besoins et des progrès de la communauté (149), vérifieraient-ils pour autant la célèbre loi biologique des sociétés évoquée par cet auteur ?

Il est bien évident qu'il ne saurait être question de prétendre apporter une quelconque réponse à cette question dans le cadre réduit d'un simple article. On peut toutefois se demander si le reproche traditionnellement fait par la critique à Georges Scelle d'avoir procédé par pétition de principe n'est pas en train de se voir atténué par les faits. Ce qui était une pétition de principe pouvait aussi être une intuition prophétique.

À l'heure où l'humanité s'affirme comme sujet de droit (150), où l'on parle de patrimoine commun de l'humanité, où à ce titre sont mise en œuvre des règles organisant le régime de protection ou d'exploitation du fond des mers, de l'Antarctique, en même temps que de l'espace extra-atmosphérique, du spectre des fréquences radioélectriques, de l'environnement etc... la notion de loi biologique des sociétés peut paraître moins extraordinaire qu'au moment où elle fut formulée. L'idée exprimée par Georges Scelle que « La contrainte est la même pour le gibier que pour le chasseur (151) », et que le législateur traduit en une norme sociale une

(144) Cf. *Précis*, t. I, pp. 2 et 29.

(145) Cf. art. 1 alinéa 1 du traité sur l'espace du 27/1/1967 qui précise que l'exploration et l'utilisation de l'espace « sont l'apanage de l'humanité tout entière » (*the province of all mankind*). L'article 5 précisant : « Les États Parties au Traité considéreront les astronautes comme des envoyés de l'humanité dans l'espace extra-atmosphérique... ».

(146) On se référera sur ce point au cours de A.C. KISS sur : « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *R.C.A.D.I.H.*, 1982, t. II, pp. 97-256.

(147) *Précis*, t. I, p. 3.

(148) Cf. P.-M. MARTIN, *Droit des activités spatiales*, Masson, 1992, pp. 33-35.

(149) Comment ne pas remarquer ainsi que le fait Léopold PEYREFITTE (*op. cit.*, p. 67) que le terme de « Province » (in « Province of Mankind ») signifie aussi « *sphère d'activité* » ou « domaine d'action » (Oxford dictionary).

(150) Cf. A.A. COCCA « Mankind as new legal subject : a new juridical dimension recognised by the United Nations, proceedings, XIII », Convention on the Law of outer space, 1970, pp. 211-214 ; E. FASAN, « The meaning of the term 'Mankind' in space legal language », *J.S.L.*, 1974, p. 131 ; KISS, *op. cit.* ; P. DE LA PRADELLE, *R.C.A.D.I.*, 1977, IV.

(151) *Précis*, t. I, p. 3.

contrainte biologique, n'est pas éloignée de celle de plus en plus fréquemment exprimée par le législateur international qu'il s'agisse d'envisager la pollution de l'air ou d'organiser la gestion des stocks chevauchants (152).

Lors de la conférence de Rio (153), le président de la République française, François Mitterrand, résumant l'enjeu des débats, en s'inspirant d'Hamlet, déclarait : « Le sort de toutes les espèces — hommes, animaux, végétaux — est lié ; les ressources de la Terre sont limitées ; dominé par les éléments depuis la nuit des temps, l'homme est capable désormais de tuer toute vie sur la terre et par là de s'anéantir. Telle est bien la question. Un jour, on nous dira : vous saviez tout cela, qu'avez vous fait (154) ? » Était-on alors si loin de Georges Scelle (155) ?

Mais peut être même serait-il possible d'aller au delà de ces observations et de s'interroger sur l'avenir ou le caractère obsolète des théories de l'école sociologique ? La réponse se trouvera dans le passage envisagé de la notion de « loi biologique des sociétés » à celle de « loi biologique de la Nature ». Pour paraître insolite une telle question ne s'en pose pas moins, car le pas a déjà été franchi.

β) *La Nature comme sujet de droit ?*

Dans un ouvrage paru en 1972, le professeur Christopher Stone (156), exposa une thèse provocatrice que l'on peut résumer de la manière suivante : l'Homme ayant failli à sa mission de conserver le patrimoine planétaire ne doit plus avoir seul la qualité de sujet de droit. Un renversement radial des perspectives s'imposerait : « il faut donner le droit d'agir aux arbres ! ! ».

Le premier pas en direction d'un droit qui reconnaîtrait à la Nature la qualité de sujet de droit était franchi.

Peut on alors imaginer qu'un jour la Nature, en tant que sujet de droit, puisse citer à comparaître les États à raison des conséquences des activités humaines ? Quelle puisse à raison de cette qualité être partie à des conven-

(152) Cf. Accord du 4 août 1995 adopté à New York, publié par la *R.G.D.I.P.*, 1995/3, pp. 730-769.

(153) « Sommet de la Terre » qui se tint du 3/6 au 15/6 1992. cf. supplément au « *Monde Diplomatique* », juin 1992 ; « *Le Monde* », 2&3/6/1992.

(154) Cf. « *Le Monde* », 16 juin 1992.

(155) Comment ne pas y associer Duguit qui dans la préface de son *Traité de droit constitutionnel* (1924, pp. VI-VII) qui écrivait alors : « seule est et reste indiscutable l'existence d'une règle ayant son fondement dans la société elle même et imposant aux hommes d'un même groupe certaines obligations positives et négatives, obligations qui ne touchent pas à l'essence même des volontés humaines et ont seulement pour sanction la réaction qui se produit dans le groupe quand elles sont violées. Je disais aussi que l'humanité tout entière forme une vaste société soumise à une règle de conduite, générale comme l'humanité même qui lui sert de fondement ; s'imposant à tous les hommes qui chaque jour en acquièrent une conscience plus nette ».

(156) La théorie de C. STONE a été exposée par F. CABALLERO dans sa thèse intitulée « *Essai sur la notion juridique de nuisance* », L.G.D.J., 1981, pp. 310 et s.

tions organisant le régime des activités la mettant en cause ? Il est bien clair que le caractère insolite de ces questions risquerait de faire rebondir le débat bien au delà de cet article. Cependant deux observations peuvent être faites en conclusion qui pourront nourrir la réflexion.

Sans revenir sur l'argumentation évoquée par Christopher Stone pour justifier sa proposition (157), l'observation qu'il tire des réticences historiques à reconnaître depuis la Grèce antique la qualité de sujet de droits aux esclaves, aux femmes, aux enfants, aux personnes morales, le fait que cette éventualité ait chaque fois paru inconcevable, montre que l'argument tiré du caractère insolite de l'attribution de cette qualité aux océans et autres objets naturels ne saurait constituer une objection déterminante.

La seconde observation viendra de l'analyse faite par A. Kiss quand de la reconnaissance de la personnalité morale à l'Humanité. Ainsi qu'il le souligne : « Théoriquement au moins on ne voit pas pourquoi l'humanité en tant que telle ne pourrait pas être sujet de droit international, c'est à dire titulaire de droits et tenue à des obligations selon le droit international. Après tout, dans chaque système de droit national, l'État a une personnalité juridique qui a son domaine, son patrimoine : ces droits et les obligations qu'il peut assumer découlent du droit qu'il créé lui même. On ne voit pas pourquoi la situation serait différente en droit international, 'droit des gens' comme on l'appelait autrefois, c'est à dire droit de la communauté internationale, lorsqu'il s'agit de cette communauté, c'est à dire de l'humanité tout entière (158) ». Il pose alors la question « institutionnelle » à laquelle il s'agira de répondre : « celle de la représentation, celle de savoir qui peut parler au nom de l'humanité ». Il y apporte une première réponse : dans le cadre de la convention sur le droit de la mer ce sera l'Autorité internationale des Fonds marins.

Un schéma d'évolution du même type est-il envisageable pour la « Nature-sujet de droit » ? La question est posée, et peut être faut-il se garder de la considérer comme inconcevable.

(157) On pourra sur ce point se référer au mémoire d'Arnaud COMITI sur « *La réparation du dommage écologique* », DESS Droit de la Mer et des activités maritimes de l'Université de Lille II, 1994, pp. 27 et s.

(158) *Op. cit.*, p. 236.