

Publié dans *Le 90^e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali. Hommage du Curatorium à son Président*, London/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 113-135.

Réflexions autour du besoin réciproque entre le droit international privé et le droit international public

Diego P. Fernández Arroyo *

I. Panorama général

Des discours plus ou moins élaborés à propos des rapports entre le droit international privé et le droit international public ont toujours existé. Rien n'est moins nouveau que ce thème dans la doctrine internationaliste ; de telles relations ont toujours été traitées et n'ont jamais cessé d'attirer l'attention des auteurs les plus importants de droit international privé¹. Cependant, différentes raisons font que celles-ci ont acquis une physionomie singulière et extrêmement influente. Comme toujours dans le domaine du droit, il est très difficile de trouver des idées, des méthodes ou des théories qui n'ont pas déjà été ébauchées, éventuellement sous des présentations différentes. Ce qui change, parfois de manière dramatique, c'est le contexte et les circonstances dans lesquelles ces « marronniers » peuvent ou doivent être appliqués. C'est le cas aujourd'hui, de toute évidence, du thème des relations entre le droit international privé et le droit international public.

En effet, la redécouverte de l'importance mutuelle entre le droit international privé et le droit international public occupe depuis un certain temps déjà un espace significatif dans le discours théorique – particulièrement, comme nous le verrons, dans le domaine

* Professeur à l'École de Droit de l'Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po), Co-directeur du programme « *Global Governance Studies* ».

¹ Par exemple, M. Aguilar Navarro, « Droit international privé et droit international public », *Mélanges Maury*, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 3-25 ; H. Batiffol, « Points de contact entre le droit international public et le droit international privé », *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1976, pp. 37-48 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. DIP*, 1979, pp. 1-29, 349-388, 537-583 ; A. Lowenfeld, « Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction », *Recueil des Cours*, t. 163, 1979-II, pp. 311-446 ; T.B. de Maekelt, « Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público », dans *Lo público y lo privado*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1996 (réimpr. dans D.P. Fernández Arroyo / C. Lima Marques (dirs. publ.), *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, Asunción, ASADIP / CEDEP, 2011, pp. 27-57); E. Jayme, *Internationales Privatrecht und Völkerrecht. Studien-Vorträge-Berichte. Gesammelte Schriften*, t. 3, Heidelberg, Müller, 2003, pp. 3-41.

privatiste² – et dans l’expérience quotidienne des juges, arbitres et avocats, qui observent comment, dans de multiples domaines, les règles et principes des deux disciplines se mélangent dans la réalité. Au sein des usines codificatrices du droit international privé à vocation universelle, la perception est exactement la même, comme l’a récemment décrit Hans van Loon³.

A mon avis, il devient de plus en plus évident que les deux disciplines doivent aller main dans la main, sans s’attarder sur la discussion de savoir si leurs objets et méthodes respectives pourraient être, d’une manière ou d’une autre, mutualisés. L’arbre des débats sur certaines questions spécifiques (comme celles de savoir si le droit international privé se « publicise »⁴ ou si, au contraire, il est « en train de revenir »⁵), ne doit pas cacher la forêt des nombreux problèmes qui réclament une compréhension complémentaire des deux disciplines. Sans aucun doute, les points de vue du droit international privé et du droit international public relatifs à une question seront fréquemment plus contradictoires que complémentaires⁶, mais ceci n’a rien, *en soi*, de mauvais. Il existe bien des positions opposées entre des spécialistes d’une même discipline juridique (comme, par exemple, entre multilatéralistes et unilatéralistes, naturalistes et positivistes), sans que personne ne puisse mettre en doute l’appartenance de tous au même secteur de connaissance. En outre, une bonne partie de ces

² A. C. Cutler, « Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law », *RIPE*, vol. 4, 1997, pp. 261-285 ; H. Muir Watt, « New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? », in : M. van Hoecke (dir. publ.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford et al, Hart, 2004, pp. 271-284 ; S. Leible et M. Ruffert (dirs. publ.), *Völkerrecht und IPR*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006 ; A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law (Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law)*, Cambridge, CUP, 2009 ; D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (note 1).

³ « Selon une idée encore très répandue, le droit international public et le droit international privé sont aux antipodes l’un de l’autre. D’un côté, le droit international public, « centre sur l’État », régit les droits et obligations des États à l’égard des autres États et des individus, de l’autre, le droit international privé, centré sur les personnes, leurs relations et leurs transactions, règle les question de compétence des juridictions nationales, de loi applicable et d’exécution des jugements. Mais en réalité, ces deux disciplines sont interconnectées, le droit international privé faisant partie intégrante du système juridique international et jouant à ce titre un rôle de plus en plus critique, tant en théorie qu’en pratique ». H. van Loon, « Avant-propos », *HCCH-Rapport Annuel 2010*, pp. 2-3.

⁴ Ou doit-il « se publiciser », selon la persuasive proposition de H. Muir Watt, « Private International Law as Global Governance: beyond the Schism, from Closet To Planet », disponible sur le site <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/2012/03/31/pilagg-launching-paper-revisited-march-2012/>. Voir déjà id., « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. phil. droit*, vol. 41, 1997, pp. 207-214.

⁵ Sur le rayonnement progressif du droit international privé, voir R. Michaels, « Public and Private International Law: German Views on Global Issues », *Journal of PIL*, 2008, p. 124.

⁶ Plusieurs exemples peuvent être trouvés dans *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011.

contradictions entre les aspects publicistes et privatistes du droit international ne sont que le résultat de l'énorme poids de vieux concepts et traditions séculaires.

Ce qui sépare les deux disciplines n'est plus une mer infinie mais un fleuve qui, si, d'une certaine perspective, éloigne les rives l'une de l'autre, d'une autre, il les rapproche, dans la mesure où ces rives peuvent être rejointes tant au moyen d'une simple barque qu'à l'aide d'un tunnel ou d'un pont sophistiqué. Des attitudes isolationnistes et divers degrés de désintérêt pour ce qui se passe de l'autre côté se sont maintenus pendant longtemps et continuent de se manifester – de manière surprenante – même aujourd'hui. Du côté du droit international public, on pourrait dire que ces positions ont été traditionnellement assez généralisées et que les rares efforts pour appréhender la portée des rapports avec le droit international privé ont montré un manque considérable de compréhension, voire de caricatures, des points de vue « privatistes » de ces rapports⁷. Diverses raisons peuvent s'inscrire dans ce sens. L'une, partagée avec de nombreux privatistes, se fonde sur la conviction que le droit international privé est en réalité une composante du droit privé de chaque État qui n'a d'international que le nom. Le vieux lieu commun, selon lequel la différence essentielle entre le droit international privé et le droit international public consiste en ce que le premier est du droit mais n'est pas international, tandis que le second est international mais n'est pas du droit, continue à exercer une influence néfaste, nonobstant sa niaiserie évidente, dans le subconscient de nombreux internationalistes. Une autre raison pourrait se loger dans l'idée que le droit international public couvre déjà suffisamment de domaines⁸. En effet, un droit international public qui doit déjà s'occuper de tant de matières et qui a succombé à la fragmentation⁹, peut difficilement avoir un intérêt, voire la capacité, de prêter attention également aux relations privées internationales. Une troisième raison, purement formelle, peut se rencontrer dans l'idée classique que seuls

⁷ De cette façon, un auteur (J. Verhoeven, « Droit international public et droit international privé : où est la différence ? », *Arch. phil. droit*, t. 32, 1987, pp. 23-24) a crû voir une volonté de subordination au droit international public de la part d'une certaine doctrine *internationalprivatiste* en manifestant que c'est « assez surprenant que la doctrine du droit international public ne soit guère encline en apparence à accepter cette offre de soumission » et que « s'interroger sur les rapports entre le droit international public et le droit international privé, c'est à l'ordinaire toujours s'interroger sur une dépendance ». Il me semble évident, en revanche, que tout dialogue entre les deux disciplines devrait écarter la moindre idée de subordination ». Voir D. Operti Badán, « Derecho internacional público y derecho internacional privado. Hacia un diálogo renovado », in : D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (note 1), p.73.

⁸ Y. Daudet, « A modo de prólogo », in : D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (nota 1), p. 23.

⁹ Voir, essentiellement, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international – Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi)*, doc. ONU, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

les États et les organisations internationales peuvent être des sujets de droit international public.

Depuis la rive du droit international privé, on peut identifier au moins deux raisons justifiant les positions isolationnistes. La première, historique, plonge ses racines dans le « mouvement » d'émancipation du droit international privé, qui pendant la seconde partie du XIX^{ème} siècle aurait réussi à s'autonomiser dogmatiquement du droit international public, au moment où il renforçait son autonomie législative avec les premières codifications plus ou moins avancées en la matière. Dans une évolution comparable à celle des nouveaux États qui rompent avec la métropole, de nombreux spécialistes de droit international privé, pendant presque tout le XX^e siècle, se sont acharnés à se différencier du colonisateur. La seconde raison, certainement liée à la précédente, se fonde sur la conception nationaliste du droit international privé, selon laquelle celui-ci ne serait pas autre chose qu'une simple composante du droit interne, une sorte de droit privé spécial applicable aux cas internationaux.

Cela va sans dire que ce manque d'intérêt réciproque peut seulement être ressenti ou manifesté depuis une perspective éminemment théorique. Pour ceux qui exercent une activité pratique concernant le droit international (législateurs, juges, arbitres, avocats, consultants), au contraire, il est chaque fois plus difficile de ne pas être confronté, d'une manière ou d'une autre, à ce qu'il se passe sur l'autre rive. Une observation sommaire de la réalité actuelle montre que toutes les raisons mentionnées, même si elles pourraient être validées dans des contextes déterminés, n'ont aujourd'hui guère de sens. De tous les changements qui ont rendu obsolètes ces raisons, le plus significatif est peut-être la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international public¹⁰, laquelle a des conséquences très importantes en général et aussi en particulier pour la présente contribution.

Sur l'autre rive, l'idée d'un droit international privé qui serait international seulement par son objet mais qui continuerait à être national par ses sources (ce qui serait la raison essentielle parmi celles invoquées), ne tient simplement pas debout. Nous n'allons pas nier que les États – à l'exception de ceux qui sont membres de l'Union européenne – conservent une marge de manœuvre considérable pour légiférer en matière de droit international privé et pour déterminer la portée de leurs principes

¹⁰ A. A. Cançado Trindade, « The Saga of the Emancipation of the Individual from his Own State: Thoughts on the Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations », in D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (note 1), pp. 315-336.

d'ordre public et de leurs normes impératives¹¹. Mais on ne peut pas nier non plus toute une série de données qui relativise ce qui vient d'être dit.

L'élément le plus évident est qu'une part très significative du droit international privé en vigueur dans les différents ordres juridiques est « nationale » seulement d'un point de vue formel, puisque ses origines, ou parfois son contenu exact, provient d'usines codificatrices internationales. Des normes de droit international privé qui peuvent être considérées purement et simplement « nationales » sont de plus en plus exceptionnelles¹². Cela saute aux yeux que la méthode d'élaboration des normes de droit international privé (et, plus généralement, de toutes les normes juridiques) a profondément changé, surtout en raison de la transformation notable des auteurs de telles normes¹³. Ainsi, plus particulièrement, par exemple, le pouvoir législatif des États qui participent au processus d'intégration européenne a été remplacé dans une large mesure (et encore plus large pour le cas du droit international privé) par le pouvoir supranational d'une organisation à laquelle les dits État ont volontairement cédé leur prérogatives ; et cette organisation ne dirige pas ses activités et ses décisions sur la base de critères purement juridiques, mais conformément à sa propre logique, intimement liée à la liberté du marché¹⁴. Mais aussi en dehors de l'Union européenne, les États ont autolimité leur capacité législative et décisionnaire en assumant une vaste série de compromis internationaux (traités commerciaux, de protection des investissements, de reconnaissances des décisions, etc.), dont la violation peut provoquer des sanctions économiques parfois très sévères et dont la dénonciation peut affecter drastiquement leur réputation.

Une seconde donnée concerne l'impact des traités internationaux des droits de l'homme sur la législation et la jurisprudence étatique en matière de droit international

¹¹ Expansión que no necesariamente se traduce en efectividad. Voir D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée? (à propos de Cass. civ. 1^a, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 1-28. Voir aussi *infra* notes 66-67 et le texte auquel elles sont rattachées.

¹² Telle n'est pas, cependant, l'opinion contenue dans des travaux récents rédigés dans un esprit plutôt classique, comme ceux de M. Bogdan, « Private International Law as Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law », *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 9-252, et Th. M. de Boer, « Leaving Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law », *NILR*, 2010, pp. 183-207. Cet esprit semble encore plus surprenant dès lors que l'on réalise que ces travaux sont presque exclusivement centrés sur le droit international privé européen, avec quelques références à celui des États-Unis.

¹³ D. Operti Badán, « El derecho internacional privado en tiempos de globalización », *Rev. Uruguaya DIPr*, n° 6, 2005, pp. 20-25 ; J. Basedow, « Global Life, Local Law? – About the Globalisation of Law and Policy-Making », in: *Liber amicorum Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 823-833.

¹⁴ E. Jayme, « Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation », *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 24-25 (« *L'état des personnes est traité, par les règles communautaires, comme une marchandise* ») ; H.U. Jessurun d'Oliveira, « The EU and a Metamorphosis of PIL », in: *Essays Peter North*, Oxford, OUP, 2002, pp. 111 ss.

privé¹⁵, impact qui s'exerce sur des matières variées et dans diverses circonstances pour garantir, notamment, l'accès à la justice, les droits des travailleurs ou les intérêts des enfants et des adolescents. Intimement lié à ceci, il est patent que depuis une perspective fonctionnelle, le droit international privé peut difficilement continuer à être pris comme un simple instrument « neutre » de répartition des compétences dans la mesure où on prend en considération le processus rampant de matérialisation qui l'a animé pendant les dernières décennies¹⁶. Ce n'est un secret pour personne que dans tous les secteurs du droit international privé, de plus en plus de règles et décisions sont élaborées en fonction de l'achèvement d'objectifs sociaux, politiques et économiques déterminés¹⁷.

Enfin, une autre donnée, également incontestable, est qu'une partie économiquement très importante de la résolution des litiges s'est déplacée sur le terrain de l'arbitrage ou de tribunaux internationaux sur lesquels l'influence et le contrôle final des États sont le plus souvent faibles, sinon nuls¹⁸. Le caractère « national » de la réglementation des relations privées internationales concernées, à supposer qu'elle existe, ne paraît pas très significatif dans ledit contexte¹⁹.

Une fois faites ces considérations contextuelles, on peut identifier, sans beaucoup d'efforts, certains domaines dans lesquels le dialogue entre les deux disciplines se produit infailliblement, au-delà des désirs et de la conscience de ceux qui sont les protagonistes des relations ciblées. A mon avis, les deux aspects principaux en ce sens sont, d'un côté, le rôle central des droits de l'homme (tant en droit international public²⁰

¹⁵ C. Fresnedo de Aguirre, « Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho internacional privado », in : D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (note 1), pp. 337-344.

¹⁶ D. P. Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 130-141.

¹⁷ Voir, par exemple, H. Muir Watt, « Aspects économiques de du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Recueil des Cours*, t. 307, 2004, pp. 350-358 ; D. P. Stewart, « How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law », in : D. P. Fernández Arroyo et C. Lima Marques (note 1), pp. 81-106.

¹⁸ Situation qui a suscité la question de l'existence d'un véritable « ordre juridique arbitral » (E. Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Recueil des Cours*, t. 329, 2007, pp. 49-216) ou d'un droit arbitral spontané qui se développerait « contre » l'ordre juridique (F. Grisel, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Paris, LGDJ, 2011). Pour une vision « publiciste », voir A. Pellet, « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'internationaliste de droit public », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 71-72.

¹⁹ Surtout dans l'arbitrage, où l'application des normes nationales, lorsqu'elle se produit, est largement nuancée dû au jeu des usages commerciaux ou d'interprétations fondées sur des principes généraux. Voir P. Mayer, « El derecho o las normas aplicables al fondo de la controversia », in : J. C. Rivera et D. P. Fernández Arroyo (dirs. publ.), *Contratos y arbitraje en la era global*, Asunción, CEDEP, 2012.

²⁰ Voir A. A. Cançado Trindade, « International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*. General Course of Private International Law (I) », *Recueil des Cours*, t. 316, 2005, pp. 64-70.

qu'en droit international privé²¹) et, d'un autre côté, les relations entre les différentes dimensions de la réglementation juridique (internationale, supranationale et interne)²², deux phénomènes qui sont liés entre eux. Cependant, les droits de l'homme et le trouble causé par la substitution de la pyramide par le réseau²³ ne sont pas les seules questions à devoir être soulignées et analysées. De nombreux autres problèmes juridiques internationaux requièrent des visions publiques et privées complémentaires ; il en va ainsi de la résolution des différends en matière de contrats publics²⁴ et d'investissements étrangers²⁵, de l'immunité de juridiction et d'exécution de l'État dans des affaires de nature privée²⁶, de la codification internationale du droit international privé²⁷, de la protection de l'environnement²⁸, des phénomènes associés aux migrations massives de personnes²⁹, de la réglementation générale du commerce international³⁰, des procédures parallèles³¹, etc., etc.

En somme, après que se soit écoulé plus d'un siècle depuis le début de la « guerre d'indépendance » du droit international privé par rapport au droit international public, les deux disciplines sont plus que jamais entremêlées. Même en maintenant leurs

²¹ Voir D. P. Fernández Arroyo, « Private International Law and Comparative Law : A Relationship Challenged by International and Supranational Law », *Yearbook of Private International Law*, vol. XI, 2009, pp. 42-45.

²² Ces relations montrent aujourd'hui une tendance remarquable à la *résidualisation* de la dimension interne. *Ibid.*, pp. 53-55.

²³ Pour utiliser la formule connue de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

²⁴ Voir les différentes perspectives retenues dans les travaux rassemblés par M. Audit (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

²⁵ Par exemple, G. Carducci, « Defining 'Investment' in Public and Private International Law and the Scope of ICSID, NAFTA and Energy Charter Treaty Investment Arbitration », in: *Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, Scientifica, 2011, pp. 649-674 ; A. Mills, « The public-private dualities of international investment law and arbitration », in : Ch. Brown et K. Miles (dir. publ.), Cambridge, CUP, 2011, pp. 97-116.

²⁶ P. D. Trooboff, « Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles », *Recueil des Cours*, t. 200, 1986, pp. 235 ss. ; E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, München, Springer, 2005.

²⁷ P. R. Beaumont, « Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty Making (Opening Lecture, Private International Law Section, 2009) », *Recueil des Cours*, t. 340 (2009), pp. 9-62.

²⁸ Voir, parmi d'autres, R.V. Percival, « Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law », *Maryland Journal of International Law*, vol. 25, 2010, pp. 37-63.

²⁹ Le sujet est présent dans l'agenda de la Conférence de La Haye de droit international privé (voir H.A. van Loon, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale », *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 419-434) malgré les plaintes de certains délégués (voir A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé. Cours général de droit international privé », *Recueil des Cours*, t. 341, 2009, p. 518).

³⁰ Tous les manuels permettent d'observer le double « versant » du droit du commerce international. Par exemple, J. Béguin et M. Menjuq (dirs. publ.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2011.

³¹ Voir C. McLachlan, « *Lis Pendens* in International Litigation », *Recueil des Cours*, t. 336 (2008), pp. 199-554.

domaines et intérêts respectifs, elles ont besoin l'une de l'autre et se nourrissent réciproquement. De nombreux *international-privatistes* ont déjà intériorisé ce besoin et sont en train de se familiariser avec les outils traditionnellement considérés comme relevant du droit international public. Du côté des publicistes, il semble qu'un besoin similaire est en train d'être perçu davantage par ceux qui ont une relation plus étroite avec la pratique que par ceux se mouvant uniquement dans le milieu académique. Une fois que tous les internationalistes auront compris cette réalité, le pas suivant consistera à articuler les deux disciplines afin qu'elles puissent contribuer ensemble à l'amélioration de la gouvernance globale.

Mon but dans les présentes réflexions (bien modestes comparées à l'envergure du grand internationaliste en hommage duquel elle est rédigée) ne va pas si loin. Pour le moment, je me limiterai seulement à exposer certaines situations concrètes qui servent à démontrer que le droit international privé et le droit international public ont besoin l'un de l'autre dans une mesure qu'il est chaque fois plus difficile d'ignorer. De tous les exemples possibles, j'en ai retenu deux particulièrement significatifs et susceptibles d'être regroupés autour de deux étapes différentes : celle de l'élaboration normative (II) et celle de l'application des normes par les tribunaux judiciaires et arbitraux (III). Au cours de ces deux phases, on pourra voir que le besoin dont on parle est tant présent en droit international privé qu'en droit international public.

II. L'élaboration du droit international

1. Le contexte commun

Un premier élément qui rapproche le droit international public du droit international privé repose sur le rôle de plus en plus influent qu'ont assumé ces dernières années les acteurs privés, tant dans la production de normes (à tous les niveaux : international, supranational et évidemment, transnational) que dans le suivi et l'application de nombre d'entre elles (ce qui tend à devenir une sorte de privatisation de la résolution des litiges internationaux)³². La doctrine de droit international public s'est occupée de cette question depuis longtemps déjà et, bien que le spectre des opinions est très large et hétérogène, la majorité paraît rester inclinée à ce que les États conservent un rôle central

³² Voir le « First Report » (2010) élaboré par l'ILA Committee on Non-State Actors, en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1023>

– même si pas unique – surtout dans le processus d’élaboration des normes³³. Peut-être ceci est-il vrai pour ce qui concerne les questions « purement » publiques, si une telle chose existe. En dehors de cette zone idéale, en revanche, une telle position n’a de sens que si l’on se situe sur un terrain plutôt général et formaliste. Dans le domaine du droit du commerce international *lato sensu*³⁴, et du droit des affaires internationales en particulier³⁵, le rôle joué par les acteurs privés est notoire. Au sein des groupes de travail de la CNUDCI, par exemple, on trouve, outre la participation de plusieurs types d’observateurs, une quantité considérable de membres de délégation des États qui provient aussi du secteur privé. Par ailleurs, l’activité des groupes privés d’intérêt bien connus au niveau local, a acquis une influence remarquable dans la codification internationale.

En sus de la constatation des expériences communes, plusieurs travaux stimulants³⁶ se sont occupés des possibilités, voire de la nécessité d’atténuer la limpidité de la frontière entre les deux disciplines, dans une sorte de récupération après quelques décennies de la démystification de la *summa divisio* « public/privé »³⁷. En particulier, dans le droit international privé, d’un point de vue que l’on pourrait qualifier de « publiciste », dans le sens le plus politique du terme, on défend ouvertement l’idée d’une discipline non neutre, investie d’une fonction régulatrice qui contribue à la gouvernance globale³⁸.

³³ Voir V. Gowland-Debbas, « Law-Making in a Globalized World », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2004/2005, pp. 505 ss. ; W. M. Reisman, « The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application », in : R. Wolfrum et V. Röben (dirs. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin et al, Springer, 2005, pp. 22-24 ; mais voir L. Boisson de Chazournes, « Gouvernance et régulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclastes », in : L. Boisson de Chazournes et R. Mehdi (dirs. publ.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-29.

³⁴ Dans la réglementation du commerce international, les acteurs non-étatiques interviennent tant directement au niveau international que dans la définition des politiques étatiques. Voir A. Capling et P. Low (dirs.), *Governments, Non-State Actors and Trade Policy-Making*, Cambridge, CUP, 2010.

³⁵ Voir D.P. Fernández Arroyo, « La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial », in : J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo et J.A. Moreno Rodríguez (dirs. publ.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley / Thomson Reuters, pp. 51-74 ; R. Michaels, « Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung? », *RabelsZ*, 2005, pp. 536 ss.

³⁶ Voir *supra* nota 2.

³⁷ D. Kennedy, « The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction », *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 130, 1982, pp. 1349-1357. Selon A. C. Cutler (note 2), « en termes de droit international, la distinction public/privé devient de plus en plus incohérente en reflétant, à tout le moins, son effondrement ».

³⁸ Voir W. S. Dodge, « The Public-Private Distinction in the Conflict of Laws », *Duke Journ. of Comp. Int. L.*, vol. 18, 2007, pp. 371-394 ; R. Wai, « Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization », *Columbia Journ. of Trans. L.*, vol. 40, 2002, pp. 209-274 ; A. Mills (note 2), pp. 207-209, 271-297 ; H. Muir Watt (note 4).

2. Le besoin réciproque

Le contexte mentionné est, clairement, transcendant. Mais ce que je souhaite signaler ici et maintenant est plus prosaïque que cela. Quelques exemples suffiront à démontrer le besoin réciproque du droit international privé et du droit international public en matière d'élaboration normative.

Du côté du droit international privé, dont la dimension internationale – comme il a déjà été mentionné – s'accroît de jour en jour, la connaissance du droit des traités est de plus en plus indispensable. Les « législateurs » internationaux réunis dans le cadre des fabriques d'instruments internationaux de droit international privé constatent le niveau élevé de connaissance requis concernant l'articulation des dits instruments. Celle-ci peut être particulièrement compliquée lorsque ces instruments résultent de différents niveaux de production normative, ce qui peut avoir lieu tant vis-à-vis du droit élaboré par une institution supranationale que par rapport au droit produit par des entités qui composent une structure fédérale ou quasi fédérale³⁹. Dans de tels cas, en réalité, les exigences mentionnées dépassent largement les limites du droit international public pour entrer dans le domaine du droit public, constitutionnel et administratif, supranational et interne. Logiquement, les difficultés peuvent devenir plus ardues lorsque les instruments incarnent différents types de réglementation, de la convention la plus « dure » jusqu'à la recommandation la plus souple, ou lorsqu'elles concernent différentes catégories de destinataires (législateurs étatiques, tribunaux ou diverses catégories d'utilisateurs).

Parfois, les « législateurs » internationaux utilisent des formules plus ou moins imaginatives, parmi lesquelles peuvent être mentionnées, les simples clauses de compatibilité entre instruments ou le jeu embrouillé des clauses *opt-in* et *opt-out*. Les exemples sont nombreux et la complexité disparate. Un cas simple s'est produit lorsque l'UNIDROIT, en collaboration avec l'OACI, ont commencé à développer un instrument ayant pour finalité l'utilisation efficace des sûretés mobilières dans le financement des opérations internationales d'acquisition d'avions et d'autres matériels aéronautiques. Ils ont alors réalisé que ces mécanismes en cours d'ébauche pourraient être également

³⁹ A. Mills, « Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance », sur le site <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/2012/03/20/alex-mills-pilagg-paper>

utiles à d'autres catégories de biens, et ont décidé de transférer la réglementation de toutes les questions particulières relatives à chaque catégorie spécifique de biens à différents protocoles, en laissant à l'instrument principal – la convention – la réglementation de tous les aspects généraux. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles a été adoptée en décembre 2001 conjointement avec le protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques. Postérieurement, en 2007, a été adopté le protocole spécifique sur le matériel roulant ferroviaire (Luxembourg) et, en mars 2012, le protocole sur les biens spatiaux (Berlin). Un autre cas simple concerne les règles de Rotterdam⁴⁰, qui permettent aux États qui souhaitent devenir partie au dit instrument d'exercer une option pour exclure les chapitres 14 (sur la résolution judiciaire des litiges) et 15 (sur l'arbitrage). Plus sophistiquée, tout en conservant une certaine simplicité, est l'option suivie par l'Union européenne dans son règlement en matière d'aliments⁴¹, lequel soumet la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires à un instrument adopté dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé⁴².

D'autres situations, en revanche, sont plus compliquées à résoudre. Un exemple concret et actuel peut être trouvé dans la discussion autour de la portée du dernier paragraphe de l'article 1(2) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI adopté en 2010 lors des négociations qui sont en train d'être menées pour élaborer un instrument international sur les standards de transparence exigibles dans l'arbitrage entre investisseur et État⁴³. Sans douter de l'exactitude de certains commentaires⁴⁴, la vérité est que la raison d'être de ce paragraphe repose sur la crainte de certaines délégations que le nouveau texte puisse ouvrir des voies qui rendraient plus difficile la défense des intérêts étatiques dans les arbitrages d'investissement soumis au règlement de la CNUDCI. Par conséquent, en appliquant le dicton « mieux vaut un mal connu qu'un

⁴⁰ Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (2009).

⁴¹ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

⁴² Art. 15 : « La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé 'le protocole de La Haye de 2007') pour les États membres liés par cet instrument ».

⁴³ Voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/2Arbitration.html

⁴⁴ I. Torterola, « Comentario al artículo 1 » (pp. 1 ss.) et « El requisito de transparencia en las nuevas reglas de arbitraje UNCITRAL. Una visión premonitoria » (pp. 450-451), dans P. Perales Viscasillas et I. Torterola (dirs. publ.), *Nuevo Reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Anotado y comentado*, Buenos Aires, Legis, 2011.

bonheur incertain », les dites délégations, contrairement à ce qui se fait habituellement lorsque sont approuvées de nouvelles règles de procédure, ont réussi à convaincre le groupe de travail d'arbitrage de la nécessité de préserver l'application de l'ancienne version de 1976 du règlement pour les arbitrages fondés sur les traités d'investissement en vigueur au moment de l'approbation de la nouvelle version. L'énoncé de l'article 1(2) du règlement de 2012 est ainsi rédigé :

« Les parties à une convention d'arbitrage conclue après le 15 août 2010 sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date ».

Le problème qui se pose maintenant est que si l'instrument sur la transparence adopte la forme d'une annexe du règlement (ce qui semble être l'option la plus probable parmi celles qui sont proposées) sans disposition spécifique qui modifie la portée de ce paragraphe, la dite annexe suivra le sort du règlement quant à son applicabilité. En d'autres termes, un tel instrument serait applicable seulement, sous réserve d'un accord contraire ou d'une modification des traités en vigueur, aux arbitrages fondés sur des traités futurs et selon le traitement qu'ils réserveraient à cette question. Ceci signifie que les standards de transparence, qui seraient adoptés supposément pour répondre à une carence grave et actuelle, n'affecteraient pas les milliers de traités d'investissement en vigueur, mais seulement, dans le meilleur des cas, les éventuels traités à venir. Il est intéressant de noter qu'au moment de terminer cette contribution, la discussion au sein du groupe de travail d'arbitrage de la CNUDCI est bloquée en raison de l'impossibilité d'obtenir un consensus sur l'applicabilité de l'instrument futur. Dans cette discussion, on a pu entendre une série d'affirmations les plus variées relatives aux principes, supposés ou réels, de droit des traités, parfois prononcées de la bouche de personnes peu expertes en la matière. On peut ainsi sentir l'absence de spécialistes qui pourraient illuminer le débat. C'est vrai que ces clarifications techniques ne vont pas solutionner les épineuses questions politiques sous-jacentes mais au moins elles pourraient donner un soutien considérable à celles-ci.

Du côté du droit international public, au contraire, le besoin de connaissance du droit international privé ne paraît pas urgent de prime abord. Toutefois, il est évident que de nombreuses dispositions généralement considérées comme relevant du droit international public affectent directement ou indirectement des situations privées ou

dans lesquelles interviennent des personnes privées. Parmi les nombreux exemples possibles, il est suffisant de mentionner celui des sanctions économiques décidées par le Conseil de sécurité de l'ONU conformément à l'article 41 de la Charte des Nations Unies⁴⁵. Outre les exigences de fond, relatives tant à la compatibilité des dites sanctions aux droits de l'homme et aux principes généraux du droit international qu'à son efficacité et à la minimisation de ses effets indésirables⁴⁶, ces mesures devraient être soumises à un contrôle technique concernant leurs effets dans la sphère du droit international privé. Au moment de former les groupes d'experts et les mécanismes de surveillance qui sont devenus monnaie courante lors de l'adoption de ces sanctions, le Conseil de sécurité et les divers comités de sanctions devraient prendre soigneusement en considération que l'efficacité ou l'inefficacité de ces mesures peut dépendre de l'existence tant dans les pays cibles des sanctions que dans d'autres pays affectés par celles-ci, des normes, principes et pratiques de droit international privé⁴⁷.

A cette fin, il serait prudent qu'au cours de l'élaboration des instruments de droit international public soient toujours considérés les aspects privés concernés⁴⁸. La prise en compte de ces derniers ne devrait pas être regardée comme une déviation mais comme une rectification salutaire d'une certaine forme traditionnelle de concevoir le droit international public. Il ne serait sans doute pas une mauvaise idée que des personnes savantes en droit international privé – et mieux encore, dans des secteurs spécifiques du droit international privé touchés par les instruments discutés – interviennent systématiquement. De plus, la présence de « privatistes » ne devrait pas être une exception dans des organismes qui participent, à une échelle universelle ou

⁴⁵ La question de savoir si l'activité du Conseil de sécurité doit être cataloguée comme l'élaboration ou l'application du droit international peut être soumise à débat et recevoir des opinions plutôt subtiles qui se situent au-delà des prétentions de ces réflexions. La décision d'inclure son traitement dans ce point est fondée, d'un côté, sur le caractère véritablement créateur (dans le sens d'original) qui ont beaucoup de sanctions et, d'un autre côté, sur le fait qu'elles ne sont pas adoptées par un tribunal (et, dans beaucoup de situations, elles ne sont pas le résultat d'une décision impartiale).

⁴⁶ Voir B. Boutros-Ghali, *Supplément à l'Agenda pour la paix* (UN Doc. A50/60-8/1995/1), et « Preface » à M. Bedjaoui, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of its Acts*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994 ; A. Reinisch, « Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions », *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 851-872 ; L.-A. Sicilianos et L. Picchio Forlati (dirs. publ.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden / Boston, Académie de droit international de La Haye, 2004.

⁴⁷ Voir les contributions d'A. Cissé (pp. 683-715) et B. Cortese (pp. 719-759) dans L.-A. Sicilianos et L. Picchio Forlati (note précédente). Certains de ces problèmes d'interaction entre le droit international privé et le droit international public se posent aussi, bien entendu, par rapport aux mesures adoptées unilatéralement par un État. Voir C. Kleiner, *La monnaie dans les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 160-167.

⁴⁸ Voir C. Chinkin, « A Critique of the Public/Private Dimension », *EJIL*, vol. 10-2, 1999, pp. 387-395.

régionale, aux processus institutionnalisés d'élaboration du droit international, en incluant la Commission de droit international des Nations Unies⁴⁹.

III. L'application du droit international par les tribunaux

La confluence des deux disciplines est encore plus flagrante dans la phase de l'application des normes. Par conséquent, les besoins réciproques sont, à ce niveau, plus urgents encore. La demande en responsabilité présentée en décembre 2009 par la Belgique contre la Suisse devant la Cour internationale de justice, fondée sur la décision du Tribunal fédéral suisse qui aurait violé diverses dispositions de la Convention de Lugano de 1988⁵⁰ et des « règles du droit international général régissant l'exercice des compétences étatiques, notamment en matière judiciaire », en est un exemple frappant⁵¹. Mais même sans arriver jusqu'à ce point, les tribunaux judiciaires les plus divers, nationaux, régionaux et internationaux, ainsi que de nombreux tribunaux arbitraux, font face à maintes reprises à des affaires internationales dans lesquelles la catégorisation public ou privé représente une tâche non seulement futile mais aussi très pénible.

L'affaire *Kiobel*⁵², aujourd'hui devant la Cour suprême des États-Unis, est un bon témoignage, au niveau étatique, de ce qui vient d'être commenté. En l'espèce, se pose la question de savoir si la disposition nord-américaine de l'*Allien Tort Statute*, qui donne compétence aux juridictions des États-Unis, indépendamment du lieu de production des dommages, dans des cas où une action en responsabilité délictuelle intentée par un étranger est fondée sur la violation « *of the law of nations or a Treaty of the United States* »⁵³, peut s'appliquer pour justifier la compétence des tribunaux nord-américains

⁴⁹ Cela pourrait permettre de réaliser une sorte de « prophylaxie » privatiste des instruments et d'éviter ainsi les plaintes ex-post facto contre la mauvaise application de ces instruments par non publicistes (ad ex., J. Crawford, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Rev.*, vol. 25-1, 2010, p. 135).

⁵⁰ Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁵¹ Cour internationale de justice, *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse)*. La Belgique reprochait notamment à la Suisse le fait que le Tribunal fédéral aurait dit, dans son arrêt du 30 septembre 2008 (ATF 135 III 127), que la Suisse ne reconnaîtrait pas – dans le cadre de la procédure de liquidation concordataire de SAirGroup (l'ancienne Swissair) et sa filiale SAirLines – la décision à venir des tribunaux belges sur la responsabilité de SAirGroup/SAirLines dans la faillite de Sabena. Après que la Suisse ait soulevé des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête, la Belgique s'est désistée de sa demande le 21 mars 2011.

⁵² US Court of Appeals, Second Circuit, *Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum Co, Shell Transport and Trading Company PLC*, Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv (17 septembre 2010).

⁵³ Art. 28 § 1350 US Code.

pour trancher un litige initié par un groupe de citoyens nigériens qui se disent victimes de graves violations des droits de l'homme causées dans leur pays par des sociétés du groupe Shell incorporées aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, en complicité avec les autorités nigériennes. La Cour d'appel du second circuit a décidé – à la majorité et en contradiction avec d'autres décisions – que la disposition en question n'est pas applicable aux personnes morales. Les demandeurs ont formé un recours devant la Cour suprême. Dit d'une autre manière, la décision d'un cas typique de droit international privé où est discutée la responsabilité extracontractuelle entre personnes privées, passe nécessairement par la détermination du domaine d'application spatiale et matérielle d'une notion caractéristique du droit international public⁵⁴.

On pourrait penser qu'il s'agit d'un cas isolé ou singulier. Pourtant, il est certain que, outre les dizaines de cas formés devant les juridictions des États-Unis en vertu de cette législation⁵⁵, un phénomène similaire d'entremêlement public/privé se produit avec les innombrables affaires portées devant des tribunaux nationaux par des personnes physiques ou morales contre un État étranger qui invoque l'immunité de juridiction. Récemment, en Argentine, un pays dans lequel l'immunité de juridiction des États étrangers a été restreinte par la jurisprudence et la législation⁵⁶, une cour d'appel a admis l'exception présentée par le Royaume-Uni dans un litige où l'action était fondée sur l'émission irrégulière d'un certificat phytosanitaire par les autorités de ce pays, en considérant qu'il était question d'un acte de « politique phytosanitaire », lequel peut être qualifié *jure imperii* même si les certificats étaient nécessaires pour autoriser une opération d'exportation/importation⁵⁷. Les sujets et les arguments de fond peuvent être différents. Mais les considérations de droit international public et de droit international

⁵⁴ La Cour d'appel a dit d'une façon très claire que : « si un défendeur est responsable sous l'ATS dépend entièrement de la question de savoir si ce défendeur peut être soumis au droit de la responsabilité selon le droit international. Il est inconcevable qu'un défendeur qui n'est pas responsable selon le droit coutumier international puisse être responsable selon l'ATS ». Voir le commentaire de H. Muir Watt dans *Rev. Crit. DIP*, 2011, pp. 761 ss.

⁵⁵ Une autre législation qui a donné lieu à des situations similaires est la *Torture Victim Protection Act* (1991). Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis, *Mohamad v. Palestinian Authority* (11-88), 18 avril 2012, dans laquelle la Cour décida que la TVPA peut être invoquée seulement pour des tortures infligées par des personnes physiques. Pour une vision comparative encore en cours d'élaboration, voir « Interim Report » (2010) élaboré par l'ILA Committee on International Civil Litigation and the Interest of the Public, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1021> (on peut constater dans ce rapport qu'une question clé n'a pas encore été développée : *What is the Role and Relevance of Public International Law?*)

⁵⁶ Voir la loi 24488 et, parmi les affaires les plus récentes, celle de la Cour suprême de justice de la Nation, 4 août 2011, *Clementi, Edgar Omar y otro c/ Embajada de Rusia y otros* ; Suprême cour de la province de Buenos Aires, 13 avril 2011, *Ferreira, María Gabriela c/ Consulado General de Italia en Bahía Blanca s/ despido*.

⁵⁷ Cour d'appel nationale civile et commerciale fédérale, *Louge Beltrán y otro c/Gobierno de Su Majestad Británica s/daños y perjuicios*, 27 décembre 2011.

privé apparaissent autant entremêlées dans ces cas concernant l'immunité que ceux afférant aux violations des droits de l'homme.

Aucun tribunal – qu'il soit national, international, judiciaire ou arbitral – n'échappe aux discussions sur ces questions, comme le démontre la décision rendue par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Allemagne c. Italie*⁵⁸. En l'espèce, des actions fondées sur des violations gravissimes des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'armée allemande durant la Seconde guerre mondiale en Italie, ont suscité une demande de l'Allemagne contre l'Italie, dont les tribunaux ont accepté de juger les dites actions, ont donné effet aux décisions judiciaires grecques se rapportant à des violations similaires commises en Grèce et ont adopté des mesures d'exécution contre un immeuble propriété de l'État allemand en Italie. L'Allemagne a considéré qu'en adoptant cette posture, l'Italie violait son immunité. La Cour a ainsi dû décider de l'application ou non de l'immunité de l'État même dans des cas de graves violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire face aux demandes de particuliers. Elle s'est prononcée à une large majorité et dans des termes exagérément accablants en faveur de l'application de celle-ci en considérant que l'état actuel de l'évolution du droit international ne permet pas d'introduire des exceptions à l'immunité⁵⁹.

En arbitrage, principalement lorsqu'intervient un État ou une autre personne morale de droit public (qu'il s'agisse ou non d'un arbitrage d'investissement), mais pas seulement, les exemples de situations avec des éléments publics et privés sont fort nombreux. En général, chaque fois que l'arbitrage est fondé sur un traité, la question de discerner entre les obligations dérivées de celui-ci et les obligations découlant des contrats conclus par les parties au litige surgit fréquemment et génère souvent des problèmes d'interprétation et d'application⁶⁰. En particulier, et seulement pour mentionner un thème d'actualité, on peut se référer à certaines questions suscitées par la soumission à l'arbitrage de quelques demandes de la part de titulaires de titres de dette

⁵⁸ Cour internationale de justice, 3 février 2012.

⁵⁹ Dans sa dissidence, le Juge Cançado Trindade, en critiquant l'utilisation de la classification traditionnelle des activités des États, soutient que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui constituent des crimes au regard du droit international et qui sont le fait d'États ne sont ni des actes *jure gestionis* ni des actes *jure imperii*, mais des crimes, *delicta imperii*, qui ne sauraient être couverts par aucune immunité.

⁶⁰ Entre lesquels se trouvent celui relatif à la portée et les effets des « clauses parapluies ». Voir J. Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24-3, 2008, pp. 351-374.

souveraine contre l'État émetteur⁶¹. Ce thème soulève non seulement une discussion sur des aspects techniques spécifiques, tels que l'admission ou non des actions collectives ou de la portée de la notion d'investissement par rapport à l'acquisition de titres sur les marchés secondaires, mais aussi sur la pertinence et les effets d'une soumission à l'arbitrage de la dette souveraine⁶². Le débat est, en réalité, plus large et s'étend à toutes les questions de fond relatives à l'arbitrage d'investissement, matière qui reflète dans sa totalité toutes les tensions produites par la dualité entre le public et le privé⁶³.

Enfin, je ne voudrais pas ne pas évoquer la situation singulière à laquelle sont confrontés les tribunaux internationaux des droits de l'homme lorsqu'ils doivent connaître d'affaires ayant pour origine des litiges à caractère privé. La situation est devenue habituelle en matière de droit de la famille⁶⁴. De fait, il n'est pas si exagéré comme il paraît à première vue d'affirmer que la Cour européenne des droits de l'homme s'est convertie en un tribunal réellement spécialisé dans les questions telles que celles de l'enlèvement international des enfants par un de leurs géniteurs⁶⁵. La Cour a dû, en effet, s'habituer à manœuvrer des termes d'art comme « déplacement et non-retour illicites d'un enfant » ou « intérêt supérieur de l'enfant » et à analyser les éventuelles violations de certaines dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (notamment les articles 6 et 8) à la lumière de l'application ou de l'inapplication de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de la Convention des Nations Unies de 1989 sur les droits de l'enfant⁶⁶. Il va sans dire que ce n'est pas le seul aspect de droit international privé qu'a dû traiter la Cour de Strasbourg. Des affaires comme l'éventuelle violation des droits fondamentaux pour non reconnaissance d'une décision

⁶¹ Voir *Abaclat and others v. The Argentina Republic*, ICSID Case n° ARB/07/5, décision sur la juridiction et l'admissibilité, 4 août 2011 (opinion dissidente, 26 octobre 2011).

⁶² Comparer M. Waibel, *Sovereign Defaults Before International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2011, avec K. Halverson Cross, « Arbitration as a Means of Resolving Sovereign Disputes », *ARIA*, vol. 17, 2006, 335-382.

⁶³ Voir A. Mills (note 25), qui analyse les effets de cette dualité sur des aspects variés de l'arbitrage d'investissement : sa qualification, sa fonction, les politiques sous-jacentes, les intérêts affectés, et ses effets économiques.

⁶⁴ H. Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. dr.*, t. 45, 2001, pp. 271 ss.

⁶⁵ Voir A. Aronovitz, « May Private Claims be advanced through the European Court of Human Rights? – A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of International Child Abduction », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, pp. 165 ss. (en commentant l'arrêt de la CEDH, du 27 juillet 2006, aff. 7198/04, *Iosub Caras v. Romania*) ; et, plus en général, P. Beaumont, « The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction », *Recueil des Cours*, t. 335, 2008, pp. 9-104.

⁶⁶ Voir, par exemple, CEDH, 6 juillet 2010, aff. 41615/07, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*.

étrangère ont aussi suscité des décisions intéressantes⁶⁷ et ont fait douter de l'autonomie des États pour décider de la délimitation de leur propre ordre public⁶⁸.

IV. Epilogue – Une mission pour les institutions académiques

La constatation de l'existence du besoin réciproque énoncé dans le titre de cette contribution accroît l'importance des décisions qui sont adoptées au moment de définir le contenu et les modalités des programmes de droit international à tous les niveaux : enseignement, recherche et perfectionnement. Même si la distinction scientifique des deux disciplines à partir du caractère essentiel des relations juridiques qui composent leur objet respectif peut continuer à être d'une certaine utilité, leur disjonction totale d'un point de vue académique n'est plus une option valable et salutaire. Il y a déjà fort longtemps que l'*Institut de droit international* a attiré l'attention sur l'opportunité et la nécessité de favoriser l'enseignement commun du droit international public et du droit international privé, surtout dans des études avancées⁶⁹. Ce double enseignement est déjà présent dans différentes institutions académiques de haut niveau avec un grand succès.

Un regard aux programmes de la plus importante de ces institutions, l'Académie de droit international de La Haye (dont le conseil scientifique – le *Curatorium* – est présidé par le dédicataire de ces *Mélanges*), reflète la préoccupation et l'intérêt pour l'adéquation de cette offre à une conception non ségrégationniste du droit international, même s'il reste encore des chemins à explorer. En ce qui concerne le plus célèbre de ses programmes, les cours de droit international des sessions d'été (« Cours d'été »), offerts depuis 1923, il est vrai que ceux-ci continuent d'être structurés en deux séries consécutives de trois semaines chacune, une dédiée au droit international public, l'autre au droit international privé. Chaque année, les cours généraux respectifs récapitulent les fondements, les vieux principes et les tendances contemporaines de chacune des disciplines. Parmi les cours spéciaux, on observe de plus en plus des intitulés qui pourraient être placés dans n'importe lequel des deux groupes (en tenant compte des différentes positions doctrinales), ou, peut-être, ce qui aurait plus de sens, en une seule

⁶⁷ Voir, en particulier, CEDH, 29 avril 2008, aff. 18648/04, *MacDonald c. France*, et 3 mai 2011, aff. 56759/08, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*.

⁶⁸ P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Crit. DIP*, 2011, pp. 817-824.

⁶⁹ Voir la Résolution de l'IDI sur l'enseignement commun et le rapport d'E. Jayme (« Droit international privé et droit international public: utilité et nécessité de leur enseignement dans un cours unique »), *Ann. IDI*, vol. 67-II, 1998, pp. 466-475 y 99-109, respectivement.

session dédiée au droit international sans adjectif⁷⁰. En fin de comptes, ce qui continue de justifier la séparation des matières ou « aires de connaissances » dans de nombreuses facultés de droit est une préoccupation bien plus basée sur l'organisation didactique (outre les complications qu'entraîne la modification des structures enracinées et leurs privilèges annexes) que sur des considérations juridiques de fond. Cependant, il faut reconnaître que certaines difficultés pratiques existent pour éliminer la structure bipolaire des Cours, et qu'une bonne partie d'entre eux peut toujours être identifiée comme relevant de l'une des deux disciplines. Il ne s'agit pas par conséquent de supprimer artificiellement les particularités mais d'offrir les éléments pour être mieux armé contre la croyance suiviste de ce que le droit international public et le droit international privé doivent se maintenir dans des sphères séparées, sans contact entre eux. En d'autres termes, la proposition consiste à intégrer systématiquement dans les deux parties du programme au moins deux cours qui mettent en évidence les besoins réciproques ici évoqués. Il s'agit d'une idée très simple, très facile à mettre en œuvre et qui est valable pour n'importe quel type de programme catalogué unilatéralement comme étant de droit international privé ou de droit international public.

L'esprit de cette proposition s'étend à tous les programmes offerts par l'Académie de La Haye. Mais à la différence de ce qui se passe pour les cours d'été, dont la thématique s'épanouit dans tous les recoins du droit international, les autres programmes se focalisent chaque année autour d'un thème spécifique, aux contours plus ou moins larges. Ceci est le cas, en effet, du Programme extérieur, du programme offert par le Centre d'étude et de recherche et du Cours de perfectionnement. Ici, la suggestion concrète – valide en principe pour un large éventail de programmes offerts dans les institutions académiques les plus variées – est déjà pratiquée par l'Académie et consiste, dans la mesure du possible, à aborder les deux versants de chaque thème. Evidemment, cette tâche devient plus facile si les sujets choisis sont susceptibles d'être traités depuis les deux perspectives sans faire de grands efforts⁷¹.

⁷⁰ Dans le programme de la session d'été de 2012, par exemple, peuvent être mentionnés les cours suivants : « Migrants sans papiers et droits de l'homme » (L. Ortiz Ahlf) ; « Effets pour l'individu des régimes de protection de droit international » (Ch. Swinarski) ; « Les sanctions économiques prises par le Conseil de sécurité sous l'angle du droit international privé » (N. Boschiero) ; « L'application des règles conventionnelles ou internes les plus favorables pour faciliter la coopération en matière de droit international privé » (M. B. Noodt Taquela).

⁷¹ Ainsi, la session du Programme extérieur qui se tiendra à Buenos Aires en 2012, en principe réservé (pour la première fois en plus de 40 ans) au droit international privé, a pour titre « Gouvernance globale et affaires internationales » ; le programme du Centre d'étude et de recherche de 2013 a pour titre « Les implications juridiques des crises financières » ; et le programme du Cours de perfectionnement de 2013, encore plus explicite, est consacré aux « Immunités en droit international public et privé ».

Il s'agit, en définitive, au-delà des étiquettes utilisées, d'offrir des moyens pour que ceux qui élaborent et appliquent le droit international disposent d'amples sensibilités afin de leur permettre d'agir en justice et de contribuer de manière décisive à la construction de la paix, au développement et à la démocratie⁷².

⁷² B. Boutros-Ghali, « Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement et démocratisation », *Recueil des Cours*, t. 286, 2000, pp. 9-38.