

POUVOIRS DISCRETIONNAIRES DES ETATS ET PROPORTIONNALITE DANS LE DROIT DE LA MER¹

par
Enzo CANNIZZARO

Professeur à l'Université de Macerata

I – CONSIDERATIONS INTRODUCTIVES

II – LE ROLE DE LA PROPORTIONNALITE DANS LA PRATIQUE DES RELATIONS MARITIMES INTERNATIONALES

- A – La proportionnalité comme critère de limitation des pouvoirs coercitifs des Etats dans les espaces maritimes
- B – La proportionnalité comme critère de solution des conflits entre positions subjectives antagonistes

III – LE CONTENU DE LA PROPORTIONNALITE ET SON ROLE DANS L'EVOLUTION DU DROIT DE LA MER

- A – Contenu et critères d'appréciation de la proportionnalité dans le contexte des interventions coercitives
- B – Contenu de la proportionnalité comme limite au pouvoir d'harmonisation entre intérêts antagonistes
- C – Intérêts alternatifs et critère de proportionnalité : la proportionnalité comme règle d'adjudication des conflits

IV. CONCLUSIONS : LES CARACTERISTIQUES GENERALES DE LA PROPORTIONNALITE DANS LE DROIT DE LA MER

1 - Cet essai doit beaucoup aux résultats d'une recherche générale sur la proportionnalité que j'ai présentée dans mon livre *Il principio della proporzionalità in diritto internazionale*, publié aux éditions Giuffrè de Milan en 2000. Il contient également des observations qui sont le produit d'une réflexion scientifique ultérieure qui, loin d'être complètement accomplie, concerne un sujet de recherche complexe et passionnant. L'auteur tient à reconnaître l'aide apportée dans la rédaction du présent article par Mlle Béatrice Bonafè.



I – CONSIDERATIONS INTRODUCTIVES

Si l'utilisation de la proportionnalité est largement répandue dans plusieurs domaines du droit international comme critère de limitation des pouvoirs unilatéraux des Etats, c'est surtout dans le droit de la mer qu'elle trouve un champ d'application par excellence. Cela semble être dû surtout à la particularité des relations juridiques qui s'établissent entre les Etats dans les espaces maritimes. En effet, c'est particulièrement dans ce domaine que des intérêts unilatéraux et des intérêts collectifs coexistent et que différents titres juridiques d'utilisation interfèrent les uns avec les autres ou se chevauchent mutuellement. Le droit de la mer constitue en effet un microcosme juridique, dans lequel les positions subjectives sont organisées souvent sur la base de critères relationnels très particuliers par rapport aux dynamiques classiques de l'ordre juridique international. Il n'est pas rare d'identifier des normes qui reconnaissent à des Etats, agissant individuellement, le pouvoir de déterminer unilatéralement un équilibre satisfaisant d'intérêts dans un certain espace maritime ou d'en d'assurer de façon coercitive la mise en œuvre. Concrètement, il s'agit de la possibilité reconnue à un Etat individuellement d'exercer un pouvoir d'action pour la réconciliation d'intérêts contradictoires, ce qui implique une gestion unilatérale d'une fonction d'ordre général. Il s'agit donc de relations juridiques dans lesquelles un certain sujet détient un pouvoir de déterminer unilatéralement un équilibre acceptable entre intérêts contradictoires, tandis que les autres sujets détiennent un pouvoir de contrôle sur son exercice.

Dans ce contexte, on comprend alors l'importance d'établir un système efficace qui limite le pouvoir discrétionnaire individuel des Etats et qui détermine en même temps quels peuvent être les coûts sociaux acceptables pour la réalisation d'un certain intérêt. Le but est essentiellement d'avoir un critère qui permet d'éviter les abus inhérents à un mécanisme unilatéral de réconciliation des conflits, qui rend acceptable l'existence de positions d'asymétrie dans les relations juridiques internationales et qui confère à l'ordre juridique qui l'adopte un équilibre et une cohérence systématiques.

Dans le présent article, l'analyse se concentrera sur les deux situations principales dans lesquelles l'adoption du critère de la proportionnalité a été le plus souvent utilisée dans le droit de la mer. La proportionnalité y a été employée à la fois comme un critère capable de canaliser le pouvoir unilatéral de réglementation de l'exercice de positions subjectives contradictoires et comme une limite au pouvoir unilatéral de mise en œuvre de la réglementation internationale et interne par les Etats.

Il peut être opportun de signaler que dans le droit de la mer le terme proportionnalité se retrouve aussi dans d'autres contextes où il assume une signification très différente. Notamment, une notion de proportionnalité

est largement employée dans la pratique judiciaire et diplomatique comme moyen de délimitation des espaces maritimes. Toutefois, il ne s'agit pas, à l'évidence, d'une limite de caractère fonctionnel mais d'un critère de connexion entre l'extension des espaces maritimes assignés à un Etat et la longueur de sa côte. Une notion différente de proportionnalité, qui se réfère à une connexion d'adéquation entre l'infraction et la sanction est largement utilisée dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer pour déterminer la licéité des activités de pêche non autorisées². Même s'il s'agit certainement d'applications qui revêtent un intérêt considérable pour le juriste, elles dépassent l'objet de notre étude qui est limitée à l'analyse de la proportionnalité en tant que limite aux pouvoirs fonctionnels des Etats.

Dans les paragraphes qui suivent, l'analyse portera d'abord sur l'examen de la pratique internationale (Partie II). En particulier, on examinera séparément la proportionnalité comme critère de limitation des pouvoirs coercitifs des Etats (A) et la proportionnalité comme critère de solutions des conflits entre positions subjectives antagonistes (B). Par la suite, il sera possible d'avancer des considérations de caractère systématique sur le contenu de la proportionnalité et sur le rôle qu'elle revêt dans le contexte des relations juridiques qui s'établissent dans le droit de la mer (Partie III).

II – LE ROLE DE LA PROPORTIONNALITE DANS LA PRATIQUE DES RELATIONS MARITIMES INTERNATIONALES

A. – La proportionnalité comme critère de limitation des pouvoirs coercitifs des Etats dans les espaces maritimes

En matière d'activités coercitives unilatérales des Etats dans les différentes espaces maritimes, l'utilisation de techniques basées sur une évaluation de la proportionnalité remonte à loin. Il convient d'examiner séparément la pratique concernant les interventions effectuées dans la mer territoriale (a), dans les zones de pêche (b), et dans la haute mer (c).

a) Proportionnalité et droit de navigation dans la mer territoriale

Des argumentations fondées sur la proportionnalité se retrouvent fréquemment dans le contexte des différends concernant la licéité d'interventions coercitives opérées dans des zones maritimes proches au territoire. Dans cet espace, l'Etat côtier dispose d'un pouvoir coercitif qui sert

2 - Voir notamment l'affaire du *Camouco*, *Panama c. France* (N.5), prompt mainlevée; et l'affaire du *Monte Confurco*, *Seychelles c. France* (N.6), prompt mainlevée. Pour une application particulièrement élaborée de la notion de raisonnable dans ce contexte, v. la plaidoirie de Quéneudec (J.-P.), conseil pour la France, dans l'affaire du *Monte Confurco*, dans l'audience publique du jeudi 7 décembre 2000 (après-midi). Voir aussi la déclaration du juge Laing à l'arrêt du Tribunal dans le cas du *Camouco*, préc.

à assurer le respect des lois et des règlements adoptés en conformité avec le droit international. Considérée dans son ensemble, la pratique semble montrer que l'appréciation de la licéité d'activités coercitives dépend d'une évaluation comparative visant l'adéquation, d'une part, du comportement coercitif de l'Etat à la lumière du but qu'il doit atteindre avec, d'autre part, les dommages collatéraux que son intervention peut causer à d'autres biens ou valeurs juridiques.

Parmi les premiers cas de la pratique qui montrent une utilisation de la proportionnalité, il faut tout d'abord mentionner l'arrêt de la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire *Church v. Hubbard*³. C'est à cette occasion que le juge Madison a affirmé l'illicéité de toute forme d'interférence injustifiée ou arbitraire dans la liberté de navigation, sans tout de même énoncer des critères plus précis pour déterminer le caractère raisonnable ou arbitraire de cette interférence. Il s'agit là d'une conception tout à fait négative de la proportionnalité, qui identifie les conditions nécessaires pour pouvoir considérer une intervention comme disproportionnée, mais qui ne va pas jusqu'à la définition des conditions requises pour qu'une intervention puisse être considérée comme proportionnée.

La pratique du XIX^e siècle a ensuite développé et précisé une conception positive de la proportionnalité. En particulier, l'idée s'affirme que la poursuite d'un objectif légitime, comme par exemple la répression d'infractions mineures, ne peut à elle seule justifier la licéité de n'importe quelle intervention conduite avec des moyens excessifs ou disproportionnés⁴.

Cette méthode d'argumentation caractérise certains des cas les plus célèbres qui concernent la licéité des interventions à des fins préventives ou répressives opérées par l'Etat côtier à proximité de ses côtes. Dans l'affaire bien connue du *I'm Alone*, une Commission d'arbitrage était chargée d'apprécier la licéité du comportement de deux navires des Etats Unis, qui avaient, à la fin d'une poursuite, coulé un navire canadien suspecté de pratiquer la contrebande de liqueurs. Dans son rapport la Commission a soutenu la licéité des moyens répressifs impliquant l'emploi de la force pour assurer le respect des réglementations de l'Etat côtier en la matière, à condition que ces moyens soient nécessaires et raisonnables aux fins poursuivies. Par conséquent, la Commission a consi-

3 - 2 Cranch 187 (1804).

4 - Voir, par exemple, l'affaire du *Valencia*, décrite par Moore (J.B.), *A Digest of International Law*, vol. II, p. 280, au cours de laquelle les Etats Unis ont soutenu que le risque auquel ce navire avait été exposé par l'emploi de la force de la part des navires de guerre espagnols afin d'assurer le respect des réglementations de l'Etat côtier aurait dû être proportionné à l'infraction commise par le navire.

déré illicite toute action directe visant intentionnellement à causer le naufrage du bateau canadien⁵.

b. Proportionnalité et tutelle des zones de pêche

Un critère de proportionnalité a été appliqué aussi dans de nombreux cas de la pratique relative à l'emploi de la force pour assurer le respect des interdictions de l'Etat côtier en matière de pêche. Une certaine importance dans l'évolution de cette pratique est apparue dans l'affaire du *Red Crusader*, dans laquelle une Commission d'enquête a considéré comme illicite l'action des navires de guerre britanniques qui avaient ouvert le feu contre un bateau danois qui menait une activité de pêche illicite dans des zones interdites et qui avait cherché à s'enfuir. La Commission a conclu qu'en mettant en danger le bateau et ses occupants, du moment qu'apparemment ils auraient pu employer d'autres systèmes pour en éviter la fuite, les navires anglais avaient dépassé la marge de pouvoir discrétionnaire reconnue par le droit international dans le choix des moyens coercitifs⁶.

Plus récemment, la proportionnalité a été invoquée dans le contexte de différends concernant la licéité des moyens de contrainte employés pour assurer l'effectivité des interdictions de pêche. Il faut rappeler en particulier l'affaire de l'*Estai* et l'affaire du *M/V Saiga*. Dans l'affaire de l'*Estai*, la proportionnalité a été invoquée par l'Espagne dans sa requête à la Cour internationale de Justice⁷. Dans l'affaire du *M/V Saiga*⁸, le Tribunal international du droit de la mer a énoncé l'existence d'une limitation implicite au droit de l'Etat côtier d'employer la force pour assurer la réalisation de ses propres droits dans la zone économique exclusive. Le Tribunal a établi que, en application d'un critère général du droit international, l'emploi de la force pour assurer l'effectivité des prohibitions licitement posées par l'Etat côtier est admis seulement s'il est inévitable et si son intensité ne dépasse pas ce que l'on peut considérer en général comme nécessaire et raisonnable sur la base des circonstances du cas d'espèce⁹.

5 - On lit dans le rapport de la Commission: « *The United States might... use necessary and reasonable force for the purpose of effecting the objects of boarding, searching, seizing and bringing into port the suspected vessel and if sinking should occur incidentally, as a result of the exercise of necessary and reasonable force for that purpose, the pursuing vessel might be entirely blameless... the admittedly intentional sinking of the suspected vessel was not justified* ».

6 - Dans cette *Revue*, 1962, p. 597.

7 - Voir le mémoire déposé par le Royaume d'Espagne (compétence) en septembre 1995. L'affaire a été définie par l'arrêt de la Cour internationale de justice qui se déclarait incompétente. Arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence, C.I.J., Rec., 1998, p. 432. Pour un cas de la pratique précédente, voir Jeannel (R.), « Incident de pêche franco-espagnol du 7 mars 1984 dans le golfe de Gascogne », *Annuaire français de droit international*, 1986, p. 736.

8 - 1^{er} juillet 1999, *Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*, N.2

9 - Voir les paragraphes 155 et suivants de l'arrêt, préc.

La proportionnalité est mentionnée par l'accord des Nations Unies de 1995 qui concerne l'application des dispositions de la convention sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons qui se déplacent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs¹⁰. Ici la proportionnalité figure parmi les limites au pouvoir coercitif des Etats engagés dans la prévention et la répression d'activités illicites de pêche.

c) Proportionnalité et tutelle de l'environnement dans la haute mer

La proportionnalité a eu une incidence remarquable dans l'évolution du droit international concernant les interventions sur les navires étrangers en haute mer pour des finalités de protection de l'environnement. Cette évolution a subi une forte accélération surtout à la suite de l'affaire du *Torrey-Canyon*, en 1967¹¹. Le bombardement du pétrolier panaméen en haute mer par l'aviation britannique a été perpétré avec la conviction qu'une intervention était nécessaire pour éviter un dommage catastrophique à l'environnement des côtes britanniques ; par rapport à ce dommage tout autre dommage causé au navire, qui avait été abandonné par l'équipage et qui était pratiquement réduit à guère plus qu'une épave, semblait parfaitement acceptable. L'affaire du *Torrey-Canyon* a montré en effet que les règles sur les interventions en haute mer, loin de prévoir en détail toutes les situations possibles dans lesquelles une interférence avec la navigation internationale serait permise, reposent essentiellement sur une appréciation de proportionnalité. En particulier, cette affaire a montré clairement qu'il y a des situations dans lesquelles l'intérêt d'éviter des dommages catastrophiques à l'environnement peut prévaloir sur l'intérêt de l'Etat du pavillon à maintenir un contrôle exclusif sur ses navires¹².

10 - A/CONF.164/37. Voir en particulier les articles 21, par. 10, et 16 et 22 par. 1, al. f). Voir Treves (T.), « Interventions en haute mer et navires étrangers », *Annuaire français de droit international*, 1995, p. 651 ; Orrego Vicuña de d*The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 245. Voir la déclaration interprétative concernant la signature par la Communauté européenne et ses Etats membres, au point 6 : « La Communauté européenne et ses Etats membres soulignent que l'usage de la force visé à l'article 22 constitue une mesure exceptionnelle qui doit être fondée sur le respect le plus strict du principe de proportionnalité... » (J.O.C.E. n. L 189/14 du 3 juillet 1998). Une critique sévère du système de mise en œuvre de l'accord et du critère de la proportionnalité considéré comme insuffisant pour assurer un contrôle efficace de l'action coercitive est développée par Casado Raigón (R.), « La pêche en haute mer », in *Le droit international de la pêche maritime*, sous la direction de Vignes (D.), Cataldi (G.) et Casado Raigón (R.), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 119.

11 - Voir Queneudec (J.-P.), « Les incidences de l'affaire du *Torrey-Canyon* sur le droit de la mer », *Annuaire Français de droit international*, 1968, p. 701.

12 - Voir la résolution de l'Institut de droit international adoptée au cours de la session d'Edimbourg en 1969 « Mesures concernant la pollution accidentelle des milieux marins. (B) - Mesures en cas d'accident survenu », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, vol. II, p. 366. *Ibidem*, vol. I, p. 547 reproduit l'intéressant rapport présenté par Andrassy (J.) et les observations de plusieurs membres de l'Institut, en particulier, de Mc Whinney, p. 626, et Münch, p. 630.

L'intérêt de l'affaire repose essentiellement dans le fait qu'elle met en évidence le rôle de la proportionnalité dans les processus de réconciliation d'intérêts antagonistes et donc dans le processus de formation du droit international. Dans l'évaluation de la proportionnalité d'un comportement apparemment contraire au droit international, on peut en effet voir la considération que ce comportement a produit un équilibre globalement plus acceptable que celui qui aurait découlé du respect de la règle positive. Cela n'équivaut pas nécessairement à affirmer qu'auparavant ce comportement était illicite. Il était plutôt fondé sur une réconciliation d'intérêts et de valeurs qui existaient déjà dans la conscience juridique internationale, mais qui n'avaient pas encore été exprimés dans une règle concrète de comportement car les circonstances où cette règle allait trouver application ne s'étaient pas encore présentées. Alors il ne s'agit pas d'une dérogation à la règle, mais plutôt d'un moyen nécessaire pour la compléter. Ce comportement, apparemment illicite, s'est en effet conformé à une règle implicite de l'ordre juridique international, qu'il a, en même temps, porté à la surface.

L'affaire du *Torrey-Canyon* est exemplaire à cet égard. Non seulement il n'y a pas eu de protestations de la part des Etats (potentiellement) intéressés, ce qui pourrait être interprété aussi comme un simple acquiescement à un fait accompli, mais, surtout, elle a servi de modèle pour l'élaboration d'une série de conventions qui ont été rédigées dans la conviction qu'elles exprimaient une règle coutumière. Ces nouvelles règles assumaient donc la proportionnalité comme le critère déterminant la licéité de l'intervention¹³.

B. La proportionnalité comme critère de solution des conflits entre positions subjectives antagonistes

La proportionnalité est de plus en plus utilisée en tant que critère d'harmonisation entre intérêts et positions subjectives contradictoires. On examinera tout de suite le rôle de la proportionnalité dans trois situations différentes. En ce qui concerne la mer territoriale, la proportionnalité est utilisée comme limite au pouvoir de l'Etat côtier – reconnu vis-à-vis de tous les Etats de la communauté internationale – de réglementer l'exercice de leur droit de la navigation (a). Pour ce qui est des zones limitrophes, où l'Etat côtier exerce des pouvoirs fonctionnels, elle est utilisée pour déterminer le point d'équilibre entre les exigences d'exploitation et de

13 - Voir l'art. 5 de la Convention de Bruxelles de 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution due aux hydrocarbures, dont l'application a été étendue aux substances autres que les hydrocarbures par le Protocole de Londres du 2 novembre 1973; l'art. 221, par. 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 octobre 1997 dans l'affaire de l'*Ammersee*, *Revue de droit public*, 1988, p. 851, qui a admis la licéité d'une intervention dans la haute mer sur la base d'une règle coutumière de droit international.

conservation des ressources et la liberté d'utilisation des espaces maritimes (b). Enfin, lorsqu'il s'agit de la haute mer, où aucun Etat ne possède de titres généraux ou spéciaux de suprématie, la proportionnalité constitue un critère pour apprécier la licéité de l'exercice de la part de chaque Etat des libertés d'utilisation, au regard des intérêts des autres utilisateurs (c).

*a) Souveraineté de l'Etat côtier et droit de passage
dans la mer territoriale*

Dans la mer territoriale l'Etat côtier possède le pouvoir de contrôler et réglementer le passage soit afin de réaliser ses propres intérêts, comme la sécurité ou l'exploitation des ressources de la mer territoriale, soit pour sauvegarder des exigences d'ordre collectif ou universel, comme par exemple la sécurité de la navigation ou la protection de l'environnement marin. Néanmoins, les exigences de la navigation internationale sont sauvegardées par la reconnaissance d'un droit de passage à tous les Etats de la communauté internationale. L'existence d'une règle conférant à l'Etat côtier un tel pouvoir n'a pas seulement été affirmée par la Cour internationale de Justice dans le cas du détroit de Corfou¹⁴ mais elle est aussi confirmée par une pratique bien établie¹⁵.

Il est alors fortement douteux que la relation juridique concernant la navigation dans la mer territoriale puisse être décrite comme un droit au sens plein du terme: il s'agirait d'un droit dont les conditions d'exercice seraient déterminées unilatéralement par l'Etat côtier. Dans le passé, on a essayé de contourner les difficultés logiques qui découlent de cette situation en définissant le droit de passage comme un droit imparfait. En réalité, derrière cette formule, qui ne manque pas d'être contradictoire, se cache une relation juridique bien plus sophistiquée: l'Etat côtier dispose d'un pouvoir discrétionnaire de réglementer le passage, aux autres Etats ne reste que le pouvoir résiduel de contrôler l'adéquation de cette réglementation par rapport aux fins qu'elle poursuit. Le contenu et les modalités de la navigation sont, en d'autres mots, soumis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de part de l'Etat côtier, qui reste en revanche sujet à un contrôle de proportionnalité.

La proportionnalité est en effet un critère que l'on applique premièrement afin de déterminer la licéité des accomplissements préliminaires au passage, qui ont toujours fait et font encore l'objet d'une série de diffé-

14 - *Royaume-Uni c. Albanie*, 9 avril 1949, CJI Rec., 1949, p. 4.

15 - Ce pouvoir est reconnu par la plupart des lois et réglementations des Etats côtiers. Voir *The Law of the Sea, National Legislations on the Territorial Sea, the Right of Innocent Passage and the Contiguous Zone*, New York, United Nations, 1995.

rends entre les Etats. La pratique internationale montre une tendance à tolérer l'imposition d'accomplissements sélectifs – limités à des zones particulières de la mer territoriale ou à des catégories particulières de navires – s'ils apparaissent raisonnablement nécessaires pour des exigences de sécurité ou de protection de l'environnement et s'ils ne restreignent pas excessivement les exigences de la navigation internationale¹⁶. La pratique internationale indique que le droit de la navigation doit être reconnu à tous les navires, tandis que les conditions du passage peuvent faire l'objet de restrictions plus ou moins lourdes, selon le type de navire, la conformation de la côte et, par conséquent, le degré de danger que le passage peut représenter pour l'intérêt protégé. On peut prendre comme exemple le passage des navires de guerre¹⁷ ou des navires qui, à cause de leur mécanisme de propulsion ou du matériel qu'ils ont à bord, sont potentiellement dangereux pour l'environnement¹⁸. Alors qu'il n'est licite d'interdire la navigation en général à aucune catégorie de navire, il semble, par contre, parfaitement licite dans les cas cités d'imposer une obligation de notification, surtout pour le transit dans les détroits, ou d'imposer le passage à travers des voies d'eau particulières.

L'application d'un critère de proportionnalité permet d'atteindre un équilibre satisfaisant entre les exigences différentes qui s'affrontent dans l'institution de la suspension de la navigation, institution d'ailleurs codifiée imparfaitement par les conventions internationales. Notamment, l'art. 25, par. 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer exclut que le passage dans les eaux territoriales puisse être suspendu, à moins que la suspension ne soit essentielle pour la sauvegarde des exigences de sécurité et, en tout cas, pour une période et dans des zones limitées. D'autre part, la Convention interdit d'une manière absolue la suspension du passage dans les détroits. Toutefois cette rigueur apparente est fortement atténuée par la prévision d'un pouvoir de suspendre le passage afin de permettre l'exécution de manœuvres militaires. De plus, la pratique semble aller bien au-delà de ces indications et dénote une tendance à reconnaître la licéité de mesures de suspension de la navigation, sans limites de temps, dans certaines espaces bien déterminés, à condition que la suspension contribue sensiblement à la réalisation d'un intérêt indivi-

16 - Voir Treves (T.), « Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1990, IV, p. 11.

17 - Voir, par exemple, l'ordonnance danoise du 27 février 1976, in *The Law of the Sea, National Legislation on the Territorial Sea*, cit., p. 104.

18 - Voir, par exemple, l'article 58 de l'ordonnance de la République fédérale d'Allemagne du 9 janvier 1985, Appendix, *The Law of the Sea, Current Developments in State Practice*, New York, United Nations, 1987. Voir aussi la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 43/212 du 20 décembre 1988.

duel ou collectif et, d'autre part, qu'elle ne constitue qu'une atteinte mineure pour la navigation internationale. Par exemple, l'Etat côtier peut créer des zones d'interdiction dans les espaces en face des bases militaires (pour des raisons de sécurité militaire) ou bien dans les zones attribuées aux réserves marines (pour des raisons de tutelle de l'environnement) ¹⁹.

Une tendance intéressante de la pratique en matière de suspension du passage dans les détroits concerne la distinction entre, premièrement, les voies d'eau essentielles pour les communications maritimes, deuxièmement, celles qui offrent un passage plus commode et, troisièmement, celles qui sont utilisées par la navigation internationale mais dans lesquelles une interdiction ne causerait pas un préjudice appréciable. Tandis que dans la première catégorie la suspension est absolument interdite, dans la seconde et dans la troisième la navigation peut être suspendue en raison d'un critère de proportionnalité qui met en relation l'exigence d'assurer la liberté des communications maritimes, d'un côté, avec les risques que le passage peut impliquer par rapport aux exigences telles que la protection de la sécurité de l'Etat côtier et la protection de l'environnement, de l'autre. Par conséquent, il n'est pas rare de constater l'existence dans la pratique de mesures sélectives qui imposent des restrictions au passage pour certaines catégories de navires²⁰ ou même pour certains navires spécifiquement identifiés²¹.

19 - On peut rappeler les protestations adressées au Canada en raison de sa législation relative à la tutelle de l'environnement dans les eaux de l'Arctique. Voir C.Y.I.L., 1971, p. 287. Depuis la pratique a sensiblement évolué, sur le plan multilatéral ainsi que sur le plan unilatéral. Voir, pour des cas très intéressants de la pratique, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, sous la direction de Roach (J. A.) et Smith (W.), KLI, The Hague, 1996, p. 237. *The Law of the Sea, National Legislation on the Territorial Sea*, cit., p. 37 ss; 51; *British Year Book of International Law*, 1987, p. 597, p. 271. Voir Scovazzi (T.), « Marine Specially Protected Areas under International Law », in *Marine Specially Protected Areas*, sous la direction de T. Scovazzi, KLI, The Hague-Boston-London, 1999, p. 18.

20 - Voir le différend entre l'Italie et les Etats-Unis à raison des mesures adoptées par la première visant la réglementation de la navigation dans le détroit de Messine, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, cit., p. 323. Même en ce qui concerne le détroit du Pas-de-Calais, qui doit être considéré comme un détroit d'importance essentielle pour la navigation internationale, la pratique témoigne une tendance à contrôler et à limiter la navigation dans les cas où il peut y avoir un danger concret pour l'environnement. Voir Le Hardy (M.), *Chronique des faits internationaux*, dans cette Revue, 2001, p. 178-184, sur les positions du gouvernement français après les deux accidents de l'*Erika* et du *Ievoli-Sin*, dans les années 1999 et 2000. Pour une étude concernant les difficultés de l'établissement d'un équilibre entre les exigences d'assurer la liberté des communications maritimes, d'un côté, et les exigences de la sécurité de la navigation et de la tutelle de l'environnement, de l'autre, dans le contexte de la navigation par les détroits, et particulièrement dans les détroits turcs, voir Vinogradov (S.), « 'Tightening the Regulatory Web': Issues and Trends in Navigation Regimes », *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, sous la direction de Vidas (D.) et Østreng (W.), KLI, The Hague-London-Boston, 1999, p. 471.

21 - Voir aussi l'affaire du navire japonais *Akatsuki Maru* qui transportait du matériel dangereux, auquel plusieurs Etats avaient opposé toute une série d'interdictions au passage dans leur mer territoriale et leur zone économique exclusive. Voir Rothwell (D.), « Navigational Rights and Freedoms in the Asia Pacific Following Entry into Force of the Law of the Sea Convention », *Virginia Journal of International Law*, 1995, p. 587.

La proportionnalité est utilisée enfin dans une situation ultérieure : là où l'exigence d'exploitation des espaces de la mer territoriale s'oppose aux exigences de la navigation internationale. L'Etat côtier a le pouvoir de réglementer l'exercice de la navigation pour assurer l'exploitation des eaux de la mer territoriale conformément à ses intérêts. En revanche, son pouvoir est limité par l'obligation de tenir dûment compte de plusieurs intérêts antagonistes et de les réconcilier dans un équilibre proportionnel. Cette règle a été invoquée par les deux parties dans le différend relatif au passage dans le Grand-Belt : le Danemark et la Finlande. Le Danemark avait projeté la construction d'un pont qui aurait empêché le passage par le Grand-Belt. La plupart des navires aurait pu passer par le détroit à raison de la hauteur du pont. D'autres navires auraient pu passer par les autres détroits danois. Le passage était cependant rendu impossible pour un nombre restreint de navires : les plates-formes pétrolières, qui – ne pouvant passer par le Sund pour des raisons de calaison – auraient dû faire des opérations compliquées de démontage et de remontage pour passer au-dessous du pont sur le Grand-Belt²². Les deux Etats s'accordaient sur l'application d'une règle de proportionnalité, dont le contenu était interprété cependant de manière bien différente. Selon le Danemark, l'exigence d'assurer la liberté de passage pour une catégorie particulière et fort restreinte de navires ne pouvait prévaloir sur les exigences de l'Etat côtier et empêcher donc la réalisation d'un projet dont l'importance économique était hors de question²³. Pour la Finlande, la règle de la proportionnalité aurait permis au Danemark de régler le passage et aussi de canaliser la navigation à travers l'une ou l'autre des voies d'eau des détroits danois, à condition d'assurer – de quelque manière – le passage pour tous les navires²⁴. Il s'agit, on le voit, de deux conceptions opposées du principe de proportionnalité, sur lesquelles on reviendra dans le dernier paragraphe. Ce qu'il faut souligner ici, c'est que les deux Etats s'accordaient sur le fait que le droit international ne décrit qu'approximativement les positions subjectives qui s'affrontent dans la mer territoriale mais il exige plutôt qu'elles soient déterminées dans les circonstances concrètes à l'aide du critère de proportionnalité.

b) Proportionnalité et navigation dans la zone économique exclusive

Le rôle de la proportionnalité peut être pleinement apprécié dans la discipline des activités dans des zones soustraites à la souveraineté des Etats, mais dans lesquelles certains Etats possèdent des droits d'exploitation et

22 - Voir Koskeniemi (M.), « L'affaire du passage par le Grand-Belt », *Annuaire Français de droit international*, 1992, p. 905.

23 - Voir le contre-mémoire soumis par le Danemark, par. 786-796.

24 - Voir le mémoire soumis par la Finlande, par. 403-427.

exercent des pouvoirs fonctionnels. L'existence de ces positions subjectives peut donc interférer ou bien entrer en conflit avec d'autres positions subjectives, notamment celles des autres Etats qui maintiennent une certaine liberté d'utilisation de ces espaces maritimes. L'interférence entre intérêts et positions subjectives antagonistes produit donc toute une série de situations extrêmement intéressantes pour le juriste.

Cette situation se produit surtout dans la zone économique exclusive qui peut être considérée comme un domaine représentatif des nouvelles tendances du droit de la mer. En effet, dans la zone économique exclusive, où l'Etat côtier dispose d'un droit presque exclusif d'exploitation des ressources de la mer, il dispose également de pouvoirs fonctionnels pour la réconciliation des plusieurs intérêts qui y sont représentés : il poursuit certainement son propre intérêt dans l'exploitation des ressources de la zone mais, en même temps, il agit comme gérant d'intérêts de la communauté internationale pour assurer les exigences de conservation et d'optimisation aussi bien de ces ressources que de l'environnement. Il doit, en outre, assurer l'harmonisation entre le régime de la zone avec les droits et les libertés reconnus aux autres Etats par le droit coutumier ou conventionnel. Ceci a été souligné très clairement par le Tribunal arbitral *ad hoc* dans sa sentence relatif à l'affaire du *filetage à l'intérieur du golfe de Saint-Laurent*²⁵.

Dans la zone économique exclusive on a alors recours à la proportionnalité pour réaliser un équilibre juste et équitable entre des exigences contradictoires, toujours à la lumière des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Un critère de proportionnalité a été utilisé de manière presque paradigmatique dans deux sentences qui, considérées cumulativement, semblent tracer un cadre de référence complet pour l'identification des limites du pouvoir de l'Etat côtier de réglementer l'activité des autres Etats dans sa propre zone économique exclusive²⁶. La première sentence a été rendue en 1910 dans l'affaire des *pêcheries de l'Atlantique nord*²⁷; la deuxième est la sentence, citée auparavant, rendue presque un siècle plus tard dans l'affaire du *filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*. Malgré l'époque différente à laquelle les deux décisions ont été respectivement rendues et malgré les diversités du cadre normatif dans lequel elles ont été

25 - Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe de Saint-Laurent entre le Canada et la France, R.S.A., XIX, p. 225, par. 50.

26 - Mais le rôle de la proportionnalité a été affronté aussi dans le contexte d'autres affaires. En particulier, l'affaire *M/V Saiga, Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée* (No. 2), concernait la licéité de l'interdiction par l'Etat côtier de la pratique de l'avitaillement au large. Voir les positions de la Guinée dans l'audience publique de samedi 20 mars 1999, ITLOS/PV.99/18.

27 - R.S.A., XI, p. 173

prises, il est intéressant de noter jusqu'à quel point leur structure argumentative se ressemble. Dans les deux cas, le pouvoir de l'Etat côtier est conçu comme un pouvoir fonctionnel de réglementation, dont la limite est un critère de proportionnalité appliqué au but licitement poursuivi par l'Etat côtier.

La sentence rendue dans l'affaire des *pêcheries de l'Atlantique nord* montre une surprenante maturité conceptuelle si l'on pense qu'à son époque l'idée même d'un pouvoir fonctionnel – qui peut être exercé dans la zone économique exclusive – était encore loin d'être élaboré. Bien qu'il ne se réfère pas expressément à la proportionnalité comme le critère autour duquel la question devait être encadrée, la sentence en fait une application presque paradigmatique.

Dans l'application de la proportionnalité, le tribunal a fait une distinction entre, d'une part, les finalités générales pour lesquelles l'Etat côtier peut réglementer les activités licitement menées dans sa mer territoriale, dans le contexte desquelles il dispose d'une marge de pouvoir discrétionnaire plus vaste et indéterminé et, d'autre part, les finalités spécifiquement déterminées par le droit international, en particulier, en ce qui concerne la finalité de conservation des ressources, pour lesquelles il peut réglementer l'exercice des droits conventionnels de pêche. Relativement à l'ampleur variable de cette marge de pouvoir discrétionnaire, le contrôle de proportionnalité s'avère plus ou moins strict.

Du point de vue de la présente étude, l'importance de la sentence rendue dans l'affaire du *filetage à l'intérieur du golfe de Saint-Laurent* est extraordinaire. Le tribunal n'a pas simplement fait une application implicite du critère de la proportionnalité, il en a théorisé l'existence en des termes généraux et il a affirmé l'existence d'une règle qui « commande à l'Etat de proportionner son comportement au but légalement poursuivi et en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre Etat ». De plus, le tribunal a défini le pouvoir de gestion des ressources, en raison duquel l'exercice des droits de pêche pouvait être licitement réglementé par l'Etat côtier, comme un pouvoir de nature essentiellement administrative, comme une fonction d'intérêt général, dont l'exercice serait décentralisé dans les mains de l'Etat côtier. Ceci, donc, en agissant pour la réalisation de ses propres intérêts, aurait réalisé aussi les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble.

Dans cette sentence, le critère de la proportionnalité montre les traits d'une application désormais parvenue à maturité. Les deux tribunaux ne se sont pas contentés de mettre en évidence la nécessité ou l'opportunité de la mesure. Ils ont examiné le degré du préjudice causé à l'exercice du droit par l'Etat tiers et ils ont comparé ce préjudice au degré de bénéfice que la réglementation aurait, par hypothèse, produit pour l'exigence qui en

était à la base. En d'autres termes, l'appréciation de la proportionnalité a été conçue comme l'application d'une méthode d'analyse qui implique la comparaison entre intérêts antagonistes : concrètement, il s'agit de comparer le bénéfice attendu et le préjudice éventuel.

Mais, plus généralement, la pratique montre de quelle manière la proportionnalité est utilisée dans toute une série de situations où un conflit se produit apparemment entre exigences antagonistes qui font toutes l'objet de tutelle dans le droit international²⁸.

Une considération de proportionnalité – par rapport au but poursuivi par la réglementation nationale – acquiert un rôle central dans la détermination de la licéité des démarches préliminaires pour la navigation dans la zone économique exclusive. Par exemple, le but d'assurer l'effectivité du droit exclusif ou préférentiel de pêche de l'Etat côtier semble justifier l'imposition d'une notification préliminaire au passage des bateaux de pêche²⁹. Egalement, les activités effectivement ou potentiellement dangereuses pour l'environnement pourraient faire l'objet d'interdictions ou de réglementations³⁰. Il n'irait pas de même pour des mesures qui – en raison de leur caractère généralisé ou en raison de l'ampleur des obstacles qu'elles causeraient à la navigation – ne permettraient pas raisonnablement la réalisation des buts pour lesquelles les pouvoirs de l'Etat côtier ont été établis dans cette zone.

Une dernière hypothèse d'emploi de la proportionnalité est celle du conflit entre différents titres juridiques d'utilisation de la zone : le droit d'exploitation reconnu à l'Etat côtier, d'une part, et la liberté d'utilisation à des fins non économiques reconnue à tous les autres Etats, de l'autre.

28 - Voir Burke (W. T.), *The New International Law of Fisheries*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 303.

29 - De nombreuses législations nationales qui s'inspirent de ce principe sont reproduites dans *The Law of the Sea. National Legislation on the Exclusive Economic Zone*, New York, United Nations, 1993. On peut noter que le pouvoir de l'Etat côtier d'imposer aux navires de pêche une notification préalable à l'accès dans sa zone économique exclusive ne semble pas avoir fait l'objet de contestations au cours de certaines disputes qui ont été récemment soumises au Tribunal international du droit de la mer. Voir, en particulier, l'affaire du « Camouco » (*Panama c. France*) (N. 5) ; l'affaire du *Monte Confurco* (*Seychelles c. France*) (N.6) ; l'affaire du *Grand Prince* (*Belize c. France*) (N.8) ; dans toutes ces affaires, les navires étaient soupçonnés, entre autre, de n'avoir pas respecté l'obligation imposée par l'article 2 de la loi française 66-400 du 18 juin 1966, modifiée par la loi du 18 novembre 1997, selon lequel « Tout navire entrant dans la zone économique exclusive des Terres australes et antarctiques françaises a l'obligation de signaler sa présence et de déclarer le tonnage de poissons détenu à bord auprès du chef de district de l'archipel le plus proche ». Il est certainement vrai que, dans les cas où il s'agit d'une demande de prompt mainlevée, la procédure n'a aucunement pour objet le contrôle de la licéité du comportement de l'Etat côtier. Toutefois, dans des cas d'actions manifestement arbitraires, on pourrait s'attendre que le tribunal en tienne compte au moins dans la détermination du montant de la caution.

30 - Voir le différend entre les Etats-Unis et l'Iran au sujet des démarches préliminaires que l'Iran demande pour assurer la navigation dans sa zone économique exclusive aux bateaux transportant du matériel dangereux pour l'environnement, in *The Law of the Sea : Current Development in State Practice*, cit., IV, p. 147. Plus en général, voir Burke (W.T.), *The New International Law of Fisheries*, cit., p. 322.

En particulier, les articles de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer – qui correspondent largement à des dispositions analogues contenues dans la Convention de Genève de 1958 – prévoient une utilisation proportionnelle des positions subjectives conférées ou reconnues par la Convention. De façon encore plus générale, l'art. 59 de la Convention prévoit que la solution des conflits surgissant en l'absence d'une règle qui détermine l'équilibre entre intérêts contradictoires dans la zone doit être faite au moyen d'une appréciation cas par cas sur la base d'une composition des différents intérêts en jeu. En d'autres termes, dans les articles 56, par. 2, et 58, par. 3, la proportionnalité est mentionnée comme règle relative à l'exercice des positions subjectives attribuées par la Convention ; dans l'art. 59 elle est utilisée comme critère pour l'attribution des positions subjectives. La réconciliation d'intérêts antagonistes sur la base de la proportionnalité s'avère alors un critère général, applicable dans les conflits entre droits aussi bien que dans les conflits entre intérêts qui n'ont pas encore trouvé une consécration législative.

c) Proportionnalité et titres d'utilisation de la haute mer

La troisième situation où le critère de la proportionnalité trouve application concerne l'exercice des libertés dans la haute mer en présence d'intérêts contradictoires. Il s'agit d'une situation très singulière parce que la haute mer est, par définition, un espace dans lequel il n'y a pas de titres juridiques de suprématie : les activités des Etats y sont menées sur un pied d'égalité. Ce que l'on exprime couramment par l'utilisation du terme « liberté », au lieu du terme « droit », devrait indiquer une position subjective qui est exercée en l'absence de toute corrélation avec une situation correspondante d'obligation incombant aux autres Etats. Toutefois, la pratique montre de quelle manière l'existence d'autres positions subjectives également garanties par le droit international, a pour effet de « fonctionnaliser » l'exercice des libertés de la haute mer. Cela signifie que les activités mises en œuvre par chaque Etat et pouvant interférer avec les activités d'autres Etats sont considérées comme licites dans la mesure où elles réalisent des intérêts appréciables et elles ne causent qu'un préjudice proportionnel aux intérêts antagonistes. L'existence d'une pluralité de positions subjectives conflictuelles produit alors un phénomène de « fonctionnalisation » dans l'exercice d'une position juridique qui est apparemment définie en des termes absolus³¹.

31 - Ce qui a été reconnu de manière générale par l'art. 87, par. 2, de la Convention des Nations Unies de 1982.

D'un point de vue théorique, cette situation n'est pas sans précédents. Elle se vérifie, on l'a vu, dans le contexte des conflits naissant entre les droits de l'Etat côtier et les droits d'autres Etats dans les différentes zones maritimes limitrophes à la mer territoriale. La nouveauté réside plutôt dans le fait que, dans la haute mer, il n'y a pas d'Etat ayant la compétence pour déterminer une solution aux conflits entre titres différents d'utilisation; chaque Etat a plutôt le devoir d'exercer ses propres positions subjectives de façon à réconcilier proportionnellement la réalisation de ses propres intérêts et celle des intérêts des autres Etats. Ce phénomène nous rappelle une fonctionnalisation analogue, celle de l'exercice des prérogatives exclusives du territoire, qui trouve dans la discipline de l'utilisation des cours d'eau internationaux son expression la plus complète.

Ce modèle général est soigneusement appliqué dans la pratique de l'occupation exclusive des zones de la haute mer pour des fins militaires et, en particulier, pour y effectuer des essais nucléaires, dans la pratique relative à l'institution des zones de guerre par les belligérants ainsi que dans la pratique de la construction de ports de haute mer³².

III - LE CONTENU DE LA PROPORTIONNALITE ET SON ROLE DANS L'EVOLUTION DU DROIT DE LA MER

A. Contenu et critères d'appréciation de la proportionnalité dans le contexte des interventions coercitives

Il convient maintenant de se demander quel est l'objet de l'appréciation de proportionnalité dans le contexte des actions coercitives. L'étude de la pratique révèle l'existence de différentes méthodes d'appréciation qui correspondent à des conceptions différentes de la proportionnalité. Bien que ces conceptions coïncident en grande partie, elles présentent néanmoins quelques différences importantes aussi bien sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Selon une première conception, ce qui doit faire l'objet de l'appréciation de proportionnalité, ce sont les moyens employés ou la conduite mise en œuvre par l'agent. Ces moyens devraient apparaître appropriés aux circonstances du cas spécifique. Cette conception découle essentiellement des conclusions de la Commission d'arbitrage dans le cas du *I'm Alone*. On a vu que dans sa décision la Commission aurait considéré comme licite le naufrage du navire canadien s'il avait été causé par l'emploi de

32 - Voir O'Connell, *The International Law of the Sea*, vol. II, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 792.

moyens appropriés par rapport au but d'arrêter le navire et permettre son contrôle par les autorités américaines.

Il s'agit d'une conception minimaliste de la proportionnalité, une conception qui n'utilise qu'en partie les potentialités de cette méthode d'analyse. L'emploi de moyens abstraitement proportionnés, comme par exemple l'emploi de la force à des fins démonstratives ou dissuasives, peut sûrement causer des dommages disproportionnés par rapport au bien juridique protégé. Une prédétermination des moyens que l'on pourrait employer se heurte à la nature même de la méthode de la proportionnalité, qui consiste en une opération logique qui doit être conduite cas par cas à la lumière des circonstances concrètes. D'autre part, il serait faux de penser qu'une évaluation du respect de la proportionnalité peut être effectuée seulement a posteriori, c'est à dire à la lumière des dommages causés qui peuvent être appréciés seulement après l'action.

Dans une perspective partiellement différente qui découle d'une considération systématique de la pratique la plus récente des actions impliquant l'emploi de la force, une conclusion plus complexe peut être tirée. Le véritable objet d'évaluation sur la base de la proportionnalité, ce sont les risques respectivement évités et produits par l'action unilatérale de protection : il s'agit de faire une comparaison entre, d'un côté, le risque pour le bien ou la valeur juridique que l'intervention vise à protéger et, de l'autre, les risques éventuels pour les biens ou les valeurs juridiques qui font l'objet de l'intervention. Cette conception particulièrement élaborée de la proportionnalité exprime bien quel niveau remarquable d'évolution la conscience juridique de la communauté internationale a atteint en ce qui concerne le rapport entre intérêts étatiques et intérêts individuels. Il serait, par exemple, disproportionné de mettre en danger la vie et l'intégrité physique des individus à bord d'un navire exerçant une activité de pêche illícite, afin d'assurer l'effectivité des interdictions établies par l'Etat côtier³³. Ceci reste vrai même au cas où l'intervention musclée était le seul moyen de protéger efficacement des buts de prévention, répression ou dissuasion. Ce qu'il faut sûrement prendre en considération, lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité, c'est la relation entre le risque auquel est exposé le

33 - Voir les conclusions du Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire *M/V Saiga*, préc., para. 155 : « le droit international, qui est applicable en vertu de l'article 293 de la Convention, prescrit que l'usage de la force doit être évité autant que possible et que, lorsque le recours à la force s'avère inévitable, cela ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance. Les considérations d'humanité doivent s'appliquer dans le droit de la mer, comme dans les autres domaines du droit international ». On voit comme les deux exigences de l'adéquation de la conduite et de la sauvegarde en toutes circonstances de la vie humaine sont tenues soigneusement séparées par le tribunal, qui cite comme précédents les affaires *I'm Alone* et *Red Crusader* ainsi que l'art. 22 de la Convention des Nations Unies sur les stocks chevauchants.

bien pour la protection duquel l'action est menée et le risque auquel sont exposés les biens et les valeurs qui sont atteints par cette action³⁴.

Les conséquences de cette reconstruction en terme de responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages causés par ses activités menées dans les espaces maritimes sont remarquables. En effet, si l'on admet que l'obligation de l'Etat est celle d'évaluer objectivement les risques à la fois évités et produits par son activité de protection et de mettre en œuvre un comportement approprié aux circonstances concrètes, on est forcé de conclure que cette obligation ne coïncide ni avec une obligation de moyen ni avec une obligation de résultat³⁵. En effet, il est tout à fait concevable qu'une responsabilité soit exclue même si un dommage se vérifie comme conséquence d'une exposition à un risque proportionné. D'autre part, la pratique que l'on vient d'examiner montre toute une série de cas où la responsabilité a été affirmée même si aucun dommage ne s'est vérifié, mais au cas où l'action a causé une exposition à un risque disproportionné pour certains biens et valeurs, par rapport à ceux que l'on cherchait à protéger.

B. Contenu de la proportionnalité comme limite au pouvoir d'harmonisation entre intérêts antagonistes

Une opération logiquement plus complexe est à la base de l'évaluation systématique du contenu et des limites de la proportionnalité comme méthode herméneutique de réconciliation d'intérêts antagonistes.

On a sûrement remarqué que, en dépit d'un large accord quant à l'existence d'un principe de proportionnalité qui canalise et limite l'action unilatérale des Etats par rapport à leurs buts, la proportionnalité est souvent invoquée à l'appui de positions fort divergentes. Par conséquent, on peut avoir l'impression qu'il existe des conceptions fort différentes de cette même notion. En effet, il y a au moins deux conceptions de la proportionnalité: on peut distinguer une conception qualitative et une conception quantitative. La différence concerne l'identification des entités juridiques qui ont un rôle dans le processus d'harmonisation. En effet, les résultats de ce processus peuvent bien être différents si l'on considère les positions juridiques en jeu plutôt que les intérêts pour lesquels ces positions ont été établies par l'ordre juridique.

34 - Il en résulte qu'il ne serait pas raisonnable de comparer l'intensité de la force à l'exigence de la dissuasion. Bien au contraire, on doit renoncer à l'action coercitive lorsque l'exigence pour laquelle on agit apparaît disproportionnée par rapport aux risques causés par cette action. C'est dans ce sens que le système d'emploi de la coercition dans l'accord des Nations Unies de 1995 sur la conservation et la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs a été interprété. Voir notamment Orrego Vicuña, *The Changing International Law of Fisheries*, préc., p. 251.

35 - Voir Dupuy (P.M.), « Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relations with State Responsibility, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 371.

Dans une conception qualitative, la coordination entre les différentes positions subjectives antagonistes concerne leur modalité d'exercice sans, pour autant, toucher à leur contenu typique. Dans la réglementation du droit de la navigation, l'Etat côtier peut, par exemple, établir des routes, en discipliner la vitesse, etc., mais il ne peut interdire aucunement le passage. Par conséquent, cette conception exige que la réglementation de l'exercice d'une position subjective permette dans chaque cas un exercice effectif et non négateur ou illusoire du droit de passage. Cette conception est clairement à la base de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du détroit de Corfou³⁶.

D'autre part, on peut faire valoir en faveur d'une conception quantitative le fait que l'objet véritable de la tutelle fournie par la norme qui garantit le droit de passage est celui d'assurer la liberté des communications maritimes. Le droit de navigation est alors assuré dans les limites où son exercice correspond à un intérêt substantiel et non démonstratif. De cette conception, il découle que le droit sujet à réglementation peut subir des atteintes réelles dans ses conditions d'exercice, afin de réaliser d'autres intérêts protégés par l'ordre juridique, à condition que l'on sauvegarde son contenu essentiel; si, en d'autres mots, on réduit apparemment le contenu du droit, il faut tout de même que l'on maintienne intact l'intérêt pour lequel il a été établi³⁷. Cette conception ne s'appuie pas seulement sur des considérations logiques, mais sur une pratique importante en droit de la mer. On a déjà remarqué que la discipline de la suspension du passage est largement fondée sur une conception quantitative de la proportionnalité. C'est pour cette raison que la pratique a montré une inclination des Etats à accepter des restrictions de plus en plus accentuées dans les détroits qui ne sont pas essentiels pour assurer les communications maritimes. Elle arrive jusqu'à admettre, à certaines conditions, que le passage soit interdit pour éviter le risque de dommages catastrophiques. Mais, en même temps, elle considère avec sévérité chaque restriction, même minimale, dans les détroits essentiels pour les communications maritimes. D'autres exemples peuvent dériver de la discipline du conflit entre positions subjectives: c'est le cas du chevauchement entre le droit d'exploitation des ressources sous-marines et le droit d'utilisation du fond de la mer pour poser des conduites sous-marines.

36 - La Cour a affirmé que « *L'Albanie, eu égard à des circonstances exceptionnelles, aurait été fondée à réglementer le passage de navires de guerre par le détroit, sans toutefois l'interdire* », *C.I.J., Rec.*, 1949, p. 28.

37 - C'est là que réside la différence entre les deux notions, apparemment similaires, de contenu typique et de contenu essentiel d'un droit. Il convient de préciser brièvement ce que l'on entend (veut exprimer) par ces deux formules. On peut dire, bien qu'en forçant les termes de l'argumentation, que le contenu typique indique les facultés de comportement par lesquelles une position subjective se concrétise normalement; le contenu essentiel est le noyau des facultés qui ne peuvent être niées, à moins de préjuger le but qui est poursuivi par l'établissement de la position subjective.

L'avantage d'une conception quantitative peut être apprécié d'un point de vue aussi bien théorique que pratique. Il consiste surtout dans la possibilité d'adapter la protection juridique accordée par l'ordre juridique au contexte de situations bien différentes. Au lieu de positions subjectives définies de manière absolue par l'ordre juridique, nous avons des positions subjectives dont le contenu n'est pas défini a priori, mais qui est déterminé par un processus de concrétisation qui doit tenir compte des différents intérêts en conflit dans le cas concret et qui doit les pondérer les uns avec les autres en les harmonisant à travers le principe de proportionnalité. Il en résulte une impropriété, juridique plus que sémantique, dans la définition des relations juridiques qui en découlent en termes de droits et d'obligations respectifs. En effet, le droit de passage ne serait pas un droit dans le sens plein du terme, mais il ne serait qu'un intérêt que chaque Etat de la communauté internationale possède vis-à-vis de l'Etat côtier : la liberté de navigation dans les zones de la mer soumises à la juridiction de ce dernier est garantie compte tenu des exigences individuelles et collectives présentes dans ces zones. D'autre part, l'Etat côtier ne possède pas une obligation de tolérer le droit de passage, mais une sorte d'obligation *erga omnes* à administrer les zones de la mer sous sa juridiction, de manière que les intérêts conflictuels soient mutuellement réalisés et qu'aucun d'eux ne soit injustement sacrifié pour la complète réalisation des autres. Dans ce sens, il semble correct de dire que l'Etat, dans ces zones, n'exerce que des compétences fonctionnelles reconnues *erga omnes* par l'ordre juridique international en vue de la réalisation d'exigences d'ordre individuel ou collectif.

C. Intérêts alternatifs et critère de proportionnalité : la proportionnalité comme règle d'adjudication des conflits

Les deux critères que nous avons mentionnés ci-dessus ont une caractéristique commune : tous les deux permettent de parvenir à une réconciliation entre positions subjectives et intérêts en conflit. Ce qui change est l'objet de l'harmonisation. Si la conception qualitative assure une harmonisation entre droits, la conception quantitative assure une harmonisation entre intérêts, tout en permettant de toucher apparemment le contenu abstrait des positions subjectives en jeu. Certainement, la conception quantitative est celle qui peut assurer le mieux une solution équitable des conflits juridiques entre positions subjectives et intérêts contradictoires grâce à sa capacité d'élaborer des modalités d'exercice aptes à en assurer la satisfaction mutuelle. L'avantage de cette conception est donc celle de pouvoir considérer de plus en plus de conflits comme seulement apparents et, par conséquent, de pouvoir les résoudre par le recours à la méthode de la proportionnalité.

Toutefois, il existe des conflits juridiques qui ne peuvent pas être résolus ayant recours au principe d'harmonisation en question parce qu'ils reposent sur des conflits réels. Par cette expression on vise une catégorie de conflits entre intérêts qui s'excluent mutuellement et, par conséquent, qui peuvent être résolus seulement par l'identification d'un intérêt qui va prévaloir. Dans les conflits de ce genre, on est confronté à un intérêt qui sera entièrement satisfait alors que les autres ne pourront qu'être entièrement sacrifiés. Le rôle de la proportionnalité est alors de déterminer les conditions auxquelles l'ordre juridique international reconnaît la primauté d'un intérêt sur les autres. D'un point de vue théorique, on est tenté de définir cette conception différente de la proportionnalité comme alternative, dans le sens que la réalisation d'un des intérêts en jeu se traduit par un sacrifice important à la charge des autres³⁸.

La pratique internationale montre plusieurs exemples où cette conception alternative du critère de la proportionnalité a été employée. Le domaine des interventions coercitives nous fournit beaucoup d'exemples dans lesquels l'intervention produit un dommage certain à la charge d'un ou plusieurs biens et valeurs juridiques en jeu afin d'éviter des risques importants pour d'autres intérêts. D'un point de vue plus général, si les moyens de réconciliation entre les exigences antagonistes en jeu font défaut, l'ordre juridique international permet de faire un choix, il permet de sacrifier complètement l'un ou plusieurs d'entre eux. Le critère de la proportionnalité impose alors tout simplement une comparaison entre le niveau de protection de l'intérêt dominant et le sacrifice des autres intérêts. Dans le contexte particulier des conflits réels, le sacrifice devra être non seulement nécessaire pour assurer une protection raisonnable de l'intérêt dominant mais aussi proportionné par rapport aux biens juridiques respectivement en jeu et à l'entité des risques relatifs.

L'exemple le meilleur de ce genre de conflits est le différend entre le Danemark et la Finlande relatif au passage dans le Grand-Belt.

Les éléments essentiels du litige ont été déjà décrits auparavant. Ce qui importe ici, c'est la qualification juridique qui a été soutenue à l'appui des positions respectives. Les deux parties au différend étaient d'accord pour affirmer l'existence d'un pouvoir de l'Etat côtier, dans l'espèce le Danemark, de coordonner sur la base de la proportionnalité l'intérêt de la navigation avec les intérêts de l'Etat côtier relatifs, en particulier, à l'utilisation de l'espace de la mer territoriale. De plus, les parties au différend

38 - Ce type d'appréciation pourrait être défini comme non parétien, dans le sens qu'il ne satisfait pas le critère d'efficacité de Pareto, du moment qu'il permet une amélioration d'un des intérêts en jeu au mépris des autres. Pour une analyse du critère juridique de proportionnalité à la lumière des catégories de l'efficacité de Pareto, voir Dechsling (R.), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, Vahlen Verlag, München, 1989, p. 51.

s'accordaient sur une conception quantitative (au sens large) de la proportionnalité. En particulier, la Finlande soutenait que le Danemark avait non seulement le pouvoir de réglementer le passage mais aussi de la priver de certaines de ses facultés typiques, comme par exemple d'interdire définitivement le passage dans certaines des voies d'eau, à condition de ne pas sacrifier le contenu essentiel du passage, c'est-à-dire la possibilité garantie à tous les navires d'utiliser les eaux danoises pour les communications maritimes entre la mer Baltique et la mer du Nord.

En revanche, leurs positions sur la licéité de la construction d'un pont sur le Grand Belt demeuraient divergentes. D'une part, ce pont aurait complètement interdit le passage à un nombre, il faut l'admettre, particulièrement limité de navires qui n'auraient pas pu transiter par les détroits danois à moins de procéder à de complexes manœuvres de démontage et de remontage. D'autre part, s'il avait fallu garantir le passage à tous les navires, on aurait dû empêcher complètement la réalisation d'un projet d'importance économique fondamentale pour la communauté territoriale de l'Etat côtier. Les deux exigences étaient donc irrémédiablement en conflit; un conflit auquel il était impossible de donner une solution par la satisfaction mutuelle des intérêts en jeu.

Cette singularité peut s'expliquer par le fait que l'application d'une technique de solution des conflits fondée sur la proportionnalité vise premièrement la détermination de la forme de l'exercice de positions subjectives antagonistes mutuellement compatibles. Prenons l'exemple du passage sujet à une réglementation par l'Etat côtier. Dans cette hypothèse, les positions subjectives sont ordonnées selon le schéma suivant: « tous les navires peuvent passer, mais sont assujettis à des restrictions proportionnelles »; alors que, dans le cas du passage par le Grand Belt, les positions subjectives sont ordonnées selon le schéma suivant: « la plupart des navires peut passer, mais une catégorie proportionnellement restreinte ne peut pas le faire ». Dans le premier exemple, la proportionnalité se réfère aux restrictions, tandis que dans le deuxième elle se réfère aux catégories de navires qui voient leur droit de passage disparaître. En d'autres termes, la réalisation du but pour lequel le pouvoir est attribué comporte, dans le premier cas, une restriction proportionnelle de certaines facultés implicites dans le droit de passage pour tous les navires, tandis que dans le deuxième ce droit est entièrement soustrait à un nombre limité de navires. En effet, le Danemark a souligné au cours de la procédure écrite³⁹ que le fait de garantir le passage à un nombre fort restreint de navires ne pouvait pas

39 - Voir le contre-mémoire danois, cit., p. 221.

prévaloir sur la réalisation d'un projet d'importance économique fondamentale pour sa communauté territoriale. Il serait difficile d'imaginer un exemple plus clair de proportionnalité alternative.

De manière systématique, cette affaire met en lumière une limite à la méthode de coordination entre positions juridiques fondée sur la proportionnalité. Il se peut alors que si le résultat peut être considéré proportionnel du point de vue normatif, la situation concrète qui en découle est, au contraire, loin de l'être. Elle peut être alors fortement déséquilibrée car certains intérêts en jeu sont complètement satisfaits au mépris d'autres intérêts qui sont complètement assujettis aux premiers.

En l'absence, dans l'ordre juridique international, de mécanismes capables de redistribuer sur la collectivité le coût social de la réalisation de l'intérêt qui est finalement jugé dominant, on ne peut que penser à une forme de compensation entre l'Etat qui a réalisé ses objectifs et l'Etat dont les positions subjectives ont été atteintes par l'exercice d'une activité qui est toutefois parfaitement licite⁴⁰.

V – CONCLUSIONS: LES CARACTERISTIQUES GENERALES DE LA PROPORTIONNALITE DANS LE DROIT DE LA MER

L'étude de la pratique a mis en évidence certains caractères de fond de l'application de la proportionnalité dans le droit de la mer qu'il convient maintenant de considérer dans une perspective systématique.

Il faut souligner avant toute chose que la proportionnalité s'est affirmée dans le droit de la mer comme un critère d'application générale pour le contrôle des pouvoirs fonctionnels conférés ou reconnus aux Etats agissant unilatéralement. Elle s'applique aux cas dans lesquels l'ordre juridique international confère à un Etat le pouvoir unilatéral d'interférer avec des positions subjectives possédées par d'autres sujets afin de réaliser des fins déterminées. L'existence de la proportionnalité représente le pendant de la reconnaissance de ces pouvoirs, du moment que la présence d'un moyen de contrôle rend plus acceptable l'exercice unilatéral de fonctions d'intérêt général. Il s'agit, en d'autres termes, d'un remède à l'unilatéralisme.

La nature juridique de la proportionnalité n'est pas alors celle d'une règle de comportement, dans le sens où elle n'impose ou n'interdit pas un comportement déterminé. La proportionnalité constitue plutôt une méthode normative adoptée par l'ordre juridique international afin d'iden-

40 - C'est ce qui s'est régulièrement passé dans l'affaire du passage par le Grand Belt où il était toutefois difficile d'évaluer la nature juridique de la compensation.

tifier des règles à suivre cas par cas et à la lumière des circonstances d'espèces. Au lieu de formuler une règle générale de comportement, les normes qui adoptent le modèle de la proportionnalité définissent plutôt une procédure pour la formation d'un nombre potentiellement infini de règles destinées à valoir dans chaque cas concret. Il s'agit alors plutôt d'un principe que d'une règle dans le sens propre du terme; un principe qui découle de la structure des relations juridiques où il trouve son application. Potentiellement la proportionnalité a un champ d'application qui ne peut être défini avec précision. Elle s'applique dans tous les cas où l'ordre juridique international a conféré des pouvoirs d'action, qu'ils soient de caractère normatif ou coercitif, pour la réalisation de certains buts. La proportionnalité constitue alors un critère d'intégration qui nous révèle des caractéristiques structurelles de cet ordre juridique fondé sur un recours important à l'exercice décentralisé de fonctions de caractère général.

Dans l'abstrait, la proportionnalité est alors caractérisée par une certaine indétermination d'évaluation, ce qui exalte, d'autre part, sa flexibilité et sa capacité d'adaptation à l'environnement juridique où elle est destinée à opérer. Certes, des aspects négatifs peuvent être liés à cette indétermination juridique. Mais il ne faut tout de même pas les exagérer. Certains auteurs en effet y identifient un subjectivisme qui à leur avis ne pourrait pas être éliminé dans l'application de ce principe. Au contraire, loin de nier toute utilité à la proportionnalité, cette considération permet d'apprécier pleinement son rôle. La règle fondée sur la proportionnalité est en effet une règle dont le contenu est susceptible de changer par rapport à l'évolution de la coutume sociale et de l'importance qui est reconnue par la société internationale à certaines valeurs dans un contexte historique déterminé. Dans les normes qui adoptent un critère de proportionnalité, cet élément constitue alors une sorte de clause évolutive de caractère général.

Cette considération montre l'importance de la proportionnalité aussi dans une perspective de théorie générale. Traditionnellement, les relations juridiques internationales ont été considérées sur la base d'un modèle théorique de réciprocité. Il semble en effet tout naturel de penser que, dans l'ordre juridique international, en l'absence de structures pour l'exercice centralisé des fonctions juridiques essentielles, les relations entre sujets égaux sont ordonnées sur la base d'un principe de réciprocité. Si ce modèle permet d'expliquer convenablement la plupart des relations entre sujets internationaux, il y a cependant certaines situations qui échappent à cette reconstruction théorique. En effet, il se peut que lors de relations dans un certain sens égales entre Etats, il y en ait un qui détienne le pouvoir d'interférer unilatéralement avec les droits et intérêts d'autres Etats qui, en revanche, ont la possibilité de contrôler l'adéquation du résultat de cette action unilatérale. Dans ce modèle particulier, les relations juridiques internationales sont alors organisées autour d'un pouvoir discrétionnaire

de certains Etats, qui peuvent toucher aux situations juridiques d'autres Etats, alors qu'à ces derniers est reconnue une fonction de contrôle. On peut dire, bien qu'en forçant à des fins explicatives les termes de l'argumentation, que le modèle de la proportionnalité met en évidence l'exigence que certaines fonctions soient accomplies, dans l'ordre juridique international, sur une base décentralisée et qu'à l'existence de pouvoirs discrétionnaires exercés par certains Etats corresponde un mécanisme objectif de contrôle. Si le modèle de la réciprocité montre bien le caractère paritaire des relations juridiques entre sujets dotés de souveraine égalité, le modèle de la proportionnalité met plutôt en évidence l'existence, même dans l'ordre juridique international, de formes d'organisation des relations juridiques de caractère publiciste au sens large.

Troisièmement, il est essentiel de souligner l'unité conceptuelle que la proportionnalité garde dans tous les contextes différents où elle a trouvé son application. On a bien vu que derrière la formule de la proportionnalité se cache une pluralité de techniques normatives de caractère fonctionnel, chacune applicable dans son propre domaine et y ayant son propre contenu. En dépit de ces différences, les applications variables de la méthode de la proportionnalité sont fondées toutefois sur une structure logique unitaire. Dans tous ces cas différents le processus d'appréciation de la proportionnalité est unique et s'articule sur deux niveaux : une évaluation concernant le degré raisonnable de protection des intérêts et des valeurs que l'on cherche à réaliser et une évaluation comparative entre ces derniers et les intérêts susceptibles d'être atteints par l'action unilatérale⁴¹. Encore, on peut remarquer que la structure argumentative de la proportionnalité ne change pas si elle est appliquée aux pouvoirs d'action qui sont fonctionnellement limités par rapport à un ou plusieurs buts déterminés, ou plutôt à des pouvoirs d'action qui sont conférés pour une série potentiellement ouverte de buts. Certainement, ce qui change est le degré d'appréciation de la proportionnalité : plus stricte dans le premier cas, bien moins dans le deuxième, où l'on pourrait avoir l'impression que l'évaluation de proportionnalité se confond avec une appréciation du caractère non arbitraire de la poursuite de buts de caractère général.

En conclusion, le modèle de la proportionnalité s'est affirmé dans le contexte du droit de la mer, comme dans l'ensemble du droit international, avec des caractéristiques propres. Il ne reflète pas seulement une exi-

41 - Dans ce contexte, la détermination d'un niveau acceptable de protection d'un bien déterminé assume une grande importance. Il ne suffit pas, par exemple, qu'une restriction au droit de passage ou une intervention coercitive sur un navire étranger soit relative à la protection de l'environnement pour qu'elle soit automatiquement considérée comme licite. Il faut aussi que les standards de protection de l'environnement qu'elle poursuit soient raisonnables et appropriés aux circonstances. Dans le contexte de cette appréciation, l'étude comparée d'expériences semblables, l'existence de recommandations d'organismes internationaux et la contribution de données scientifiques et technologiques peuvent effectivement jouer un rôle décisif.

gence générale d'équité et de bon sens dans l'utilisation des pouvoirs unilatéraux. Bien plus, il fournit une méthode normative complexe et sophistiquée dont l'application implique un certain degré d'élaboration. Ces caractéristiques techniques distinguent nettement la proportionnalité d'autres techniques qui peuvent être parfois appliquées dans le domaine du contrôle des pouvoirs unilatéraux, tels que la notion de raisonnable ou l'abus du droit⁴².

42 - Sur la notion de raisonnable et sur son utilisation comme limitation aux compétences discrétionnaires des Etats, voir Salmon (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1982, p. 447 ; Corten (O.), *Le concept de raisonnable en droit international public. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant et U.L.B. 1997 ; Jovanovic (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988.

RESUME

L'article présente les résultats d'une recherche sur le rôle de la proportionnalité dans le contexte des pouvoirs fonctionnels exercés unilatéralement par les Etats dans le droit de la mer. A cette fin, on distingue entre le rôle de la proportionnalité comme critère de limitation des pouvoirs coercitifs des Etats dans les espaces maritimes et comme critère de solution des conflits entre positions subjectives antagonistes. L'analyse de la pratique montre que, en dépit des différents domaines, les applications variables de la méthode de la proportionnalité sont fondées sur une structure logique unitaire, ce qui en fait un critère d'application générale pour le contrôle des pouvoirs fonctionnels. Elle s'applique aux cas dans lesquels l'ordre juridique international confère à un Etat le pouvoir unilatéral d'interférer avec des positions subjectives possédées par d'autres sujets afin de réaliser des fins déterminées. Les conséquences théoriques de cette conclusion et le caractère de la proportionnalité comme un principe découlant de la structure des relations juridiques internationales sont examinés dans la partie finale.

ABSTRACT

The scope of the article is to present the results of a line of research on the role of proportionality in the law of the sea, and, more precisely, in the context of the exercise of powers conferred to individual States. A distinction is thus made between the role of proportionality in the context of enforcement activities, as a principle imposing certain limitations on the power to employ force, and, respectively, in the context of conflict-settling activities, as a principle imposing to bring about a fair balance of rights and interests. Despite the different situations to which it applies, the analysis of State practice reveals the conceptual unitariness of proportionality, which applies generally to situations in which a certain State is empowered to interfere with rights and interests possessed by others, in order to achieve specified ends. The theoretical consequence of this construction, and the nature of proportionality as a general principle deriving from the structure of the international legal relations, are dealt with in the last part.

RESUMEN

El artículo presenta los resultados de una investigación sobre el papel de la proporcionalidad en el contexto de los poderes funcionales ejercidos unilateralmente por los Estados en el Derecho del mar. Con este propósito, el autor distingue entre el papel de la proporcionalidad como criterio de limitación de los poderes coercitivos de los Estados en los espacios marítimos, de una parte y, de otra, como criterio de solución de conflictos entre posiciones subjetivas contrapuestas. El análisis de la práctica pone de manifiesto que por encima de las diferencias entre las situaciones a las que se aplica, las distintas variables del método de la proporcionalidad están basadas en una estructura lógica unitaria,

lo que hace de la proporcionalidad un criterio general para el control de los poderes funcionales. La proporcionalidad se aplica a los casos en los que el orden jurídico internacional confiere a un Estado el poder unilateral de interferir en posiciones subjetivas de las que son titulares otros sujetos a fin de realizar determinadas finalidades. En la parte final del artículo, el autor establece las consecuencias teóricas de esta conclusión y el carácter de la proporcionalidad como principio derivado de la estructura de las relaciones jurídicas internacionales.
